

Iago Rodrigues, bacharelado em Direito, no 5º semestre do Centro Universitário Salesiano de São Paulo – U.E. Lorena. Já foi Estagiário de Direito pela Secretaria de Negócios Jurídicos, da Prefeitura Municipal de Lorena, pela 2ª. Vara Cível da Comarca de Lorena do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e, atualmente, do 1º Tabelionato de Notas e Protestos de Letras e Títulos da Comarca de Lorena.

Palavras-chave: Norma Internacional; Brasil; Integração.

Keywords: International Law; Brazil; Integration.

Resumo

O Poder Judiciário, conforme Art. 4º da LINDB, não deve deixar de apreciar um caso alegando obscuridade ou omissão na lei, devendo julgá-lo utilizando-se de outros meios. O questionamento válido é se seria possível a utilização de normas extranacionais nas sentenças para a solução destes conflitos, quando a norma interna se omitir. Poderia o juiz utilizar norma internacional, nestes casos, pautando-se nos Princípios Gerais de Direito, visto que toda norma tem como fim último resguardar determinado valor social? A norma internacional, atendendo aos fins e às exigências do bem comum, pode ser utilizada como fonte de integração do Ordenamento jurídico.

1. O Direito: Positivo e Natural

O Direito é a manifestação humana de seu poder de organização da vida em sociedade, e tem, como fim último, manter o equilíbrio coletivo, objetivando a pacificação social, eliminando todo conflito entre particulares, ou entre o Poder Público e particulares, e vice-versa, podendo o Estado assumir o polo ativo de qualquer ação demandada em juízo, no intuito de resguardar direito próprio, quanto Pessoa Jurídica,

quanto direitos meta-individuais, quanto Representante da Coletividade; ou assumir o polo passivo, quando ferir direitos privados e/ou meta-individuais.

A história do Direito remonta aos tempos antigos onde, apesar de não haver leis escritas, as normas eram ditadas pela natureza em uma simples regra conhecida como “a lei do mais forte”. Com o passar do tempo e o desenvolver da consciência humana e dos valores sociais, notou-se que tal norma natural era, via de regra, injusta, pois, assim, eliminavam-se os mais fracos de uma sociedade, principalmente economicamente, tornando a mesma sociedade elitizada.

Com o desenvolver do estudo das relações sociais e do Direito, criou-se uma fundamental divisão do mesmo entre o *Direito natural* e o *Direito positivo*.

O Direito natural, que tem suas origens pautadas na relação do homem com a natureza e com seu transcendentalismo (em outras palavras, na relação com Deus), durante a Idade Medieval, era considerado superior ao Direito Positivo.

Reconhecido, inicialmente, como “a vontade de Deus”, o Direito natural englobaria questões inerentes ao homem, como o direito à vida. Com o passar do tempo e com o advento da Revolução Industrial, começou-se a atrelar o Direito natural à proteção do Direito dos Indivíduos contra a exploração econômica e governamental.

Hoje, entende-se do Direito natural como sendo imutável e unívoco, sempre e em toda a parte, sendo, portanto, inerente à vontade humana e inata ao homem.

O Direito positivo, consistente na sistematização de caráter obrigatório e coercitivo pelo Estado, por meio de normas sociais, foi a ferramenta encontrada pelo homem para, através da positivação de algumas normas do Direito natural, torna-las obrigatórias em seu cumprimento, a fim de se buscar o fim último do Direito: a pacificação social e aplicação da Justiça, dando a cada um o que lhe é devido, segundo uma proporcionalidade.

A norma torna-se positivada, no atual ordenamento jurídico, após uma série de tramitações legislativas, feitas pelos representantes do povo em sede política, visando o bem estar de determinada sociedade, grupo social ou nação, com o intuito de garantir-lhes direitos a serem respeitados e impondo-lhes direitos a serem respeitados, deveres a serem cumpridos, ou sanções, em caso de seu descumprimento.

A sanção, prevista no comando da norma jurídica, deve ser aplicada ao descumpridor da norma, por ter esta regra, positivada pelo Estado, cumprimento de caráter obrigatório. Esta deve ser aplicada pelo Estado-juiz que, uma vez chamado a mediar determinado conflito de interesses, julga, de forma justa e imparcial, a situação, e impõe ao inadimplente de determinada obrigação social a punição que julgar coerente ao caso, desde que tal punição, conforme já mencionado, esteja presente no texto da lei, observado o Princípio da Prévia Cominação Legal.

Por exemplo, não se pode punir penalmente alguém por cometer determinado ato antes mesmo que a lei, expressão máxima do direito positivo, considere tal fato como crime; ou, ninguém pode vir a ser cobrado pelo inadimplemento de determinado imposto sem que este tenha sido legalmente criado anteriormente.

O pai do moderno Direito Positivo, Hans Kelsen (apud Montoro, 2009, p. 129) em sua obra Teoria Pura do Direito, diz que o Direito é tão somente fruto das manifestações sociais e humanas, ao afirmar que “a nenhuma realidade social pode negar-se compatibilidade com essa categoria jurídica por causa da natureza de seu conteúdo”. Afirma Kelsen que o Direito é ciência humana por encontrar respaldo em suas atividades, e vice-versa. Logo, as diversas atividades e realidade humanas encontram, via de regra, algum respaldo no sistema criado pela própria sociedade, que é o sistema jurídico, pois “um ato de conduta humana pode muito bem levar consigo uma autoexplicação jurídica” (Kelsen apud Nunes, 2011, p. 104).

2. As fontes da norma positiva e sua eventual lacuna

O Direito que rege as sociedades, hoje, e tem poder de coação é o Direito Positivo. De forma alguma o Direito natural é menos usado, ou ignorado. Ao contrário, o Direito natural vem para resguardar os interesses humanos, públicos, privados ou meta-individuais. Mas não só aqueles ligados às relações humanas externas, mas como, principalmente, direitos inerentes ao homem e à sua vontade, como o direito à vida, à liberdade de escolha, de locomoção etc.

Entretanto, para que o Direito Positivo existae para o Direito como um todo, vem das chamadas “Fontes do Direito”, que nada mais são que os modos de formação da norma jurídica e sua entrada no sistema jurídico.

Para Kümpel (2007), as Fontes do Direito

São as formas de expressão do direito positivo, sendo caracterizadas como meios de exteriorização e reconhecimento das normas jurídicas. A expressão fonte do direito ainda pode ser entendida como (i) a origem ou causa do direito ou (ii) repositório de onde é possível extrair informações e o próprio conhecimento sobre o direito.

Atualmente, o Direito encontra respaldo em duas fontes principais: as materiais e as formais. Estas fontes originam-se do comportamento humano de determinada sociedade e evoluem de acordo com a evolução moral da mesma.

2.1. As fontes materiais

Para Dimoulis (2011), as

Fontes materiais são os fatores que criam o direito, dando origem aos dispositivos válidos, sendo assim, todas as autoridades, pessoas, grupos e situações que influenciam a criação do direito em determinada sociedade.

Ou seja, as fontes materiais são as ideias ou acontecimentos que tenham respaldo moral ou axiológico em determinado grupo social. Por exemplo, os fundamentalistas e os instrumentistas do Direito dizem que esta ciência foi criada para que fossem resguardados, de eventuais conflitos, os conceitos morais defendidos e presentes em determinada sociedade, grupo social ou nação. Assim, uma sociedade que penaliza aqueles que dão fim às vidas de terceiros, criam regras de conduta de caráter de cumprimento obrigatório, com sanção prevista em caso de seu descumprimento, a fim de por a salvo, como fim último, este mesmo valor defendido por ela, no caso, a vida.

2.2. As fontes formais

As fontes formais do Direito correspondem aos dispositivos jurídicos em que a regência da norma se faz obrigatória, ou, também, naqueles em que possa ser consultada a norma ou padrão de utilização e aplicação da mesma para que seja aplicada, mesmo que novamente, ao caso concreto. Em outras palavras, consiste-se no conjunto das leis e demais atos normativos, bem como a doutrina científica do Direito e a jurisprudência dos Tribunais.

Assim, as fontes formais do Direito são todas aquelas legalmente reconhecidas pelo *hominem legislatore*, a fim de que, através de seu caráter obrigatório, dite normas de conduta social.

O processo legislativo pelo qual uma matéria é submetida é deveras longo, e, portanto, há uma demora até a efetivação da norma – quando ela, de fato, entra em vigor e passe a regular determinado fato social –, o que pode acarretar atrasos nos julgamentos de situações jurídicas existentes, mas sem a devida regulamentação legal. Em grande parte das vezes, não existe previsão legal, nem expectativa de existir, por inércia do Legislativo. Ou, mesmo que já exista previsão legal sobre determinada matéria, esta norma pode encontrar-se defasada, atrasada quanto aos valores que ela defende, diferindo da realidade que opera na sociedade.

Dessa demora, ou às vezes inércia, legislativa, para atualizar leis existentes, ou para materializar novas, é que se tem origem às lacunas do Direito. Diniz (2002) conceitua as lacunas como as

Faltas ou falhas de conteúdos de regulamentação jurídico-positiva para determinadas situações fáticas, que admitem sua remoção por uma decisão judicial jurídico-integradora.

Essa decisão judicial jurídico-integradora é a sentença do juiz togado que, observados os pressupostos processuais, decide imperativamente sob o caso concreto, pautando-se nas leis positivadas pelo legislador.

Mesmo que tarde o legislador em compor uma norma, ou mesmo atualizar aquela já existente, o Poder Judiciário não pode deixar de apreciar determinada questão alegando a falta ou a injustiça da lei. Isso afetaria o Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, conforme leciona Gonçalves (2012) que “a Constituição Federal proíbe a lei de excluir apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Neste sentido constitucional, o Código de Processo Civil prediz em seu Art. 126, *ipsis litteris*, que “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei”.

Infraconstitucionalmente, o Legislador deu ao Judiciário a oportunidade de se socorrer a outras fontes além da norma positivada (ou seja, a lei), como preceitua o Art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Assim, por ter entendido o legislador ser impossível a previsão de todos os acontecimentos e fatos sociais para criar normas que os abrangesse, deu ao Ordenamento a possibilidade de se sustentar, delegando ao aplicador do Direito o poder de usar de outras fontes, além da própria lei, para que seja solucionado o caso concreto em caso de obscuridade ou falta desta.

2.2.1. A lei, os demais atos normativos e o processo legislativo

A lei é uma norma, ou conjunto de normas jurídicas, criada através dos processos próprios do ato normativo e estabelecidas pelas autoridades competentes para o efeito. É fruto do trabalho do Poder Legislativo.

Seu processo de formulação passa por várias etapas estabelecidas na Constituição. Neste processo, temos a **iniciativa**, **discussão**, **votação**, **deliberação executiva** (sanção ou veto), **promulgação**, **publicação** e **vigência** da lei.

Suscintamente, o processo legislativo brasileiro compreenderá a **iniciativa**, nas palavras de Lenza (2012, p. 546), “consistente na fase deflagradora de um procedimento que deverá culminar, desde que preenchidos todos os requisitos e seguidos todos os trâmites, com a formação da espécie normativa”.

Em seguida, a **discussão**, que é a apreciação da matéria potencial normativa pelas diversas comissões das duas Casas do Congresso Nacional Brasileiro, em virtude do bicameralismo federativo, e pelo Pleno de cada Casa, seguindo o quórum que a Constituição estabelecer para a **votação**.

A **deliberação executiva** consiste na apreciação pelo Chefe do Executivo, que poderá **sancionar** o Projeto de Lei (ou seja, anuir com ele), que só pode ocorrer de forma expressa, em até 15 dias do seu recebimento, ou **veta-lo** (ou seja, a discordância com o PL), expressa ou tacitamente, quando não se pronunciar no prazo legal sobre este.

Por fim, caberá ao Chefe do Executivo, quando sancionadoo Projeto de Lei, **promulgar** a Lei. Para Lenza (2012, p. 576), “nada mais é do que um atestado da existência válida da lei e de sua executoriedade”. Promulgada a lei, ela deverá ser **publicada** no Diário Oficial (da União, ou do Estado, dependendo do grau legislativo que se trata), “ato pelo qual se levará ao conhecimento de todos o conteúdo da inovação legislativa”¹.

Por ter caráter de cumprimento obrigatório no Estado Democrático de Direito brasileiro, as leis são as principais fontes onde os magistrados, no devido processo legal, tiram o amparo de suas decisões, a fim de exercer a jurisdição que lhes foi incumbida.

2.2.2. A doutrina e a jurisprudência

Por estar a sociedade em constante transformação, é válido ressaltar que mais próximo aos casos concretos está o Poder Judiciário, que tem como função constitucional típica a aplicação do Direito, julgando, diante de uma determinada situação, qual lei será aplicada e de que forma ela irá influir no caso concreto. Assim, as decisões judiciais influenciam o Direito.

A jurisprudência, então, pode ser conceituada como

As decisões uniformes e reiteradas dos tribunais, ou seja, os tribunais (instâncias superiores) entendem que situações semelhantes devem ser decididas da mesma maneira, tendo em vista que um grande número de situações semelhantes já forma solucionadas da mesma forma².

Tem-se a jurisprudência como fonte do direito, que são, então, as reiteradas decisões dos Tribunais sobre determinada matéria, no intuito de garantir a segurança jurídica do Ordenamento, além de garantir a justiça na aplicação da norma.

No intuito de assegurar ainda mais a segurança jurídica que as decisões judiciais podem garantir, o Poder Legislativo da União promulgou, em dezembro de 2004, a Emenda Constitucional n. 45, que acrescentou à Constituição Federal de 1988 o Art. 103-A, outorgando poderes ao Supremo Tribunal Federal para

De ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem

¹ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 16ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

² Disponível em <http://www.jurisway.org.br/v2/pergunta.asp?idmodelo=6376>. Acesso em 24 de set. 2012.

A doutrina, nas palavras de Lutosa, é a “lição dos doutores especialmente editada para a iluminação das ideias de discentes e catedráticos, no mundo da razão”⁴. Assim, tem-se como outra fonte do direito o ensinamento de especialistas, em todas as áreas no direito, e suas opiniões, fundamentadas em extensas obras que servem para embasar o conhecimento, tanto dos discentes do Direito, quanto dos já formados, e, principalmente, dos juízes de Direito ao fundamentar suas decisões.

2.2.3. A analogia e os costumes

Antes de a lei ser a principal fonte do Direito, temos aquilo que inspira a criação das leis que comporão nosso Ordenamento jurídico: os costumes de um povo. Deste modo, O Direito, então, há que levar em consideração este importante componente: o costume, que nada mais são do que as práticas usuais tornadas regras no meio social.

Em definição de Gonçalves (2012, p.39), temos que o costume “pode ser conceituado como a prática constante, uniforme e pública de um determinado ato ou comportamento, acompanhado da convicção de sua necessidade”⁵.

É forçoso reconhecer que o costume, sendo a exteriorização mais atual da ordem do povo, é a fonte do Direito que melhor espelha essa evolução ou mudança.

Não é sem razão de ser, pois, que o julgador, diante de intrincadas questões, socorre-se do costume do povo, que é Direito vivo, para julgar com Justiça. A lei, que é regra escrita, parada no tempo, pode não mais se adequar à realidade atual, revelando-se impotente como instrumento de pacificação social⁶.

Quanto à analogia, esta acaba por se prevalecer sobre as demais fontes subsidiárias e completivas das lacunas do direito, pois nela, o juiz encontra solução dentro do próprio sistema jurídico, aplicando as mesmas soluções de situações semelhantes a conflitos que ainda não tenham sido regrados por determinada lei ou mesmo jurisprudência. Ainda conforme o entendimento de Gonçalves (2012, p. 39), a própria “lógica indica que a solução deve ser a mesma para duas hipóteses fáticas parecidas”. Por isso, quando o juiz não encontra no ordenamento solução para determinado caso, deve-se valer da solução aplicável ao caso semelhante, conforme a

³ BRASIL CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Artigo 103-A. 1988.

⁴ LUTOSA, Oton. A lei, o costume e o Direito. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/2113/a-lei-o-costume-o-direito>. Acesso em 24 set. 12.

⁵ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. Novo curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral e Processo de Conhecimento. 9ª. Edição. São Paulo:Saraiva, 2012.

⁶ LUSTOSA, Oton. A lei, o costume e o Direito. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/2113/a-lei-o-costume-o-direito>. Acesso em 24 set. 12.

previsão legal do Art. 4º da LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO.

2.2.4. As normas de direito internacional

Primeiramente, deve-se entender o “Direito Internacional Público” como o conjunto de normas da sociedade internacional, onde, através de um sistema normativo, os valores da comunidade internacional são frequentemente atualizados e tutelados, onde os Estados membros de determinada sociedade utilizam-se destas normas para terem seus interesses protegidos, observando-se seus princípios basilares como a não intervenção, a independência dos povos e a Soberania das nações.

Entretanto, há posições contrárias, como de John Austin (apud SOUZA, 2012, p. 64), que definiu que “a lei deve funcionar somente com o suporte da sanção”, ou seja, a sanção seria um elemento constitutivo da lei. Deste modo, Austin não considera a norma internacional de ordem pública como lei, pois o Direito Internacional, que tem como um dos princípios basilares o respeito à Soberania dos Estados, não impõe sanções aos Estados-membros não cumpridores de determinada regra, como se assim fosse um “Superestado”.

Entretanto, além das normas de Direito Internacional Público, encontram-se as normas de Direito Internacional Privado, que são reguladas, primordialmente, pelo Direito Público Interno.

Será o Direito Público Interno, no caso do Brasil, através da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro, que serão ditados os parâmetros para resolução de litígios que transcendam as fronteiras nacionais.

Mas, quando se fala em aplicar normas do direito internacional na solução dos litígios nacionais, não se leva em conta tão somente estas normas, mas, também, normas de outros regramentos jurídicos, de outras nacionalidades. Normas, costumes, leis, doutrinas transnacionais podem ser adotadas pelos Juízes togados brasileiros no embasamento e fundamentação de suas decisões, no caso de obscuridade da norma nacional. Assim, uma lei alemã, ou um princípio geral do direito latino, até mesmo lição de doutrinador espanhol, pode vir a embasar a sentença do juiz brasileiro, visto que, segundo Nunes (2011, p. 324) toda lei, para sua criação, baseia-se nos chamados *Princípios Gerais do Direito*. Assim disposto, os mesmos e universais princípios que serviram para embasar a criação de uma lei alienígena, podem, no caso concreto brasileiro, ser aplicadas para a solução do conflito.

O Brasil é signatário da Convenção de Direito Internacional Privado, de Havana, desde que foi assinada em fevereiro de 1928. Com o Decreto n. 18.871/29, convalidando o Decreto Legislativo n. 5.647/29, o conhecido Código de Bustamante adentrou nosso ordenamento jurídico, regulamentando a aplicação do direito internacional privado nas esferas internas dos países signatários.

Reza seu Art. 409 que a parte pode invocar a aplicação de Direito de qualquer Estado signatário da mesma convenção, ou alegar divergências entre direitos, desde que justificando o texto legal em que se embasou para tal, mediante certidão de dois advogados em exercício no país de cuja legislação se trate. Deu, este Tratado Internacional, aos advogados, o poder de dar fé à veracidade da existência de tal lei em alegada nação.

3. A aplicação da norma ao caso concreto: o devido processo legal

As normas provenientes das leis são constantemente aplicadas na sociedade, e regulam nossas vidas e nossos comportamentos sociais. O descumprimento delas acarreta sanções ao seu descumpridor. Entretanto, o Estado não pode simplesmente puni-lo sem o *devido processo legal*.

Segundo Gonçalves (2012, p. 53), este princípio constitucional (Art. 5º, LIV, CF/88) “obriga que se respeitem as garantias processuais e as exigências necessárias para a obtenção de uma sentença justa”.

Para que se chegue a uma sentença justa, o acusado de infringir dispositivo legal deve ser citado aos atos do processo para que, querendo, ofereça resposta à ação, respeitando-se, assim, os princípios, também constitucionais, do contraditório e da ampla defesa, garantindo, no processo, que sejam ouvidos os dois lados antes de prolatada qualquer decisão.

As pessoas, físicas ou jurídicas, tem o direito de serem julgadas por um juiz togado, membro empossado pelo Poder Judiciário que ingressou após concurso de provas e títulos, investido pelo Estado de Jurisdição, obedecendo, assim, ao Princípio do Juiz Natural. Este juiz, ao prolatar sua sentença, deve observar os requisitos obrigatórios ditados pelo Código Processual Civil em seu Art. 458, sob pena de nulidade.

O inciso II é expresso ao afirmar que a sentença deve conter “os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”. Ao fundamentar sua sentença, o juiz encontrará respaldos na lei, e, caso esta seja omissa, utilizará os demais meios de integração do ordenamento jurídico brasileiro (Art. 4º da LINDB) para que seja alcançada a pacificação da lide e solucionado o conflito proposto ao Judiciário.

3.1. A *jus puniendi* brasileira em território estrangeiro

A aplicação da sanção da norma nacional em território nacional é ditado pelo Diploma Processual Civil, que, em seu Art. 1º, declara que a jurisdição civil é exercida pelos juízes em todo o território nacional. Entretanto, o juiz brasileiro não tem

jurisdição em outros territórios, em respeito ao princípio da Soberania dos outros países. Para Jo (2000, p. 64), o *Princípio da Soberania* na “independência de um Estado nas relações com os outros”⁷, seja em questões políticas, financeiras, administrativas ou jurídicas.

Deste modo, a sentença condenatória nacional, para ser aplicada em território estrangeiro, deve obedecer a normas internacionais. No caso, o Poder Judiciário Brasileiro emite ao país destinatário da ordem, onde o condenado após devido processo legal reside, a *Carta Rogatória*. Nas palavras do então Ministro do STJ, Luiz Fux, em seu voto na Carta Rogatória Nº 438 - BE (2005/0015196-0), a Carta Rogatória

É um meio de cooperação judicial entre Nações, fundamentada no Direito Internacional, representando instrumento de intercâmbio internacional para o cumprimento extraterritorial de medidas processuais provenientes de outra Nação. Lastreia-se, outrossim, no princípio da reciprocidade, denominado pela doutrina de ‘Teoria da Cortesia Internacional’⁸.

A Carta Rogatória, quanto instrumento jurídico de cooperação internacional, foi convalidada com o advento da Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias, que aconteceu no Panamá, em 1975. No Brasil, esta Convenção passou a ter validade após a promulgação do Decreto n. 1898/96, pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso.

Este instrumento jurídico serve de complementação aos atos judiciais brasileiros em território extranacional, e é expedida em conformidade com o Art. 201 do Código Processual Civil brasileiro, onde “expedir-se-á (...) carta rogatória, quando dirigida à autoridade judiciária estrangeira”, para que seja realizado determinado ato processual. Esta, só terá validade nos processos de matérias civil e comercial, e apenas nos países signatários desta Convenção, observados os pressupostos nos termos de seu Art. 5, onde a Carta deverá encaminhar

Cópia da petição inicial e seus anexos e dos documentos ou decisões que sirvam de fundamento à diligência solicitada, da informação escrita sobre qual é a autoridade judiciária requerente, os prazos de que dispõe para agir a pessoa afetada e as advertências que lhe faça a referida autoridade sobre as consequências que adviriam de sua inércia, ou, quando for o caso, informação sobre a existência e domicílio de defensor de ofício ou de sociedade de assistência jurídica competente no Estado requerente.⁹

Estes documentos anexos devem estar traduzidos por intérprete outorgado pelo juízo ao idioma oficial do Estado requerido.

⁷ JO, HeeMoon. Introdução ao direito internacional. São Paulo: LTr, 2000.

⁸ A Carta Rogatória. Disponível em http://pt.wikipedia.org/wiki/Carta_rogat%C3%B3ria. Acessado em 24 set. 12.

⁹ BRASIL. Decreto n. 1.898, de 9 de maio de 1996. Promulga a Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias, de 30 de janeiro de 1975. 1996.

Deste modo diplomático, e em respeito à soberania dos Estados, solicita-se ao Estado destinatário a expedição do *exequatur* (do latim, “cumpra-se”) da ordem brasileira em seu território para efetivação da tutela jurisdicional.

3.2. A *juspuniendo* Estado estrangeiro em território nacional

O ordenamento jurídico brasileiro também admite a aplicação da sentença estrangeira em território nacional. Por meio da Constituição Federal de 1988 e de atos normativos infraconstitucionais (Resolução 9/STJ de 2005), foi regulada a aplicação da sentença estrangeira em território nacional, ou a prática de atos processuais, desde que observados os dispostos na Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias, do Panamá.

Fundamental papel teve o Supremo Tribunal Federal – o STF – que, até 2004, era responsável pelo posterior julgamento da sentença estrangeira, no intuito de verificar se tal sentença era compatível, mesmo que em parte, com o regramento jurídico brasileiro, além dos atos processuais necessários à sua adequação ao ordenamento nacional.

Em 2004, com o advento da EC 45 (Emenda Constitucional n. 45 de 2004), o Supremo Tribunal deixou de ter esta incumbência, passando ao Superior Tribunal de Justiça – STJ – as mesmas delegações anteriormente pertinentes. Assim, o Estado brasileiro, ao receber uma Carta Rogatória de outro Estado, submete à avaliação do STJ a sentença prolatada no estrangeiro, para, então, reconhece-la e executa-la, concretizando os objetivos de tal sentença, e concretizando um dos pilares do Direito Internacional Privado, que é o de se fazer a justiça mesmo em território estrangeiro, desde que observada as normas do ordenamento jurídico nacional.

4. A aplicação de norma internacional na solução de conflito de interesses ditada pelo Poder Judiciário em suas sentenças

A lei estrangeira material e a processual são admitidas pelo nosso ordenamento jurídico, nos limites estipulados pela própria lei.

O Código de Processo Civil, em seu Art. 337, prevê a possibilidade da aplicação da lei processual estrangeira, desde que a parte que alegar tal direito prove o teor e a vigência desta lei.

Quanto à lei material, assevera o Art. 14 do Decreto-Lei n. 4657/42 que “não conhecendo a lei estrangeira, poderá o juiz exigir de quem a invoca prova do texto e da vigência”. Deste modo, o ordenamento jurídico brasileiro permite que seja a lei estrangeira alegada no processo, desde que, quando desconhecida pelo magistrado, seja apresentada prova do texto e da vigência da lei em território estrangeiro.

Assim, a aplicação de lei estrangeira em território nacional é permitida desde que cumprida as disposições legais fundadas pelo ordenamento jurídico nacional. De mesmo modo, a lei estrangeira que abranja determinado caso concreto em território extranacional pode ser alegada pela parte interessada, ao juiz, desde que a ele demonstrada, para que se preencha eventual lacuna no ordenamento jurídico.

Em um campo hipotético, caso não haja previsão legal brasileira para determinado caso, por consequência, a doutrina nacional não se manifestou claramente sobre o mesmo e, ainda, as poucas posições jurisprudenciais são contraditórias entre si, há a autorização legal brasileira para que seja trazido, a pedido da parte interessada, alguma lei extranacional para que seja sanado esta lacuna da lei.

Salienta Diniz (apud Pereira, 2009, p. 7), que, nestes casos, não só pela previsão legal – que diz que a parte interessada pode trazer à apreciação do Judiciário brasileiro lei estrangeira – mas o próprio “magistrado deverá aplicar a lei estrangeira, mesmo sem alegação e prova da parte interessada, sempre que o direito privado (*lex fori*) julgar competente aquela lei”.

A saber, o Direito Internacional Privado é ditado pelas normas de Direito Público Interno. No caso do Brasil, a própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro indicará, por exemplo, qual lei deve ser seguida, por exemplo, num divórcio. O juiz nacional, a apreciar o caso, atentar-se-á ao ordenado pelo legislador na lei, e, assim, aplicará de ofício a lei estrangeira necessária à efetivação do divórcio e solução da lide.

5. A Supremacia Constitucional face à aplicação da norma internacional

Entretanto, para que haja a aplicação de norma internacional em território brasileiro, seja através de sentença estrangeira cujos resultados serão perpetrados em nossa esfera jurídica, seja através de fundamentações legais de sentenças embasadas em direito estrangeiro, é válido ressaltar que, além de estarem em conformidade com todo o Ordenamento Jurídico brasileiro, deve-se estar em conformidade com a Norma Maior deste mesmo Ordenamento, qual seja, a Constituição Federal de 1988.

Segundo Diniz (1998, p. 34), há basicamente dois princípios fundamentais que devem ser observados no caso de conflito de normas: o *princípio hierárquico* (“*lex superior derogat legi inferiori*”), que diz que a norma superior hierárquica deve prevalecer-se sobre norma inferior, mesmo se tal norma inferior seja anterior à norma superior. O outro princípio é o *princípio da anterioridade* (“*lex posterior derogat legi priori*”), que se remonta ao tempo em que as normas começaram a ter vigência, restringindo-se somente ao conflito das normas de mesma hierarquia, ainda mais na questão internacional em detrimento da *teoria da soberania*, defendida por Jo (2000, p. 64) como a independência de um Estado nas relações com os outros.

Mesmo que haja uma lacuna legal, o ordenamento jurídico é perfeito. Ele, como um todo, se completa e supre as eventuais lacunas legislativas que impeçam o magistrado, responsável por aplicar a lei ao caso concreto, de apreciar determinadas questões ainda não contempladas pelo congressista brasileiro. Assim, autorizado pelo próprio ordenamento a utilizar-se de ferramentas além daquelas previstas em lei, o magistrado pode, inclusive, utilizar-se de regras internacionais para que eventual lacuna seja preenchida durante a prolatação de sua sentença.

O legislador constituinte de 1988 autoriza os Tratados Internacionais assinados pelo Executivo a compor o Ordenamento Jurídico brasileiro, conforme disposição do Art. 5º, §2º da CF/88, desde que tenham passado por posterior crivo do Legislativo antes da emissão de Decreto Executivo, e o poder de reger o Direito Interno. Por ter o Brasil compactuado com o Código de Bustamante, que regulamenta a aplicação de Direito alienígena em território nacional, é constitucionalmente viável esta aplicação, nos termos do Art. 409 desta Convenção.

6. Conclusões

Assim, tanto na aplicação de lei estrangeira, de Direito Privado ou Público, em sentenças nas soluções de casos concretos, tanto na homologação de sentenças estrangeiras, para que produzam efeitos em território nacional, deve o magistrado atentar-se a três aspectos primordiais:

Primeiro, antes mesmo de se analisar a possibilidade constitucional de aplicação de alegada norma, o juiz, atendendo-se ao disposto no Art. 5º da LINDB, “atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Caso o bem comum ou os fins sociais não sejam atingidos pela alegada norma estrangeira, nem mesmo deverá o magistrado prosseguir na análise da possibilidade de aplicação de tal lei para suprir eventual lacuna, devendo, assim, buscar-se de outras fontes do Direito. Se, entretanto, a lei atender a esta disposição, passa o juiz a analisar os dois próximos aspectos.

Segundo, a lei extranacional aplicada deve respeitar a lei maior do país, a Constituição Federal de 1988, para que não cause insegurança jurídica ou abalo à mesma ordem, em virtude da hierarquia normativa proposta por Hans Kelsen.

E terceiro, caso não haja disposições constitucionais contrárias à norma eleita pelo magistrado ou indicado pelas partes, deve-se atentar se não há violação às outras fontes do direito interno, como a jurisprudência e os costumes. Deste modo, a norma internacional eleita para suprir determinada lacuna não deve ser contrária às decisões reiteradas dos Tribunais nem contrária aos costumes gerais da sociedade brasileira.

Revista Jurídica On-line

do Curso de Direito do Centro UNISAL de Lorena/SP

ISSN 1984-5405

Conclui-se, desta forma, ser estritamente constitucional a aplicação de norma legislada por outro país, não somente para suprir lacunas da nossa coleção de leis, mas, também, no intuito de que seja cumprida a justiça de modo geral através da efetivação, no Brasil, da sentença prolatada no estrangeiro, por ter o Brasil compactuado com o Código de Bustamante, que autorizado pela Constituição Federal a reger o Direito Interno, desde que em conformidade com o mesmo.

REFERÊNCIAS

Código de Bustamante. Disponível em <http://www.advogado.adv.br/legislacao/bustamante.htm>. Acesso em 22 out. 2012.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao estudo do direito: definição e conceitos básicos*. 4ª. Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 3ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *As lacunas no direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

DOLINGER, Jacob. *Aplicação do direito estrangeiro*. Disponível em <http://www.leonildo.com/curso/dolinger6.htm>. Acessado em 30 set. 12.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Novo curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral e Processo de Conhecimento*. 9ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOUVEIA, Alexandre Grassano F. *Direito natural e Direito positivo*. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/6/direito-natural-e-direito-positivo>. Acesso em 11 set. 2012.

JO, HeeMoon. *Introdução ao direito internacional*. São Paulo: LTr, 2000.

KÜMPEL, Vitor Frederico. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Método, 2007.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do Direito*. 28ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Princípio do Juiz Natural como garantia constitucional*. Disponível em <http://www.justica.sp.gov.br/Modulo.asp?Modulo=76>. Acessado em 24 set. 12.

Revista Jurídica On-line

do Curso de Direito do Centro UNISAL de Lorena/SP

ISSN 1984-5405

NUNES, Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 10ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

O Processo legislativo. Disponível em <http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/processolegislativo>. Acesso em 23set. 2012.

PELIZARI, Mateus Faeda. *O juiz como legislador positivo no caso concreto*. Disponível em <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1149>. Acesso em 23 set. 2012.

PEREIRA, João. *Trabalho Internacional*. Disponível em <http://www.joaopereira.com.br/internacional/equipe3.pdf>. Acesso em 30 set. 2012.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. *A atuação do STJ no reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras: e os objetivos do direito internacional privado*. **Revista Jurídica Consulex**, São Paulo, N° 280, Ano XII, pp. 36/37, setembro de 2008.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

SOUZA, Daniel Coelho de. *Introdução à Ciência do Direito*. Disponível em <http://www.coelhodesouzaadvogados.com.br/LivroDanielCoelho.pdf>. Acesso em 11 set. 2012.

Fontes do Direito. Disponível em http://pt.wikipedia.org/wiki/Fontes_do_direito. Acesso em 11 set. 2012.