



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



MÁRCIO OLIVEIRA ROCHA

**POR UMA NOVA DOGMÁTICA DA ORDEM PÚBLICA NO DIREITO
PROCESSUAL CIVIL CONTEMPORÂNEO**

Tese de Doutorado

Recife/PE
2017

MÁRCIO OLIVEIRA ROCHA

**POR UMA NOVA DOGMÁTICA DA ORDEM PÚBLICA NO DIREITO
PROCESSUAL CIVIL CONTEMPORÂNEO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade
de Direito do Recife da Universidade Federal de
Pernambuco como requisito parcial para obtenção
do grau de Doutor em Direito.

Área de concentração: Teoria e Dogmática do
Direito

Linha de Pesquisa: Jurisdição e Processos
Constitucionais

Orientador: Professor Doutor Leonardo José Ribeiro
Coutinho Berardo Carneiro da Cunha

Recife/PE
2017

Catálogo na fonte
Bibliotecário Josias Machado CRB/4-1690

R672p

Rocha, Márcio Oliveira

Por uma nova dogmática da ordem pública no direito processual civil contemporâneo. – Recife: O Autor, 2017.

230 f.

Orientador: Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da Cunha.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2017.

Inclui referências.

1. Processo civil. 2. Ordem pública (Direito). 3. Direito processual. 4. Direito - Filosofia. I. Cunha, Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da (Orientador). II. Título.

347.8105 CDD (22. ed.)

UFPE (BSCCJ2018-10)

MÁRCIO OLIVEIRA ROCHA

**POR UMA NOVA DOGMÁTICA DA ORDEM PÚBLICA NO DIREITO
PROCESSUAL CIVIL CONTEMPORÂNEO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito.

Área de concentração: Teoria e Dogmática do Direito.

Orientador: Professor Doutor Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da Cunha.

A banca examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Doutorado, e o julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: APROVADO

Professor Dr. Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da Cunha
(Presidente/UFPE)

Assinatura: _____

Professor Dr. Rodrigo Reis Mazzei (1º Examinador externo/UFES)

Julgamento: **Aprovado** Assinatura: _____

Professor Dr. Ricardo de Carvalho Aprigliano (2º Examinador externo/USP)

Julgamento: **Aprovado** Assinatura: _____

Professor Dr. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira (3º Examinador externo/UFAL)

Julgamento: **Aprovado** Assinatura: _____

Professora Dr^a. Larissa Maria de Moraes Leal (4ª Examinadora interna/UFPE)

Julgamento: **Aprovado** Assinatura: _____

Professor Dr. Roberto Paulino de Albuquerque Júnior (5º Examinador interno/UFPE)

Julgamento: **Aprovado** Assinatura: _____

Recife, 18 de dezembro de 2017.

Coordenadora Prof^a. Dr^a. Juliana Teixeira Esteves.

Aos meus professores (de ontem, de hoje e do amanhã).

AGRADECIMENTOS

No mínimo ingênuo pensar que poderia ter elaborado esta tese sozinho. Em que pese se trate de uma pesquisa monográfica, esta foi desenvolvida, discutida, pensada e formatada por várias mãos.

Inicialmente por Deus, pelo dom da vida, por ter me estendido a sua mão durante todos os momentos de dificuldade enfrentados nesses últimos 4 anos. E, mesmo sem merecer, concedeu-me inúmeras bênçãos, dentre elas me deu uma nova família, Polly Rocha – cunhada, Márcio Rocha – sogro – e Soninha Brito – a sogra –, que juntamente com mãinha, Maria do Carmo Oliveira, painho, Aguinaldo Rocha, e meu irmão, Diego Rocha, revigoraram-me a cada dia, torcendo e mandando sempre aquela energia positiva.

A minha *coisinha*, Patrícia Helena Brito da Rocha, por toda paixão, amor e lealdade que me fez sentir desde o primeiro beijo até a materialização da palavra felicidade em minha vida, a qual se traduz em dormir e acordar todos os dias ao seu lado.

A Dona Carminha, patrimônio histórico-cultural do PPGD/UFPE, por todo o auxílio e carinho a mim dispensado durante toda a minha jornada acadêmica em Recife.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Leonardo Carneiro da Cunha, com a cátedra acadêmica que lhe é ímpar, deu-me o privilégio de partilhar sua amizade, generosidade e simplicidade em instigar a busca pelo conhecimento jurídico e humano, o qual dedico o mérito desta tese, deixando as imperfeições por conta da minha negligência, imprudência e imperícia no trato com a dogmática jurídica.

Ao caro amigo, Felipe Costa Laurindo do Nascimento, por toda a sua prontidão e generosidade, seja no envio de artigos, textos, discussões acadêmicas e, principalmente, deixando seus compromissos profissionais para me socorrer no dia da minha qualificação.

Aos queridos amigos e colegas do grupo do WhatsApp “Jovens Processualistas Pernambucanos”, pela consideração de terem me incluído no grupo mesmo não sendo jovem, nem processualista e nem pernambucano, nas pessoas dos diletos amigos Murilo Teixeira Avelino, pelas discussões e pela gentileza de comprar alguns livros sobre ordem pública processual e me presentear, e Lucas Buril de Macêdo, por todas as discussões, análises e sugestões para a tese.

Aos caros amigos e confrades da Associação Norte Nordeste de Professores de Processo – ANNEP, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr., por toda indicação de textos e livros e pelas horas de muita discussão com enfrentamentos de pontos nodais da tese; Beclaute

Oliveira Silva e Pedro Henrique Nogueira, pelas indicações e empréstimos de vasta bibliografia brasileira e estrangeira, com discussões semanais nos intervalos das aulas na Unit; Arthur Laércio Homci, por ter me enviado cópia da tese sobre ordem pública da professora Dra. Gisele Santos Fernandes Góes; Roberto Campos Gouveia, pela discussão na minha exposição em seminário de tese na UFPE, com pertinentes observações quanto a alguns pontos relevantes da tese.

Outrossim, não poderia deixar de registrar a minha gratidão aos caríssimos amigos e amigas: Eduardo Lyra e Hélder Jatobá, pela indicação de livros e discussões sobre o tema; Thomé Bomfim, pelas discussões e por me presentear com livros da doutrina portuguesa, inclusive com o novo CPC Português; Karoline Bezerra Mafra, por todo apoio e suporte de livros atuais da doutrina processual portuguesa e espanhola; André Sampaio, pelas discussões e auxílio na indicação de livros na esfera penal; Vivianny Galvão, por todo o material da doutrina processual francesa e pela gentileza de me presentear com a versão comercial de sua tese, a qual também faz parte de minhas referências bibliográficas.

Aos amigos e companheiros de viagem para lecionar na Faculdade Cesmac do Agreste, em Arapiraca, na pessoa do nosso grande piloto Paulo Murilo Lima Pereira, por toda compreensão dos horários de chegada de Recife, muitas vezes com certo atraso, também pelo apoio, discussões jurídicas e de vida durante o percurso das viagens.

Aos meus queridos alunos e alunas dos grupos de pesquisa, processo civil contemporâneo e arbitragem da Unit, do Psic e da monitoria, da Faculdade Cesmac do Agreste, pelo apoio, discussões, pesquisa de decisões e auxílio na captação de bibliografia para o aprimoramento da tese.

Meu muito obrigado a todos!

*Quando se pretende a ciência,
é preciso desconfiar do manual.*
(Gadamer, *A razão na época da ciência*)

*O que se muda nas leis não destrói, sempre, os princípios,
e as alterações revelam o que se teve por fito, acertada ou erradamente.*
*O que importa é que as obras se cinjam aos dados jurídicos atuais
e à necessária atenção aos textos.*
(Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil, prólogo, Tomo I*)

RESUMO

Esta tese apresenta uma experimentação dogmática da ordem pública no âmbito do direito processo civil brasileiro. Possui o escopo de perceber por que as situações de ordem pública surgiram, quais as suas acepções, até que ponto ainda são úteis e como adequá-las ao atual momento dogmático processual. A análise desenvolve-se de forma dialética, contrapondo estudos de outros ramos do direito com teses específicas sobre a ordem pública no processo civil, apontando suas teses e antíteses. A relevância e a personalidade desta tese mostra-se em face da proposta de um giro dogmático quanto ao tema, porquanto as percepções valorativas incorporadas pela expressão *ordem pública* e discutidas pela dogmática processual brasileira encontram uma sustentação teórica frágil. E, por essa razão, geram no processo civil mais desequilíbrios do que estabilidades. De sorte que a ideia de ordem pública como uma situação inderrogável, indisponível, irrenunciável, insanável, que não admite preclusão e que pode ser suscitada no processo a qualquer tempo, não encontra sustentação consistente, seja sob o aspecto prático ou teórico. Pois, nesses encontros, constata-se que determinadas situações tituladas como de ordem pública podem se apresentar como derogáveis, disponíveis, renunciáveis, sanáveis, admitem preclusão e até suportam a possibilidade de não suscitação no processo a qualquer tempo. Tudo como forma de garantir a própria segurança, integridade, estabilidade e coerência do sistema processual, principalmente no atual contexto do processo civil, marcado por normas que fomentam a cooperação processual e priorizam a análise do mérito em tempo razoável. Nesse contexto, como forma de adequar a percepção da ordem pública no processo civil ao momento dogmático do Estado Constitucional, estabelece-se uma nova dogmática para as normas processuais, classificando-as como normas processuais rígidas, normas processuais flexíveis e normas processuais híbridas. Com isso, espera-se atingir uma simplificação a tornar mais clara, adequada e consistente a análise de determinadas situações jurídicas processuais atribuídas à ordem pública. Ressalte-se, por oportuno, que esta mudança de paradigma exige uma nova nomenclatura, exatamente para justificar a adequação dos fundamentos dogmáticos da tese em contraponto ao que se convencionou denominar de *ordem pública processual* para *ordem constitucional e democrática processual*. No entanto, a tese não defende a abolição da expressão *ordem pública* do sistema jurídico brasileiro, malgrado concluir que a sua percepção de vanguarda não encontra sustento dogmático no processo civil contemporâneo. Mas, quiçá, espera-se fomentar um processo da utilização responsável do termo ou catálise da discussão no direito processual e nos demais ramos do direito.

Palavras-chave: Processo Civil. Ordem Pública Processual. Ordem Constitucional e Democrática Processual. Norma Processual Rígida. Norma Processual Flexível. Norma Processual Híbrida.

ABSTRACT

This thesis presents a dogmatic experimentation of public order within the Brazilian Civil Procedure Law. It, so, has the scope of realizing whether situations of public order have emerged, which their meanings, what extent are still useful to, and how to adapt them to current dogma procedural. This analysis has been developed in a dialectic way, contrasting studies of other branches of law against specific theses on public order in civil procedure, pointing its theses and antitheses. The relevance and the personality of this thesis shows itself in account of the proposal of a dogmatic spin on the subject, because the value perceptions incorporated by public order and discussed by the Brazilian Procedural Dogmatic encounter a fragile theoretical support. And, for this reason, such perceptions generate in the civil procedure more imbalance than stability. Hence the idea of public order as a non-derogable, an unavailable, an indispensable, and an opposition situation – which admits no preclusion and that can be raised in the process at any time – is not a consistent uphold, either under practical or theoretical aspect. For in these coping situations, it can be noted that certain spots classified as public order can be presented as derogable, available, waivable, rectifiable, which admit preclusion and even support the possibility of not being raised in the process at any time – all this as a way to guarantee the integrity, stability and consistency of the procedural system, particularly in the current context of civil procedure, which is marked by norms that foster procedural cooperation and prioritize the merits analysis in a reasonable time. In this context, as a way of adapting the perception of public order in civil procedure to the time of the Dogmatist Constitutional State, it establishes a new dogmatic constitution for procedural rules, classifying them as rigid procedural rules, procedural rules and flexible hybrid procedural rules. Hence, it is expected to achieve a simplification to make it clearer, adequate and consistent the analysis of certain procedural legal situations allocated to public order. It is worth mentioning, by opportune, that this paradigm shift requires a new nomenclature, and exactly to justify the appropriateness of dogmatic fundamentals of thesis, in contrast to what is conventionally called cogent standard or *public order procedure* for *constitutional and democratic order procedure*. Notwithstanding, the theory does not advocate the abolition of the *public order* expression from the Brazilian legal system, although it concludes that its perception of vanguard is not dogmatic livelihoods in contemporary civil process. But, perhaps, it promotes a process of responsible use of the term or harness the discussion on procedural law and in other branches of the law.

Keywords: Civil Procedure. Public Order Procedure. Constitutional and Democratic Order Procedure. Rigid Procedural Rule. Flexible Procedural Rule. Hybrid Procedural Rule.

SINTESI

La tesi presenta una sperimentazione dogmatica dell'ordine pubblico nell'ambito del diritto processuale civile brasiliano. Ha lo scopo di percepire perché sono sorte situazioni dell'ordine pubblico, quali sono i loro significati, fino a che punto sono ancora utili e come adattarli all'attuale momento processuale dogmatico. L'analisi si sviluppa in modo dialettico, opponendosi agli studi di altri rami del diritto con tesi specifiche sull'ordine pubblico nel processo civile, evidenziando le loro tesi e antitesi. La rilevanza e la personalità di questa tesi è mostrata di fronte alla proposta di una svolta dogmatica sul tema, poiché le percezioni di valore incorporate dall'espressione dell'ordine pubblico e discusse dal dogma processuale brasiliano trovano un debole supporto teorico. Per questo motivo, generano nel processo civile più squilibri che stabilità. Affinché l'idea di ordine pubblico come una situazione irrimediabile, inevitabile, irrevocabile, insormontabile che non preclusione di ostilità e che possa essere sollevata nel processo in qualsiasi momento, non trova un supporto coerente, né nell'aspetto pratico né in quello teorico. Per questi confronti, sembra che certe situazioni titolate come ordine pubblico possono presentare come inderogabile disponibili, rinunciabile, riparabili, concedere preclusione e anche sostenere la possibilità di non suscitarão nel processo in qualsiasi momento. Tutto al fine di garantire la propria sicurezza, l'integrità, la stabilità e la coerenza del sistema giudiziario, in particolare nel contesto di un procedimento civile, segnata da norme procedurali che favoriscono la cooperazione e dare priorità all'analisi dei meriti entro un termine ragionevole. In questo contesto, come modo per adattare la percezione dell'ordine pubblico nel processo civile al momento dogmatico dello Stato costituzionale, viene stabilita una nuova dogmatica per le norme procedurali, classificandole come rigide regole procedurali, norme procedurali flessibili e norme procedurali ibride. Pertanto, si prevede di raggiungere una semplificazione per rendere più chiara analisi, adeguata e coerente di determinate situazioni giuridiche procedurali attribuiti per l'ordine pubblico. Va sottolineato, tuttavia, che questo cambiamento di paradigma richiede una nuova nomenclatura, proprio per giustificare l'adeguatezza dei fondamenti dogmatici della tesi in contrappunto a quello che è stato convenzionalmente definito come un ordine pubblico procedurale per l'ordine procedurale costituzionale e democratico. Tuttavia, la tesi non difende l'abolizione dell'espressione di ordine pubblico del sistema legale brasiliano, anche se conclude che la sua percezione di avanguardia non trova sostentamento dogmatico nel processo civile contemporaneo. Ma, forse, si spera di fomentare un processo dell'uso responsabile del termine o della catalisi della discussione nel diritto procedurale e in altri rami del diritto.

Parole chiave: Processo Civile. Ordine Pubblico Processuale. Ordine Processuale Costituzionale e Democratico. Norme Rigidità Processuale. Norme Flessibile Processuale. Norme Ibride Processuale.

SUMÁRIO

1 Introdução	14
2 Razões históricas e culturais da ordem pública	17
2.1 O amor, a liberdade, a justiça e o sentimento de ordem pública	17
2.2 A importância do Direito Internacional Privado no estudo da ordem pública	22
2.3 A ordem pública e sua essência histórico-dogmática	23
2.4 Principais percepções da ordem pública	33
2.4.1 <i>Os domínios Público e Privado (Ordem Pública e Ordem Privada)</i>	33
2.4.2 <i>Ordem Pública e Organização Jurídico-Social</i>	38
2.4.3 <i>Ordem Pública do ponto de vista Instrumental</i>	44
2.5 Norma cogente e ordem pública	45
2.5.1 <i>Uma percepção contemporânea da norma cogente</i>	47
2.5.2 <i>A ordem pública no plano da eficácia</i>	50
2.6 Premissas metodológicas	54
2.6.1 <i>Do interesse público à ordem pública</i>	54
2.6.2 <i>Da ordem pública à ordem constitucional</i>	55
2.6.3 <i>Da norma cogente à norma rígida</i>	57
3 Ordem pública na legislação brasileira e nos Tribunais Superiores	59
3.1 A expressão ordem pública na legislação brasileira	59
3.1.1 <i>Constituição Federal 1988</i>	60
3.1.2 <i>Direito Civil</i>	62
3.1.3 <i>Direito Penal</i>	65
3.1.4 <i>Direito do Consumidor</i>	72
3.1.5 <i>Direito do Trabalho</i>	74
3.1.6 <i>Direito Administrativo</i>	76
3.1.7 <i>Direito Internacional Privado</i>	78
3.1.8 <i>Arbitragem</i>	82
3.1.9 <i>Código de ética da Ordem dos Advogados do Brasil</i>	90
3.2 As legislações dos Tribunais Superiores e a ordem pública	91
3.2.1 <i>Regimento Interno do STF e STJ e as questões de ordem</i>	91
3.2.1.1 <i>Supremo Tribunal Federal</i>	92
3.2.1.1.1 <u><i>Avocação de causas e ordem pública</i></u>	94
3.2.1.2 <i>Superior Tribunal de Justiça</i>	96

3.3 A suspensão de segurança e a grave lesão à ordem pública.....	97
3.3.1 <i>Ordem pública, ordem administrativa e ordem jurídica</i>	99
3.4 Os precedentes dos Tribunais Superiores e as questões de ordem pública	100
3.4.1 <i>Supremo Tribunal Federal</i>	102
3.4.2 <i>Superior Tribunal de Justiça</i>	107
4 Ordem Pública no processo civil brasileiro e estrangeiro	109
4.1 Doutrina brasileira e ordem pública processual	109
4.1.1 <i>Ricardo de Carvalho Aprigliano</i>	109
4.1.2 <i>Gisele Santos Fernandes Góes</i>	121
4.1.3 <i>Trícia Navarro Xavier Cabral</i>	127
4.1.4 <i>Antonio do Passo Cabral</i>	139
4.1.5 <i>Será a ordem pública processual uma situação de “tû-tû”?</i>	142
4.2 Processo civil estrangeiro e ordem pública processual	145
4.2.1 <i>Processo Civil Português</i>	147
4.2.2 <i>Processo Civil Italiano</i>	156
4.2.3 <i>Processo Civil Francês</i>	159
4.2.4 <i>Processo Civil Espanhol</i>	161
5 Remates Iniciais	164
6 A ordem pública no caminhar do processo civil brasileiro	169
6.1 As percepções da ordem pública na história da legislação processual civil.....	169
6.1.1 <i>Ordenações, Lei 29 de novembro de 1832, Regulamento n.º 737 de 1850 e a Lei n.º 221 de novembro de 1894</i>	169
6.1.2 <i>Código de Processo Civil de 1939</i>	177
6.1.3 <i>Código de Processo Civil de 1973</i>	181
6.1.4 <i>Código de Processo Civil de 2015</i>	188
6.2 As questões de cognição de ofício são de ordem pública processual?	192
6.2.1 <i>O sentido da expressão “de ofício”</i>	192
6.2.2 <i>O sentido da expressão “em qualquer tempo e grau de jurisdição”</i>	194
6.2.3 <i>As questões cognoscíveis de ofício e ditas de ordem pública</i>	197
6.2.3.1 <i>Ausência de citação</i>	197
6.2.3.2 <i>Incompetência absoluta</i>	199
6.2.3.3 <i>Impedimento do juiz</i>	201
6.2.3.4 <i>Coisa julgada</i>	203
6.2.3.5 <i>Legitimidade e interesse processual</i>	205

6.2.3.6 Prequestionamento e Repercussão Geral	207
6.2.3.7 Prescrição e decadência	208
7 Por uma nova dogmática da ordem pública no processo civil contemporâneo	210
7.1 A inadequação dogmática da ordem pública processual como indisponível, inderrogável, insanável, irrenunciável e absoluta	210
7.1.1 Preclusão e ordem pública processual	210
7.1.2 Convalidação e ordem pública processual	211
7.1.3 Renúncia e ordem pública processual	211
7.1.4 Sanação e ordem pública processual	212
7.1.5 Negócio jurídico e ordem pública processual	212
7.2 Mudança de paradigma e a adequação dogmática contemporânea	213
7.2.1 Compreensão e classificação das normas no processo civil	215
7.2.1.1 Norma processual rígida	215
7.2.1.2 Norma processual flexível	215
7.2.1.3 Norma processual híbrida	216
7.2.2 Da ordem pública processual à ordem constitucional e democrática processual	216
7.2.2.1 Ordem pública processual	216
7.2.2.2 Ordem constitucional e democrática processual	217
8 Conclusão	218
Referências	219

1 Introdução

A *ordem pública*, como outros fenômenos de conteúdo vago e indeterminado no Direito – interesse público, justiça, liberdade, função social, boa-fé etc. –, ainda é motivo de muitas inquietações para dogmática jurídica.

Não raro, nos deparamos, no desenvolvimento da vida profissional e acadêmica, com expressões que muito mais transpassam uma *percepção* ou um *sentimento*, do que seu próprio conceito com definições lógicas e sistematizadas. Nesse sentido, a própria discussão do que é o Direito, desde o seu início até a atualidade, foi tomada de inúmeras teorias e teses no intuito de aclarar a sua percepção. E, ainda hoje, há quem questione o conteúdo do termo e a sua cientificidade, o que se mostra bastante salutar.

Parece-nos que o mesmo caminhar vem tomando a percepção de *ordem pública*. Essa junção emblemática de duas palavras com variadas significações e que, por vezes, também pode ser utilizada como argumentação retórica de justificação do mau exercício do *poder*, vem ocasionando relevantes discussões em vários ramos do Direito. Por isso, no atual momento dogmático, ganha relevância a sua discussão nos bancos acadêmicos.

De início, assim que começamos a desenvolver a pesquisa, tínhamos como foco estabelecer um *conceito fundamental* para este fenômeno no processo civil, com a definição dos seus contornos nucleares. Propondo a seguinte indagação: Qual o conceito de ordem pública no âmbito processual? Contudo, ao verticalizar os estudos, constatamos que essa atividade seria uma empreitada bastante corajosa, porém, infactível. E, ao mesmo tempo, de certa ingenuidade acadêmica.

Assim, como forma de alumiar a percepção desta turva expressão, essa pesquisa encontrou o caminho de realizar uma experimentação dogmática da ordem pública no âmbito do Direito Processual Civil contemporâneo, no sentido de dialogar e identificar as suas acepções histórico-dogmáticas, a sua necessidade ou não ao atual sistema processual e como enquadrar os seus aspectos imperativos e, por vezes autoritários, ao atual momento da dogmática processual.

Com esse novo direcionamento, reformulamos e desdobramos as indagações nos seguintes termos: O que se percebe como ordem pública? O que a doutrina entende como questões de ordem pública no processo civil? As situações de ordem pública se sustentam na

dogmática processual contemporânea? Como adequar a sua percepção à atual dogmática processual contemporânea?

Assim, para começar o desenvolvimento desta tarefa, em face dos relevantes estudos sobre a ordem pública desenvolvidos pelo Direito Internacional Privado, adotamos este ramo jurídico como marco teórico inicial da pesquisa para buscamos a gênese do caminho trilhado por este fenômeno.

Nesse contexto, a ordem pública aparece como forma de blindagem da *coisa pública* romana, como um dos corolários da seguinte passagem do Digesto de Justiniano: *privatorum conventio juri publico non derogat*. O que acabou por influenciar vários sistemas jurídicos, principalmente após a inserção deste *sentimento* no Código Civil francês, em 1804, (art. 6º, *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs*), chegando e permanecendo no Código Civil brasileiro, em 2002, (art. 2.035, parágrafo único, *nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública*).

Assim, a percepção de *ordem pública* já nasce com ares de autoridade e de blindagem das *coisas* do Estado, marcado pelo elevado grau de *interesse público*, como forma de controle do exercício das liberdades dos indivíduos. Nesse ponto, estabelece-se a clássica dicotomia do público *versus* privado ou da ordem pública *versus* ordem privada. De igual modo, a ordem pública passou a blindar a aplicação da legislação estrangeira, no sentido de impor a soberania estatal, desmembrando a ordem pública em *interna* e *internacional*.

Por essa razão, a doutrina, de um modo geral, começou a associar a percepção de ordem pública à maioria das normas jurídicas que não possuíam em seu suporte fático o elemento *vontade* e, ao mesmo tempo, limitavam a liberdade dos indivíduos, denominando-as de *normas cogentes*, porque geram situações jurídicas que limitam o *autorregramento da vontade*. Ao passo que surge a dicotomia norma cogente *versus* norma dispositiva.

Assim, para alcançar os objetivos dos questionamentos traçados na tese, passamos a imprimir uma metodologia dialética e qualitativa de discussão, começando os encontros e estabelecendo as suas premissas metodológicas. Constatando que a percepção de *ordem pública* como *inderrogável*, *insanável*, *irrenunciável* e *absoluta*, advinda da concepção de *norma cogente*, passou a não mais encontrar sustentação teórica e prática, quiçá um dia tenha encontrado, necessitando e justificando uma adequação dogmática contemporânea.

Buscando respostas as proposições apresentadas, esta pesquisa passa a contrapor os estudos de outros ramos do Direito sobre ordem pública e com trabalhos específicos sobre a ordem pública no processo civil, procurando apontar suas teses e antíteses. Bem como,

verifica de que forma o processo civil estrangeiro contribuiu para o desenvolvimento da percepção de ordem pública, influenciando a doutrina de *escol* brasileira, principalmente a da fase metodológica da *instrumentalidade do processo*.

A tese se desenvolve em seis capítulos. O primeiro identificando as razões históricas e culturais da ordem pública, onde estabeleceremos as premissas metodológicas para a adequação e percepção deste fenômeno.

O segundo capítulo tratará da ordem pública na legislação brasileira e nos Tribunais Superiores, como a expressão aparece nos textos normativos e qual a percepção da doutrina especializada sobre o termo. Assim como, de que maneira o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça vem enfrentando e identificando a matéria de ordem pública em seus julgados.

Com base nessas primeiras análises, o terceiro capítulo encara a ordem pública no processo civil brasileiro e estrangeiro, destacando quatro estudos específicos sobre o tema na doutrina brasileira, no sentido de contrapô-los e enfrentar as suas teses e antíteses. Outrossim, como a ideia da ordem pública advém do direito romano, analisamos quatro sistemas processuais estrangeiros de origem romana, o português, o italiano, o francês e o espanhol, e que influenciam bastante o processo civil brasileiro.

No quarto capítulo, faz-se um arremate dos principais pontos enfrentados pela ordem pública durante a sua caminhada, como uma forma de sanear as questões relevantes e controversas para iniciar a instrução da tese, com a proposta de adequação dogmática contemporânea.

Para isso, o quinto capítulo analisa a percepção da ordem pública no desenvolvimento histórico do processo civil brasileiro, iniciando com as Ordenações do reino e as principais legislações da época, depois com as três grandes unificações processuais, o Código de Processo Civil de 1939, de 1973 e o de 2015. Ainda neste capítulo, esclarece-se o sentido da *cognição de ofício* realizada pelos juízes e das expressões “*de ofício*” e “*em qualquer tempo e grau de jurisdição*”, que se apresentam nos textos normativos do processo civil, desde 1939. Bem como, traz-se uma análise das principais questões de cognição de ofício que são identificadas pela doutrina como questões de *ordem pública processual*.

Por fim, no sexto capítulo, com base em todos os enfrentamentos no corpo desta tese, buscamos estabelecer uma nova dogmática ao que se convencionou chamar de *ordem pública processual*, inclusive propondo uma nova nomenclatura. Adequando, assim, ao momento dogmático contemporâneo do Estado Constitucional, marcado por um processo constitucional e democrático, na perspectiva dialética e cooperativa.

2 Razões históricas e culturais da ordem pública

2.1 O amor, a liberdade, a justiça e o *sentimento* de ordem pública

As escrituras bíblicas proclamam que o amor e “a caridade é paciente, é benéfica; a caridade não é invejosa, não é temerária; não se ensoberbece, não é ambiciosa, não busca os seus próprios interesses, não se irrita, não guarda ressentimento pelo mal sofrido; não folga com a injustiça, mas folga com a verdade; tudo desculpa, tudo crê, tudo espera, tudo sofre”.¹

O que podemos extrair desse texto, escrito há séculos, são possíveis características do sentimento humano e teológico da *caridade* e do *amor*, o que não nos leva à sua definição, conceito ou mesmo compreensão, mas às consequências que estes sentimentos podem provocar no mundo exterior, com as atitudes das pessoas. Ou seja, o amor e a caridade é mais percebido, sentido, vivido e praticado, do que compreendido, definido, conceituado ou sistematizado.

No mundo jurídico e social, podemos encontrar também essa percepção quando falamos em *liberdade* ou nos indagamos sobre o conteúdo do que representa a liberdade. Ainda que o direito transmita uma ideia de liberdade, jamais seremos livres em si, até porque o conteúdo e a essência de liberdade não nos é humanamente alcançado, seja do ponto de vista físico, filosófico, religioso, sociológico e, muito menos, jurídico. Pois, o próprio direito nos retira a liberdade quando estabelece formas ou molduras de condutas e comportamentos, inclusive estabelecendo sanção pela prática de determinadas atitudes do livre arbítrio.

Ainda que se associe a liberdade à significação do homem fazer o que lhe aprouver, haverá uma contradição teórica e prática nesta assertiva, pois toda liberdade nasce de uma vontade e que, a maioria das vezes, depende da liberdade e da vontade em seus aspectos físicos, mentais e da vontade dos outros indivíduos, o que, por si só, impõe um tipo de restrição ou limitação, implicando uma contradição no próprio conteúdo de liberdade.

¹ BÍBLIA. 1Cor 13, 4-7. In: SOARES, Pe. Matos. **BÍBLIA SAGRADA**. 6ª Edição. versão segundo os textos originais. Porto: TIP Sociedade de Papelaria LDA, 1956, p. 319.

Não há exercício de liberdade em si, de sorte que “se o homem tem uma vontade, parece sempre como se houvesse duas vontades presentes no mesmo homem, lutando pelo poder sobre sua mente. Portanto, a vontade é poderosa e é impotente, é livre e não é livre”.²

Assim, a ideia de liberdade não comporta uma definição ou conceituação, mas podemos, dentro da convivência jurídica e humana, ter algumas percepções ou um *sentimento* do estado de liberdade do indivíduo ou das “liberdades fundamentais”,³ com suas possíveis limitações, características e consequências no ordenamento jurídico.

Desta forma, culturalmente “dependendo da solução escolhida, se torna tão impossível conceber a liberdade ou o seu oposto quanto entender a noção de um círculo quadrado. Em sua forma mais simples, a dificuldade pode ser resumida como a contradição entre nossa consciência e nossos princípios morais, que nos dizem que somos livres e, portanto, responsáveis”.⁴ E esta responsabilidade nos limita e nos impõe regramentos rígidos e, no mínimo, coerentes, íntegros e estáveis.

Ou seja, mesmo quando chegamos à conclusão de que somos livres em uma totalidade, livres em si não seremos. Pois, fenômenos internos ou externos que nos permeiam bloquearão a conduta em determinados aspectos e fatos, talvez sendo esta a essência da blindagem que se quer com o *sentimento* ou *vontade* quando se fala em ordem pública.

Outrossim, podemos identificar que o conteúdo da liberdade, a princípio, passou por uma ideia de exercício da vontade humana sem limites ou sem responsabilidades, o que pode se confundir com a anarquia ou banalização de condutas e comportamentos humanos, em que pese existirem teorias que defendam o exercício da liberdade como *autocausalidade*, com “ausência de condições ou de regras e recusa de obrigações”. Apontando que “a liberdade consiste em cada um fazer o que lhe aprouver, em viver como quiser, sem estar vinculado a lei nenhuma”.⁵

² ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Trad. Mauro W. Barbosa. 7ª ed. reimp. São Paulo: Perspectiva, 2013, p. 209.

³ “O republicanismo não fala em *liberdade* mas em *liberdades*. Existem liberdades republicanas e não uma *liberdade republicana*. A ideia de que a República respeita e garante a efetivação de *liberdades* significa, desde logo, que a Constituição não garante uma qualquer liberdade extrajurídica como, por exemplo, a liberdade natural do liberalismo ou a liberdade nihilista do anarquismo. Por outras palavras, inspiradas num conhecido cultor da teoria da justiça contemporânea: a República não atribui nenhuma prioridade à liberdade enquanto tal, pois a questão nuclear foi sempre a obtenção de certas **liberdades básicas** específicas tal como elas se encontram nas várias cartas de direitos e declarações de direitos homem”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 226).

⁴ ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Trad. Mauro W. Barbosa. 7ª ed. reimp. São Paulo: Perspectiva, 2013, p. 188-189.

⁵ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 6ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 701-702.

A filosofia moderna destaca que o exercício da liberdade perfaz uma forma “de escolha entre possibilidades determinadas e condicionadas por motivos determinantes”, ou seja, a “liberdade é uma questão de medida, de condições e de limites”, mas não uma mera escolha, e sim uma “possibilidade de escolha sempre ao alcance de qualquer um que se encontre nas condições oportunas”.⁶

Não se concebe atualmente uma cultura do exercício de uma liberdade em si dos indivíduos, sem a observação de determinadas maneiras, formas ou *quadros de referências* com a possibilidade de escolhas, pois em não sendo assim, não haveria o sentimento de “ordem”,⁷ *sentimento* este inegavelmente necessário ao desenvolvimento social e humano.

Contudo, é possível que este “quadro de referências no qual certas proposições são tidas como senso comum pode mudar, por vezes rapidamente, como ocorreu nas últimas décadas com certas visões acerca das preferências e capacidade das mulheres”⁸ e, em outros casos, pode até perdurar um pouco mais.

Ainda que se entenda, como regra, que “todo conceito surge pela igualação do não igual”,⁹ ou seja, um conteúdo geral que traduzissem as diversas formas de liberdade, não se alcançaria a dimensão que envolve a sensação ou o sentimento de liberdade em si, quiçá ininteligível ao ser humano.¹⁰ Porém, é possível sentir ou perceber situações ou pontos de

⁶ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 6ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 703-705.

⁷ “A ordem supõe coordenação, uma certa redução da pluralidade à unidade, a vinculação regulada pela obtenção do fim comum, o que tem razão de bem. A situação que se designa às coisas está indicada nas normas que procuram definir e estabelecer a ordem; assim, as normas ou leis são fontes, medida e regra das coisas ordenáveis. A exemplaridade da ordem que se busca, que permitirá chegar e conservar o fim, está em ditas leis ou normas. A desordem aparece quando as conexões entre as coisas são desviadas do fim comum, impossibilitando a obtenção do mesmo. A ordem supõe uma inteligência que a defina e a consagre nas normas; logo, sem razão é constitutivamente impossível dispor as coisas de maneira a obter um determinado fim através da ordem”. (VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação Jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas**. trad. Susana Elena Dalle Mura. 2ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 195).

⁸ POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 6.

⁹ “Tão certo como uma folha nunca é totalmente igual a uma outra, é certo ainda que o conceito de folha é formado por meio de uma arbitrária abstração dessas diferenças individuais, por um esquecer-se do diferenciável, despertando então a representação, como se na natureza, além das folhas, houvesse algo que fosse ‘folha’, tal como uma forma primordial de acordo com a qual todas as folhas fossem tecidas, desenhadas, contornadas, coloridas, encrespadas e pintadas, mas por mãos ineptas, de sorte que nenhum exemplar resultasse correto e confiável como cópia autêntica da forma primordial”. (COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica**: fragmentos. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 345).

¹⁰ “Consequentemente, a antinomia entre liberdade prática e não-liberdade teórica, ambas igualmente axiomáticas em suas respectivas áreas, não diz respeito meramente a uma dicotomia entre Ciência e Ética, mas repousa em experiências cotidianas nas quais tanto a Ética quanto a Ciência têm seu ponto de partida. Não é a teoria científica, mas o próprio pensamento, em seu entendimento pré-científico e pré-filosófico, que parece dissolver no nada a liberdade na qual se baseia nossa conduta prática. É que, no momento em que refletimos sobre um ato que foi empreendido sob a hipótese de sermos um agente livre, ele parece cair sob o domínio de

liberdade. Por exemplo, transitar dentro do território brasileiro ou simplesmente sair de casa para trabalhar podem gerar situações com *sentimento* ou *percepção* de liberdade. Em contraponto, essa sensação de liberdade pode ser prejudicada pela situação de determinada violência social (guerra civil) com a quebra da ordem, da normalidade cotidiana.

Nesse contexto, a própria ideia ou o sentimento de *justiça* possui essa dinâmica, inclusive tem “lugares comuns” com a noção de igualdade. Pois, quando se pretende a justiça concedendo “a cada um o que é seu de direito”,¹¹ imprime-se aí uma dinâmica no campo da igualdade, o que acaba por não conceituar ou definir o que é *justo* ou *injusto*, mas apenas conseguimos sentir ou perceber o justo na realização de determinada conduta.¹²

Ainda que se convencie que determinada conduta é justa ou que alguns valores representam o ideal de justiça de certa sociedade, parte-se de um critério de escolha que também poderá soar arbitrário, uma vez que os ideais e valores de uma comunidade seriam fixadas por um grupo ou um indivíduo e, inevitavelmente, até com base nos próprios sentimentos particulares de cada membro deste grupo ou do indivíduo, não contemplariam os ideais e os valores de justiça dos demais membros do corpo social. E este corpo social acabaria acolhendo ou até mesmo aderindo, voluntária ou compulsoriamente, aos ideais e valores de justiça escolhidos.

Desta forma, não teria como compatibilizar esta situação com uma pretensão de se estabelecer uma compreensão universal de *justiça* ou uma escolha pura ou por “posição

duas espécies de causalidade: a causalidade da motivação interna, por um lado, e o princípio causal que rege o mundo exterior, por outro”. (ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Trad. Mauro W. Barbosa. 7ª ed. reimp. São Paulo: Perspectiva, 2013, p. 190).

¹¹ “*Jus est constans et perpetua voluntas suum cuique tribuere*”. (JUSTINIANO I. **Institutas do Imperador Justiniano**. trad. J. Cretella Jr. 2ª ed. ampl. e rev. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 21).

¹² “A justiça é uma noção prestigiosa e confusa. Uma definição clara e precisa desse termo não pode analisar a fundo o conteúdo conceitual, variável e diverso, que seu uso cotidiano poderia fazer aparecer. Definindo-a, não se pode pôr em foco senão um único aspecto da justiça ao qual se quereria reportar todo o prestígio desta, tomada no conjunto de seus usos. Esse modo de agir apresenta o inconveniente de operar, por um subterfúgio lógico, a transferência de uma emoção de um termo para o sentido que se quer arbitrariamente conceder-lhe. Para evitar tal inconveniente, a análise da justiça se aterá a pesquisar a parte comum a diversas concepções da justiça, para que, evidentemente, não esgote todo o sentido dessa noção, mas que é possível definir de uma forma clara e precisa. Essa parte comum, chamada de justiça formal, permiti-nos dizer quando um *ato* é considerado justo. A justiça de um ato consiste na igualdade de tratamento que ele reserve a todos os membros de uma mesma categoria essencial. Essa igualdade resulta, por sua vez, da regularidade do ato, do fato de que coincide com uma consequência de uma determinada regra de justiça. A partir daí, pôde-se definir a noção de equidade que permite escapar às antinomias da justiça acarretadas pelo desejo de aplicar simultaneamente várias regras de justiça incompatíveis. É infinitamente mais delicado definir uma noção que possibilite dizer quando uma *regra* é justa. A única exigência que se poderia formular acerca da regra é que não seja arbitrária, mas se justifique, decorra de um sistema normativo. Mas um sistema normativo, seja ele qual for, contém sempre um elemento arbitrário, o valor afirmado por seus princípios fundamentais que, eles, não são justificados. Esta última arbitrariedade, é logicamente impossível de evitá-la”. (PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 66-67).

original”, como pretendeu John Rawls¹³ ao construir um artifício hipotético-teórico do “véu de ignorância”.

Talvez por isso o Código de Processo Civil, ao tratar da cooperação processual (art. 6º),¹⁴ atribui uma percepção formal de justiça ao descrever no referido texto normativo a expressão *decisão justa*. Parece-nos que a *justiça* da decisão não está na significação metafísica do que cada sujeito ou grupo compreende do termo, mas da percepção que se convencionou pela norma processual com a atuação colaborativa e leal de todos os sujeitos processuais, garantindo o desenvolvimento processual hígido, seja na identificação dos ônus, das faculdades, dos poderes ou dos deveres dos sujeitos processuais.

Portanto, se na condução do processo são preservadas todas as garantias normativas, constitucionais e infraconstitucionais, podemos dizer, na percepção formal de justiça atribuída pela norma processual, que o seu resultado foi *justo* ou traduz uma *decisão justa*.

Desta forma, podemos constatar que as situações exteriorizadas pelo *amor*, pela *liberdade* e pela *justiça* são mais percebidas, sentidas e vivenciadas do que conceituadas, definidas ou sistematizadas racionalmente.

E, semelhantemente as situações que estes sentimentos provocam, parece-nos que é o que ocorre com a *ordem pública*. Ela se afigura como um fenômeno cultural sem uma definição em si, porém sentida,¹⁵ possuindo mais percepções, características e consequências,

¹³ “Supõe-se, então, que as partes não conhecem certos tipos de fatos particulares. Em primeiro lugar, ninguém sabe qual é o seu lugar na sociedade, a sua posição de classe ou o seu status social; além disso, ninguém conhece a sua sorte na distribuição de dotes naturais e habilidades, sua inteligência e força, e assim por diante. Também ninguém conhece a sua concepção do bem, as particularidades do seu plano de vida racional, e nem mesmo os traços característicos de sua psicologia, como por exemplo a sua aversão ao risco ou sua tendência ao otimismo ou ao pessimismo. Mais ainda, admito que as partes não conhecem as circunstâncias particulares de sua própria sociedade. Ou seja, elas não conhecem a posição econômica e política dessa sociedade, ou o nível de civilização e cultura que ela foi capaz de atingir. As pessoas na posição original não têm informação sobre a qual pertencem. [...] O véu de ignorância é uma condição essencial na satisfação dessa exigência [a de que os mesmos princípios sejam sempre escolhidos]. Ele assegura não apenas que a informação disponível é relevante, mas também que é a mesma em todas as épocas”. (RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímole Esteves. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 147-149).

¹⁴ “O modelo cooperativo afasta-se da ideia liberal do processo, que tem um juiz passivo, responsável por arbitrar uma ‘luta’ ou ‘guerra’ entre as partes. O modelo cooperativo também se afasta da ideia de um processo autoritário, em que o juiz tem uma postura solipsista, com amplos poderes. Não se está diante de um processo cuja condução é determinada pela vontade das partes (processo dispositivo ou liberal), nem se está diante de uma condução inquisitorial do processo. O que há é uma condução cooperativa, com uma comunidade de trabalho, sem destaques para qualquer um dos sujeitos”. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Normas Fundamentais no novo CPC Brasileiro. In **Processo Civil Comparado: análise entre Brasil e Portugal**. Org. João Calvão da Silva [et al.]. São Paulo: Forense, 2017, p. 118-119).

¹⁵ “Se a definição da ordem pública é difícil e também desnecessária, e talvez difícil porque desnecessária, sendo daqueles fenômenos que melhor se compreendem com o sentimento do que com a razão, seus objetivos são claros”. (DOLINGER, Jacob. **A evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro, 1979. (tese apresentada à egrégia congregação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro para o concurso à Cátedra de Direito Internacional Privado). p. XIII).

do que uma essência ou uma gênese pré-definida ou racionalmente sistematizada e compreendida. Contudo, identificar esse *sentimento* de ordem pública e adequá-lo ao momento dogmático contemporâneo marcado pelo culto aos direitos e garantias fundamentais e ao Estado Constitucional de Direito, com as devidas cautelas, faz-se necessário, pois desde a passagem do Estado Liberal para o Estado Social (*Welfare State*), o sentimento de ordem pública ganhou muito fôlego e acirradas discussões.¹⁶

Assim, partindo dessa premissa, para percebermos melhor as possíveis razões e consequências de expressão tão volátil, necessário se faz discutirmos alguns pontos históricos que, provavelmente, implementaram algumas das percepções ao termo ordem pública nos sistemas jurídicos.

2.2 A importância do Direito Internacional Privado no estudo da ordem pública

Primeiramente, cumpre destacar que a compreensão do *sentimento* da ordem pública, do ponto de vista histórico e cultural, é bastante desenvolvida como um dos fundamentos estruturais do Direito Internacional Privado,¹⁷ como uma verdadeira essência deste ramo do Direito, surgindo também como base da divisão dos ramos do Direito Público (interno e internacional) e Privado.

Na França foram produzidos vários estudos sobre o tema ordem pública,¹⁸ principalmente no Direito Internacional Privado, destacando desde os trabalhos de René

¹⁶ “De qualquer forma, com o advento do *Welfare State* no século XX, assistiu-se a uma crescente intervenção do Estado nos mais diversos domínios. [...] o Poder Público, de mero espectador, vai convertendo-se em protagonista das relações econômicas, passando a discipliná-las de forma cogente, através da multiplicação de normas de ordem pública, que se impõem diante da autonomia da vontade das partes”. (SARMENTO, Daniel. **Interesses Públicos vs. Interesses Privados na perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional**. In SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 39).

¹⁷ “A ordem pública internacional deve ser vista como um anteparo armado pelo Direito Internacional Privado contra suas próprias regras, a fim de evitar que, no desiderato de respeitar e fortalecer a comunidade jurídica entre os Estados, de construir a harmonia jurídica internacional, a fim de garantir a continuidade e fluidez do comércio internacional e a segurança das relações jurídicas internacionais, se criem situações anômalas em que princípios cardinais do direito interno de cada país venham a ser desrespeitados, que normas básicas da moral de um povo sejam profanadas ou que interesses econômicos de um Estado sejam prejudicadas. E acima de tudo para a ordem pública verdadeiramente internacional, regida pelos interesses universais, que exige coordenação e colaboração entre os Estados para manter o equilíbrio do meio ambiente, da disciplina das atividades internacionais, do controle da criminalidade internacional, dos interesses internacionais em geral e, acima de tudo, da paz entre os povos.” (DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado**. 13ª ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 495).

¹⁸ DUBREUIL, Charles-André (Direction). **L'ordre Public**. (Actes du colloque organisé les 15 & 16 décembre 2011 par le Centre Michel de l'Hospital de l'Université d'Auvergne (Clermont I). Paris: Éditions Cujas, 2013, p. 217-226.

Boissarie, 1888 – “*De la notion de l’Ordre Public em Droit international privé*” ao de Paul Lagarde, 1959 – “*Recherches sur l’Ordre Public em Droit Internacional Privé*”, originando-se um intenso debate sobre este assunto, o qual “muitos identificam com a essência da ciência do conflito das leis”.¹⁹

Os autores brasileiros que desenvolveram estudos sobre o tema, destacamos Luis Antonio da Gama e Silva, 1944 – “*A Ordem Pública em Direito Internacional Privado*”,²⁰ Otávio Mendonça, 1951 – “*tese apresentada ao concurso para a cátedra de DIP da Faculdade de Direito do Pará*”,²¹ Luiz Araújo Corrêa de Brito, 1952 – no último capítulo de seu trabalho, “*Do Limite à Extraterritorialidade do Direito Estrangeiro no Código Civil Brasileiro*”,²² Elmo Pilla Ribeiro, 1966 – “*O Princípio da Ordem Pública em Direito Internacional Privado*”,²³ e Jacob Dolinger, 1979 – “*A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado*”.²⁴

Por essa razão, nosso estudo tem como ponto de partida teórico, para a percepção inicial da ordem pública, os estudos histórico-dogmáticos desenvolvidos pelo ramo do Direito Internacional Privado, o qual se dedica bastante ao fenômeno e por ser um tema caro para este ramo jurídico.

2.3 A ordem pública e sua essência histórico-dogmática

Alguns estudiosos do Direito, ao se depararem com uma pesquisa iniciada discutindo a importância da análise histórica dos fenômenos jurídicos, tratam-na com um pouco de desdém ou não acham necessária uma investigação cronológica de fatos e questões.

Quanto ao último ponto, até que com ele concordamos. No entanto, para a compreensão e formação de uma nova estrutura dogmática do objeto de nosso estudo, ela se

¹⁹ DOLINGER, Jacob. **A evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro, 1979. (tese apresentada à egrégia congregação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro para o concurso à Cátedra de Direito Internacional Privado), p. IX.

²⁰ SILVA, Luis Antonio da Gama e. **A Ordem Pública em Direito Internacional Privado**. Monografia de concurso à docência-livre de Direito Internacional Privado, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1944.

²¹ MENDONÇA, Otávio. **Aspectos da Ordem Pública em Direito Internacional Privado**. Belém, 1951.

²² BRITO, Luiz Araújo Corrêa de. **Do Limite à Extraterritorialidade do Direito Estrangeiro no Código Civil Brasileiro**. São Paulo, 1952.

²³ RIBEIRO, Elmo Pilla. **O Princípio da Ordem Pública em Direito Internacional Privado**. Porto Alegre, 1966.

²⁴ DOLINGER, Jacob. **A evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro, 1979.

faz essencial, quiçá vital, uma vez que “a história do direito visa fazer compreender como é que o direito atual se formou e desenvolveu, bem como de que maneira evoluiu no decurso dos séculos”,²⁵ até mesmo se há atualmente retrocessos, avanços ou se nunca houve nada.

Evidente que a narrativa histórica não se faz tão salutar quando se mostra uma mera exposição de fenômenos históricos e culturais, sem a devida análise e contextualização com o tema a ser examinado. Mas, sim, quando há um diálogo e apreciação da essência, dos motivos e do porquê foi estabelecida a ideia e a compreensão dos fenômenos jurídicos ao longo do caminhar histórico.

Assim, no nosso caso, imperioso se faz essa análise histórica para o conhecimento da expressão *ordem pública*. Com isso, podemos percebê-la, adequá-la e melhor enquadrá-la ao momento contemporâneo, mais precisamente ao novo tempo dogmático que o direito processual civil brasileiro vive.

Contudo, ressalte-se, ainda, que não há uma pretensão de narrativa descritiva de fatos históricos neste tópico, mas somente demonstrar as possíveis raízes históricas e culturais da expressão, com a percepção dessa “matéria digna de temor”,²⁶ denominada *ordem pública*.

Por ter surgido em uma fase imperialista e de dominação romana,²⁷ está associada à ideia de conteúdos com carga argumentativa imperativas, totalitárias e até sagradas,²⁸ como uma espécie de *dogma*²⁹ de defesa das *res* (coisa) romana, do Direito Público, da “coisa” pública e de limitação da atuação livre dos indivíduos nas relações sociais.

Por esse motivo, possuem a pretensão de serem imutáveis, intangíveis e inquestionáveis pelos indivíduos submetidos a esse tipo de normatização em determinado espaço territorial, momento histórico e cultural.

Ou seja, a “coisa” pública ou “coletiva” ou de “interesse público” perfaz o sentimento do que se extrai como de ordem pública e possui substância que não sofre

²⁵ GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 7ª edição. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa: 2013, p. 13.

²⁶ MALAURIE, Philippe. **L'ordre Public et le Contrat** (Etude de Droit Civil Comparé, France, Angleterre, URSS). T. I. Matot-Braine: Reims, 1953, p. 3.

²⁷ SILVA, Luis Antonio da Gama e. **A Ordem Pública em Direito Internacional Privado**. Monografia de concurso à docência-livre de Direito Internacional Privado, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1944, p. 16.

²⁸ (D. 1.1.1.2) “...Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit...” – O direito público se constitui nos *sacra* (nas coisas sagradas), sacerdotes e magistrados. (**Digesto de Justiniano**, liber primus: introdução ao direito romano – Imperador Justiniano I. trad. Hécio Maciel França Madeira. Prólogo Pierangelo Catalano. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 20.)

²⁹ “Opinião ou crença [...] Decisão, juízo e, portanto, decreto ou ordem. Nesse sentido, essa palavra foi entendida na Antiguidade (Cícero, *Acad.*, IV, 9; Sêneca, *Ep.* 94) para indicar as crenças fundamentais das escolas filosóficas, e depois usada para indicar as decisões dos concílios e das autoridades eclesiásticas sobre as matérias fundamentais da fé.” (ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 6ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 344)

alteração ou adaptação a determinadas realidades, permanecendo inflexíveis e sólidas mesmo quando se apresentam diante do surgimento de uma nova realidade existencial. Como se fosse um manto de proteção de questões que o imperador ou de quem detenha o poder de império desejasse blindar de qualquer interferência individual ou estrangeira.

A compreensão da ordem pública, por não possuir um alcance ou limitação conceitual cartesiana, revela-se como um dos maiores enigmas dos juristas brasileiros e estrangeiros. Há, inclusive, uma divisão dos estudiosos do tema que, na concepção de Jacob Dolinger,³⁰ defendem a impossibilidade de sua definição e os que tentaram atribuí-la uma definição, sem possuir tanta aceitabilidade doutrinária.

Contudo, por influência do momento histórico e cultural em que é estabelecida, a ordem pública possui uma característica universal na formação de sua compreensão, qual seja, a sua variabilidade. Ou seja, ordem pública será aquela questão eleita, por quem detém o poder naquele contexto histórico-cultural, como de relevância *ímpar* para determinada sociedade.

Ressalte-se, por oportuno, que a variabilidade se observa no sentido de não haver, a princípio, uma uniformidade entre a ordem pública de determinada sociedade com outra. O que se elege como matéria de ordem pública em um território e povo, pode não o ser em outro. Desta forma, o que se tem como matéria ou questão de ordem pública em uma sociedade, pode não ser em outra e vice-versa.³¹

Nesse contexto, assevera Jacob Dolinger³² que os estudiosos do tema acordam no ponto de que a noção de ordem pública deve ser aferida e aplicada em harmonia com a historicidade vivida no momento de sua concretização e em determinado espaço territorial.

Não se deve enxergar a ordem pública em uma posição estática, como em uma fotografia, mas de uma maneira dinâmica e, por muitas vezes, cambiante, com avanços e retrocessos, como em um filme, que se movimenta com a historicidade e a vida de seus personagens.³³

³⁰ DOLINGER, Jacob. **A evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro, 1979, p. XII e XIII. (tese apresentada à egrégia congregação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro para o concurso à Cátedra de Direito Internacional Privado).

³¹ SILVA, Luis Antonio da Gama e. **A Ordem Pública em Direito Internacional Privado**. Monografia de concurso à docência-livre de Direito Internacional Privado, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1944, p. 171.

³² DOLINGER, Jacob. **A evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro, 1979, p. IX. (tese apresentada à egrégia congregação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro para o concurso à Cátedra de Direito Internacional Privado).

³³ DOLINGER, Jacob. **A evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro, 1979, p. X. (tese apresentada à egrégia congregação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro para o concurso à Cátedra de Direito Internacional Privado).

Observe-se, no entanto, que a variabilidade da compreensão da ordem pública não desnatura suas características de imperatividade e contenção da autonomia do indivíduo e da lei estrangeira, pois de ordem pública sempre será naquele momento de enfrentamento das questões postas em confronto com os interesses alienígenas ou individuais.

Nesse contexto, destaca José Ramón de Orúe³⁴ que, por ter esse ideal e concepção surgido no Império Romano e, devido ao caráter imperialista da época, os romanos não toleravam a aplicação das legislações estrangeiras em contraponto ao que eles entendiam como possível conteúdo de ordem pública, bem como as relações privadas eram dinamizadas e limitadas pelo que se definiam como conteúdo de valores (=ordem pública) adotada pelo imperador.

Ressalte-se, por oportuno, que a ideia de ordem pública, à época, estava totalmente ligada à noção de proteção da *res* (coisa) pública romana³⁵ e dos interesses do reino. Não havia uma tentativa de categorização didática como atualmente encontramos na doutrina, por exemplo: coisa pública, interesse público, ordem pública etc.

Essa perspectiva, em certa medida, extrai-se da dicotomia – público e privado – estabelecida pelos romanos, “que serve de marco separador entre os dois campos: a *ordem pública*, a *organização da república romana*, do *Estado Romano* – eis o campo do direito público, regulado pelas formas do *jus publicum*; a *utilidade*, o *interesse particular* – eis o âmbito do *jus privatum*”.³⁶

Além da passagem do Digesto que estabelece a dicotomia acima apresentada (D.1.1.1.2.),³⁷ atribuiu-se também a seguinte passagem: § I. *Privatorum conventio juri publico*

³⁴ ORÚE, José Ramón de. **Manual de Derecho Internacional Privado Español**. Reus, Madri: 1928, p. 284.

³⁵ “Os gregos, cujos Estados não ultrapassavam os limites da cidade, usavam o termo *pólis*, cidade, e daí veio *política*, a arte ou ciência de governar a cidade. Os romanos, com o mesmo sentido, tinham *civitas* e *respublica*. Em latim, *status*, não possuía a significação que hoje lhe damos, e sim a de “situação”, “condição”. Empregavam os romanos frequentemente a expressão *status reipublicae* para designar a situação, a ordem permanente da coisa pública, dos negócios do Estado. Talvez daí, pelo desuso do segundo termo, tenham os escritores medievais empregado *status* com a significação moderna”. (AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 4ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Globo, 2008, p. 23).

³⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 25.

³⁷ “Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad stantum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. Privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus” – “São duas as posições deste estudo: o público e o privado. Direito público é o que se volta ao estado da *res Romana*, privado o que se volta à utilidade de cada um dos indivíduos, enquanto tais. Pois alguns são úteis publicamente, outros particularmente. O direito público se constitui nos *sacra*, sacerdotes e magistrados. O direito privado é tripartido: foi, pois, coligido ou de preceitos naturais, ou civis, ou das gentes” (**Digesto de Justiniano, liber primus: introdução ao direito romano** – Imperador do Oriente Justiniano I; trad. Hécio Maciel França Madeira; prólogo Pierangelo Catalano. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 19-20).

non derogat,³⁸ toda a discussão sobre a proteção e compreensão do Direito Público, da coisa pública e o surgimento da percepção de ordem pública, até o momento contemporâneo.

Dessa forma, podemos verificar que, verdadeiramente, há uma necessidade inicial maior dos estudiosos do Direito Internacional Privado em justificar a essência da noção de ordem pública do que de outros ramos do Direito. Pois, a situação de ordem pública “impede a aplicação de leis estrangeiras, o reconhecimento de atos realizados no exterior e a execução de sentenças proferidas por tribunais de outros países”,³⁹ revelando-se um fundamento base para este ramo do Direito. Contudo, inegável o reflexo dessa expressão nos demais ramos jurídicos, principalmente no Direito Civil, no Direito do Consumidor e, inclusive, no Direito Processual Civil brasileiro.

Assim, por influência romana, após a Revolução Francesa, atribui-se aos franceses⁴⁰ como precursores do desenvolvimento da discussão no Direito Privado,⁴¹ porque expressamente trouxeram em seu texto normativo civil, Código Civil francês (1804), que as “convenções particulares não podem derogar as leis de ordem pública e os bons costumes”.⁴² E, a partir de então, os juristas não mais tiveram sossego com esse termo de conteúdo extremamente vago e impreciso.

Há uma crítica feita aos franceses pela má interpretação e tradução dos textos romanos e da expressão relacionada ao *jus publicum*, pois não exprimiriam a forma de Direito Público ou ordem pública compreendida à época, não havendo sequer a noção de ordem

³⁸ Digestorum Lib. XLI. Tit. I. - Digestorum Lib. L. Tit. XVII. con Indice Delle Istituzioni & Indice Del Digesto, Volume 2, D. 45, Editora Antonelli, 1843, Biblioteca Nacional da Áustria, Digitalizado 7 abr. 2014, p. 4279. Disponibilizado em:

<https://books.google.com.br/books?id=iE9cAAAACAAJ&dq=%22privatorum+conventio+juri+publico+non+derogat%22+digesto&hl=pt-BR&source=gbs_navlinks_s>

³⁹ DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado**. 13ª ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 449-450.

⁴⁰ Ressalte-se que na França foram produzidos vários estudos sobre o tema ordem pública, destacando que desde os trabalhos de René Boissarie, 1888 – “*De la notion de l'Ordre Public en Droit international privé*” ao de Paul Lagarde, 1959 – “*Recherches sur l'Ordre Public en Droit International Privé*”, originou-se um intenso debate sobre este assunto, o qual “muitos identificam com a essência da ciência do conflito das leis.” (DOLINGER, Jacob. **A evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro, 1979, p. IX. tese apresentada à egrégia congregação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro para o concurso à Cátedra de Direito Internacional Privado).

⁴¹ POMMELEC, Alain Le. **La Signification de L'Ordre Public en Droit des Obligations**. In DUBREUIL, Charles-André (Direction). **L'ordre Public**. (Actes du colloque organisé les 15 & 16 décembre 2011 par le Centre Michel de l'Hospital de l'Université d'Auvergne (Clermont I). Paris: Éditions Cujas, 2013, p. 73-84.; ARIGÓN, Mario Garmendia. **Ordem Pública e Direito do Trabalho**. Trad. Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 2003, p. 17-18.

⁴² Art. 6º On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs.

pública, o que acabou gerando essa imprecisão terminológica e um conteúdo e extensão lodosa.⁴³

Assim, não havia uma distinção dogmática ou metodológica de sentido entre Direito Público, coisa pública e ordem pública, sendo todos os fenômenos relacionados ao Estado Romano, traduzindo-se em um sentimento de proteção e respeito às leis e questões do Império.

Contudo, pela grande importância histórica e cultural, os estudos do Direito Civil dos franceses acabaram por influenciar boa parte do continente europeu,⁴⁴ bem como a América Latina, inclusive o Brasil, o qual atualmente prevê no Código Civil de 2002 que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública” (art. 2.035, parágrafo único).

Como podemos verificar, há ainda hoje uma *cultura*⁴⁵ de blindagem de questões sociais e jurídicas, mesmo que se fale atualmente numa autonomia da vontade mais acentuada e um exercício mais forte de liberdade, ou mesmo em “tempos líquidos” ou “modernidade líquida”,⁴⁶ existe na essência da condição humana uma necessidade de limitação ou um núcleo histórico-cultural rígido de atuação, seja por influência ou imposição de suas vontades, do grupo cultural, familiar, religioso, moral, ético, social, jurídico etc.

Inclusive, podemos constatar essa necessidade atual de blindagem no próprio texto normativo que acolhe a cláusula geral de convenção processual, art. 190 do Código de Processo Civil, ao destacar que somente se admite acordo processual se o direito material discutido na ação admitir autocomposição. Assim, só seria lícito ou permitido negociar sobre procedimentos e seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, caso o direito

⁴³ “somos acusados de ter traduzido mal os textos do direito romano. Pretende-se que ‘jus publicum’ não é o que chamamos de ‘direito público’ ou ‘ordem pública’... Como sabem que quisermos traduzir os textos que nos são objetados?” VAREILLES-SOMMIERES. *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois*. Paris: Suer-Charruey, 1899, p. 69, *apud* ARIGÓN, Mario Garmendia. **Ordem Pública e Direito do Trabalho**. Trad. Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 2003, p.18.

⁴⁴ RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 7ª ed. anotada e atual por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 132; ARIGÓN, Mario Garmendia. **Ordem Pública e Direito do Trabalho**. Trad. Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 2003, p. 17.

⁴⁵ “...essa palavra hoje é especialmente usada por sociólogos e antropólogos para indicar o conjunto dos modos de vida criados, adquiridos e transmitidos de uma geração para a outra, entre os membros de determinada sociedade. Nesse significado, Cultura não é a formação do indivíduo em sua humanidade, sem sua maturidade espiritual, mas é a formação coletiva e anônima de um grupo social nas instituições que o definem. Nesse sentido, esse termo talvez tenha sido usado pela primeira vez por Spengler, que com ele entendeu ‘consciência pessoal de uma nação inteira’; consciência que em sua totalidade, ele entendeu como organismo vivo; e, assim como todos os organismos, nasce, cresce e morre.” (ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 6ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 264-265)

⁴⁶ “A rigidez da ordem é o artefato e o sentimento da liberdade dos agentes humanos.” (BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 12.

disputado no processo admita a autocomposição, o que não deixa de ser uma forma de impor ordem, limitação, contenção, organização e estabilização da relação jurídica processual.

Constatamos que o caminhar inicial da ordem pública sempre foi o de afastar ou limitar a atuação do indivíduo particular e da aplicação do direito alienígena do sentimento da “coisa” pública ou escolhido como o interesse relevante de uma coletividade, mesmo que esse interesse não representasse, verdadeiramente, o anseio coletivo e o *bem comum*, mas a vontade de uma pessoa que, sob o argumento de “iluminação divina” ou da “legitimidade coletiva”, *dita* o conteúdo *dito* intocável no corpo social, o que marcava a vontade exclusiva do dominador, do imperador, do monarca ou de quem detinha o poder, à época.

Atualmente, às vezes sem nos darmos conta, esses conteúdos rígidos também nos são estabelecidos por quem detém o poder, não mais com o argumento do divino, e sim sob o manto da legitimidade que o ordenamento jurídico atribui à autoridade no exercício do poder validamente constituído, tanto pela norma constitucional⁴⁷ como pela infraconstitucional.⁴⁸

Aplicavam-se estas situações⁴⁹ como uma regra de tudo ou nada, tipo de um silogismo de que, o que se sente e percebe como de ordem pública é e ponto. Sem a oportunidade de diálogo ou de questionamentos. Exteriorizando-se como um verdadeiro *sentimento* ou uma *vontade*⁵⁰ de proteção da ordem romana (=ordem pública) por parte de quem possui o poder.

Do ponto de vista pragmático e histórico-cultural, pode-se dizer que são necessárias situações com cargas rígidas, como forma de garantir uma estabilidade de comportamentos e ações, tanto no campo das ciências jurídicas, como no âmbito social.⁵¹

⁴⁷ “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais.” (art. 60, §4º, CF/88)

⁴⁸ “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.” (art. 17, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)

⁴⁹ “Os romanos, dado o seu caráter de dominadores, se mostravam pouco tolerantes para admitir a aplicação de leis estrangeiras, em oposição com a ordem pública, tal qual a concebiam. Entretanto, no que concerne ao direito privado, sabe-se que, durante muito tempo, eles reservavam, tão somente aos cidadãos, o benefício do direito civil e que mesmo para disposições atualmente consideradas como de ordem pública, como, por exemplo, as leis contra o luxo e contra usura, os romanos não se preocuparam em impô-las aos peregrinos.” (SILVA, Luis Antonio da Gama e. **A Ordem Pública em Direito Internacional Privado**. Monografia de concurso à docência-livre de Direito Internacional Privado, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1944, p. 16).

⁵⁰ A expressão “vontade” aqui empregada perfaz a própria vontade humana, a qual se traduz no desejo ou anseio do ser humano.

⁵¹ Dolinger, de tal modo, destaca que a compreensão moderna de ordem pública, ao longo de sua jornada, “tem sido enriquecida por muita filosofia e também por considerável dose de pragmatismo”, e, com a ideia de dinamicidade da ordem pública, justifica o título de seu estudo de “A evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado.” (DOLINGER, Jacob. **A evolução da Ordem Pública no Direito Internacional**

Não é por acaso que a própria gênese da discussão do Direito perfaz uma forma de controle de condutas e ações humanas, que vem desde os primórdios em uma perspectiva natural da própria condição humana e ligados à razão (direito natural) com a prática de condutas *ditas* como *boas*, ou na sua imposição positiva (direito positivo), em determinado espaço e tempo, por quem dispõem do poder.⁵²

Assim, como forma de garantir a própria evolução do que se sente como matéria de ordem pública, atualmente, é salutar o seu questionamento, releitura ou mesmo uma nova identificação destas situações rígidas, para uma adequação ao contexto e às realidades em que ela é aplicada.⁵³ Inclusive questionar se esse sentimento de ordem pública um dia tenha mesmo existido nos moldes que a doutrina vem apresentando e se há justificativa dogmática atualmente.

Aliás, não se faz ciência com certezas, e sim com questionamentos, revisitando antigas compreensões com novos olhares sobre os mesmos objetos e, quiçá, adequando a novos paradigmas.⁵⁴

Assim, indagar e compreender, *a priori*, este conteúdo rígido ou de carga imperativa que possa se chamar de *ordem pública*, como *dito* acima, é um dos maiores desafios da doutrina nos últimos tempos.

E, hoje, mais do que nunca, principalmente num ambiente marcado pela irradiação da Constituição que permite uma maior abertura para o diálogo e questionamentos,

Privado. Rio de Janeiro, 1979, p. XI. tese apresentada à egrégia congregação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro para o concurso à Cátedra de Direito Internacional Privado).

⁵² BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico:** Lições de Filosofia do Direito. compiladas por Nello Morra. tradução e notas Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 15-23.

⁵³ “A localização conceitual do conteúdo material da ordem pública implica remexer na consciência mais profunda da sociedade, para identificar quais são suas convicções mais significativas e caracterizadoras.” (ARIGÓN, Mario Garmendia. **Ordem Pública e Direito do Trabalho.** Trad. Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 2003, p. 31).

⁵⁴ “O historiador da ciência que examina as pesquisas do passado a partir da perspectiva da historiografia contemporânea pode sentir-se tentado a proclamar que, quando mudam os paradigmas, muda com eles o próprio mundo. Guiados por um novo paradigma, os cientistas adotam novos instrumentos e orientam seu olhar em novas direções. E o que é ainda mais importante: durante as revoluções, os cientistas veem coisas novas e diferentes quando, empregando instrumentos familiares, olham para os mesmos pontos já examinados anteriormente. É como se a comunidade profissional tivesse sido subitamente transportada para um novo planeta, onde objetos familiares são vistos sob uma luz diferente e a eles se apregam objetos desconhecidos. Certamente não ocorre nada semelhante: não há transplante geográfico; fora do laboratório os afazeres cotidianos em geral continuam como antes. Não obstante, as mudanças de paradigma realmente levam os cientistas a ver o mundo definido por seus compromissos de pesquisa de uma maneira diferente. Na medida em que seu único acesso a esse mundo dá-se através do que veem e fazem, poderemos ser tentados a dizer que, após uma revolução, os cientistas reagem a um mundo diferente.” (KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas.** trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 12ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2013, p. 201-202.)

bem como a solução de questões mediante a aplicação de direitos tidos como fundamentais dos sujeitos envolvidos, inclusive em matéria processual.⁵⁵

O termo *a priori* aqui empregado, reconhecendo e não desprezando toda a discussão histórico-filosófica sobre a distinção do conhecimento humano *a priori* e *a posteriori*,⁵⁶ é utilizado no sentido de uma produção de conhecimento anterior ao que se possa identificar em sua consequência empírica, mesmo que este conhecimento possa ser construído a partir desses efeitos concretos.

Ou seja, compreende-se aqui como conhecimento de seus efeitos ou consequências jurídicas, a forma de conhecimento *a posteriori*, e de questões previamente tratadas de maneira dogmática, a forma de conhecimento *a priori* ou conceito fundamental, o qual “é, com efeito, um esquema prévio, um ponto de vista anterior, munido do qual o pensamento se dirige à realidade, desprezando seus vários setores, fixando aquele que corresponde às linhas ideais delineadas pelo conceito”.⁵⁷

Assim, dialogar com as concepções clássicas sobre ordem pública e enfrentá-las, *a priori*, ou seja, estabelecendo quais os conteúdos rígidos de proteção e, *a posteriori*, confrontando essa experimentação na prática, são métodos utilizados aqui para se firmar uma nova estrutura dogmática da ordem pública no processo civil contemporâneo, inclusive questionar se realmente este sentimento existe e se, atualmente, faz-se necessário.

Destarte, até aqui, podemos constatar que a compreensão de ordem pública iniciou seu caminhar, segundo os estudiosos do Direito Internacional Privado,⁵⁸ com os normativos romanos, ganhando repercussão nos principais ordenamentos jurídicos do mundo, exceto no Alemão e no Suíço, adotando esses como sentimento de ordem pública o compreendido nos conteúdos extraídos da expressão “bons costumes”,⁵⁹ o que, de certa

⁵⁵ “Reconhece-se, no atual momento doutrinário, que a Constituição efetivamente ocupa o centro do sistema jurídico, de onde passa a irradiar valores objetivos através dos quais devem ser criadas, interpretadas e aplicadas as normas jurídicas, aí incluídas aquelas que dizem respeito ao direito processual civil.” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. **O Processo Civil no Estado Constitucional e os Fundamentos do Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. Revista de Processo. Ano 37. vol. 209. Julho, 2012, p. 351.)

⁵⁶ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 6ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 85-87.

⁵⁷ VILANOVA, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos in Sobre o conceito de direito**. Vol. I. São Paulo: Axis Mundi Ibet, 2003, p. 17.

⁵⁸ DOLINGER, Jacob. **A evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro, 1979, p. XI. tese apresentada à egrégia congregação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro para o concurso à Cátedra de Direito Internacional Privado.

⁵⁹ “O fato de a circunstância de ordenamentos, como o alemão e o suíço, ter omitido a referência à ordem pública e aludido exclusivamente aos ‘bons costumes’ (conceito no qual incluem muitos dos conteúdos que os demais sistemas atribuem à ordem pública) levam à indagação de quais são os alcances e vínculos que guardam ambas as noções e, inclusive, levam muitos a propor que a linha verdadeiramente proveitosa para o estudo da ordem pública não consiste em analisar seus fundamentos ou raízes, mas em limitar rigorosamente a função jurídica que

forma, não minimizou o problema, pelo contrário, somente deu margem a doutrinadores confundirem os conteúdos, ou mesmo acharem que são semelhantes.⁶⁰

Até determinado momento, o corpo social, talvez sem opção, admitia ou suportava tal imposição de conteúdos intocáveis, intransponíveis sem tantos questionamentos e indagações. Contudo, em face da complexidade social da atualidade, estes conteúdos de natureza imperativa não são bem recepcionados, sejam porque soam o autoritarismo ou o exercício de poder sem controle, exigindo-se, no atual momento social, respostas com carga argumentativa mais adequadas e qualificadas, em processos reflexivos.⁶¹

A partir de então, como forma de responder ao que seria o sentimento de ordem pública, podemos destacar vários grupos doutrinários que tentaram explicar a dimensão de seu conteúdo, ou qual o alcance da expressão e suas implicações nos ordenamentos jurídicos dos Estados.

Dentre os quais, podemos apartar seguimentos que desenvolvem a “ordem pública e natureza do interesse” (interesse público e interesse privado), a “ordem pública e organização jurídico-social” (ligada aos valores e regras da sociedade), a “ordem pública do ponto de vista instrumental” (relacionada ao caráter funcional e imperativo da norma jurídica),⁶² a “ordem pública como equivalente aos bons costumes”, a “ordem pública definida pelo legislador” e a “ordem pública como paz ou ausência de conflitos ou perturbações”.⁶³

Como forma de organizar e sistematizar esses entendimentos e grupos, nos tópicos seguintes abordaremos e questionaremos suas razões sob a ótica de três perspectivas,

o instituto deve cumprir.”(ARIGÓN, Mario Garmendia. **Ordem Pública e Direito do Trabalho**. Trad. Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 2003, p. 23.)

⁶⁰ “...a ordem pública é equivalente aos bons costumes (Cardini); a crítica surgirá nitidamente quando, mais adiante, sustentaremos que a ordem pública somente num sentido parcial é a moral – não em sua totalidade, senão a moral social, sendo que além disso se deve diferenciar o direito da moral,” (VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação Jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas**. trad. Susana Elena Dalle Mura. 2ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 189-190.

⁶¹ “A reflexividade diz respeito à referência de um processo a processos sistêmicos da mesma espécie. Assim, pode-se apontar para a decisão sobre a tomada de decisão nas organizações, a normatização da normatização no direito, o ensino do ensino (ou a educação do educador) [...] A reflexividade relaciona-se imediatamente à autorreferência de processos, mas ela tem um significado no plano das estruturas [...] Com o aumento da complexidade social, que implica a exigência de diferenciação e especificação funcional, a autonomia dos respectivos sistemas sociais passa a depender do desenvolvimento de estruturas e processos reflexivos. Diante a hipercomplexidade social, os mecanismos e estruturas de observação de primeira ordem tornam-se insuficientes para viabilizar uma reprodução socialmente adequada dos respectivos sistemas.” (NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 129-130.)

⁶² ARIGÓN, Mario Garmendia. **Ordem Pública e Direito do Trabalho**. Trad. Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 2003, p. 21.

⁶³ VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação Jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas**. trad. Susana Elena Dalle Mura. 2ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 189-190.

as quais, ao nosso sentir, abarcam todas estas significações apresentadas acima, deste sentimento tão lodoso que é a *ordem pública*.

2.4 Principais percepções da ordem pública

2.4.1 Os domínios Público e Privado (*Ordem Pública e Ordem Privada*)

Em que pesem estudos criticarem a dicotomia público *versus* privado, esse desmembramento ainda encontra guarida em dimensões pragmáticas,⁶⁴ pois há utilidade da divisão para sistematizar, ainda que metodologicamente, atividades essenciais dos entes públicos (políticas)⁶⁵ e, em certa medida, da autonomia na atuação dos indivíduos.

É, neste sentido, que a compreensão de ordem pública chega a ser um irmão siamês do interesse público e da própria noção do Direito Público, de sorte que todos, neste aspecto, visam a proteção do indivíduo em uma coletividade ou a tutela do *bem comum*.⁶⁶

Ainda que se fale dogmaticamente em interesse público *primário* e *secundário*,⁶⁷ distinção própria do Direito europeu, onde há dualidade de jurisdição, e que não se aplica ao

⁶⁴ “Desse modo, a distinção entre a esfera pública e a privada, confusa e sem nitidez, faz da separação entre direito público e privado tarefa difícil de realizar-se. Surgem campos intermediários, nem públicos nem privados, como o direito do trabalho, e os tradicionais conceitos dogmáticos sentem dificuldade de impor-se. Não obstante, apesar de inúmeras críticas, a dicotomia ainda persevera, pelo menos por sua operacionalidade pragmática. Enraizada em quase todo o mundo, serve ao jurista, inobstante a falta óbvia de rigor, como instrumento sistematizador do universo normativo para efeitos de decidibilidade” (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 105).

⁶⁵ “Pero entonces hay que aceptar que la distinción carece de fundamento, desde el punto de vista teórico, y sólo posee importancia práctica, primordialmente política”. (MÁYNEZ, Eduardo García. **Introducción al Estudio del Derecho**. 25ª ed. revisada. México: Porrúa, 1975, p. 135).

⁶⁶ “O interesse público constitui interesse de que *todos* compartilham. A *finalidade* dos atos administrativos deve vir informada pelo interesse público. A expressão *interesse público* evoca, imediatamente, a figura do Estado e, mediatamente, aqueles interesses que o Estado ‘escolheu’ como os mais relevantes, expressados em normas jurídicas, por consultarem aos *valores* prevalecentes na sociedade” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 14ª ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 27).

⁶⁷ “O interesse público *primário* é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público *secundário* é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica – quer se trate da União, do Estado-membro, do Município ou das suas autarquias. [...] essa distinção não é estranha à ordem jurídica brasileira. É dela que decorre, por exemplo, a conformação constitucional das esferas de atuação do Ministério Público e da Advocacia Pública. Ao primeiro cabe a defesa do interesse público primário; à segunda, a do interesse público secundário” (BARROSO, Luiz Roberto. Prefácio: O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público. In SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados**: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. xiii-xiv).

Direito brasileiro por nossa jurisdição ser una,⁶⁸ a noção de ordem pública também se confundiria com ambas compreensões, uma vez que se poderia sustentar violação à ordem pública em uma perspectiva coletiva ou em defesa do ente público personificado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), enquadrando-a com base no *bem comum* ou no poder de império estatal, própria da compreensão da esfera pública.⁶⁹

Percebe-se que, para esse seguimento, a ordem pública perfaz uma espécie de corolário do Direito Público e do interesse público,⁷⁰ em contraponto ao interesse individual e à autonomia da vontade (ordem privada), o que conturba muito sua compreensão, deixando-a muito mais volátil, como um verdadeiro argumento para justificar o controle estatal na atuação dos indivíduos, o que é defendido pelos precursores da metodologia da *instrumentalidade do processo*.

Contudo, mesmo que se questione a natureza da ordem pública associada ao Direito Público e interesse público, a fixação de sua estruturação dogmática contemporânea se faz imprescindível, justamente para contrapor determinados questionamentos quanto à utilidade dessa compreensão no ordenamento jurídico.

Assim, da mesma forma que a dicotomia público e privado tem sua utilidade, a forma de percepção da situação de ordem pública ou o que cerca esse misterioso encontro de palavras (ordem + pública) é de grande relevância para o estudo do direito contemporâneo. Outrossim, para o Direito Processual Civil, porquanto, “apesar dessa absoluta falta de explicitação conceitual, não é arriscado afirmar que, paradoxalmente, não é possível conceber algum ordenamento positivo no qual a ideia de ordem pública não esteja presente”.⁷¹

Deste modo, podemos constatar que, pelo fato de sua gênese advir das noções de Direito Público e interesse público, ela é muito usada como sinônimo dessas expressões,

⁶⁸ “Não há mais de um tipo de jurisdição. A jurisdição, como manifestação do poder soberano, é una e indivisível. As repartições ou classificações que são feitas consistem em critérios de divisão de competências, e não de jurisdição”. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Jurisdição e Competência**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 95).

⁶⁹ “Nem todos os atos dos entes públicos são soberanos. Quando o são, porém, aparece o *jus imperii*. Suas normas são, então, cogentes, pois pressupõem o interesse da ordem pública. É o princípio do interesse público relevante que, se contrastando com os interesses privados, prevalece em última instância sobre eles. Esse interesse público pode ser do próprio Estado, no caso do Direito Administrativo, mas pode ser o de toda a comunidade, no caso do Direito Penal. Nesse caso, é o interesse da justiça, como um valor social global” (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 107).

⁷⁰ “Por ser identificável com as noções de bem comum, interesse geral ou social, ou interesse de todo povo, a ordem pública era necessariamente concebida como parte do Direito Público. A ‘ordem privada’, pelo contrário, diz respeito exclusivamente ao interesse particular e relativo aos indivíduos, esfera que ficava fora de qualquer classe de imperatividade derivada de normas jurídicas” (ARIGÓN, Mario Garmendia. **Ordem Pública e Direito do Trabalho**. Trad. Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 2003, p. 22).

⁷¹ ARIGÓN, Mario Garmendia. **Ordem Pública e Direito do Trabalho**. Trad. Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 2003, p. 27.

como uma forma para dar ar de autoridade aos comandos e normas estabelecidas pelo Poder Público, marca registrada da própria reformulação do Direito Público europeu, pós Revolução Francesa.⁷²

Ademais, nesse ponto, a ordem pública surge para atribuir uma carga imperativa ao Direito Público, no sentido de fortalecer a ideia do poder soberano do Estado, mostrando-se uma forma de justificar o poder estatal em determinado território, impondo aos indivíduos a vontade soberana e inquestionável de seu poder.⁷³

Em específico estudo sobre ordem pública no processo civil, Trícia Navarro Xavier Cabral, em que pese constatar a necessidade de distinguir as compreensões de interesse público e ordem pública,⁷⁴ ao que parece, acaba por colocar estas acepções com as mesmas funções, destacando que “a ordem pública traz consigo elementos que conferem um caráter absoluto e intransponível à violação de seus preceitos, o controle à mácula ao interesse público deverá levar em consideração os escopos e as finalidades do processo, possuindo, assim, um caráter instrumental e relativo”.⁷⁵

Noutra passagem, a autora afirma que “em outro viés, o interesse público no processo civil se manifesta por meio de técnicas próprias que realizam e ao mesmo tempo controlam a forma de alcance da prestação jurisdicional, para garantir o equilíbrio entre as partes e a legitimidade do Poder Judiciário”.⁷⁶

⁷² “Es la idea capital del gobierno por la Ley o del *règne de la Loi*, expresión capital, que veremos aparecer tempranamente entre los conceptos revolucionarios. Esa idea está ya explícitamente en la Declaración de 1789. Vimos en el capítulo precedente que el artículo 4 había aportado la idea esencial de la Ley como límite de las libertades, como la técnica para asegurar la concurrencia y la coexistencia recíproca de las libertades de todos los ciudadanos. Pero la Declaración contiene otros cuatro artículos capitales para definir el papel esencial que se reserva a la Ley en la construcción política, los artículos 5, 6, 7 y 8. [...] En estos cuatro prodigiosos artículos (unidos al art. 4º, ya comentado más atrás) se encierra una idea esencial, la de la legalización general del ejercicio del poder, la idea de la que va a surgir, justamente, todo el nuevo Derecho Público europeo ulterior” (ENTERRÍA, Eduardo García de. **La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa**. Madrid: Real Academia Española, 1994, p. 123-124).

⁷³ “Faz parte da essência do Estado que seja soberano, o maior poder sobre o seu território, não tolerando aí poder algum acima dele nem a seu lado. Desse ponto de vista, o Estado de Cortes se afigura, contudo, como uma duplicidade de Estados entrelaçados: de um lado o senhor feudal, soberano irrestrito apenas em seu domínio; de outro lado, as Cortes com soberania quase tão irrestrita sobre os pequenos proprietários, cobrando-lhes impostos, julgando-os, chamando-os às armas; reunindo-se em assembleias sem serem convocadas e negociando com o senhor feudal em pé de igualdade, a ele se submetendo apenas à medida que se tenham submetido espontaneamente, atendendo ao chamado às armas por contrato de vassalagem, comprometendo-se a apoio financeiro através de tributos por ele solicitados; provavelmente tratando com potências estrangeiras através de enviados próprios, contrariando a política do senhor feudal. A dupla soberania anárquica do Estado de Cortes conduziu obrigatoriamente a uma luta constante pela soberania única,” (RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do direito**. trad. Vera Barkow. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 38).

⁷⁴ “Importante ressaltar também que a ordem pública não se confunde com o interesse público, ‘daí porque o intérprete, pensamos, há de diferenciar a ‘ordem pública’ (situação absolutamente aguda) do ‘interesse público’” (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Ordem Pública Processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 121).

⁷⁵ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Ordem Pública Processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 123.

⁷⁶ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Ordem Pública Processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 123.

Assim, segundo a autora, da mesma forma que a ordem pública no âmbito no processo tem o condão de assegurar o regular andamento processual, o interesse público também possuiria as mesmas características, inclusive a ordem pública seria identificada pelo interesse público,⁷⁷ com o que não concordamos, e discutiremos esse ponto com maiores detalhes no capítulo III desta tese.

Por isso, dissentimos da autora. Pois, além de suas justificativas não mostrarem com clareza uma verdadeira distinção das compreensões, alinham ainda mais as duas acepções, pois se a ordem pública e o interesse público no processo passam a ter basicamente as mesmas funções, identificadas em situações bastante semelhantes, o que no nosso entender não deve ser assim, não haveria a necessidade de ordem pública no processo, bastando a noção de interesse público para a solução de questões processuais quanto ao regular andamento processual, equilíbrio dos sujeitos processuais, coerência e legitimação da atuação dos magistrados.

Assim, ainda nos dias atuais, quiçá por falta de uma estruturação dogmática clara, a noção ou o sentimento de ordem pública aliada ao Direito Público está bastante presente em outros ordenamentos jurídicos estrangeiros, principalmente nos países latino americanos.

Podemos constatar essa assertiva ao analisar o conteúdo do artigo 5º do novo Código de Processo Civil Boliviano (2013), ao tratar das normas processuais como de ordem pública, ou seja, associada à ideia de imperatividade do Direito Público (interesse público) em face do interesse particular (privado), destacando que “las normas procesales son de orden público y, en consecuencia, de obligado acatamiento, tanto por la autoridad judicial como por las partes y eventuales terceros. Se exceptúan de estas reglas, las normas que, aunque procesales, sean de carácter facultativo, por referirse a intereses privados de las partes”.⁷⁸

Desta forma, a princípio, parece-nos que deslocar e analisar de uma forma autônoma a noção de ordem pública, quebrando esse paradigma de ligação com o interesse público e o Direito Público, faz-se necessário para experimentar se realmente essa

⁷⁷ “Assim, o constitucionalismo e o processo modernos exigem a tradução do papel que o interesse público atualmente exerce no dinamismo processual, adequando sua identificação, sua finalidade e seus efeitos às premissas contemporâneas, que consistem em proporcionar a prestação de uma tutela jurisdicional adequada, efetiva, justa e tempestiva, resgatando, assim, a confiança no poder estatal, na missão de solucionar os conflitos e pacificar a sociedade. Esse interesse público, que é o componente central da identificação das questões de ordem pública no processo civil e que ampara e justifica o controle da regularidade processual, flutua em diversos níveis, de acordo com o tempo e espaço considerados, podendo ser ora mais rígidos e ora mais flexíveis justamente para melhor atender ao direito material reclamado.” (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Ordem Pública Processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 123).

⁷⁸ **Nuevo Código Procesal Civil**. Ley n.º 439, Ley de 19 de Noviembre de 2013. Publicado el 25 de Noviembre de 2013. Edit. El Original, 2013, p. 28.

compreensão possui vida própria e se é autossuficiente ou, realmente, não tem sentido sua permanência no direito processual civil contemporâneo.

Porquanto, observa-se que a sua função não deve ser somente de limitação da autonomia da vontade ou das partes no processo, mas também de quem detém o próprio poder público. Contudo, em que pese ter um caráter imperativo, ao nosso sentir não são absolutas e não se ligam exclusivamente ao interesse público, como assevera a metodologia da *instrumentalidade do processo*, defendida por Cândido Rangel Dinamarco.⁷⁹

Revela-se um tanto questionável, do ponto de vista dogmático e pragmático, a assertiva de que a noção de interesse público abarcaria a aplicação de determinadas situações *ditas* de ordem pública, ou que estas teriam essa designação pelo fato de tutelarem o interesse público, de sorte que bastaria a noção de interesse público para discutir a questão e pôr um fim nas incansáveis elucubrações dogmáticas sobre o tema da ordem pública.

Até porque, em certa medida, podemos afirmar que a norma jurídica tem uma ideia de produzir situações que atinjam a todos, ainda que não se conheça seu texto,⁸⁰ podendo-se suscitar sempre, neste aspecto, os interesses público e coletivo das normas jurídicas, o que confunde e dificulta ainda mais a noção específica do termo ordem pública.

Assim, para justificar o *sentimento* da ordem pública, devemos, primeiramente, verificar se há uma autonomia e independência, para que possamos estruturá-la em nosso ordenamento jurídico processual civil. Após, identificar seus contornos e utilidade ao sistema, sendo esta uma das tarefas a serem desenvolvidas por esta tese.

Por fim, destacar a compreensão de ordem pública do Direito Público e do interesse público, não significa negar a existência de “lugares comuns”⁸¹ que estes

⁷⁹ “São de ordem pública todas as normas (processuais ou substanciais) referentes a relações que transcendam a esfera de interesses dos sujeitos privados, disciplinando relações que os envolvam mas fazendo-o com atenção ao interesse da sociedade como um todo, ou ao *interesse público*. [...] Esses diferentes graus de imperatividade indicam a existência de *normas processuais cogentes*, ao lado de *normas processuais dispositivas* – aquelas, com imperatividade absoluta e nenhuma liberdade deixada às partes para disporem de modo diferente, ainda que de acordo; estas, dotadas de imperatividade relativa e portanto portadoras de preceitos suscetíveis de serem alterados pelos litigantes.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. I. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 137-139).

⁸⁰ “Art. 3º. Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.” (Decreto-Lei n.º 4.657/42 – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro)

⁸¹ “Portanto, os lugares-comuns se caracterizavam, primitivamente, por sua imensa generalidade, que os tornava utilizáveis em todas as circunstâncias. [...] Os lugares-comuns de nossos dias se caracterizam por uma banalidade que não exclui de modo algum a especificidade. Tais lugares-comuns não são, a bem dizer, senão uma aplicação dos lugares-comuns, no sentido aristotélico, a temas particulares. Mas, como essa aplicação é feita a um tema tratado com frequência, que se desenvolve numa certa ordem, com conexões previstas entre lugares, agora só se pensa em sua banalidade, ignorando-lhes o valor argumentativo. Isso a tal ponto, que se tende a esquecer que os lugares formam um arsenal indispensável, do qual, de um modo ou de outro, quem quer persuadir outrem deverá lançar mão.” (PERELMAN, Chaïm. **Tratado da Argumentação: a nova retórica**. trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p. 94-95).

seguimentos possam ter, o que não impede esse corte epistemológico que estamos propondo. Desse modo, em que pese a existência de “lugares comuns” entre a ordem pública e o interesse público, até porque a expressão ordem pública advém da noção de Direito Público e interesse público, os seus lugares específicos devem ser identificados para melhor compreensão do sentimento ordem pública no momento contemporâneo, principalmente no âmbito do processo civil brasileiro.

2.4.2 Ordem Pública e Organização Jurídico-Social

Este seguimento se assemelha bastante ao anterior, contudo trata a compreensão de ordem pública como a de ordem social, representando “a que toca à moral e à boa ordem, à harmonia e às condições vitais da sociedade. Para esses autores, as leis de ordem pública seriam as leis que assentam seus fundamentos nas bases consideradas como essenciais para a manutenção da existência da sociedade”.⁸²

Aliado a esse pensamento, verifica-se a “ordem pública como equivalente aos bons costumes” e “como paz ou ausência de conflitos ou perturbações”,⁸³ o que ao nosso entender esta não é uma percepção salutar da situação de ordem pública, porque somente torna a noção muito mais volátil e ininteligível.

O fato da ordem social esta sendo molestada, somente identifica uma situação de desordem no corpo social, seja por calamidades, revoluções, protestos violentos, guerra civil, ou outras manifestações de desestabilização social.

Essa ideia parece estar muito mais ligada à violação à segurança nacional, de uma segurança de ordem social interna ou do que se entende por bons costumes, e associar essa concepção ao sentimento ordem pública apenas volatiliza ainda mais essa expressão tão mal compreendida.

Outrossim, não desprezando os clássicos e profundos estudos do Direito Internacional Privado quanto à compreensão de ordem pública,⁸⁴ entendemos que a

⁸² ARIGÓN, Mario Garmendia. **Ordem Pública e Direito do Trabalho**. Trad. Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 2003, p. 23.

⁸³ VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação Jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas**. trad. Susana Elena Dalle Mura. 2ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 189-190.

⁸⁴ DOLINGER, Jacob. **A evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro, 1979. (tese apresentada à egrégia congregação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro)

perspectiva deste seguimento (ordem pública como organização jurídico-social) atualmente está ligada ao que se compreende do texto constitucional no Título I, Dos Princípios Fundamentais. Sendo a diretriz quanto aos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF), à harmonia e à separação dos poderes (art. 2º, CF), que tutelam os objetivos fundamentais de nossa Nação, no sentido de construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional, erradicando a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, da CF), bem como norteiam o forma de relação internacional do nosso país (art. 4º, da CF).⁸⁵

Ademais, esta ideia também está ligada ao texto constitucional, ao tratar da segurança pública, no art. 144, *caput*, ao destacar que “a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”.

Assim, parece que o que se entendia ou se sentia como de ordem pública no aspecto de organização jurídico-social é, em nosso contexto dogmático constitucional, representado pelos princípios fundamentais da Constituição (art. 1º ao 4º, da CF) e pela ideia de segurança pública, pois adotar a ordem pública como ordem social seria multiplicar as funções daquela expressão, tornando-a uma verdadeira carta coringa de compreensões, situações e finalidades, o que dificulta e confunde ainda mais a sua percepção, até mesmo porque seria possível também um retorno à vinculação ao interesse público e ao Direito Público, nestes casos.

Ademais, revigorando o nosso pensamento, ressaltamos que o art. 4º do conhecido Código de Direito Internacional Privado, ratificado pelo Brasil no Decreto n.º 18.871, de 13 de agosto de 1929, disciplina que “los preceptos constitucionales son de orden público

para o concurso à Cátedra de Direito Internacional Privado); RIBEIRO, Elmo Pilla. **O princípio da Ordem Pública em Direito Internacional Privado**. Porto Alegre, 1966; (SILVA, Luis Antonio da Gama e. **A Ordem Pública em Direito Internacional Privado**. Monografia de concurso à docência-livre de Direito Internacional Privado, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1944; VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado**. Introdução e Parte Geral. Vol. I. 5ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

⁸⁵ “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.”

internacional”.⁸⁶ O que nos leva a perceber que o *sentimento* que a ordem pública transpassa atualmente está ligado às situações jurídicas advindas dos fatos jurídicos dos preceitos e normas constitucionais.

Nesse contexto, Luís Roberto Barroso,⁸⁷ assevera que “à luz de tal previsão, todas as disposições formalmente integradas à Constituição brasileira são tidas como de ordem pública internacional e impedem a aplicação de direito estrangeiro com elas contrastante”.

Nesse seguimento, o que também nos faz levar a compreensão acima apontada, são estudos de referência no Direito Internacional Privado, onde se destacam duas dimensões para a ordem pública, a interna e a internacional.⁸⁸ Sendo a interna as normas de contenção do comportamento e atuação dos indivíduos, e a internacional as normas que limitam a aplicação das normas estrangeiras, o que estaria abarcado pelos princípios fundamentais constitucionais de ordem interna (art. 1º ao 3º, da CF) e de ordem internacional (art. 4º, CF).

Assim, como a percepção de ordem pública no Direito Internacional Privado tem a finalidade de contenção e adequação de aplicação do direito estrangeiro em nosso país,⁸⁹ estes seriam as orientações de base para a interpretação das normas, seja para a negativa ou não de sua aplicação, tendo como sentimento de ordem pública os princípios fundamentais constitucionais.

Contudo, ressalte-se que esse desmembramento, ordem pública interna e internacional, não é amplamente aceito pelos estudiosos do Direito Internacional Privado, o que não infirma o que foi dito acima, e sim o ratifica. Ao passo que se observa a ordem pública como uma unidade, a qual pode ser tanto aplicada para as relações internas, contendo e regulamentando questões dos indivíduos e como o Estado deve se conduzir, como nas relações internacionais do nosso Estado com os demais países e a aplicação de normas

⁸⁶ Vide em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-18871-13-agosto-1929-549000-publicacaooriginal-64246-pe.html>. Consulta em 08.04.17.

⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 52.

⁸⁸ “A evolução do direito positivo do conceito de ordem pública confirma a predominância doutrinária quer de seus dois aspectos interno (nacional) e externo (internacional), quer do seu caráter de medida de exceção. Realmente, a ordem pública é um limite do foro ou à manifestação da vontade individual, às disposições e convenções particulares (ordem pública interna) ou à aplicação do direito estrangeiro, às leis, atos e sentenças de outro país (ordem pública do DIP). A primeira restringe a liberdade individual, e a segunda barra a entrada das normas estrangeiras.” (VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado**. Introdução e Parte Geral. Vol. I. 5ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 491).

⁸⁹ “Já no Direito Internacional Privado a ordem pública impede a aplicação de leis estrangeiras, o reconhecimento de atos realizados no exterior e a execução de sentenças proferidas por tribunais de outros países, constituindo-se no mais importante dos princípios da disciplina.” (DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado** (Parte Geral). 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 394).

estrangeiras em nosso ordenamento. Assim, o *sentimento* da ordem pública é um só para ser percebido em ambas relações.⁹⁰

Aliado a toda esta exposição, entendemos que as leis, atos e sentenças estrangeiras não possuem eficácia quando ofendem o nosso ordenamento jurídico, tendo como base as normas fundamentais constitucionais, sendo este um adequado sentido da expressão ordem pública que devemos extrair do texto do art. 17, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, ao destacar 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”.⁹¹

Assim, ao nosso entendimento, mostra-se desnecessária a permanência da expressão ordem pública nesse texto, porquanto a expressão ordem pública, nessa perspectiva, deveria ser substituída por *princípios fundamentais da Constituição Federal* (art. 1º ao 4º, CF) e pelo *ordenamento jurídico ou ordem jurídica*, por serem as diretrizes que os estudiosos do Direito Internacional Privado pregam na aplicação e adequação do direito estrangeiro,⁹² pois perfazem “os princípios essenciais da ordem jurídica do foro, fundados nos conceitos de justiça, de moral, de religião, de economia e mesmo de política, que ali orienta a respectiva legislação”.⁹³

O que, de certa forma, facilitaria muito o sentido e alcance do texto mencionado, não precisaria a doutrina justificar a permanência da expressão ordem pública, desmembrando-a em vários seguimentos (ordem pública nacional, ordem pública regional,

⁹⁰ “Logo, a ordem pública é una, quer se trate de direito interno, que se trate de direito internacional privado. Não há possibilidade de graus de ordem pública. Onde quer que de ordem pública se cogite, a ela se submetem, indeclinavelmente, nacionais ou domiciliados e estrangeiros.” (SILVA, Luis Antonio da Gama e. **A Ordem Pública em Direito Internacional Privado**. Monografia de concurso à docência-livre de Direito Internacional Privado, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1944, p. 185).

⁹¹ “A ordem pública consiste no conjunto de valores essenciais defendidos por um Estado, que impede (i) a aplicação de lei estrangeira eventualmente indicada pelos critérios de conexão; (ii) a prorrogação ou derrogação da jurisdição; e, por fim, (iii) a cooperação jurídica internacional pretendida. Assim, na ótica do Direito Internacional Privado, a ordem pública é um instituto que restringe a própria atuação do DIPr para preservar os valores defendidos pelo Estado do foro.” (RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. **Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 308).

⁹² “Nessa classe estão os fundamentos e objetivos da República, assim como as decisões políticas estruturais, todos agrupados sob a designação geral de *princípios fundamentais*, objeto do Título I da Constituição (arts. 1º a 4º). Há consenso igualmente no sentido de que estão inseridos nessa categoria os direitos fundamentais, assim entendidos os individuais, coletivos, políticos e sociais. Devem-se acrescentar ao conteúdo mínimo dos preceitos fundamentais, ainda, as normas abrigadas nas cláusulas pétreas (art. 60, §4º) ou delas decorrentes diretamente e, por fim, os princípios constitucionais ditos *sensíveis* (art. 34, VII), que são aqueles que por sua relevância dão ensejo à intervenção federal”. (TIBURCIO, Carmen. **A ordem pública na homologação de sentenças estrangeiras**. In FUX, Luiz [et. al.]. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 211-212).

⁹³ VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado**. Introdução e Parte Geral. Vol. I. 5ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 496.

ordem pública internacional ou universal),⁹⁴ e tumultuando ainda mais a sua percepção, bastando a menção aos princípios fundamentais da Constituição e ao ordenamento jurídico ou a ordem jurídica, dentre os quais a soberania e a noção de bons costumes estariam de igual forma abarcadas.

Justifica-se a inclusão também da expressão *bons costumes* nos princípios fundamentais da Constituição, pois a expressão perfaz muito mais uma conduta social, moral, ética ou religiosa do que propriamente jurídica, de sorte que este fato corriqueiro, habitual ou praticado constantemente pode ou não ser amparado pelo direito, pois a ideia de bom ou ruim não possui natureza jurídica, mas sim filosófica, sociológica ou existencial.⁹⁵

Assim, juridicamente, não há fatos, eventos ou condutas ditas por convenção como boas ou ruins, mas sim relevantes para o Direito (fatos jurídicos) ou irrelevante para o Direito (mero fato social).⁹⁶

Podemos exemplificar com o fato de duas pessoas namorarem, de sorte que o Direito em nada se preocupa pelo simples fato social do namoro. Ao Direito nada importa se as pessoas capazes, espontaneamente, namoram com ou sem atividade sexual. Sendo este um mero fato social regido, quiçá, pela moral, ética, convenções sociais ou religiosas. Ou seja, o que justifica um fato ser bom ou ruim para o Direito não é o evento ou conduta meramente social, mas a sua tutela ou vedação pelo ordenamento jurídico.

Saliente-se que o relacionamento amoroso entre duas pessoas terá sua relevância jurídica, caso este fato social se encontre no suporte fático⁹⁷ da norma constitucional e civil quanto à união estável ou por meio do casamento, por exemplo.

⁹⁴ “É possível, ainda, classificar a ordem pública em razão da origem dos valores defendidos pelo Estado da seguinte maneira: (i) *ordem pública nacional*; (ii) *ordem pública regional*; e (iii) *ordem pública internacional (ou universal)*. A *ordem pública nacional* é aquela que contém valores essenciais produzidos no próprio Estado do Foro. Já a *ordem pública regional* contempla valores imperativos contidos em normas produzidas por organizações regionais, como a União Europeia. Por fim, a *ordem pública internacional* é aquela que contém valores essenciais da comunidade internacional como um todo.” (RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. **Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 309).

⁹⁵ “Atitudes institucionalizadas de um grupo social, às quais se aplicam eminentemente os qualificativos ‘boas’ ou ‘más’ e que são reforçadas pelas sanções mais enérgicas porque consideradas condições indispensáveis de qualquer relacionamento humano.” (ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 6ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 254).

⁹⁶ “A constatação de que há fatos relevantes, a que a norma jurídica *imputa* efeitos no plano do relacionamento inter-humano, e fatos que, considerados irrelevantes, permanecem sem normatização, permite distinguir, dentro do universo dos fatos, que é o mundo em geral – ou mundo fático –, um conjunto – o mundo jurídico – formado apenas pelos fatos jurídicos.” (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. 15ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 9).

⁹⁷ “A *incidência* é, assim, o efeito da norma jurídica de transformar em fato jurídico a parte do seu suporte fático que o direito considerou relevante para ingressar no mundo jurídico. Somente depois de gerado o fato jurídico, por força da incidência, é que se poderá falar de situações jurídicas e todas as demais categorias de

Outrossim, o fato social do relacionamento amoroso simultâneo com duas ou mais pessoas é plenamente possível socialmente, ainda com grandes discussões e repercussões jurídicas na esfera cível. Contudo, ao nosso entender, há uma tentativa de juridicizar⁹⁸ esse tipo de relação afetiva (poliamor)⁹⁹ como uma *entidade familiar*, pois o nosso ordenamento jurídico veda a bigamia na esfera cível¹⁰⁰ e até criminaliza a conduta na esfera penal.¹⁰¹

Desta forma, há possibilidade de enquadrar também o sentimento *bons costumes* aos princípios fundamentais da Constituição, ainda que se possam preservar situações fáticas pela tradição ou novas convenções sociais e enquadrá-las no Direito, mesmo porque há, atualmente, uma defesa na fusão das percepções de *bons costumes* e *ordem pública*.¹⁰² Com isso, nesse ponto, a expressão ordem pública seria bastante poupada, não se banalizando a sua percepção e utilização.

Ademais, essa ideia, em face do atual momento dogmático jurídico, mostra-se, do mesmo modo, juridicamente adequada, de sorte que “a Constituição efetivamente ocupa o centro do sistema jurídico, de onde passa a irradiar valores objetivos através dos quais devem ser criadas, interpretadas e aplicadas as normas jurídicas, aí incluídas aquelas que dizem respeito ao direito processual civil”.¹⁰³

Assim, entendemos despidendo se falar em ordem pública interna, ordem pública internacional ou ordem pública como organização jurídico-social, bastando, neste aspecto, nos referirmos aos princípios fundamentais constitucionais e ao ordenamento jurídico, os quais estão objetivamente propostos e abarcam inúmeras situações, pois se apresentam como verdadeiras cláusulas gerais constitucionais.

eficácia jurídica. É preciso, portanto, considerar que há a eficácia da norma jurídica (denominada eficácia legal, por Pontes de Miranda), de que resulta o fato jurídico, e a eficácia jurídica que decorre do fato jurídico já existente”. (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da existência. 15ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 77).

⁹⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da existência. 15ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 77.

⁹⁹ Ressalte-se que, segundo a doutrina civilista, há um reconhecimento do relacionamento poliafetivo, não como vários casamentos ou uniões estáveis, o que consistiria em poligamia, mas como uma única entidade ou um núcleo familiar com múltiplas relações afetivas. Vide: DIAS, Maria Berenice. Poliafetividade, alguém duvida que existe? Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_552\)poliafetividade.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_552)poliafetividade.pdf)>

¹⁰⁰ “Art. 1.521. Não podem casar: [...] VI - as pessoas casadas;”

¹⁰¹ “Art. 235 - Contrair alguém, sendo casado, novo casamento: Pena - reclusão, de dois a seis anos. § 1º - Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de um a três anos. § 2º - Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime.”

¹⁰² “É possível sustentar-se que, hoje, o conceito amplo de ordem pública acaba absorvendo a ideia dos bons costumes, princípio de conduta impostos pela moralidade média do povo (considerada indispensável para a manutenção da ordem social e para a harmonia nas relações humanas)”. (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário à Lei n.º 9.307/96. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 68-69).

¹⁰³ CUNHA, Leonardo Carneira da. **O Processo Civil no Estado Constitucional e os fundamentos do Projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro**. In Revista de Processo. Ano 37. Vol. 209. Julho, 2012, p. 351.

2.4.3 Ordem Pública do ponto de vista Instrumental

Nessa perspectiva, os doutrinadores não desprezam por completo os estudos da percepção de ordem pública desenvolvidos com base nos fundamentos do interesse público, do Direito Público, dos fundamentos sociais ou jurídico-filosóficos. Porém, não são estas bases que sustentam as suas compreensões, “mas seus aspectos instrumentais ou funcionais atendendo à eficácia, ou à incidência que ele tem no plano do funcionamento das fontes do Direito”.¹⁰⁴

Assim, a preocupação dos que defendem a *ordem pública no caráter instrumental* não é com a sua essência, propriamente dita, mas com o que de utilidade ela se presta ou qual a sua finalidade ou função no ordenamento jurídico.

E a característica marcante deste seguimento é o instrumento da imperatividade, advinda exclusivamente do Estado, as normas que geram situações *ditas* de ordem pública, o que se exteriorizam como *normas cogentes*, de eficácia imperativa, indisponível, irrenunciável, como forma de tutelar bens jurídicos, os quais limitam a autonomia da vontade dos indivíduos, no caminhar da vida privada,¹⁰⁵ o que se alinha com as percepções da metodologia da *instrumentalidade do processo*.¹⁰⁶

Mesmo nesse aspecto, podemos observar que a característica da imperatividade, pura e exclusivamente, leva à noção de interesse público e Direito Público, o que não se nega neste seguimento teórico, pois as situações normativas *ditas* de ordem pública também são emanadas pelo Poder Público e visam proteger, delimitar o ordenamento e limitar determinadas condutas dos indivíduos, o que, de certa forma, dá margens a confusões quanto à percepção autônoma da ordem pública.

Desta forma, até o momento, percebemos que, por mais que os doutrinadores tentem constituir variadas formas de decifrar a ordem pública, acabam gravitando no *lugar*

¹⁰⁴ ARIGÓN, Mario Garmendia. **Ordem Pública e Direito do Trabalho**. Trad. Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 2003, p. 24.

¹⁰⁵ “Esse instrumento (também chamado de ‘imperatividade’, ‘inderrogabilidade’, ‘eficácia particularmente imperativa’, etc.) tem sido considerado ontologicamente ligado à noção de ordem pública desde quando o codificador francês adotou – e adaptou – para o Direito Civil moderno a máxima latina *privatorum conventio juri publico non derogat*.” (ARIGÓN, Mario Garmendia. **Ordem Pública e Direito do Trabalho**. Trad. Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 2003, p. 48).

¹⁰⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 15ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 64-65.

comum que ela possui com as situações jurídicas que levam à identificação da percepção de interesse público, de *coisa* pública e a própria compreensão romana de situações permanentes tipificadas como de Direito Público.¹⁰⁷

Assim, afim de estabelecer uma premissa para melhor compreensão do tema e das afirmações no decorrer da tese, faz-se necessário fixar uma percepção contemporânea da norma titulada de *cogente e imperativa*, as quais também são *vinculadas* às situações jurídicas ditas de *ordem pública* e de *interesse público*.

2.5 Norma cogente e ordem pública

Defender que uma norma é de interesse público e de Direito Público, não significa que, necessariamente, são *imperativas* e *cogentes*, podendo, por via de consequência, gerar situações tituladas de *ordem pública*.¹⁰⁸ Mas que o Ente Estatal, de forma geral, regulamentou a maneira de exercício de suas atividades, das *coisas* do Estado em busca de um *bem comum*, como exemplo a norma processual que instrumentaliza o exercício da jurisdição estatal.¹⁰⁹

Isso não implica, obrigatoriamente, que a norma processual, possuindo interesse público ou alocada como de Direito Público, não seja passível de alguma adequação realizada pelas partes submetidas a um processo. O que, na prática, abre margem à uma gradual disposição, marca de um *respeito ao autorregramento da vontade*,¹¹⁰ vislumbrada em um maior grau nas relações reservadas ao Direito Privado.

¹⁰⁷ “*Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim.*” (JUSTINIANO I. **Digesto de Justiniano, liber primus**: introdução ao direito romano. trad. Hécio Maciel França Madeira. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 21-20).

¹⁰⁸ “Hoje em dia, é tão absurdo pensar que no direito público não haveria flexibilidade, quanto que no direito privado não haveria regras imperativas. É possível haver direito privado cogente e direito público dispositivo”. (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 163).

¹⁰⁹ “As normas processuais pertencem, segundo a opinião geral, ao direito público. É por demais evidente que tais normas regulam uma das funções do Estado, que é a jurisdição, e, portanto, sobreleva-se o interesse público em resolver a lide, apesar de privados os interesses dos litigantes”. (ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro**. Parte Geral: Fundamentos e Distribuição de Conflitos. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 198).

¹¹⁰ “No conteúdo eficaz do direito fundamental à liberdade está o direito ao autorregramento: o direito que todo sujeito tem de regular juridicamente os seus interesses, de poder definir o que reputa melhor ou mais adequado para a sua existência; o direito de regular a própria existência, de construir o próprio caminho e de fazer escolhas. Autonomia privada ou autorregramento da vontade é um dos pilares da liberdade e dimensão inafastável da dignidade da pessoa humana. O Direito Processual Civil, embora ramo do Direito Público, ou talvez exatamente por isso, também é regido por esse princípio. Pode-se chamá-lo de princípio do *respeito ao autorregramento da vontade no processo*”. (DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**:

Há algum tempo,¹¹¹ já se questionava que afirmação de que uma *norma cogente e imperativa*, em si, é *indisponível*, possuindo como antítese uma *norma disponível*, não responde com congruência às complexidades e fenômenos concretos do mundo contemporâneo.

Da mesma forma, dizer que o *interesse público*, em si,¹¹² é *indisponível*, revela-se um tanto intangível e antagônico, pois, o que é o interesse público em sua essência? Quem o estabelece? E, esse “alguém”, ao estabelecer o que é de interesse público da sociedade, não estaria *dispondo* dele? Esse “alguém” se encontraria na “posição original”, coberto pelo “véu de ignorância” como pretendeu Rawls?¹¹³ Inquietações e questionamentos quase que intermináveis podemos fazer.

Até porque, normas que regem as relações de Direito Privado também possuem um determinado grau de indisponibilidade, as quais podem gerar fatos jurídicos com situações tipificadas como ilícitas quando os indivíduos abusam ao exercer os seus direitos (art. 187; art. 1.228, §1º, §3º, do CC).¹¹⁴

Outrossim, já se questionava a dificuldade de se destacar dogmaticamente o que é essencialmente de *interesse público* ou de *interesse privado*, de *direito material* ou de *direito formal*,¹¹⁵ o que também não implica a abolição ou inutilização total das dicotomias, mas a

introdução ao processo civil, parte geral e processo de conhecimento. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 149).

¹¹¹ “O mais difundido desses critérios é o que se baseia na distinção entre normas processuais cogentes e normas processuais dispositivas. Admitir-se-ia no âmbito destas e repelir-se-ia no daquelas a liberdade de convenção entre as partes. Não é certo, porém, que esse caminho leve a solução satisfatória em qualquer hipótese, antes de mais nada pela dificuldade que as vezes se encontra em tragar linha nítida entre as duas espécies de normas”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Convenções das partes sobre matéria processual**. In Revista de Processo. Vol. 33/1984, Jan-Mar/1984, p. 183).

¹¹² “O interesse público, em si, é indisponível. Esse é um dado que não se discute. O tema, porém, não comporta soluções simplistas, generalizadoras”. (TALAMINI, Eduardo. **A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória)** – versão atualizada para o CPC/15. In Revista de Processo. Vol. 264/2017, fev. 2017, p. 83).

¹¹³ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímole Esteves. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 147-149.

¹¹⁴ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”; “Art. 1.228. [...] § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas; [...] § 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente”.

¹¹⁵ “O direito processual civil não é um direito adjetivo, como comumente se ouve dizer, nem um direito formal. Trata-se de erros manifestos. [...] Tão impróprio é definir o arado como adjetivo da terra, o piano como adjetivo da música, quanto o processo como adjetivo do direito em função do qual ele atua. Instrumento não constitui *qualidade* da matéria que modela, mas ente ontologicamente distinto, embora a esta vinculado por um nexo de finalidade. Se não é *qualidade*, também não será forma, conceito que pressupõe a mesma e, no caso, inexistente integração ontológica com a matéria. [...] Em suma, a antítese não é de direito material – direito formal, e sim, direito material – direito *instrumental*. Isto porque instrumento, como ente *a se*, possui matéria e

necessidade de uma discussão constante, sempre na tentativa, o mínimo que seja, de um aprimoramento desses temas às realidades existenciais presentes.

Nesse contexto, como forma de estabelecer uma premissa metodológica, iremos propor uma percepção contemporânea do que se possa compreender como *norma cogente*, a fim de adequar e sustentar as nossas proposições.

Contudo, ressalte-se, por oportuno, que não se pretende, com isso, promover uma discussão ou tese sobre teoria da norma jurídica. Pois, para isso necessitaria de um trabalho de muito mais fôlego dogmático e, além disso, não é o objetivo desta tese. Mas somente fixar uma premissa de adequação às consequências jurídicas a serem constatadas durante esta pesquisa.

2.5.1 Uma percepção contemporânea da norma cogente

A norma *cogente* e *imperativa*, aqui empregada, não pode possuir o significado tradicional de *normas indisponíveis*¹¹⁶ ligadas à ideia do poder de império estatal,¹¹⁷ as quais os sujeitos não podem dispor em hipótese alguma, normalmente associadas ao *interesse público* ou à *ordem pública*.

Assim, as *normas cogentes*, em nossa percepção, são *normas jurídicas que possam ensejar, caso incidam, fatos jurídicos que impliquem situações jurídicas com grau elevado de tensão e desequilíbrio à higidez posta pelo ordenamento jurídico*. O que não implica que estas *situações* são de *ordem pública* e não possam sofrer influência de

formas próprias, independentes da matéria e da forma, da realidade jurídica, dita *material*, sobre a qual opera”. (LACERDA, Galeno. **Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 19-20).

¹¹⁶ “Esses diferentes graus de imperatividade indicam a existência de *normas processuais cogentes*, ao lado de *normas processuais dispositivas* – aquelas, com imperatividade absoluta e nenhuma liberdade deixada às partes para disporem de modo diferente, ainda que de acordo; estas, dotadas de imperatividade relativa e portanto portadoras de preceitos suscetíveis de serem alterados pelos litigantes”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. I. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 138-139).

¹¹⁷ “No direito contemporâneo, afirma-se que soberana é a lei, por força da constituição, que encarna a vontade social, e que confere ao Estado e aos entes públicos de modo geral a competência para editar atos soberanos, isto é, dotados do *jus imperii*. Nem todos os atos dos entes públicos são soberanos. Quando o são, porém, aparece o *jus imperii*. Suas normas são, então, cogentes, pois pressupõem o interesse da ordem pública. É o princípio do interesse público relevante que, se contrastando com interesses privados, prevalece em última instância sobre eles. Esse interesse público pode ser do próprio Estado, no caso do Direito Administrativo, mas pode ser o de toda a comunidade, no caso do Direito Penal. Nesse caso, é o interesse da justiça, como um valor social global”. (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 107).

determinados fenômenos jurídicos, como a convalidação, a renúncia, a preclusão ou o negócio jurídico, como vem defendendo a doutrina¹¹⁸ ao tratar do tema.

Exemplificamos.

No campo processual os doutrinadores citam como *normas cogentes* as que podem gerar *nulidades absolutas*, determinadas *inadmissibilidades* ou *rescindibilidades*, as quais denominaremos, no capítulo VI desta tese, de *normas processuais rígidas*, nomenclatura que se impõe e que será defendida dogmaticamente, pois tem o escopo de tentar minimizar a celeuma ligada às situações *ditas* de ordem pública como *norma imperativa, cogente e indisponível*, em si.

Para nós, o antônimo das *normas cogentes* não é, categoricamente, as *normas dispositivas*, até porque em determinados casos existem margens de *disposição* da norma dita cogente, ainda que se vislumbre a possibilidade de influência do interesse público ou de situações jurídicas tituladas como de ordem pública.

Assim, nesse ambiente de *normas cogentes*, de *interesse público* e de *ordem pública*, a premissa que estabelecemos aqui não é, necessariamente, de antonímia, com carga imperativa, autoritária ou de exclusão, comumente se extrai da percepção da ordem pública,¹¹⁹ mas de uma gradação tendo como fundamento as *situações jurídicas* que os fatos jurídicos possam produzir, sejam oriundos das normas constitucionais ou infraconstitucionais.

Nesse contexto, classificaríamos as normas como:

a) *normas rígidas*, as quais podem gerar *fatos jurídicos que implicam situações jurídicas com grau elevado de tensão e desequilíbrio à higidez posta pelo ordenamento jurídico*, com a possibilidade de *flexibilização para correção ou regularização*;

b) *normas flexíveis*, as quais podem gerar *fatos jurídicos que implicam situações jurídicas com baixo grau de tensão e desequilíbrio à higidez posta pelo ordenamento jurídico*, com a possibilidade de *flexibilização para correção ou regularização*; e,

¹¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme [et. al.]. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 182; DELLORE, Luiz [et. al.]. **Teoria Geral do Processo Contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 258-259; “Já se teve oportunidade de afirmar que as regras de competência absoluta têm como fundamento razões de ordem pública, basicamente as de melhorar o serviço jurisdicional e proporcionar uma tutela jurisdicional de melhor qualidade”. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Competência no Processo Civil**. 2ª ed. rev. atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 66).

¹¹⁹ “Por fim, cabe dizer que a utilização da ‘ordem pública’ por vezes parece dominada por uma ideologia autoritária, que pensava inclusive que os interesses estatais seriam ‘superiores’ aos interesses privados, e que pudessem suplantar e esmagar o indivíduo, um absurdo total se pensarmos no quadro das conquistas do séc. XX no campo dos direitos fundamentais”. (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 314-315).

c) *normas híbridas*, as quais *podem apresentar tanto as características das normas rígidas como das normas flexíveis*, dependendo do momento e das circunstâncias que efetivamente possam ser aplicadas ao caso concreto.

Justificamos a opção pela nomenclatura *norma rígida* em detrimento de *norma cogente*, tomando por base a perspectiva da classificação das Constituições quanto à sua estabilidade (imutáveis, fixas, rígidas, flexíveis e semiflexíveis), com o escopo de adequar a classificação proposta ao momento do Estado Constitucional, bem como pelo fato da expressão *norma cogente* está associada a percepção de *imperativa e indisponível*, marca do que se pretende com a ideia de *ordem pública*.

Outrossim, com a passagem da percepção de *norma cogente* para *norma rígida*, a qual tem como fundamento o Estado Constitucional, traduzindo as *qualidades*¹²⁰ de *Estado de direito* e *Estado democrático*,¹²¹ impõe-se também uma nova nomenclatura ao que se titulava por ordem pública. Pois, a percepção de ordem pública induz, instantaneamente, à ideia de norma cogente, de supremacia do interesse público, de indisponibilidade, irrenunciáveis e inderrogáveis, marcas de um momento dogmático e cultural antecedente, o que não se mostra salutar ao momento contemporâneo.

Por essa razão, a *era da ordem pública* deve ser revigorada e adequada, dando passagem a *era da ordem constitucional e democrática*, percepção na qual se associa à ideia de *norma rígida* e aos fundamentos do Estado Constitucional, exteriorizados na *legalidade, igualdade, segurança jurídica, confiança legítima, liberdade, legitimidade e participação*.¹²²

Ressaltamos, por oportuno, que a *era da ordem constitucional e democrática* não implica exclusão ou total abandono dos preceitos da *era* anterior, pelo contrário, imprime revigoração e adequação, características de um processo cultural cumulativo e de complementaridade, na mesma perspectiva da discussão da nomenclatura “dimensões” dos direitos fundamentais.¹²³

Salientamos que essa proposição dogmática será refletida no capítulo VI desta tese. Porém, para que os exemplos aqui mencionados sejam claramente compreendidos, estabelecemos, desde já, nossa premissa teórico-metodológica.

¹²⁰ SAEZ, Guy [et. al.]. *L'État sans qualités*. France: Presses Universitaires de France – PUF, 1982, p. 36.

¹²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 92-93.

¹²² CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Normas Fundamentais no novo CPC Brasileiro*. In *Processo Civil Comparado: análise entre Brasil e Portugal*. Org. João Calvão da Silva [et. al.]. São Paulo: Forense, 2017, p. 94.

¹²³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 45.

2.5.2 A ordem pública no plano da eficácia

Em face dos *lugares comuns* entre o interesse público e as normas *ditas cogentes e imperativas*, as quais dão a ideia de indisponíveis, absolutas, insanáveis, irrenunciáveis e inderrogáveis, o que se pretendeu com a percepção inicial e histórica da expressão *ordem pública*, até como forma de garantir e justificar o poder do Estado,¹²⁴ buscaremos dialogar e contrapor alguns pontos da teoria dos fatos jurídicos, no sentido de tentar visualizar, com mais clareza, o fenômeno da ordem pública no mundo jurídico.

Nesse contexto, entendemos que a ordem pública pode ser percebida no plano da eficácia,¹²⁵ onde constatamos as *situações jurídicas* concebidas pelos fatos jurídicos,¹²⁶ e não exclusivamente como um elemento do suporte fático da norma, o que caracterizaria a cogência e a indisponibilidade.

Pois, o que habitualmente se defende para justificar a dicotomia *norma cogente e indisponível versus norma não-cogente e disponível*, parte da premissa de que o elemento *vontade* (autorregramento da vontade) deve estar contido no suporte fático da norma.¹²⁷ Contudo, percebemos que existem normas que não contém o elemento *vontade* no seu suporte fático, mas admitem que as partes realizem autocomposição, tanto do direito material discutido nos autos como das regras processuais, tudo isso como forma de exteriorização do *respeito ao autorregramento da vontade*.

¹²⁴ RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do direito**. trad. Vera Barkow. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 38.

¹²⁵ “O plano da eficácia é a parte do mundo jurídico onde os fatos jurídicos produzem os seus efeitos, criando as situações jurídicas, as relações jurídicas, com todo o seu conteúdo eficaz representado pelo direitos-deveres, pretensões-obrigações, ações e exceções, ou os extinguindo”. (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da existência. 15ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 104-105).

¹²⁶ “O fato jurídico *existe* como resultado da incidência de uma norma sobre o seu suporte fático suficientemente composto. O ser válido (valer), ou inválido (não valer), já pressupõe a existência do fato jurídico. Da mesma forma, para que se possa falar de eficácia (=ser eficaz) é necessário que o fato jurídico exista. A recíproca, porém, em ambos os casos, não é verdadeira. O existir independe, completamente, de que o fato jurídico seja válido ou de que seja eficaz. O ato jurídico nulo é fato jurídico como qualquer outro, só que deficientemente. A deficiência de elemento do suporte fático o faz inválido. Assim, também ocorre com a eficácia”. (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da validade. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 43).

¹²⁷ “Há normas jurídicas cuja característica consiste na sua impositividade em relação à conduta e há outras que, diferentemente, não obrigam de modo imperativo, mas são editadas para suprir lacunas deixadas pela vontade – dispositivas – ou, quando manifestada, de modo obscuro ou inconcludente, deva o intérprete entendê-la de certa maneira – interpretativas. Disso se conclui que há normas cuja incidência pela vontade humana, ou melhor, da impositividade lógica da norma jurídica, podemos classificá-las em (i) *cogentes* e (ii) *não-cogentes*”. (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da existência. 15ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 79).

Desta forma, em que pese a norma não contenha como elemento de seu suporte fático a *vontade*, o que configuraria a sua indisponibilidade e uma possível ligação à norma cogente, ao interesse público e à ordem pública, pode gerar fatos jurídicos com situações jurídicas afetas ao *autorregramento da vontade*.

Contudo, por óbvio, não se pretende aqui esgotar o discurso das situações jurídicas exteriorizadas pelo fato jurídico com a incidência da norma, muito menos eliminar ou desprezar os valores e fundamentos axiológicos, sejam entendidos como *de ordem pública ou de interesse público*, que foram considerados para possibilitar que a norma estabelecida ensinasse estas situações jurídicas de maior ou menor tensão e desequilíbrio à higidez posta pelo ordenamento jurídico. Mas, o que se pretende aqui é propor uma premissa de adequação dogmática contemporânea, com base nas situações jurídicas geradas por fatos jurídicos de determinadas normas, e que se possam perceber como de ordem pública.

Assim, como vimos, a ideia de *norma rígida* empregada no tópico anterior, não se trata da categoria ligada à *indisponibilidade*, em si, até porque esta percepção a cada dia vem sofrendo consideráveis questionamentos, inclusive no ambiente do Código de Processo Civil de 2015, ao admitir negócios processuais atípicos (art. 190), acolhendo os acordos processuais quando o direito discutido no processo for afeto à autocomposição.

Ou seja, a discussão, por si só, da categoria de *direito disponível* ou *indisponível*, de *interesse privado* ou *público*, não enseja obstáculo para a permissão de acordos sobre *situações jurídicas processuais*, criando novos procedimentos, ônus, poderes e deveres.¹²⁸

Desta forma, em nossa compreensão, constatamos que não só o Poder Estatal pode estabelecer situações jurídicas das normas ditas de caráter *cogente e imperativo*,¹²⁹ mas os indivíduos plenamente capazes também podem *escolher categorias jurídicas ou estabelecer situações jurídicas*¹³⁰ típicas das normas enquadradas como cogentes e imperativas.

¹²⁸ “Logo, as convenções sobre processo e os negócios processuais podem ter como objeto direitos indisponíveis. Admite-se, assim, por exemplo, uma ação civil pública negociada, com regras de procedimento estipuladas entre as partes, inclusive entre o Ministério Público, mesmo quando presente à base de seu objeto litigioso direitos difusos ou coletivos. Se há possibilidade de autocomposição, em qualquer nível ou amplitude, mesmo que mínima, sobre o direito litigioso, permite-se a negociação sobre o procedimento e sobre os ônus, poderes e deveres processuais”. (NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 233).

¹²⁹ “Se a lei pressupõe o Estado como legislador, temos que observá-lo, antes de tudo, **como fonte de praticamente todo o direito**. O Estado, porém, não é apenas fonte do direito, é simultaneamente produto do direito: deriva sua Constituição, e com isso sua existência jurídica, do direito público. (grifo aditado)” (RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do direito**. trad. Vera Barkow. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 37).

¹³⁰ “Define-se o negócio processual, a partir das premissas até aqui estabelecidas, como o fato jurídico voluntário em cujo o suporte fático, descrito na norma processual, esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher

Como exemplo, citamos a convenção de arbitragem. Pois, trata-se de negócio jurídico em razão do qual as partes submetem a disputa do direito material ao juízo arbitral e afastam a incidência da norma constitucional (art. 5º, XXXV, da CF) e, por via de consequência, acaba por afastar o fato jurídico que enseja a situação jurídica do controle jurisdicional do Estado, tornando o juízo estatal absolutamente incompetente.¹³¹

Ainda que o professor Marcos Bernardes de Mello continue defendendo a *incidência infalível* da norma, propagada por Pontes de Miranda,¹³² admite que há possibilidade de os sujeitos afastarem a incidência da norma, conforme afirmamos acima. Destacando o catedrático que “a incondicionalidade da incidência existe em todas as normas, mesmo aquelas espécies em que o ordenamento jurídico permite à vontade do sujeito o poder afastá-la, dispondo de modo diverso da norma, sem infringi-la”.¹³³

Assim, conforme a premissa estabelecida acima, o fato jurídico produz situações jurídicas típicas de uma *norma rígida* (anteriormente dita *cogente*), a qual, suscitada oportunamente, pode ensejar uma situação jurídica *com grau elevado de tensão e desequilíbrio à higidez posta pelo ordenamento jurídico processual*, pois tem como consequência a vedação e o afastamento do exercício da jurisdição estatal, em face do direito material disputado no caso, podendo até ensejar o encerramento da via judicial sem a análise do mérito (art. 485, VII, do CPC).

Por essa razão, estamos propondo uma mudança de paradigma da máxima de que as *normas cogentes e imperativas* se enquadram, obrigatoriamente, como *inderrogáveis, absolutas, indisponíveis* e que por tudo isso são de *ordem pública*. Por isso, justifica-se a nomenclatura *norma rígida*. E, no processo civil a *norma processual rígida*, pois, a sua pretensão não é de gerar situações imutáveis, mas possibilitar as adequações estabelecidas pela *ordem jurídica processual*.

a categoria jurídica ou estabelecer, dentre dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais”. (NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 152).

¹³¹ “A convenção de arbitragem, é um negócio de direito material, mas possui a eficácia negativa no direito pré-processual, por excluir a atuação dos juízes, e eficácia positiva no direito processual, com a submissão das partes aos efeitos da sentença arbitral. Ela é que dá poderes jurisdicionais ao árbitro, tornando o juiz estatal absolutamente incompetente.” (AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. **Arbitragem e Poder Judiciário**: a definição da competência do árbitro. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 102-103).

¹³² “A incidência das regras jurídicas não falha” (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte Geral. Tomo I. atualizado por Judith Martins-Costa [et al.]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 70).

¹³³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da existência. 15ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 79.

Outrossim, esse aspecto de norma cogente e imperativa,¹³⁴ ao nosso sentir, no âmbito do processo civil, não pode se ligar à ideia de insanabilidade, por ser inderrogável e absoluta, pois essa assertiva de forma generalizada não vem encontrando sustendo dogmático.

Vejamos um exemplo.

Atualmente se defende que existem normas processuais de caráter cogente e de ordem pública,¹³⁵ a exemplo da incompetência absoluta – *nulidade absoluta* (art. 64, §1º, CPC), inclusive podendo ensejar a proposição de ação rescisória – *rescindibilidade* (art. 966, II, CPC).

Entretanto, o novo sistema processual admite que as decisões proferidas, ainda que por juízo absolutamente incompetente, continuem produzindo efeitos, inclusive com a possibilidade de regularização ou não do juízo competente (art. 64, §4º, CPC).¹³⁶ Pois ainda que o ato processual possua uma deficiência no suporte fático que o torna inválido, produz efeito até que seja desconstituído.¹³⁷ O que somente revigora a premissa aqui proposta, na qual se constata que o possível *sentimento de ordem pública processual*, pode ser encontrado no plano da eficácia como uma situação jurídica que é passível de *flexibilidade para correção ou regularização*. Outrossim, justifica o revigoramento e adequação do termo para *ordem*

¹³⁴ Diz-se cogente no sentido de obrigatória e imperativa no sentido de poder, sendo este poder tanto emanado pelo Estado ou pelo indivíduo (povo).

¹³⁵ “Se as formas e os ritos não constituem fins em si mesmos, há um núcleo duro e indispensável de formalismo que não pode ser desrespeitado. É o que tenho denominado de *ordem pública processual*. Já me referi a essa noção quando tratei das nulidades absolutas, no meu livro sobre Execução, como um conjunto de requisitos dos atos processuais, impostos de modo imperativo para assegurar a proteção de interesse público precisamente determinado, o respeito a direitos fundamentais e a observância de princípios do devido processo legal, quando indisponíveis pelas partes. Entre esses princípios indisponíveis, porque impostos de modo absoluto, apontei então: a independência, a imparcialidade e a competência absoluta do juiz.” (GRECO, Leonardo. **Novas Perspectivas da Efetividade e do Garantismo Processual**. In MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coordenadores). Processo Civil – estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Atlas, 2012, p. 282-283).

¹³⁶ “A incompetência (absoluta ou relativa) não gera a automática invalidação dos atos decisórios praticados. Nada obstante reconhecida a incompetência, preserva-se a eficácia da decisão proferida pelo juízo incompetente, até ulterior deliberação do juízo competente”. (DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao processo civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 230).

¹³⁷ “Do mesmo modo, não há uma relação essencial entre a validade e a eficácia do ato jurídico. Em geral, o ato jurídico precisa de ser válido para ser eficaz. Não, porém, essencialmente. O ato jurídico inválido, quando anulável, produz todos os seus efeitos até que sejam (ato e efeitos) desconstituídos por sentença judicial; mesmo quando nulo, há hipóteses em que é eficaz (casamento putativo, *e.g.*). Também há situações em que o ato jurídico válido, ao menos temporariamente, é ineficaz quanto a seus efeitos específicos, de que são exemplos o testamento antes da morte do testador, os negócios jurídicos sob condição suspensiva antes do implemento da condição e os negócios jurídicos que dependem de elemento integrativo, antes que este ocorra. Ser válido, ou inválido, e ser eficaz, ou ineficaz, são *qualificações* distintas atribuídas ao fato jurídico pelas normas jurídicas. O existir (=ser fato jurídico) constitui, portanto, pressuposto essencial da validade, ou invalidade, e da eficácia, ou ineficácia, do fato jurídico, donde implicar uma *contradictio in adiecto* dizer-se, por exemplo, que o fato jurídico nulo, ou o ineficaz, é inexistente, porque somente o que existe pode ser qualificado. É preciso considerar que, embora a invalidade seja a mais importante das causas de ineficácia, não é a única. A própria natureza do ato jurídico pode determiná-la, como exemplificamos acima”. (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da validade**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 43-44).

constitucional e democrática processual, pois se garante a legalidade, a segurança jurídica, a confiança legítima, a liberdade e a participação, como forma de se tutelar o direito fundamental à duração razoável do processo e à *primazia da análise do mérito*.¹³⁸

Destarte, constatamos que o caráter imperativo, cogente e insanável não vem traduzindo uma característica ímpar das *situações* de ordem pública. Perdendo, com isso, um pouco do seu sentido originário, necessitando de uma adequação dogmática, sendo esta a finalidade desta tese.

2.6 Premissas metodológicas

2.6.1 Do interesse público à ordem pública

As percepções da ordem pública até aqui consultadas, partem da premissa de que ela encontra sustentação nos valores e axiomas ligados ao interesse público e ao próprio Direito Público, caindo em outra seara bastante nebulosa, ao passo que acaba por não encontrar sustentação dogmática clara.

Desta forma, confrontando as percepções do que se convencionou defender como ordem pública, constatamos que resta possível a *disposição* de categorias e situações jurídicas atribuídas a fatos jurídicos advindos de norma *dita* cogente (de ordem pública), o que, por si só, não implicam situações totalmente *inderrogáveis, absolutas e indisponíveis*.

Com base nessa premissa, passamos a afirmar que o sentimento de ordem pública pode se verificar no plano da eficácia, com a identificação de variadas situações jurídicas¹³⁹ exteriorizadas pelo fato jurídico com a incidência da norma jurídica.

¹³⁸ “O juiz deve, sempre que possível, superar os vícios, estimulando, viabilizando e permitindo sua correção ou sanção, a fim de que possa efetivamente examinar o mérito e resolver o conflito posto pelas partes. O princípio da primazia do exame do mérito abrange a instrumentalidade das formas, estimulando a correção ou sanção de vícios, bem como o aproveitamento dos atos processuais, com a colaboração mútua das partes e do juiz para que se viabilize a apreciação do mérito”. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Normas Fundamentais no novo CPC Brasileiro**. In Processo Civil Comparado: análise entre Brasil e Portugal. Org. João Calvão da Silva [et. al.]. São Paulo: Forense, 2017, p. 108).

¹³⁹ “Em nosso entendimento, *situação jurídica* é expressão que tem duas acepções, a saber: (a) em sentido lato, designa toda e qualquer consequência que se produz no mundo jurídico em decorrência de fato jurídico, englobando todas as categorias eficaciais, desde os mínimos efeitos à mais complexa das relações jurídicas; define, portanto, qualquer posição em que se encontre o sujeito de direito no mundo jurídico; (b) em sentido estrito, nomeia, exclusivamente, os casos de eficácia jurídica em que não se concretizam uma relação jurídica, e, mesmo quando esta exista, os direitos subjetivos que dela emanam não implicam ônus e sujeição na posição

Assim, caracterizar a ordem pública no processo civil pelo fato da imperatividade Estatal, pura e simplesmente, não se amolda ao novo ambiente dogmático jurídico processual. Até por que, em certa medida, os comandos normativos são imperativos e cogentes (=obrigatórios),¹⁴⁰ ou seja, são impostos por quem detém legitimidade, como forma de controlar fatos, eventos e condutas, estabelecendo variadas situações jurídicas, o que não implica, em si, a imposição de situações como de ordem pública.

Aliás, a própria noção do Direito tem em seu particular a imperatividade. No entanto, o Direito não se titula, em si, irrenunciável, absoluto e inderrogável, mas a *ordem pública*, que é objeto do estudo do Direito e de seus regramentos, desde sua gênese, ao que parece, comunga dessa pretensão, tratando questões jurídicas como se submetessem à proteção de um manto *sagrado e intocável*.

Por isso, parece-nos, como veremos no capítulo V, que o Código de Processo Civil de 2015 vem apontando uma nova diretriz para a percepção do que vem se propagando como *ordem pública processual*, quiçá até mesmo para uma nova estruturação dogmática desta expressão, distinta das desenvolvidas pela doutrina até o momento, conforme sustentamos neste capítulo.

Assim, as situações de ordem pública associadas ou não ao interesse público, em si, com a caracterização do *indisponível* vs. *disponível*, do *público* vs. *privado*, não vem encontrando sustentação dogmática clara que justifique a defesa de consequências inderrogáveis, irrenunciáveis e absolutas. O que faz-nos constatar que a ordem pública não possui a autonomia que se imaginava.

2.6.2 Da ordem pública à ordem constitucional

Não acreditamos na supressão total da percepção *de ordem pública*, mas sim de uma nova composição em sua estruturação dogmática. Pois, indiscutivelmente, o ordenamento jurídico necessita de normas que garantam as situações de segurança,

passiva, porque seus efeitos se limitam a uma só esfera jurídica”. (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia**. 1ª parte. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 91-92).

¹⁴⁰ “Em face dessa característica, seria possível pensar que as normas *não-cogentes* não são infringíveis pela conduta contrária e que nisso se diferenciaram das normas cogentes. Essa observação, porém, não seria correta. Toda norma jurídica, inclusive não-cogente, é violável, desde quando, concretizado o seu suporte fático, incide e a partir daí torna-se obrigatória e de aplicação compulsória”. (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. 15ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 81).

integridade, coerência, estabilidade e confiança. Não com imposições e autoritarismos de tipos inquestionáveis, mas democraticamente no exercício de todas as garantias fundamentais postas nas normas constitucionais.

Nesse contexto, podemos constatar que o seguimento que identifica as situações de ordem pública do ponto de vista instrumental possui uma característica bastante interessante, ao desenvolver a noção de ordem pública aliada à sua utilidade ao ordenamento jurídico, o que nesse ponto apraz-nos. Porquanto, não se concebe um Direito sem *normas rígidas*, até por sua própria essência deve haver normas que imprimam conteúdos que imponha uma estabilidade e hígidez ao ordenamento jurídico.¹⁴¹

Assim, observamos que a própria Constituição estabelece normas com conteúdo identificado como *cogente e imperativo*, que exprimem finalidades, as quais não podem ser *abolidas* pelo próprio legislador, as chamadas cláusulas pétreas (art. 60, §4º, da CF). Mas, nem por isso, retiram por completo a possibilidade de *disposição* dos sujeitos. Como exemplo o acréscimo de novos direitos e garantias fundamentais, e até a possibilidade de renúncia a direitos fundamentais.¹⁴²

Estas normas constitucionais que imprimem rigidez são necessárias e úteis ao ordenamento jurídico, porque estabelecem um sentimento de proteção e segurança a todos os sujeitos no território brasileiro, garantindo o próprio fim do Estado, bem como a confiança da nação de que estes direitos e garantias não serão suprimidos de inopino, nem mesmo pelo próprio legislador constitucional.

Outrossim, entendemos que as cláusulas pétreas possuem conteúdo, em certa medida, do que se entendia inicialmente como sentimento de ordem pública, porque tem a função de estabelecer normas que geram situações jurídicas que limitam o próprio poder estatal de legislar, porém podem ser renunciados pelos titulares desses direitos, o que também descaracteriza a noção primária da ordem pública, a qual perfazia uma situação irrenunciável e absoluta.

¹⁴¹ “O princípio e a essência da ordem está no fim, dado que a natureza e exigências do mesmo determinarão a disposição das coisas e orientarão seu dinamismo.” (VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação Jurídica**: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas. trad. Susana Elena Dalle Mura. 2ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 192).

¹⁴² “... a renúncia a direito fundamental é a situação definida em lei, em que o titular do direito fundamental, expressamente, renuncia a determinadas posições ou pretensões jurídicas garantidas pelo direito fundamental, ou consente que o Poder Público restrinja ou interfira mais intensamente, por um determinado espaço de tempo e a qualquer momento revogável, tendo em vista um benefício proporcional e legítimo, direito ou indireto, pessoal ou coletivo.” (ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a Direito Fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 58.).

Ao que parece, as perspectivas dos direitos fundamentais protegidos como cláusulas pétreas nos levam a suscitar uma reflexão da assertiva feita pelo catedrático Leonardo Carneiro da Cunha, ao tratar da rigidez constitucional no tocante ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada e ao direito adquirido, onde destaca que “nem mesmo razões de ordem pública podem superar a rigidez estabelecida pela Constituição Federal”.¹⁴³

Desta forma, a reflexão que se faz é a seguinte: a rigidez tratada pelo jurista não advém do próprio sentimento imperativo da expressão ordem pública tenta impor? E, ao que nos parece, a resposta pode ser positiva, pois essa rigidez da norma jurídica constitucional perfaz um indicativo da nova estrutura do sentimento de ordem pública no âmbito constitucional e no atual ambiente dogmático jurídico. De sorte que, em que pese a rigidez, não se mostra inderrogável e irrenunciável.

Assim, imperiosa a adequação da percepção de ordem pública às normas constitucionais e ao Estado Constitucional, inclusive até com a possibilidade de adequação da aplicação do termo em determinados casos, em detrimento das normas disciplinadas pelo próprio texto constitucional, como defendemos nestas linhas iniciais.

Como vem se constatando, as normas constitucionais são de fundamental importância e exercem um papel ímpar para a nova estrutura dogmática do sentimento de ordem pública no momento contemporâneo, por isso partimos por este caminho, adequando a percepção de *norma cogente* para *norma rígida*, bem como de *ordem pública* para *ordem constitucional e democrática*.

2.6.3 Da norma cogente à norma rígida

Como visto, não vem encontrando sustentação dogmática a premissa de que a característica exclusiva da *norma cogente* ou *de ordem pública* perfaz a imperatividade e imutabilidade imposta pelo ente estatal, marcas de um interesse público supremo.

Porquanto, existem fatos jurídicos que ensejam situações jurídicas de normas *ditas* cogentes e imperativas também estabelecidas por liberalidade dos indivíduos

¹⁴³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Direito Intertemporal e o novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 11.

particulares, no sentido de proporcionar respostas condizentes ao ideal de integridade, estabilidade e coerência do sistema jurídico.

Desta forma, sentimos a necessidade de desenvolver uma passagem da compreensão de norma de caráter *cogente* para a de norma de caráter *rígido*. Adequando, assim, a sua nomenclatura ao contexto dogmático contemporâneo. Minimizando, de certa forma, o viés autoritário e absolutista carregado pela ligação da expressão *ordem pública* à *norma cogente* ao longo do tempo.

Assim, entendemos que a compreensão de *norma rígida* defendida como premissa desta tese, tem o espoco de adequar ao momento dogmático contemporâneo as situações jurídicas *com grau elevado de tensão e desequilíbrio à higidez posta pelo ordenamento jurídico*, com a possibilidade de *flexibilização para correção ou regularização*. Tudo isso como revigoramento e adequação, contrapondo ao caráter absoluto e inderrogável da norma cogente ou de ordem pública.

Com base nessas diretrizes iniciais, passaremos a analisar o caminhar da ordem pública em algumas legislações de outros ramos do direito brasileiro que tratam da matéria, inclusive no próprio texto constitucional. Outrossim, realizaremos a apreciação e contraposição de alguns entendimentos dos Tribunais Superiores (STF e STJ) quanto ao assunto.

Após, analisaremos como a situação de ordem pública vem se desenvolvendo no processo civil, confrontando o que a doutrina processual brasileira vem defendendo sobre a temática, bem como de que forma o processo civil estrangeiro disciplina estas questões afetas ao interesse público.

Por fim, nos capítulos finais desta tese, faremos a experimentação das premissas estabelecidas aqui, confrontando especificamente as questões no processo civil defendidas como matéria de ordem pública.

3 Ordem pública na legislação brasileira e nos Tribunais Superiores

3.1 A expressão ordem pública na legislação brasileira

Este capítulo tem o escopo de verificar, na legislação brasileira, os dispositivos legais em que a expressão *ordem pública* aparece e como a doutrina e os Tribunais Superiores se manifestam sobre a compreensão e conteúdo do termo nos demais ramos do direito brasileiro.

Assim, como a noção de ordem pública traduz uma exteriorização histórico-cultural, marcada pelo exercício de poder de império e, na maioria das vezes, absolutista, percebemos que, mesmo com o passar do tempo, essa forma de proteção de conteúdos ou possíveis valores coletivos e atribuídos por quem detém o poder, sempre se mostraram presentes à percepção da expressão ordem pública, ainda que sob regimes estadistas ou liberais, codificados ou constitucionalizados.

Desta forma, em face da perspectiva atual de irradiação constitucional do Direito, percebemos que a expressão ordem pública vem perdendo o seu sentido e poderia ser menos empregada. Pois, há um certo desgaste na sua utilização que, na maioria das vezes, chega a ser usada, como visto, como sinônimo de acepções ligadas ao interesse público, ao ordenamento jurídico, até com compreensões e conteúdos de normas constitucionais, como percebemos no capítulo inicial.

Por isso, a relevância do estudo e aplicação das normas constitucionais em certos casos para minimizar a utilização supérflua da expressão ordem pública para tipificar determinadas situações jurídicas.

De sorte que, as normas *ditas* de ordem pública, nada mais são do que normas que tem como finalidade demonstrar a relevância de determinado interesse valorado pelo ordenamento, seja para atingir determinado grupo social ou indivíduo. Assim, atualmente, deve-se atenção, para a efetivação do ordenamento, as diretrizes extraídas pelas regras e pelos princípios constitucionais.

Ou seja, a maioria das vezes não há necessidade de dizer ou justificar e nomear as normas e leis como de ordem pública, pois toda a legislação, como regra, é feita para a coletividade, devendo ser cumprida, respeitada e possui a finalidade de garantir o satisfatório

andamento do ordenamento jurídico posto, ou seja, o regular desenvolvimento da unidade da ordem jurídica.¹⁴⁴

Assim, passaremos a identificar a expressão ordem pública nos textos normativos legais, caminhando dos dispositivos constitucionais aos infraconstitucionais específicos sobre o tema. Analisando como a expressão é percebida em outros ramos do direito brasileiro.

3.1.1 Constituição Federal 1988

A expressão ordem pública aparece cinco vezes no texto constitucional de 1988. Uma ao tratar da intervenção federal (art. 34, III, da CF),¹⁴⁵ outra na decretação do estado de defesa (art. 136, *caput*, da CF),¹⁴⁶ e três no capítulo da segurança pública (art. 144, *caput*, §5º, §10, da CF).¹⁴⁷

Podemos constatar que a compreensão da ordem pública destes textos constitucionais, referem-se à manutenção e à tutela da estabilidade social ou à “paz social”,¹⁴⁸

¹⁴⁴ “Precisemos melhor o conceito de **ordem jurídica**: sistema de normas de natureza jurídica que determinam e disciplinam vinculativamente certos âmbitos primários da vida em sociedade dentro do *sistema social global*. A ordem jurídica (em alemão: *Rechtsordnung*) ou ordenamento jurídico (em italiano: *ordenamento giuridico*) é, pois, um conjunto de normas jurídicas. Mas não se trata de um conjunto qualquer. Ele transporta uma certa *unidade* e uma certa *coerência* intrínseca – **unidade da ordem jurídica**. Não se compreenderia, com efeito, que uma simples soma de normas jurídicas, esparsas e desprovidas de conexão, fosse erguida a *ordem* e tivesse virtualidades suficientes para assegurar unidade e coerência àquilo que se apresenta de forma desarticulada e até contraditória”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1144).

¹⁴⁵ “Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...] III - pôr termo a grave comprometimento da **ordem pública**,” (grifo aditado).

¹⁴⁶ “Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a **ordem pública** ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.” (grifo aditado).

¹⁴⁷ “Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da **ordem pública** e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: [...] § 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da **ordem pública**; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil. [...] § 10. A segurança viária, exercida para a preservação da **ordem pública** e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas,” (grifo aditado).

¹⁴⁸ “...**(i)** grave perturbação à ordem pública ou à paz social, graças à instabilidade institucional ou a calamidades de grandes proporções na natureza (art. 136, *caput*); **(ii)** impossibilidade de restabelecer, pelas vis normais, a ordem pública e a paz social (art. 136, *caput*),” (BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1171).

aquela sensação de tranquilidade coletiva. Percepção de que a atividade social está em seu desenvolvimento regular, em certa normalidade.¹⁴⁹

Assim, o comprometimento da ordem pública no texto constitucional, por questões históricas e culturais, ainda tem um sentido acessível ao senso comum de paz social e normalidade no desenvolvimento da vida, no cotidiano de instituições privadas ou estatais, encontrando certa guarida e utilidade, quanto a esse ponto.

Contudo, estas crises, desestabilidades ou desordens no sentimento de paz e normalidade social, como visto em uma das percepções da ordem pública no capítulo primeiro, representa a quebra ou inobservância das normas constitucionais, mais precisamente dos princípios fundamentais estabelecidos pelo próprio texto constitucional (art. 1º ao 4º, CF). Ou seja, a interferência que desestabiliza a soberania, a cidadania, a dignidade humana, o desenvolvimento nacional, a independência nacional, a defesa da paz, a prevalência dos direitos humanos¹⁵⁰ etc., questões estas também de conteúdos bastante abrangentes.

Nesse sentido, em que pese o sentimento de senso comum da utilização expressão ordem pública nestes casos, como forma de adequação ao momento dogmático do constitucionalismo contemporâneo (força normativa da constituição, expansão da jurisdição constitucional, interpretação constitucional),¹⁵¹ ganha força dogmática a compreensão de que as medidas constitucionais excepcionais para garantia da estabilidade social, sejam entendidas como comprometimento dos princípios fundamentais da Constituição Federal e do ordenamento jurídico, e não como mera violação à ordem pública, sob pena de cometimento de arbitrariedades,¹⁵² mas sim uma infração das próprias normas constitucionais.

¹⁴⁹149 “*Ordem pública* será uma situação de pacífica convivência social, isenta de ameaça de violência ou de sublevação que tenha produzido ou que supostamente possa produzir, a curto prazo, a prática de crimes. Convivência pacífica não significa isenta de divergências, de debates, de controvérsias e até de certas rugas interpessoais. Ela deixa de ser tal quando discussões, divergências, rugas e outras contendas ameaçam chegar às vias de fato com iminência de desforço pessoal, de violência e do crime”. (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional n.º 53, de 19.12.2006. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 777-778).

¹⁵⁰ “...o princípio da prevalência dos direitos humanos nasce no direito internacional, possui força cogente e é constitucionalizado pelo Estado. Em virtude disso, a análise mais crítica acerca da efetividade do referido princípio torna-se mais complexa. Pelo fato de ter sido elencado como um dos princípios que regem o Brasil em suas relações internacionais, qual seria a extensão do seu alcance enquanto norma constitucional? A natureza do princípio permite exame mais apurado do processo de internalização e permite ainda identificar se sua constitucionalização adotou as mesmas características que essa norma possui no direito internacional”. (GALVÃO, Vivian Kelly. **O Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 172-173).

¹⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 296-301.

¹⁵² “[...] a *ordem pública* requer definição, até porque, como dissemos de outra feita, a caracterização de seu significado é de suma importância, porquanto se trata de algo destinado a limitar situações subjetivas de vantagem, outorgadas pela Constituição. Em nome dela se têm praticado as maiores arbitrariedades. Com a justificativa de garantir a ordem pública, na verdade, muitas vezes, o que se faz é desrespeitar direitos

Até porque, não identificamos uma compreensão ou conteúdo de ordem pública isolada em si, não possuindo consequência jurídica nesse contexto se aplicada isoladamente. Pois, somente encontrará guarida e aplicabilidade a expressão ordem pública quando associada à determinada norma jurídica posta. Caso contrário não encontrará muito sentido ou significado.

3.1.2 Direito Civil

No âmbito do direito civil, mais precisamente no Código Civil de 2002, verificamos que a expressão ordem pública aparece em cinco artigos, quanto aos direitos da personalidade (art. 20, do CC),¹⁵³ aos negócios jurídicos (art. 122, do CC),¹⁵⁴ à prestação de serviço (art. 606, parágrafo único, do CC),¹⁵⁵ à autorização para sociedade (art. 1.125, do CC),¹⁵⁶ e nas disposições finais e transitórias quanto aos negócios jurídicos, atos jurídicos, propriedade e contratos (art. 2.035, parágrafo único, do CC).¹⁵⁷

fundamentais da pessoa humana, quando ela apenas autoriza o exercício regular do poder de polícia”. (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional n.º 53, de 19.12.2006. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 777).

¹⁵³ “Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da **ordem pública**, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais”. (grifo aditado).

¹⁵⁴ “Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à **ordem pública** ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes”. (grifo aditado).

¹⁵⁵ “Art. 606. Se o serviço for prestado por quem não possua título de habilitação, ou não satisfaça requisitos outros estabelecidos em lei, não poderá quem os prestou cobrar a retribuição normalmente correspondente ao trabalho executado. Mas se deste resultar benefício para a outra parte, o juiz atribuirá a quem o prestou uma compensação razoável, desde que tenha agido com boa-fé. Parágrafo único. Não se aplica a segunda parte deste artigo, quando a proibição da prestação de serviço resultar de lei de **ordem pública**”. (grifo aditado).

¹⁵⁶ “Art. 1.125. Ao Poder Executivo é facultado, a qualquer tempo, cassar a autorização concedida a sociedade nacional ou estrangeira que infringir disposição de **ordem pública** ou praticar atos contrários aos fins declarados no seu estatuto”. (grifo aditado).

¹⁵⁷ “Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de **ordem pública**, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”. (grifo aditado).

Os direitos da personalidade, como regra, possuem um núcleo rígido de proteção, inclusive o texto normativo civil¹⁵⁸ os categorizam como irrenunciáveis, sem a possibilidade de limitações voluntárias.

Contudo, essa dinâmica já encontra questionamentos da doutrina civilista na atualidade, onde se constata que o ordenamento civil brasileiro tutelou de forma um tanto utópica estes direitos, pois verificamos a possibilidade de autolimitação de tais direitos, a exemplos dos famosos *reality shows*.¹⁵⁹

E, o Supremo Tribunal Federal (ADI 4815),¹⁶⁰ analisando o texto normativo civil (art. 20 e art. 21, CC) e constitucional (art. 5º, IV, IX, XIV, e art. 220, §1º, §2º, da CF), considerou que as biografias de pessoas públicas não precisam de autorização do biografado ou de sua família, caso tenham falecido.

Assim, quanto à compreensão da expressão *ordem pública*, como possibilidade de *indisponibilidade* dos direitos da personalidade, não encontramos, nem nos Tribunais Superiores e nem na doutrina civilista, um questionamento quanto com seu conteúdo ou alcance semântico, muitas vezes somente replicando o que o texto normativo disciplina.¹⁶¹

Contudo, Paulo Lôbo faz uma oportuna constatação, apontando para que a exegese do dispositivo que trata da *indisponibilidade* dos direitos da personalidade (art. 11)

¹⁵⁸ “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

¹⁵⁹ “Todavia, é possível a autolimitação de algum direito da personalidade? Na atualidade, verificam-se constantes exemplos de autolimitação, especialmente no que concerne à privacidade, com ampla divulgação e estímulo pela mídia. Um dos exemplos frisantes são os espetáculos televisivos de exposição do cotidiano de pessoas, cujas privacidades são propositadamente expostas, denominados *reality shows*, com transmissão aberta, verdadeira febre midiática, que têm por objeto a exposição de um grupo de pessoas reunidas numa única casa, isoladas do mundo e vigiadas por sistemas internos de vídeo e som. [...] O ser humano se torna um simulacro imagético, desprovido de autonomia em sua vida cotidiana, direcionada para o consumo de imagens sedutoras, pela exposição máxima da intimidade diante do olhar coletivo. Até que ponto essas situações podem ser consideradas compatíveis com o sistema de tutela dos direitos da privacidade e, *a fortiori*, da personalidade? O problema assume dimensão problemática em face da norma legal brasileira (art. 11): ‘não podendo seu exercício sofrer limitação voluntária’”. (LÔBO, Paulo. **Direito Civil: parte geral**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 166).

¹⁶⁰ “O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, julgou procedente o pedido formulado na ação direta para dar interpretação conforme à Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexistente o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas)”. (ADI 4815, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016).

¹⁶¹ “Contudo, a reprodução da imagem da pessoa pode sofrer exceções, autorizando-se sua divulgação, independentemente do consentimento do retratado, caso seja necessária a administração da justiça ou a manutenção da ordem pública”. (BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da Personalidade**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 185).

deve se harmonizar com a Constituição.¹⁶² O que somente revigora a nossa premissa inicial quanto à percepção das situações de ordem pública deve ser identificada nas normas constitucionais.

Ressalte-se, por oportuno, que o Código Civil português (art. 81º, do CC português), admite a limitação voluntária dos direitos da personalidade, desde que não contrarie a *ordem pública*.¹⁶³ E a doutrina civilista portuguesa possui como diretriz a compreensão da ordem pública como valores ligados às leis, à moral e aos bons costumes, realizando uma interpretação sistemática com os textos normativos do art. 280º, do CC português.^{164/165}

Desta forma, podemos constatar, como já se vem defendendo, que a noção de ordem pública do Direito Civil português também está atrelada às situações jurídicas oriundas dos fatos jurídicos de determinada normas que manifestam um determinado interesse público ou coletivo, seja em uma regra ou ato normativo permissivo ou proibitivo.¹⁶⁶

Da mesma forma a expressão ordem pública no âmbito dos negócios jurídicos, da prestação de serviços e autorização para sociedades, estão relacionadas à determinada norma jurídica dita cogente ou de direito cogente. Ou seja, normas jurídicas que podem gerar fatos jurídicos com situações que impõem determinadas limitações ou até proibições de atuação dos

¹⁶² “Na questão delicada da limitação voluntária de seu exercício, que o CC veda em princípio (art. 11), repisa-se a distinção entre direito absoluto e direito ilimitado. Direito absoluto é todo aquele oponível a todas as demais pessoas (*erga omnes*), infundindo o dever geral de abstenção, mas pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente ou que afete seu núcleo essencial. Esse sentido parece-nos corresponder à interpretação do art. 11 em conformidade com a Constituição, especialmente no que concerne ao princípio da liberdade”. (LÓBO, Paulo. **Direito Civil: parte geral**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 171).

¹⁶³ “Artigo 81º (Limitação voluntária dos direitos de personalidade) 1. Toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios da **ordem pública**. 2. A limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável, ainda que com obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte”. (grifos adotados).

¹⁶⁴ “Este preceito deve ser interpretado e concretizado em ligação com o artigo 280º do Código Civil. Não é só a contrariedade à ordem pública, mas também a contrariedade à lei e aos bons costumes que tornam ilícitos os negócios jurídicos que tenham como objeto bens da personalidade. Da omissão, na letra do artigo 81º, n.º 1, das referências à contrariedade à lei e aos bons costumes não legitima a conclusão ‘*a contrario*’, que seria manifestamente absurda. [...] A Ordem Pública, como constelação de valores carentes de concretização, fundada no Bem Comum e na utilidade colectiva, dirigida à protecção da Comunidade, comunga aqui com a Moral (*bons costumes*) e com a Lei injuntiva a função de delimitar o âmbito material da autonomia privada. Só quando não forem contrárias à Lei injuntiva, à Moral e à Ordem Pública, são lícitas as limitações voluntárias dos direitos de personalidade”. (VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de Personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 155-156).

¹⁶⁵ “Artigo 280º (Requisitos do objeto negocial) 1. É nulo o negócio jurídico cujo objeto seja física ou legalmente impossível, contrário à lei ou indeterminável. 2. É nulo o negócio jurídico contrário à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes”.

¹⁶⁶ “Constitui um bom exemplo das limitações à autonomia privada, fundadas na ordem pública e na moral, as proibições de disposição de tecidos ou órgãos de origem humana. É sempre proibida a venda de órgãos ou de substâncias humanas, e a sua disposição tem sempre de ser rigorosamente gratuita. Pelas mesmas razões as doações só podem, em princípio, ter por objeto substâncias regeneráveis entre parentes até ao 3º grau, mas, neste caso, não quando feitas por menores ou incapazes”. (VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de Personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 156).

indivíduos particularizados.¹⁶⁷ Conduto, estas normas não são totalmente inderrogáveis, por isso defendemos que há normas jurídicas de caráter *rígido*, ainda que transpassem um maior ou menor grau de interesse público e imponham uma limitação no autorregramento da vontade,¹⁶⁸ não são indisponíveis em si, mas admitem uma maior ou menor flexibilização.

3.1.3 Direito Penal

No âmbito das normas jurídicas de Direito Penal, não aparece a expressão ordem pública no Código Penal de 1940, em que pese traduza uma época de tentativa de implementação de ideais liberais, liberdade e igualdade, ainda carregava traços de proteção e intervenção autoritária estatal.¹⁶⁹

Todavia, a expressão e a possível carga imperativa que exprime a percepção da ordem pública, não foi literalmente escrita no texto normativo criminal, porém a doutrina penal identifica como normas imperativas ou cogentes, as normas de ordem pública, inclusive destacando as normas relacionadas à individualização e à aplicação da pena como de ordem pública,¹⁷⁰ em face da elevada carga de interesse público.

¹⁶⁷ “O direito cogente, que é o que *limita* o auto-regramento da vontade, opera *impositiva* ou *proibitivamente*; de maneira que as pessoas têm de fazer ou de não fazer (no sentido mais largo); o que elide qualquer escolha, ainda quando a regra jurídica cogente contenha alternativa de fazer isso ou aquilo; ou de não fazer isso, ou de não fazer aquilo; ou de fazer isso (ou aquilo), ou de não fazer aquilo (ou isso); ou vice-versa”. (MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Tomo III. Negócios Jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 116).

¹⁶⁸ “O direito estabelece pressupostos que hão de ser atendidos para que a vontade possa entrar no mundo jurídico como negócio jurídico. Ao dono é livre vender os bens de que é titular; o pai, porém, não pode vender ao filho se os demais e o cônjuge, exceto no regime de separação de bens, ou o companheiro, em caso de união estável, não consentirem. O concubino que for casado não pode doar à concubina. As limitações à livre manifestação da vontade negocial, em si, são inúmeras. Não há, portanto, um caráter absoluto no poder de autorregramento da vontade, mas, apenas, um *permissivo* que o sistema jurídico outorga às pessoas.” (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da existência. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 184-185).

¹⁶⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História**: lições introdutórias. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 271-274.

¹⁷⁰ “[...] norma cogente em direito penal é norma de ordem pública, máxime quando se trata de individualização constitucional da pena. A previsão legal, definitivamente, não deixa qualquer dúvida sobre a sua *obrigatoriedade*, e eventual interpretação diversa viola não apenas o *princípio da individualização da pena* (tanto no plano legislativo quanto judicial) como também o *princípio da legalidade estrita*”. (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. Vol. I. 22ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 788).

No Código de Processo Penal a expressão ordem pública aparece em cinco passagens. No título dedicado ao inquérito policial (art. 7º, caput, do CPP),¹⁷¹ no capítulo do interrogatório do acusado, como uma das formas do interrogatório por videoconferência (art. 185, §2º, IV, do CPP),¹⁷² como fundamento para decreto da prisão preventiva (art. 312, *caput*, do CPP),¹⁷³ como causa de desaforamento do julgamento pelo Tribunal do Júri (art. 427, *caput*, do CPP),¹⁷⁴ e no caso de homologação de sentenças penais estrangeiras (art. 781, do CPP).¹⁷⁵

Na fase do inquérito policial, percebemos que, a ideia de ordem pública empregada ao texto normativo processual penal, perfaz um direcionamento para a preservação e tutela dos direitos do acusado de cometimento do ilícito penal,¹⁷⁶ na fase inquisitorial.

Direitos estes que, diga-se de passagem, já se encontram expressamente consagrados no texto constitucional (art. 5º, LV, LVII, LXI, LXIII – contraditório, presunção de inocência, permanecer calado, não produzir prova contra si).¹⁷⁷ Assim, não se mostra tão útil e necessário a utilização da expressão ordem pública como sinônimo de tais direitos, o que somente a banaliza atribuindo várias acepções distintas. Desta forma, como vem sendo defendido desde o início, bastaria invocar as normas constitucionais e não a ordem pública em si.

Com a mesma compreensão, a ordem pública é suscitada como fundamento do interrogatório do acusado por videoconferência. Inclusive, neste caso, o Supremo Tribunal

¹⁷¹ “Art. 7º Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a **ordem pública**”. (grifo aditado).

¹⁷² “Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado. [...] § 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades: [...] IV - responder à gravíssima questão de **ordem pública** (acrescentado pela lei n.º 11.900/09)”. (grifo aditado).

¹⁷³ “Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da **ordem pública**, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (redação dada pela lei n.º 12.403/11)”. (grifo aditado).

¹⁷⁴ “Art. 427. Se o interesse da **ordem pública** o reclamar ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do acusado, o Tribunal, a requerimento do Ministério Público, do assistente, do querelante ou do acusado ou mediante representação do juiz competente, poderá determinar o desaforamento do julgamento para outra comarca da mesma região, onde não existam aqueles motivos, preferindo-se as mais próximas. (redação dada pela lei n.º 11.689/08)”. (grifo aditado).

¹⁷⁵ “Art. 781. As sentenças estrangeiras não serão homologadas, nem as cartas rogatórias cumpridas, se contrárias à **ordem pública** e aos bons costumes”. (grifo aditado).

¹⁷⁶ “Observado a partir do texto constitucional de 1988, o comparecimento do indiciado em atos que impliquem a formação de um juízo de desvalor sobre a sua conduta, mormente quanto praticado por quem não tenha a legitimidade ativa para acionar a jurisdição, não pode ser exigido”. (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 107).

¹⁷⁷ Vide: (STF – HC n.º 69.026, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 10/12/1991, DJ 04-09-1992 PP-14091 EMENT VOL-01674-04 PP-00734 RTJ VOL-00142-03 PP-00855).

Federal possui entendimento que associa o conteúdo da ordem pública à normas jurídicas de tutela individual do acusado e à segurança pública, como forma de acautelar e garantir a tranquilidade no meio social.¹⁷⁸ O que também não contribui tanto, seja do ponto de vista teórico ou prático, tornando a expressão ordem pública uma verdadeira carta coringa na argumentação jurídica, a qual admite vários malabarismos retóricos.

Outrossim, a ordem pública exprime um meio de evitar qualquer sinistro durante a condução do acusado ao fórum para ser interrogado, levando-se em consideração uma suposta periculosidade¹⁷⁹ atribuída ao indivíduo, associando a compreensão de periculosidade à de ordem pública,¹⁸⁰ o que traduz, contemporaneamente, a ideia do propagado “direito penal do inimigo”,¹⁸¹ exteriorizando duras críticas da doutrina penal.¹⁸²

¹⁷⁸ “[...]O conceito jurídico de ordem pública não se confunde com incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144 da CF/88). Sem embargo, ordem pública se constitui em bem jurídico que pode resultar mais ou menos fragilizado pelo modo personalizado com que se dá a concreta violação da integridade das pessoas ou do patrimônio de terceiros, tanto quanto da saúde pública (nas hipóteses de tráfico de entorpecentes e drogas afins). Daí sua categorização jurídico-positiva, não como descrição do delito nem da cominação de pena, porém como pressuposto de prisão cautelar; ou seja, como imperiosa necessidade de acautelar o meio social contra fatores de perturbação que já se localizam na gravidade incomum da execução de certos crimes. Não da incomum gravidade abstrata desse ou daquele crime, mas da incomum gravidade na perpetração em si do crime, levando à consistente ilação de que, solto, o agente reincidirá no delito. Donde o vínculo operacional entre necessidade de preservação da ordem pública e acautelamento do meio social. Logo, conceito de ordem pública que se desvincula do conceito de incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio (assim como da violação à saúde pública), mas que se enlaça umbilicalmente à noção de acautelamento do meio social”. (HC 96212, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Primeira Turma, julgado em 16/06/2010, DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010 EMENT VOL-02409-03 PP-00711).

¹⁷⁹ “Embora prevaleça na doutrina e, em termos teóricos, também na jurisprudência, o rechaço à possibilidade de vir o direito penal a se fundar nas características da pessoa e não no fato por ela praticado, é possível observar que a antecipação da punição para condutas que nem sequer chegam a expor a perigo bens jurídicos não deixa de significar uma antecipação do direito penal para punir pessoas que, embora não tenham externado nenhuma conduta efetivamente ofensiva a bens jurídicos, pelos seus atos podem ser consideradas perigosas para a manutenção da paz e da ordem pública”. (GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Periculosidade no Direito Penal contemporâneo**. In PACELLI, Eugênio [et. al.] *Direito Penal Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 251).

¹⁸⁰ “A única tímida manifestação de unidade (mesmo assim não podendo ser considerada como posição jurisprudencial, dada sua diluição) foi a da aproximação do conceito de ‘ordem pública’ com o de ‘periculosidade’ a partir da revogação da prisão obrigatória em fins da década de 1960”. (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 638).

¹⁸¹ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. trad. André L. Callegari e Nereu J. Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 67.

¹⁸² “O ‘Direito Penal do Inimigo’, descendente do Direito Penal simbólico e do punitivismo, é caracterizado por uma espécie de antecipação da punibilidade: sua perspectiva é o fato futuro e não, como de costume, o fato passado cometido. Nele, a previsão de penas não respeita a proporcionalidade, estabelecendo-se sanções demasiadamente altas e, por derradeiro, as garantias processuais são flexibilizadas ou até mesmo suprimidas. [...] Mas, de modo algum, isso justifica a criação de uma nova categoria normativa: o inimigo, seja porque, minando os espaços para o dissenso e punindo-se pela periculosidade, vulnera-se o princípio da culpabilidade, seja porque, ao carecer de outros elementos para tipificação penal, mormente para caracterização do autor como inimigo, nega-se o mandado de determinação emanado do princípio da legalidade”. (LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional**: imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 136-137).

Nesse contexto, a grande celeuma da esfera penal relacionada à ordem pública, perfaz a sua utilização como requisito para decretação da prisão preventiva, constatando-se que a expressão é utilizada como uma verdadeira “ordem em branco”¹⁸³ legalizada, a qual pode ser suscitada, inclusive de ofício pelo magistrado, para justificar¹⁸⁴ a prisão do sujeito tido como perigoso ou inimigo da paz social.

Em face do não conhecimento do conteúdo da ordem pública, há uma defesa, na doutrina criminal, pela inconstitucionalidade do referido texto normativo para decretação da prisão preventiva,¹⁸⁵ por violação aos normativos constitucionais da legalidade estrita, em face da norma se mostrar vaga e imprecisa,¹⁸⁶ bem como pela quebra da presunção de inocência,¹⁸⁷ admitindo uma culpabilidade prévia do sujeito acusado, como uma forma de justificação célere de punição do indivíduo perante a sociedade.¹⁸⁸

¹⁸³ “O conteúdo do termo ‘garantia da ordem pública’ é tão amplo, e tão ampla tem sido sua interpretação, que se tornou uma ordem em branco dada pelo legislador ao poder estatal contra a liberdade individual. [...] tudo cabe no requisito garantia da ordem pública. Esse requisito tem sido largamente utilizado; na verdade, quando não se encontram motivos concretos para a prisão de um indivíduo, basta lançar mão desse grande coringa e com um pouco de criatividade se terá uma prisão preventiva devidamente decretada e fundamentada. Ora, em matéria penal, ou mesmo em questões de liberdades individuais, não se pode ter uma lei com conteúdo indeterminado, normas vagas ferindo o princípio da legalidade, no aspecto da taxatividade”. (BARROS, Bruno. **Aplicação do princípio da proporcionalidade na prisão processual**. Maceió: Imprensa Oficial Graciliano Ramos, 2013, p. 117-118).

¹⁸⁴ “Nem mesmo o Supremo Tribunal Federal mostrou-se capaz de fornecer linhas de atuação, deixando ao sabor arbitrário do julgador (vez que inexistem parâmetros) no caso concreto entender o que é ou não ordem pública. A ausência de parâmetros faz com que aflore o uso da fórmula em seu aspecto puramente retórico, nela podendo ser inserida ou retirada a hipótese desejada sem que trauma formal algum seja sentido”. (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 638).

¹⁸⁵ “Nesse momento, evidencia-se que as prisões preventivas para a garantia da ordem pública ou da ordem econômica não são cautelares e, portanto, são substancialmente inconstitucionais. Trata-se de grave degeneração transformar uma medida processual em atividade tipicamente de polícia, utilizando-as indevidamente como medidas de *segurança pública*”. (sic.) (LOPES JÚNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**: Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 90).

¹⁸⁶ “Com efeito, não há que se falar, tratando-se de restrições à liberdade do acusado, em um poder geral de cautela do órgão jurisdicional. Aliás, em consonância com esse entendimento, devem ser refutadas normas processuais penais vagas e imprecisas, que dada a sua demasiada amplitude, ofendem a garantia do devido processo legal e, também, o verdadeiro e único sentido da própria garantia constitucional da estrita legalidade, eixos de nosso Estado Democrático de Direito”. (DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 11).

¹⁸⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 637.

¹⁸⁸ “Hoje, como veremos no parágrafo 47 a propósito de nosso ordenamento, a infalibilidade e a presteza da pena desejadas por Beccaria e por Bentham foram substituídas pela imediação e pela infalibilidade da prisão preventiva. E esta, por sua vez, provocou o prolongamento do processo exatamente na mesma medida em que foi prolongada a sua duração máxima. O ideal seria, ao invés, que o interrogatório do imputado e sua eventual condução ao juízo coincidisse com o primeiro julgamento; e que em todo caso fosse reduzido ao mínimo – apenas aos dias necessários para as notificações – o intervalo entre o seu comparecimento ao juízo e o julgamento mesmo”. (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 516).

Ou seja, como a ordem pública tem como marca a sua volatilidade e indeterminação conceitual, não poderia ser invocada como motivo de restrição da liberdade do indivíduo, porquanto além da necessidade de previsão textual prévia do ilícito criminal e suas consequências jurídicas, imposta pela própria Constituição Federal (art. 5º, XXXIX), a prisão se mostra medida excepcional para o Direito Penal.

Assim, um texto normativo penal indeterminado ou não claro, não tutela os indivíduos do cometimento de possíveis excessos e arbitrariedades de quem exerce o poder, pelo contrário, deixa volátil a atuação estatal e não limita a sua forma de punir o indivíduo infrator da norma jurídica.¹⁸⁹

Além disso, constatamos que o Supremo Tribunal Federal confere à expressão ordem pública, como forma de justificar e fundamentar a prisão preventiva, uma volatilidade ainda maior e quase de infinitas acepções, sendo vislumbrada para fortalecer a “credibilidade do Poder Judiciário”,¹⁹⁰ “atender ao clamor público”,¹⁹¹ o “interesse da instrução criminal”¹⁹² e a “gravidade do delito”.¹⁹³

¹⁸⁹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Fundamentos**: La estructura de la teoria del delito. Tomo I. trad. Diego-Manuel Luzón Pena; Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remensal. Madrid: Civitas, 1997, p. 169.

¹⁹⁰ “HABEAS CORPUS. CRIME HEDIONDO. PRISÃO PREVENTIVA. **GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. CREDIBILIDADE DA JUSTIÇA E CLAMOR PÚBLICO. TENTATIVAS CONCRETAS DE INFLUENCIAR NA COLETA DA PROVA TESTEMUNHAL. ORDEM DENEGADA.**” (STF – HC 102065, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 23/11/2010, DJe-030 DIVULG 14-02-2011 PUBLIC 15-02-2011 EMENT VOL-02464-02 PP-00366). (grifos aditados)

¹⁹¹ “HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS DO ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INTENÇÃO DE FUGA NOTICIADA NOS AUTOS. **CLAMOR PÚBLICO SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADO. PERICULOSIDADE DO PACIENTE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. LEGALIDADE DA PRISÃO CAUTELAR. ORDEM DENEGADA.** [...] A prisão preventiva teve por fundamento não só a conveniência da instrução criminal, mas também a necessidade de garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal. 3. Embora a conveniência da instrução não mais subsista, tendo em vista a superveniência da sentença de pronúncia, a relevância da medida acautelatória foi exposta de modo claro, com base na intenção de fuga do paciente, respaldada em notícias constantes dos autos, **bem como na existência de clamor público e na periculosidade do paciente, evidenciada nos autos da ação penal de origem**”. (STF – HC 85362, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 31/05/2005, DJe-147 DIVULG 22-11-2007 PUBLIC 23-11-2007 DJ 23-11-2007 PP-00116 EMENT VOL-02300-03 PP-00510). (grifos aditados)

¹⁹² “HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. **GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. INTERESSE DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. GARANTIA DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL. GARANTIA DA ORDEM ECONÔMICA. IDONEIDADE DO DECRETO DE PRISÃO. DECISÃO EMBASADA EM FATOS CONCRETOS.** [...] A conveniência da instrução criminal justifica a segregação preventiva, quando há fatos concretos que sinalizem a possibilidade de o paciente influir no ânimo das testemunhas e denunciante do esquema ilícito”. (STF – HC 91016, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 13/11/2007, DJe-083 DIVULG 08-05-2008 PUBLIC 09-05-2008 EMENT VOL-02318-02 PP-00231). (grifos aditados)

¹⁹³ “**A fundamentação registra não apenas a gravidade do delito em apuração**, mas também que o homicídio (tentado) tinha o fim de encobrir desvios de valores da conta bancária da vítima, efetivados pelo paciente, na qualidade de gerente do banco. O Juízo de 1º grau apresentou **elementos suficientes para a caracterização da garantia da ordem pública, que se faz necessária também em consequência dos graves prejuízos causados**

Acepções estas que só confirmam a necessidade de minimizar a utilização da expressão ordem pública em nosso ordenamento jurídico contemporâneo, pois vem se mostrando flagrante a sua banalização. Inclusive, com a possibilidade de cometimento de arbitrariedades, como a doutrina penal vem constatando,¹⁹⁴ ao tolherem preventivamente a liberdade dos indivíduos.

Além da celeuma quanto à possibilidade de decretar a prisão preventiva sob a alegação de garantia da ordem pública, verificamos que o tratamento do desaforamento do júri caso “o interesse da ordem pública o reclamar” (art. 427, caput, do CPP/41), possui problemática semelhante ao do referido decreto de prisão preventiva, não encontrando argumentação lógica ou racionalmente sistematizada, salvo uma admirável exceção do Tribunal de Justiça Baiano.¹⁹⁵

No caso da homologação da sentença penal estrangeira, consideram-se as normas internas do nosso país, aplicando aos casos as normas de direito internacional, as quais vislumbram a ordem pública como uma norma de contenção de aplicação do direito estrangeiro.¹⁹⁶

Destacamos ainda, na seara penal, o disposto no art. 294, *caput*, do Código de Trânsito Nacional, quanto aos crimes de trânsito, o qual prevê que o magistrado poderá, de ofício, como procedimento cautelar, em atenção à garantia da ordem pública, suspender a

à credibilidade das instituições públicas”. (STF – HC 88476, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 17/10/2006, DJ 06-11-2006 PP-00050 EMENT VOL-02254-03 PP-00587 RTJ VOL-00202-01 PP-00235). (grifos adotados)

¹⁹⁴ “Essas expressões se difundem, inclusive dolosamente, revelando recíprocas, múltiplas e geométricas injustiças. Desvinculadas do plano concreto, são heresias, deturpações, as quais viram dogmas. Meros prognósticos ou juízos fundados em suposições não justificam, validamente, a prisão, na medida em que esta se vincula à necessidade de cautela”. (GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 76-77).

¹⁹⁵ “Assim como na situação mencionada para as cautelares, no tema do desaforamento a expressão ‘ordem pública’ apresenta-se no mais das vezes sem qualquer significado, bastando sua enunciação por si mesma. [...] Situação que foge desse panorama foi enfrentada em singular acórdão (TJBA, Desaforamento 57, rel. Des. Arivaldo A. de Oliveira) no qual o tema da ordem pública foi identificado com a necessidade de obediência estrita à organização do corpo de jurados. [...] Muito embora, *a priori*, não se possa compactuar com uma condição como ‘ordem pública’ essencialmente porque ela tem o significado que o julgador, no caso concreto, quer que ela tenha, a situação do julgado baiano nos mostra que, de forma objetiva, pode-se tentar limitar essa amplitude sem cair no arbítrio e no casuismo”. (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 890).

¹⁹⁶ “A homologação, em país estrangeiro, de acordo semelhante à transação penal pátria, gera efeitos civis capazes de legitimar a vítima ou o terceiro prejudicado a executar civilmente o julgado, mas não tem o condão de impedir que a pessoa jurídica que assume a responsabilidade pelos danos causados às vítimas seja demandada. Inteligência do art. 9º, I, do Código Penal e do art. 790 do Código de Processo Penal. É indevida a homologação de sentença estrangeira que não atenda aos requisitos previstos no art. 15 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e nos arts. 216-A a 216-N do RISTJ, ou que ofenda a soberania nacional, a ordem pública e a dignidade da pessoa humana (LINDB, art. 17; RISTJ, art. 216-F)”. (STJ – SEC 7.693/EX, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/04/2017, DJe 25/04/2017).

permissão ou a habilitação para dirigir veículos e até proibir aquisição da habilitação do investigado nos crimes relacionados com a direção de veículos automotores.

Quanto ao assunto, a doutrina penal destaca que o legislador do Código de Trânsito aplicou, guardada as devidas proporções, raciocínio semelhante ao aplicado para a decretação da prisão preventiva como garantia da ordem pública,¹⁹⁷ o que volatilizou ainda mais o conteúdo da expressão na esfera penal.

Por fim, verificamos que, ainda que haja um *lugar comum* entre ordem pública e interesse público, este uma das grandes cargas do Direito Penal, percebemos que o interesse público vem abrindo espaço para a possibilidade de acordos ou negócios processuais na seara penal, as atuais ações controladas e colaborações premiadas, inclusive com a previsão do Ministério Público sequer oferecer denúncia em contra o colaborador (art. 4º, §4º, da Lei n.º 12.850/13).¹⁹⁸

O que somente demonstra que, no direito contemporâneo, admite-se até que a punibilidade dos sujeitos que cometeram delitos, marca de um relevante interesse público e da ideia do Direito Público, submeta-se ao acordo de vontades ou aos negócios jurídicos materiais e processuais, marcados, em regra, pela autonomia individual e dos interesses privados.¹⁹⁹

Desta forma, constatamos que também no Direito Penal e no Processo Penal a ordem pública não apresenta contornos claros, seja do ponto de vista pragmático ou dogmático, pelo contrário, a sua aplicação sempre está relacionada a um comando normativo

¹⁹⁷ “A fragilidade conceitual atingiu o legislador de 1997, quando admitiu a possibilidade de os delitos praticados na direção de veículo automotor de ferirem a ordem pública”. (GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 77).

¹⁹⁸ Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: [...] § 4º Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador: I - não for o líder da organização criminosa; II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo”.

¹⁹⁹ “Normalmente, associam-se os ‘negócios’ aos contratos privados; e por incluir-se no campo do direito público, o processo não admitiria opções negociais. A noção de contrato seria normalmente voltada ao direito privado e tradicionalmente alheia ao direito público, e portanto ao processo. Em nosso sentir, trata-se de uma premissa antiquada e inadequada ao Direito contemporâneo. Apesar de sua natureza pública, o processo não é infenso aos acordos e convenções. [...] De fato, a justiça criminal clássica sempre foi imposta e não negociada, simbolizada na indisponibilidade da ação penal e no princípio inquisitivo, com a consequente prevalência do juiz. Todavia, contemporaneamente, a partir do modelo acusatório, tem aumentado a contratualização também do processo penal. Vê-se o crescimento de uma ‘justiça penal consensual’, com reforço da autonomia da vontade que favorece a busca de resultados concertados entre os diversos sujeitos processuais (o agente criminoso, o Ministério Público, a vítima). Surgem cada vez mais possibilidades de mediação penal, composição amigável dos danos entre agente e vítima, inclusive com aplicação participativa e negociada da pena”. (CABRAL, Antonio do Passo. **A Resolução n.º 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as Convenções Processuais**. In NOGUEIRA, Pedro Henrique; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 541-545).

constitucional, infraconstitucional ou ao ordenamento jurídico de maneira sistemática, nunca de forma isolada. O que revigora as premissas estabelecidas no primeiro capítulo desta tese.

3.1.4 Direito do Consumidor

A expressão ordem pública também aparece na legislação que disciplina o Direito do Consumidor, no artigo 1º da Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), como uma diretriz de aplicação e interpretação das normas consumeristas, destacando que as normas de proteção e tutela dos consumidores são de ordem pública e de interesse social, nos termos da Constituição Federal.²⁰⁰

De início, já podemos constatar que a diretriz estabelecida pela norma de defesa do consumidor se harmoniza com a premissa fixada por esta tese, de que a percepção de ordem pública encontra seu primeiro sentido no ordenamento jurídico constitucional.

Nesse contexto, a doutrina consumerista, enfatiza a ordem pública como valores do ordenamento jurídico, os quais não podem ser afastados pelos sujeitos da relação de consumo, ou seja, as normas de Direito do Consumidor são tidas por indisponíveis e inafastáveis por convenção das partes,²⁰¹ por estarem ligadas ao interesse público ou coletivo.

Assim, verificamos que a percepção de ordem pública no Direito do Consumidor inicia sua orientação com base na Constituição, inclusive a doutrina identifica a proteção ao consumidor como direito fundamental.²⁰² Contudo, utiliza a dicotomia romana *público versus*

²⁰⁰ “Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias”. (grifo aditado).

²⁰¹ “As normas de ordem pública estabelecem valores básicos e fundamentais de nossa ordem jurídica, são normas de direito privado, mas de forte interesse público, daí serem indisponíveis e inafastáveis através dos contratos. O Código de Defesa do Consumidor é claro, em seu art. 1º, ao dispor que suas normas dirigem-se à proteção prioritária de um grupo social, os consumidores, e que se constituem em normas de ordem pública, inafastáveis, portanto, pela vontade individual. [...] as leis de ordem pública são aquelas que interessam mais diretamente à sociedade que aos particulares”. (MARQUES, Claudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 72-73).

²⁰² “Nossa Constituição Federal elevou a proteção do consumidor à condição de direito fundamental, determinando, em seu art. 5º, XXXII, ao Estado que promova, na forma da lei, a defesa do consumidor. Mais adiante, atrelou o exercício da livre iniciativa, no art. 170, à observação do princípio da defesa do consumidor. No campo constitucional, portanto, a normatividade da defesa do consumerista ganhou tanto contornos principiológicos – contando, assim, com eficácia normativa dos princípios, como também a condição de direito fundamental”. (LEAL, Larissa Maria de Moraes. **A reparação integral por meio de Ação Civil Pública dos danos difusos causados por reiterada prestação errônea de informações nas relações de consumo**. In Revista de Processo. Vol. 239/2015. Jan/2015, p. 265).

privado, disponível versus indisponível, o que justifica, em princípio, alocar este ramo do Direito como de Direito Público.

Porém, conforme constatamos no primeiro capítulo, associar de uma forma geral as normas do Direito do Consumidor à percepção de ordem pública em face de um maior grau de interesse público que envolve a relação jurídica consumerista, não responde a determinadas situações jurídicas, atos de disposição ou que vão além da figura individual do consumidor, como os *danos difusos*²⁰³ sofridos pelos consumidores.

Aliado ao entendimento doutrinário consumerista, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n.º 586.316/MG,²⁰⁴ analisando o direito à informação adequada e clara dos consumidores, no caso de alimentos que possuem *glúten*, o Relator Ministro Herman Benjamin, ao final do seu voto destacou que as normas de Direito do Consumidor são de ordem pública e interesse social, sendo inafastáveis e indisponíveis, por tutelarem valores fundamentais do Estado Social.

Contudo, ao analisarmos os argumentos doutrinários e do referido julgado do Superior Tribunal de Justiça, constatamos que a ordem pública é utilizada como reforço argumentativo para aplicação de determinadas normas jurídicas já postas no sistema consumerista, com a mesma metodologia que os demais ramos do Direito utilizam para cultivá-la.

Pois, o direito à informação adequada e clara nos rótulos dos produtos de consumo, neste caso específico, nada mais traduz a aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais de proteção ao consumidor que possui determinada intolerância à determinados alimentos que contenham *glúten* (art. 1º, da Lei n.º 10.674/03),²⁰⁵ e não por se mostrarem de ordem pública, em si.

²⁰³ “O direito do consumidor é, portanto, individual, coletivo e difuso. A amplitude do referencial dos interesses envolvidos nas relações de consumo deve transcender as antigas dicotomias público *versus* privado e coletivo *versus* individual. Tão pouco a simples soma de interesses individuais resultará em um resultado ou uma síntese adequada à determinação dos interesses envolvidos nas relações de consumo. É a complexidade dos tempos pós-modernos que impõe um grau maior de sofisticação no olhar para tais interesses”. (LEAL, Larissa Maria de Moraes. **A reparação integral por meio de Ação Civil Pública dos danos difusos causados por reiterada prestação errônea de informações nas relações de consumo**. In Revista de Processo. Vol. 239/2015. Jan/2015, p. 265).

²⁰⁴ “Finalmente, importa ressaltar que as normas de proteção e defesa do consumidor têm índole de ‘ordem pública e interesse social’ (art. 1º, do CDC). São *indisponíveis* e *inafastáveis*, pois resguardam valores básicos e fundamentais da ordem jurídica do Estado Social. Partem da afirmação do *princípio da vulnerabilidade do consumidor*, como mecanismo que propicia igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo, o que não quer dizer compactuar com exageros que, sem necessidade ou benefício, obstem o progresso tecnológico, a circulação dos bens de consumo e a própria lucratividade dos negócios. É esse o pano de fundo do direito-dever de informação, no microsistema do CDC”. (REsp 586.316/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/04/2007, DJe 19/03/2009).

²⁰⁵ “Art. 1º Todos os alimentos industrializados deverão conter em seu rótulo e bula, obrigatoriamente, as inscrições ‘contém Glúten’ ou ‘não contém Glúten’, conforme o caso”.

Até porque, se esta titulação (ordem pública) fosse retirada da argumentação jurídica, percebermos que não interferiria no resultado do julgamento, de sorte que os produtores e fornecedores devem respeito à legislação que obriga que os produtos alimentícios comercializados possuam a informação sobre a presença ou não da referida proteína.

Como constatado inicialmente, leva-nos a crer que a expressão ordem pública no Direito do Consumidor é utilizada como sinônimo de interesse público, coletivo ou de relevância social. O que, ao nosso sentir, não haveria necessidade desta tipificação às normas de proteção ao Direito do Consumidor, bastando a identificação como normas constitucionais de interesse coletivo, social ou interesse público, despidendo a titulação ordem pública.

Pois, em que pese possamos justificar a presença do interesse público na proteção ao consumidor, o que sustenta a ideia de indisponibilidade e inafastabilidade, percebemos que a própria legislação possibilita a instituição de arbitragem em questões envolvendo o direito do consumidor, bem como admite-se autocomposição desses direitos difusos.²⁰⁶

Não revelando o interesse público ou a ordem pública, em si, empecilhos para um grau de disposição dos sujeitos envolvidos, o que não se compatibilizaria com a percepção primeira da noção da ordem pública. Contudo, o atual momento histórico e dogmático exige respostas mais adequadas e menos autoritárias às complexidades da vida social.

3.1.5 Direito do Trabalho

Na esfera trabalhista a ordem pública aparece expressamente no texto normativo como forma de imprimir um tipo de tutela ao trabalho desempenhado pelas mulheres,

²⁰⁶ “A Lei de Ação Civil Pública (art. 5º, §6º, da Lei n.º 7.347/1985), modificada pelo Código de Defesa do Consumidor, instituiu o chamado compromisso de ajustamento de conduta, negócio jurídico extrajudicial com força de título executivo, celebrado por escrito entre os órgãos públicos legitimados à proteção dos interesses tutelados pela lei e os futuros réus dessas respectivas ações. Trata-se de modalidade específica de transação, para uns, ou de verdadeiro negócio jurídico, para outros. Quer se adote esta ou aquela concepção, o certo é que se trata de modalidade de acordo, com nítida finalidade conciliatória. A autocomposição é alcançada no mais das vezes pela negociação direta entre o órgão público e o possível réu de ação coletiva”. (DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos**. In *Civil Procedure Review*. v.7, n.3, p. 65-66, sept.-dec., 2016).

atribuindo à Consolidação das Leis do Trabalho uma carga de imperatividade às medidas de sua proteção (art. 377, da CLT).²⁰⁷

Assim, ao apreciar o texto normativo da Consolidação das Leis do Trabalho, constatamos que, na verdade, a proteção do trabalho da mulher não se dá em face do título que se atribui como de ordem pública, mas a referida tutela e proteção advém do próprio texto constitucional, o qual tutela todos os trabalhadores, independentemente do gênero, quanto à irredutibilidade de salário (art. 7º, VI, CF), e especificamente à mulher nos incisos XVIII, XX e XXX, do art. 7º, da CF.

Assim, de uma forma geral, além desta acepção acima referida, a doutrina trabalhista introduz o manto da ordem pública no Direito do Trabalho, como uma forma de controle e intervenção estatal nos contratos de trabalho. Os quais, em contraponto aos ideais liberais do século XIX, tem por escopo limitar e estabelecer núcleos rígidos na liberdade e autonomia da vontade verificada na relação jurídica empregador *versus* trabalhador. Dissociando totalmente da liberdade defendida pelos civilistas nos contratos, à época.²⁰⁸

Contudo, tomar a ordem pública como forma de limitar a liberdade contratual dos indivíduos, não se mostra salutar, seja pela vagueza e indeterminação da compreensão da expressão, e até pela contemporânea reformulação do alcance e possibilidade da autocomposição de direitos trabalhistas ditos *indisponíveis*.

Ademais, o próprio normativo constitucional destaca a possibilidade de autocomposição dos direitos trabalhistas, ainda que se identifique como indisponíveis, ao reconhecer as convenções e acordos coletivos de trabalho e a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho (art. 7º, XXVI, e art. 8º, VI, da CF).

Por fim, ressalte-se que a Lei n.º 13.467 de 13 de julho de 2017, conhecida como reforma trabalhista, traz várias modificações quanto à possibilidade de convenções de direitos trabalhistas, admitindo autocomposição de diversas maneiras, revigorando o *respeito ao*

²⁰⁷ “Art. 377 - A adoção de medidas de proteção ao trabalho das mulheres é considerada de **ordem pública**, não justificando, em hipótese alguma, a redução de salário”. (grifo aditado).

²⁰⁸ “A grande contribuição que dá o Direito do Trabalho para a evolução do pensamento jurídico é precisamente a de questionar o sentido e os conteúdos que a escola liberal havia atribuído à noção de ‘ordem pública’ e postular sua redefinição a partir de premissas e finalidades substancialmente distintas das anteriores. É o surgimento do que haveria de se denominar de ‘ordem pública social’. [...] O sistema liberal, que repousa na fonte contratual e na ‘autonomia da vontade’ como regra de ouro da ordem pública e princípio a ser preservado por toda a construção normativa que se edificou sobre essa base, começa a ser questionado por uma corrente de pensamento jurídico que postula e defende nova noção de ordem pública – a ‘ordem pública social’ ou ‘laboral’ – que se manifesta com sentidos inversos aos até então conhecidos, pois enuncia, como um de seus princípios básicos e essenciais, a limitação da autonomia da vontade e o fortalecimento da imperatividade e indisponibilidade das normas jurídicas. Nesse aspecto, o Direito do Trabalho é, ao mesmo tempo, consequência e antecedente dessa profunda transformação conceitual da ideia de ordem pública”. (ARIGÓN, Mario Garmendia. **Ordem Pública e Direito do Trabalho**. Trad. Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 2003, p. 73).

autorregramento da vontade, o que somente reforça a desnecessidade de um tipo de proteção dos direitos trabalhistas com a utilização da expressão ordem pública. Mas sim, uma tutela de direitos baseada na Constituição e no Estado Constitucional. De sorte que a proteção deve advir das normas e não da percepção do que se possa entender como de ordem pública imposta aos gêneros.

3.1.6 Direito Administrativo

No âmbito do Direito Administrativo, a ordem pública se apresenta de forma expressa no texto normativo relacionado aos servidores públicos, como forma de impor uma característica coercitiva ao instituto da prescrição administrativa. Porém, em que pese tal titulação à prescrição, a Administração Pública não poderá suscitar o instituto de maneira oficiosa (art. 112, da Lei n.º 8.112/90).²⁰⁹

Talvez pela marca literal do texto normativo, alguns interlocutores administrativistas,²¹⁰ sem grandes questionamentos, expressam que, por possuir o caráter de ordem pública, a prescrição na esfera administrativa, pode ser suscitada de ofício pela Administração Pública, o que, ao que parece, não traduz a norma produzida pelo texto legal supramencionado.

Nesse contexto, a percepção da ordem pública na esfera administrativa, mais precisamente ligada à prescrição, traduz-se na ideia de interesse público,²¹¹ ou seja, a ordem pública se congrega com o próprio interesse público exteriorizado pela compreensão de Direito Público.

²⁰⁹ “Art. 112. A prescrição é de **ordem pública**, não podendo ser relevada pela administração”. (grifo aditado).

²¹⁰ “No Direito Administrativo, a prescrição é matéria de ordem pública, portanto deve ser declarada pela Administração de ofício, independentemente de provocação da parte interessada, não podendo ser revelada pela administração, o que coaduna com o art. 112 da mesma lei. O momento adequado é o do julgamento”. (MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1080). “De fato, assim como o Estado *deve* punir a pessoa infratora, terá o *dever, de ofício*, de reconhecer o prazo prescricional da ação punitiva. Isso porque ambas as situações estão *teleologicamente implicadas* e estão na mesma linha de raciocínio lógico”. (VITTA, Herald Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 152).

²¹¹ “A prescrição serve ao interesse público, garantindo a segurança jurídica e descongestionando os tribunais que deixam de enfrentar questões relacionadas a situações muito antigas, de comprovação remota. [...] A prescrição constitui matéria de interesse público, razão pela qual não se admite que os sujeitos modifiquem seu regime ou alterem os prazos previstos em lei. Significa que a prescrição não pode ser negociada, devendo ser prevista em lei, e não em negócio jurídico”. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 14ª ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 60-63).

Assim, não há necessidade e nem razão para afirmar que a prescrição é de ordem pública, cometendo o legislador um equívoco. A prescrição somente exprime uma das formas de segurança jurídica, tornando o direito inexigível,²¹² “sendo um limite temporal à eficácia das pretensões e das ações”.²¹³

Outrossim, o instituto da prescrição sequer comporta as percepções da ordem pública, quanto à indisponibilidade ou à irrenunciabilidade, pois o direito brasileiro admite a sua renúncia, seja de maneira expressa ou tácita,²¹⁴ o que se mostra incompatível com o que se defende como conteúdo de ordem pública.

Assim, em que pese a prescrição possa ser suscitada, na esfera processual, de ofício pelo magistrado, inclusive podendo ensejar julgamento de improcedência liminar sem a oitiva da parte autora, o que não concordamos,²¹⁵ até pela possibilidade de renúncia, não podemos identificá-la, por este motivo, como questão de ordem pública. Analisaremos também essa perspectiva no tópico 2.3.7, capítulo V, desta tese.

Ressalte-se que a indisponibilidade do interesse público, em si, marca do Direito Administrativo durante tempos, enfrenta questionamentos e não obsta a possibilidade de autocomposição.

Pois, em que pese a atual caducidade da Medida Provisória n.º 703/2015, a qual revogava o §1º, do art. 17, da Lei n.º 8.429/1992,²¹⁶ a doutrina processual vem constatando uma revogação tácita do referido dispositivo, com a possibilidade de negócio jurídico atípico no processo de improbidade administrativa.²¹⁷

²¹² “O exercício da exceção de prescrição transforma o direito, portanto, em direito inexigível, com o intuito de proteger o devedor que não pode ser compelido a guardar prova da quitação do débito *ad aeternum* (ainda que possa aproveitar a quem, sendo devedor, não adimpliu)”. (ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino. **A prescritibilidade das ações (materiais) declaratórias**: notas à margem da obra de Agnelo Amorim Filho. In MIRANDA, Daniel Gomes de. [et. al.]. Prescrição e Decadência – estudos em homenagem a Agnelo Amorim Filho. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 488).

²¹³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 14ª ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 59.

²¹⁴ Código Civil – “Art. 191. A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição”.

²¹⁵ ROCHA, Márcio Oliveira. **O contraditório efetivo do autor versus a improcedência liminar do pedido (art. 332, §1º, do CPC/15)**. In DIDIER JR, Fredie (Coordenador Geral); MACÊDO, Lucas Buril de. [et. al.] Procedimento Comum. Vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 155-166.

²¹⁶ “Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. §1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.”

²¹⁷ “Assim, podemos chegar a algumas conclusões: a) admitem-se a colaboração premiada e o acordo de leniência como negócios jurídicos atípicos no processo de improbidade administrativa (art. 190 do CPC c/c o art. 4º da Lei 12.850/2013 e com os arts. 16-17 da Lei n. 12.846/2013); b) admite-se negociação nos processos de improbidade administrativa, sempre que isso for possível, na respectiva ação penal; c) admitem-se os acordos parciais, sendo considerados parcela incontroversa; d) admite-se a ‘colaboração premiada’ em processos de improbidade administrativa, respeitados os limites e critérios da lei de regência”. (DIDIER JÚNIOR, Fredie;

3.1.7 Direito Internacional Privado

Como vimos no primeiro capítulo, ao Direito Internacional Privado se devem estudos relevantes sobre o desenvolvimento e a tentativa de percepção da ordem pública nos sistemas jurídicos, inclusive o seu desenvolvimento histórico.²¹⁸

Assim, como verdadeira essência²¹⁹ deste ramo do direito, a ordem pública é estudada a partir da literalidade do art. 17, *caput*, da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro,²²⁰ bem como dos artigos 3º e 4º da Convenção de Direito Internacional Privado, de Havana, ratificada pelo Decreto n.º 18.871, de 13 de agosto de 1929.²²¹

A apreensão sistemática da ideia de ordem pública e a própria evolução do direito internacional privado, atribui-se ao volume oitavo da obra de Savigny (*System des Heutigen Römischen Rechts*),²²² como uma das precursoras na discussão de aplicação ou não do direito estrangeiro em detrimento às normas locais e, conseqüentemente, das lições básicas sobre a percepção da ordem pública no Direito Internacional Privado. Inclusive, estudos deste ramo

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. Vol. 4. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 338).

²¹⁸ DOLINGER, Jacob. **A evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro, 1979, p. XII e XIII. (tese apresentada à egrégia congregação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro para o concurso à Cátedra de Direito Internacional Privado); RIBEIRO, Elmo Pilla. **O princípio da ordem pública em direito internacional privado**. Porto Alegre: 1966.; SILVA, Luis Antonio da Gama e. **A Ordem Pública em Direito Internacional Privado**. Monografia de concurso à docência-livre de Direito Internacional Privado, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1944.; VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado**. Introdução e Parte Geral. Vol. I. 5ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 487-502.

²¹⁹ “A ordem pública é o princípio mais importante do direito internacional privado, funcionando, nessa disciplina, como o principal critério de compatibilidade entre distintos ordenamentos jurídicos e atuando na salvaguarda dos interesses fundamentais da sociedade”. (ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem comercial internacional e ordem pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 1).

²²⁰ “Art. 17. 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”.

²²¹ “**Artículo 3.** Para el ejercicio de los derechos civiles y para el goce de las garantías individuales idénticas, las leyes y reglas vigentes en cada Estado contratante se estiman divididas en las tres clases siguientes: I. Las que se aplican a las personas en razón de su domicilio o de su nacionalidad y las siguen aunque se trasladen a otro país, denominadas personales o de orden público interno. II. Las que obligan por igual a cuantos residen en el territorio, sean o no nacionales, denominadas territoriales, locales o de orden público internacional. III. Las que se aplican solamente mediante la expresión, la interpretación o la presunción de la voluntad de las partes o de alguna de ellas, denominadas voluntarias o de orden privado.; **Artículo 4.** Los preceptos constitucionales son de orden público internacional”.

²²² SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema do direito romano atual**. Vol. VIII. trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004.

do direito,²²³ chegam a conclamar que o autor alemão teria estabelecido um verdadeiro tratado sobre Direito Internacional Privado,²²⁴ chegando a influenciar vários doutrinadores europeus.

A ordem pública no Direito Internacional Privado é percebida como um princípio, não com o sentido de norma, mas em um plano metafísico que congrega um conjunto de valores de cunho filosófico, moral, costumeiro, político, econômico, variando de acordo com cada identidade básica social, porém não possuindo definição.²²⁵ Tendo como função primordial, para este ramo do direito, a de impedir ou repelir a aplicação da legislação estrangeira em face da norma local.

Conduto, conforme já identificamos no capítulo anterior, ao impedir ou repelir a aplicação da legislação estrangeira ou a homologação de decisões estrangeiras, na verdade, o tribunal competente analisa a incompatibilidade daqueles com o sistema normativo privado e constitucional pátrio (princípios fundamentais e os direitos e garantias constitucionais), e não em face de um sentimento de ordem pública, em si.

A própria doutrina do Direito Internacional Privado constata essa assertiva, porém atribui a determinado conjunto de normas o título de ordem pública, conferindo a esse conglomerado a nomenclatura de “normas de ordem pública”.²²⁶

²²³ “Na história do direito internacional privado, o sistema de Savigny sobre ‘os limites de espaço do império das regras de direito sobre as relações jurídicas’, exerceu e ainda exerce, uma grande influência, notadamente porque abriu um novo caminho à nossa disciplina, procurando colocá-la em bases científicas. [...] Depois de fazer algumas considerações sobre os limites das leis no espaço, acentua Savigny ser bem possível, que o direito rigoroso do poder soberano conduziu os juízes à aplicação do direito nacional, independentemente de qualquer indagação do direito estrangeiro. Contudo, observa o autor, semelhante norma não se encontra legislação de nenhum Estado conhecido, o que é suficiente para afastar aquela orientação”. (SILVA, Luis Antonio da Gama e. **A Ordem Pública em Direito Internacional Privado**. Monografia de concurso à docência-livre de Direito Internacional Privado, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1944, p. 18-19).

²²⁴ “Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) é um dos três ‘grandes’ autores do Direito Internacional Privado do século XIX, ao lado de Joseph Story (1779-1845) e Pasquale Stanislao Mancini (1817-1888). O oitavo volume do *Sistema do Direito Romano Atual* pode ser considerado como o Tratado do Direito Internacional Privado que mais influenciou o desenvolvimento desta matéria”. (JAYME, Erik. *In* Introdução da obra SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema do direito romano atual**. Vol. VIII. trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004, p. 15).

²²⁵ “Já no Direito Internacional Privado a ordem pública impede a aplicação de leis estrangeiras, o reconhecimento de atos realizados no exterior e a execução de sentenças proferidas por tribunais de outros países, constituindo-se no mais importante dos princípios da disciplina. [...] A resposta é que a principal característica da ordem pública é justamente a sua indefinição. [...] Diríamos que o princípio da ordem pública é o reflexo da filosofia sócio-político-jurídica imanente no sistema jurídico estatal, que ele representa a moral básica de uma nação e que protege as necessidades econômicas do Estado. A ordem pública encerra, assim, os planos filosófico, político, jurídico, moral e econômico de todo Estado constituído”. (DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado**. 13ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 449-450).

²²⁶ “As normas de ordem pública, tanto no aspecto interno como no internacional, são constituídas dos princípios indispensáveis para a organização da vida social. Observam os preceitos do direito, consubstanciando um conjunto de regras e princípios que tendem a garantir a singularidade das instituições de determinada sociedade”. (ARAÚJO, Nadia de. **Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça**: comentários à resolução n.º 9/2005. Rio de Janeiro: Renovar, 2010).

Podemos, claramente, perceber o que foi afirmado acima quando analisamos acórdãos recentes do Superior Tribunal de Justiça²²⁷ ao apreciarem a possibilidade ou não de homologação de decisões judiciais e arbitrais estrangeiras.

Assim, constatamos que se retirarmos a expressão ordem pública dos referidos julgados não há diferença alguma, não modifica e nem interfere no resultado do julgamento. O que nos leva a crer que a ordem pública não possui autonomia e somente vem encontrando guarida como ferramenta retórica da argumentação jurídica.

Dizemos que não possui autonomia, até porque não possui sequer uma definição ou percepção clara, com contornos minimamente inteligíveis, conforme a própria doutrina do Direito Internacional Privado constata, perfazendo um tipo de estado de espírito que se mede pela *mentalidade* ou *sensibilidade* humana do aplicador do direito.²²⁸

²²⁷ “Constam dos autos os documentos necessários ao deferimento do pedido - (i) instrução da petição inicial com o original ou cópia autenticada da decisão homologanda e de outros documentos indispensáveis, devidamente traduzidos por tradutor oficial ou juramentado no Brasil e chancelados pela autoridade consular brasileira; (ii) haver sido a sentença proferida por autoridade competente; (iii) terem as partes sido regularmente citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia; (iv) ter a sentença transitado em julgado - **além de o conteúdo do título não ofender "a soberania, a dignidade da pessoa humana e/ou ordem pública" nem tampouco as regras processuais brasileiras pelo simples fato de não haver disposição sobre a partilha de bens e uso do nome.** Inteligência dos artigos 15 e 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e artigos 216-C, 216-D e 216-F do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Sentença estrangeira homologada.” (STJ – SEC 13.659/EX, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/05/2017, DJe 23/05/2017). (grifos adotados)

“SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. INSTITUTO JURÍDICO SEMELHANTE À TRANSAÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. ILEGITIMIDADE ATIVA DA PESSOA JURÍDICA QUE SOFREU OS EFEITOS CIVIS DO ACORDO. REQUISITOS PARA HOMOLOGAÇÃO DA SENTENÇA ESTRANGEIRA. NÃO PREENCHIMENTO. AUSÊNCIA DE CERTEZA QUANTO ÀS OBRIGAÇÕES FIXADAS NA SENTENÇA ESTRANGEIRA. [...] **É indevida a homologação de sentença estrangeira que não atenda os requisitos previstos no art. 15 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e nos arts. 216-A a 216-N do RISTJ, ou que ofenda a soberania nacional, a ordem pública e a dignidade da pessoa humana** (LINDB, art. 17; RISTJ, art. 216-F). [...] (STJ – SEC 7.693/EX, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/04/2017, DJe 25/04/2017). (grifos adotados)

“[...] **Ofende a ordem pública nacional a sentença arbitral emanada de árbitro que tenha, com as partes ou com o litígio, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes (arts. 14 e 32, II, da Lei n. 9.307/1996)** [...]”. (STJ – SEC 9.412/EX, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/04/2017, DJe 30/05/2017) (grifos adotados)

Vide outros julgados: (STJ – SEC 12.143/EX, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, CORTE ESPECIAL, julgado em 29/03/2017, DJe 19/04/2017); (STJ – SEC 13.533/EX, Rel. Ministro FELIX FISCHER, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/04/2017, DJe 19/04/2017); (STJ – SEC 11.315/EX, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/04/2017, DJe 09/05/2017).

²²⁸ “A ordem pública se afere pela mentalidade e pela sensibilidade médias de determinada sociedade em determinada época. Aquilo que for considerado chocante a esta média será rejeitado pela doutrina e repellido pelos tribunais. Em nenhum aspecto do direito o fenômeno social é tão determinante como na avaliação do que fere e do que não fere a ordem pública. Compatível ou incompatível com o sistema jurídico de um país – eis a grande questão medida pela ordem pública – para cuja aferição a Justiça deverá considerar o que vai na mente e no sentimento da sociedade. Daí ter sido a ordem pública comparada à moral, aos bons costumes, ao direito natural e até à religião”. (DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado**. 13ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 450-451).

Outrossim, destaque-se um julgado interessante, onde o Superior Tribunal de Justiça²²⁹ determinou o cumprimento de carta rogatória oriunda dos Estados Unidos da América, a qual solicitava a citação do brasileiro que teria contraído dívida de jogo em solo americano. E, em que pese o nosso ordenamento jurídico não admita a cobrança de tal dívida, os ministros entenderam que não competiria à Justiça brasileira julgar o mérito da ação, situação que seria vedada pelo ordenamento, mas somente contribuir com a Justiça americana, para a solução da causa sob o manto da legislação americana. Inclusive invocou artigos do Código Civil brasileiro, os quais destacavam a proibição do enriquecimento sem causa (art. 884, CC) e a má-fé (art. 113, 187 e 422, do CC). O que, mais uma vez, somente demonstra a desnecessidade de se invocar a ordem pública como sentimento que impede ou repele a legislação estrangeira, pois em nada contribuiria ou mudaria o resultado do julgado, se a expressão fosse retirada do contexto de argumentação jurídica.

Com toda a vênia aos profundos estudos realizados por décadas no Direito Internacional Privado, e em face deles é que podemos atualmente, com cientificidade, constatar que a ordem pública se afigura mais no plano metafísico ou ideológico do que normativo.

Talvez o conteúdo de utilidade pragmática seja o *senso comum* de que, quando se ouve que a expressão: *ordem pública* foi violada, transpassa uma *sensação* na população (=povo, sociedade) de que algo está em desordem ou em desconformidade com a normalidade e equilíbrio social ou jurídico.

No mais, a expressão ordem pública vem se mostrando, até o momento, um fenômeno que parece dizer muito e com densidade, mas, ao fim e ao cabo, não diz muita coisa, sempre se socorrendo de uma previsão normativa do sistema jurídico para sobreviver ou ser utilizada.

²²⁹ “[...] Além de tudo que foi dito, se é certo que nosso ordenamento não obriga ao pagamento de dívidas de jogo ou aposta (contraídas em solo nacional - que fique claro!), não é menos correto que rejeita o enriquecimento sem causa (CC, Art. 884) e a má-fé (CC, Arts. 113, 187 e 422). Logo, não ofende nossa soberania ou ordem pública conceder *exequatur* para citar alguém a se defender contra cobrança de dívida de jogo contraída e exigida em Estado estrangeiro. A permissão - e até o estímulo - de jogos de azar nos Estados Unidos da América do Norte é questão relativa a valores, cultura e soberania estadunidense. Não cabe ao Judiciário Brasileiro impedir ou criar obstáculos ao prosseguimento de ação na Justiça americana, sob o argumento de que no Brasil o jogador não está obrigado a pagar ao cassino. Ora, isso pouco importa ao Juiz americano que nos roga colaboração para entregar o direito segundo as Leis do seu país! A carta rogatória não nos pede para avaliar a eventual procedência do pedido formulado perante o Jus rogante. Não! Apenas solicita colaboração para chamar um indivíduo, acusado de jogar e não pagar, a se defender perante a Justiça do país no qual se entregou ao deleite de jogos de azar. Se a exploração de jogo é permitida aqui ou lá é questão referente ao mérito da ação - que não tem relação com rogo de colaboração em efetuar a citação do réu. [...]” (STJ – AgRg na CR 3.198/US, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, CORTE ESPECIAL, julgado em 30/06/2008, DJe 11/09/2008).

Desta forma, a percepção ou a utilização da expressão ordem pública, no Direito Internacional Privado, poderia ser minimizada e menos empregada para se evitar certos devaneios utópicos, associando a aplicação ou não das leis ou decisões estrangeiras à violação de determinada norma civil, princípio fundamental constitucional ou dos direitos e garantias fundamentais da Constituição, como vem fazendo o Superior Tribunal de Justiça na análise dos casos. Assim, despiciendo a utilização da expressão ordem pública como forma de *tutelar* ou impor uma força coercitiva à determinada situação jurídica.

3.1.8 Arbitragem

A expressão ordem pública também se mostra motivo de preocupação e estudos na Arbitragem, aparecendo literalmente em três passagens da Lei n.º 9.307/96 (Lei da Arbitragem), no §1º, do art. 2º,²³⁰ quando da escolha das regras a serem aplicadas à arbitragem, no inciso II e parágrafo único, do art. 39,²³¹ nos casos de homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira.

Antes de discutirmos a ordem pública na arbitragem, é de se ressaltar, por oportuno, que, com a identificação da chamada pós-modernidade,²³² marcada por uma

²³⁰ “Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.”

²³¹ “Art. 39. A homologação para o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral estrangeira também será denegada se o Superior Tribunal de Justiça constatar que: I - segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem; II - a decisão ofende a ordem pública nacional. Parágrafo único. Não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa.”

²³² “A noção de pós-modernidade não tem propriamente um sentido cronológico, mas representa a identificação de que os esforços da modernidade não são passíveis de serem alcançados. O aumento das trocas humanas decorrente da globalização, o surgimento da *internet*, a comunicação instantânea, a facilidade para viajar e a circulação de pessoas, bens e serviços em escala mundial levaram ao redimensionamento do papel do Estado e, para muitos, a emergência de uma ordem globalizada. Isso significa, também, uma demanda por novos serviços de resolução de disputas. A flexibilidade própria da pós-modernidade abriu espaço para o surgimento e a aplicação de novas técnicas e meios. Há uma privatização da resolução de disputas. Privatização aqui não tem o sentido de contraposição propriamente ao Estado. Na verdade, o Estado mantém um papel fundamental. Mas, abriu-se (ou reencontrou-se) um espaço para uma série de técnicas e meios para resolver conflitos para além da figura do juiz moderno”. (AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. **Arbitragem e Poder Judiciário**: a definição da competência do árbitro. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 26).

preocupação com um amplo acesso à justiça²³³ e as formas alternativas ou, atualmente, adequadas de resolução de conflitos individuais,²³⁴ a arbitragem cada vez mais ganha força como uma outra forma de heterocomposição na resolução de demandas, tanto do ponto de vista dogmático, como pragmático, com resultados bastante eficientes e efetivos.

Com esse momento contemporâneo de fomento a um acesso à justiça por várias portas (sistema multiportas),²³⁵ prezando-se por uma resposta adequada, qualificada e em um tempo razoável, a mediação, a conciliação, a arbitragem e outras formas administrativas (PROCON, por exemplo) de resolução de disputas, fora das molduras do Judiciário, vem ganhando uma significação maior na sociedade.

O processo multiportas, guardada as devidas proporções, seria um encaminhamento ao médico especialista naquele determinado tipo de doença ou enfermidade. Ou seja, o tratamento e o diagnóstico possivelmente serão muito mais adequados, precisos e rápidos do que o realizado por um médico generalista (clínico geral).

Muitas vezes, este último se apresenta como o Judiciário, pois na grande maioria se depara com questões altamente complexas e com tamanha diversidade de situações que fogem ao conhecimento generalista do magistrado, o qual busca compreender de forma geral todos os ramos do direito. Não é sem razão, no nosso sentir, a criação de varas especializadas em determinados conflitos (família, sucessões, ambiental, saúde pública, agrária, fiscal etc.), ainda que no campo da justiça comum (estadual e federal).

Desta forma, com a especialidade judicial e o sistema multiportas, de maneira mais precisa se estuda e se encontra a essência, e a possível solução dos conflitos entre os indivíduos, alcançando o que atualmente a sociedade almeja, caso a porta mais apropriada seja o Judiciário, uma decisão judicial justa (adequada, em tempo razoável e de mérito) e efetiva.

Tudo isso se alia a uma mudança de cultura legislativa e comportamental dos indivíduos, pois as legislações cada vez mais promovem uma forma de conscientização de

²³³ CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade**. Vol. I. trad. e notas do Prof. Dr. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 388-391.

²³⁴ “Falava-se tradicionalmente em ADR, sigla em inglês, com o significado de Meios *Alternativos* de Resolução de Disputas. Entretanto, discursivamente, passou-se a falar em ADR significando *Meios Adequados de Resolução de Disputas*. O sentido de que existe o meio de se resolver disputas e suas alternativas é substituído pela noção de que há *vários* meios, cada um mais apropriado para determinada situação”. (AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. **Arbitragem e Poder Judiciário**: a definição da competência do árbitro. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 27).

²³⁵ “A expressão *multiportas* decorre de uma metáfora: seria como se houvesse, no átrio do fórum, várias portas; a depender do problema apresentado, as partes seriam encaminhadas para a porta da mediação, ou da conciliação, ou da arbitragem, ou da própria justiça estatal”. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 14ª ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 639-640).

que determinadas questões podem ser resolvidas sem a presença estatal (Estado-juiz), de maneira segura, justa e em um tempo razoavelmente rápido.

Não por acaso o art. 3º do Código de Processo Civil de 2015 destaca a importância da participação do próprio ente estatal, dos juízes, dos advogados, dos defensores públicos, do ministério público, no fomento de práticas adequadas de resolução de disputas (sistema multiportas).

Nesse contexto, o árbitro, terceiro imparcial e independente, é o juiz de fato e de direito²³⁶ do conflito que lhe foi, contratualmente, submetido. O qual conduz o processo arbitral nos moldes e peculiaridades do caso, proferindo um ato decisório final, denominado, sentença arbitral, a qual possui a natureza jurídica de título executivo judicial (art. 31, da Lei n.º 9.307/96 c/c art. 515, VII, do CPC).²³⁷ A única distinção do árbitro e do magistrado togado é o chamado poder de império, no sentido de que o juiz exerce atividades coercitivas para efetivação da decisão arbitral, como uma forma de colaboração estatal.²³⁸

Em face da porta arbitral possuir todas as características da porta judicial, exceto a constatada acima, no fórum permanente de processualistas civis, ocorrido em Salvador, chegou-se a editar dois enunciados (Enunciado 1 e 3),²³⁹ no sentido de que o árbitro exerce jurisdição nos termos da lei. Os quais foram revogados no fórum permanente de processualistas civis, ocorrido no Rio de Janeiro. O que, ao nosso sentir, não andou bem o fórum com a revogação dos referidos enunciados.

Porque, não há dúvida doutrinária quanto ao exercício de jurisdição arbitral²⁴⁰ e, em que pese não possua, ainda, o chamado império da jurisdição estatal, entendemos que

²³⁶ “Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”. (Lei n.º 9.307/96 – Lei da Arbitragem).

²³⁷ “Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”; “Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: [...] VII - a sentença arbitral;”

²³⁸ “O árbitro, entretanto, não possui poderes de *imperium*, não podendo praticar atos constritivos ou executórios, e, como sua atuação decorre do contrato celebrado entre as partes, não pode forçar terceiros a participar do processo arbitral. Há diversas situações em que será imprescindível a cooperação do juiz estatal para o suporte ao processo arbitral. Essa cooperação poderá, conforme o caso, ocorrer nas fases: pré, para, ou pós-arbitral”. (AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. **Arbitragem e Poder Judiciário**: a definição da competência do árbitro. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 37).

²³⁹ Ambos foram revogados no FPCC-Rio: “**Enunciado 1.** O árbitro é dotado de jurisdição para processar e julgar a controvérsia a ele apresentada, na forma da lei”; “**Enunciado 3.** O árbitro é juiz de fato e de direito e como tal exerce jurisdição sempre que investido nessa condição, nos termos da lei”.

²⁴⁰ “O legislador optou, assim, por adotar a tese da jurisdicionalidade da arbitragem, pondo termo à atividade homologatória do juiz estatal, fator de emperramento da arbitragem. Certamente continuarão a surgir críticas, especialmente de processualistas ortodoxos que não conseguem ver atividade processual – e muito menos jurisdicional – fora do âmbito da tutela estatal estrita. [...] O fato que ninguém nega é que a arbitragem, embora tenha origem contratual, desenvolveu-se com a garantia do devido processo e termina com ato que tende a assumir a mesma função da sentença judicial. Sirva, pois, esta evidência para mostrar que a escolha do legislador

como há possibilidade de investidura legal e contratual do árbitro (art. 3º c/c art. 19, da Lei n.º 9.307/96),²⁴¹ sem grandes problemas e impedimentos, atos coercitivos, ditos de exclusivo império estatal, poderiam ser autorizados por lei e estabelecidos no pacto arbitral.

Da mesma forma que a lei atribui a natureza jurídica de título executivo judicial à sentença arbitral, que é um ato proferido fora do âmbito de jurisdição estatal, poderia atribuir ao árbitro poderes coercitivos para execução de seus atos decisórios, não visualizamos nenhum impeditivo normativo em nosso sistema jurídico quanto ao assunto.

Ademais, atente-se ao fato de que uma discussão doutrinária e jurisprudencial, quanto à possibilidade da Administração Pública (direita e indireta) se utilizar da arbitragem, já foi superada com o advento da Lei n.º 13.129/15, incluindo-se expressamente tal hipótese nos §1º e §2º, do art. 1º, da Lei n.º 9.307/96. Inclusive nos contratos de Parceria Público e Privado (art. 11, III, da Lei n.º 11.079/04).²⁴² O que somente demonstra que é possível ultrapassar o empecilho dogmático quanto à imperatividade exclusiva do juízo estatal para a execução das decisões arbitrais, bastando, no nosso sentir, uma autorização legislativa.

Não se quer dizer, com isso, que a colaboração do Judiciário no exercício do processo arbitral seja ruim ou prejudique a atividade do árbitro, pelo contrário, mostra-se bastante salutar para o processo arbitral, principalmente com as atuais alterações legislativas quanto às medidas cautelares antecedentes (cautelar *pré-arbitral*).²⁴³

brasileiro certamente foi além das previsões de muitos ordenamentos estrangeiros mais evoluídos que o nosso no trato do tema, trazendo como resultado final o desejável robustecimento da arbitragem”. (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário à Lei n.º 9.307/96. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 26-27). “Existiriam questões relativas à convenção de arbitragem em si mesma (requisitos contratuais) e condições prévias para que o árbitro tenha jurisdição para julgar uma disputa em particular (requisitos jurisdicionais). Essa divisão decorre dos efeitos produzidos pela convenção de arbitragem. Ela é um contrato, mas que delimita o modo de ser de um processo e a possibilidade de exercício de uma jurisdição”. (AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. **Arbitragem e Poder Judiciário**: a definição da competência do árbitro. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 104).

²⁴¹ “Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”; “Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários”.

²⁴² “Mais do que confirmar a possibilidade do seu emprego – que independeria, repita-se, dessa previsão –, procura-se prestigiar o processo arbitral. Indica-se que no novo contexto de atuação conjunta dos setores público e privado merece destaque uma via de composição de conflitos cuja implementação, definição de julgadores e as balizas internas de desenvolvimento, dentro de certos limites, advêm igualmente do consenso entre as partes. Poderão ser escolhidos como árbitros profissionais com conhecimento técnico específico das matérias envolvidas no litígio. Além disso, respeitadas as garantias fundamentais do processo, será viável a adoção de um procedimento dinâmico e eficiente, consentâneo com as peculiaridades do caso e apto a produzir uma solução mais rápida e adequada”. (TALAMINI, Eduardo. **Arbitragem e Parceria Público-Privada (PPP)**. disponibilizado em: https://www.academia.edu/231459/Arbitragem_e_Parcerias_P%C3%BAblico-Privadas_PPP_2004_).

²⁴³ “[...] admite-se a chamada cautelar *pré-arbitral*: o pedido de providência de urgência deve ser formulado ao Poder Judiciário (Lei 9.307/1996, art. 22-A). [...] Destaca-se a cooperação entre o juízo arbitral e o juízo estatal. Concedida a medida cautelar pelo juízo arbitral, este deve, mediante carta arbitral (Lei 9.307/1996, art. 22-C; CPC, art. 237, IV), solicitar o apoio do juízo estatal para impor sua efetivação ou cumprimento forçado pela

Contudo, fazemos aqui somente um registro e constatação de que as recentes alterações legislativas vêm sinalizando que o poder de *império* da clássica compreensão de jurisdição estatal vem sofrendo e poderá sofrer ainda mais uma grande redefinição, com a possibilidade de o árbitro executar seus atos decisórios. Talvez, com isso, os enunciados cancelados, (Enunciado 1 e 3) do fórum permanente de processualistas civis, sejam revigorados e retornem como orientação da doutrina processual civil.

Além destas questões de grande relevância para o desenvolvimento hígido da arbitragem, a lei arbitral, como verificado no início deste tópico, destaca a ordem pública como forma de limitação e controle da fixação da convenção arbitral e da homologação de sentenças arbitrais estrangeiras.

Nesse contexto, a doutrina arbitral, sem tantos questionamentos, acaba por reproduzir as compreensões do Direito Internacional Privado, inclusive destacando que os textos da lei de arbitragem, ao se referirem à ordem pública, tomaram por base a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro.²⁴⁴

Aliás, o Direito Internacional Privado e a Arbitragem estão bastante ligados, seus estudos gravitam nas relações privadas, na autonomia da vontade dos indivíduos e nas possíveis limitações de atuação estabelecidas pelos entes estatais, muitas vezes sob o manto de proteção da ordem pública,²⁴⁵ principalmente nas arbitragens internacionais.

Assim, para se estabelecer a convenção arbitral, faz-se necessário o preenchimento de duas questões, uma de cunho subjetivo e outra de caráter objetivo, as quais a doutrina denomina de arbitrabilidade,²⁴⁶ ou seja, a aptidão ou possibilidade de determinada controvérsia possa ser submetida ao árbitro.

A perspectiva subjetiva está liga as partes que podem se utilizar da arbitragem, e a característica objetiva se relaciona às regras de Direito que serão aplicadas para a solução da

parte”. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 14ª ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 647-649).

²⁴⁴ “A Lei de Arbitragem conformou-se neste dispositivo com a orientação geral preconizada pelo artigo 17 da Lei de Introdução ao Código Civil, que nega eficácia, no Brasil, a qualquer declaração de vontade que ofender os bons costumes. É possível sustentar-se que, hoje, o conceito de ordem pública acaba absorvendo a ideia dos bons costumes [...]”. (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário à Lei n.º 9.307/96. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 68).

²⁴⁵ “A ordem pública ‘imuniza’ normas jurídicas positivas contra o poder normativo radicado na vontade privada, em consideração a interesses coletivos ou sociais julgados essenciais e irrenunciáveis. [...] a ordem pública tem uma função dogmática justamente como contraponto à autonomia da vontade, para refreá-la e discipliná-la, moldando-a aos interesses mais amplos da sociedade”. (ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem comercial internacional e ordem pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 16).

²⁴⁶ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem comercial internacional e ordem pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 79.

questão posta ao árbitro.²⁴⁷ Desta forma, a ordem pública aparece na arbitrabilidade objetiva, pois as regras de Direito a serem submetidas ao árbitro, além de versarem sobre direitos patrimoniais *disponíveis*, não podem ofender a ordem pública e os bons costumes.

Nesse contexto, entendemos que a legislação arbitral além de estabelecer uma limitação de atuação dos indivíduos com base na ordem pública e nos bons costumes, categoriza o direito objeto da arbitragem, levando alguns a crerem,²⁴⁸ inclusive, que a ideia de direito indisponível está intrinsecamente ligada à de ordem pública, o que não nos parece razoável.

Primeiramente, nos questionamos quanto aos direitos como totalmente indisponíveis, os quais a doutrina civilista destaca, de um modo geral, os direitos ligados ao estado de pessoa, filiação, alimentos, poder familiar etc.

Pois bem. Verificando a seguinte situação.

Em que pese a filiação possua a titulação de direito indisponível, é possível que os pais biológicos entreguem o seu filho à adoção, oportunidade que, após todo o processo judicial, eles sejam destituídos do poder familiar (art. 1.635, IV, do CC) e, ao mesmo tempo, perdem o estado de filiação biológica²⁴⁹ (art. 41, caput, da Lei n.º 8.069/90),²⁵⁰ inclusive resvalando nos direitos sucessórios. Ou seja, ao fim e ao cabo, os pais biológicos, por “acordo de vontades” (mãe e pai), atuaram em uma margem de disposição da filiação, do poder familiar e de vários direitos decorrentes da relação de direitos da personalidade.

Da mesma forma destacamos o clássico exemplo do direito aos alimentos, os quais são considerados indisponíveis, mas o *quantum* pode ser acordado entre as partes, o que se nos faz refletir que também há uma margem de disponibilidade, o que a doutrina trata como direitos que admitem autocomposição.²⁵¹

²⁴⁷ “A doutrina brasileira passou a entender que a arbitragem, na verdade, depende da presença da chamada *arbitrabilidade*, que pode ser *objetiva* e *subjetiva*. Essas definições são mais adequadas a identificar quem pode submeter-se à arbitragem e qual a controvérsia possível a ser submetida a uma arbitragem”. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 14ª ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 646).

²⁴⁸ “[...] a ordem pública – por seu caráter marcadamente indisponível – não pode, porém, ser objeto de sentença arbitral, pois não pode ser objeto de compromisso e se não for e houver decisão a ela atinente, estará fora dos limites da convenção de arbitragem”. (COSTA, José Augusto Fontoura; PIMENTA, Rafaela Lacorte Vitale. **Ordem Pública na Lei n.º 9.307/96**. In CASELLA, Paulo Borba [et.al.]. Arbitragem – a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional. São Paulo: LTr, 1999, p. 205).

²⁴⁹ “A adoção implica corte total em relação à família de origem, ao contrário do modelo anterior de adoção simples, que estabelecia duplicidade de vínculo (adotante e família de origem), sem qualquer relação com os demais membros da família do adotante”. (LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 260).

²⁵⁰ “Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”.

²⁵¹ “Mas é preciso que se deixe claro um ponto: o direito em litígio pode ser indisponível, mas admitir solução por autocomposição. É o que acontece com os direitos coletivos e o direito aos alimentos”. (DIDIER JÚNIOR,

Pois, pragmaticamente, poder acordar valores e forma de cumprimento de determinados direitos, ao nosso entender, nada mais significa que poderemos *dispor*, um mínimo que seja, dos direitos tidos por *indisponíveis*.

Por isso, podemos nos indagar, esses direitos, em que pese taxados de indisponíveis, não poderiam ser submetidos à arbitragem? Obviamente, com a presença do Ministério Público, caso a sua intervenção seja obrigatória por força de norma, na qualidade de defensor da ordem jurídica (art. 176, do CPC).

Carlos Alberto Carmona, ao analisar essa perspectiva, destaca que, “se é verdade que uma demanda que verse sobre o direito de prestar e receber alimentos trata de direito indisponível, não é menos verdadeiro que o *quantum* da pensão pode ser livremente pactuado pelas parte (e isto torna arbitrável esta questão)”.²⁵²

Desta forma, ao nosso sentir, não andou bem o legislador ao limitar a arbitrabilidade ao *direito patrimonial disponível*, o que pode levar a equivocada interpretação que os direitos tidos por indisponíveis seriam e teriam a proteção da ordem pública e, conseqüentemente, não arbitráveis. Conduta esta sem o mínimo de racionalidade, até porque sequer se conhece o conteúdo do seja essencialmente de ordem pública.

Assim, deveria a reforma da Lei de Arbitragem, estabelecida pela Lei n.º 13.129 de 26 de maio de 2015, ter seguido o caminho do Código de Processo Civil de março de 2015, ao limitar os negócios processuais aos direitos que admitam *autocomposição*, e não à categoria de direitos tidos por disponíveis ou indisponíveis.

Destacamos ainda que, segundo a doutrina,²⁵³ as questões de ordem pública em matéria arbitral estariam ligadas à nulidade da sentença arbitral (art. 32, da Lei n.º 9.307/96). Ou seja, como se vem identificado durante o caminhar da ordem pública nas legislações pátrias, a percepção da expressão está sempre associada a alguma norma jurídica posta, pois nada muda ou interfere se retirarmos o título de ordem pública das questões do referido dispositivo, de sorte que a sentença arbitral sofrerá as consequências da nulidade se constatado qualquer dos vícios apontados pela lei, independentemente se titularmos de ordem

Freddie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao processo civil, parte geral e processo de conhecimento. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 438).

²⁵² CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário à Lei n.º 9.307/96. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 39.

²⁵³ “[...] os efeitos da decisão arbitral por inobservância ou infração de matérias de ordem pública que o sistema legal impõe como indispensáveis à manutenção da ordem jurídica. Estas matérias do art. 32 ‘sintetizam o Estado na administração da justiça’, e sua taxatividade deve ser bem compreendida: o dispositivo sintetiza os preceitos de ordem pública que o Estado não permite sejam superados, de tal sorte que a premissa do próprio dispositivo em questão é a defesa da ordem pública de modo geral”. (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário à Lei n.º 9.307/96. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 412).

pública ou não. Inclusive, a doutrina processual que discutiu a ordem pública no processo e na arbitragem, e que será objeto de nossa análise no capítulo seguinte, também constatou essa nossa assertiva em seu estudo.²⁵⁴

Ademais, saliente-se que a impugnação através da ação anulatória da sentença arbitral perante o Poder Judiciário tem um prazo decadencial de 90 (noventa) dias.²⁵⁵ Assim, expirado o prazo, a situação, ao contrário do que se possa pensar, sofrerá com a *convalidação*, ou seja, a questão estabiliza e regulariza, não podendo mais ser questionada.²⁵⁶ Desta forma, se o título de ordem pública atribuído a estas questões fossem mesmo insuperáveis, sempre haveria possibilidade de reapreciação, o que não constatamos.

Além disso, doutrina arbitral²⁵⁷ ainda atribui o título de ordem pública no processo arbitral ou como de ordem pública processual, a ausência de fundamentação da sentença arbitral, a imparcialidade do árbitro e a fixação da competência arbitral.

Contudo, discordamos deste entendimento e, mais uma vez, destacamos a desnecessidade do título ou manto de proteção da ordem pública destes institutos, de sorte que a ausência de fundamentação dos atos decisórios, de um modo geral, é exigida pela própria norma constitucional (art. 93, IX, da CF), bem como as suas consequências quanto à nulidade dos atos de cunho decisórios.

Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça²⁵⁸ ao homologar ou não sentenças arbitrais estrangeiras, em que pese exalte o manto da ordem pública, não realiza a homologação em atenção a norma expressa da Constituição ou na legislação pátria, não havendo qualquer interferência prática e útil a titulação destas questões como de ordem pública.

²⁵⁴ “Da análise realizada, outro aspecto de suma relevância é o fato de que todas as alegações de violação à ordem pública são fundamentadas em ofensa a dispositivos legais específicos, ou seja, ao menos no direito brasileiro, não se discutem situações de ofensa ao princípio da ordem pública. Esta constatação é muito importante para que se compreenda que, a par de toda a dificuldade na definição de um instituto tão vago e de aplicação tão geral, fato é que no sistema de direito codificado como o brasileiro, todas as alegadas ofensas à ordem pública tiveram base e a origem no direito positivo”. (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem Pública e Processo**: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011, p. 62).

²⁵⁵ “A demanda para impugnação da sentença arbitral deverá ser proposta pela parte no prazo decadencial (improrrogável, portanto) de 90 dias após o recebimento da notificação da decisão final dos árbitros”. (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário à Lei n.º 9.307/96. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 28).

²⁵⁶ “A decisão arbitral fica imutável pela coisa julgada. Poderá ser invalidada a decisão, mas ultrapassado o prazo de noventa dias, a coisa julgada torna-se soberana”. (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Vol. 1. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 194).

²⁵⁷ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem comercial internacional e ordem pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 306-329.

²⁵⁸ (STJ – RE nos EDCL NA SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA Nº 12.493 – US (2014/0218464-0)).

Da mesma forma o impedimento do árbitro (art. 13, §6º, art. 14, §1º e art. 21, §2º, da Lei n.º 9.307/96), a fixação e delimitação do exercício de sua jurisdição²⁵⁹ (art. 3º, da Lei n.º 9.307/96) estão postas por normas no ordenamento jurídico, e independem de uma “proteção” do manto ordem pública para que as consequências jurídicas ocorram.

3.1.9 Código de ética da Ordem dos Advogados do Brasil

Em que pese não perfaça uma genuína legislação, mas por ser um reflexo do próprio texto legal infraconstitucional (Lei n.º 8.906/94 – Estatuto da Advocacia), constatamos a utilização da expressão ordem pública no novo Código de Ética da Advocacia Nacional (art. 36, *caput*, da Resolução 02/2015), o qual menciona que “o sigilo profissional é de ordem pública, independentemente de solicitação de reserva que lhe seja feita pelo cliente”.

Como se percebe, a expressão ordem pública, em si, utilizada no referido texto, não produz consequência jurídica, somente induz, semanticamente, a um tipo de importância ou cogência do sigilo profissional, o que se releva desnecessário. Pois, o sigilo profissional do advogado é tutelado e disciplinado pelo próprio Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 7º, XIX, e art. 34, VII, da Lei n.º 8.906/94 – Estatuto da Advocacia), além de figurar como uma garantia constitucional (art. 5º, XIV, da CF).

Desta forma, despicando vem se mostrando a utilização da expressão ordem pública como forma de imprimir uma cagar valorativa, imperativa ou cogente às normas jurídicas postas no ordenamento jurídico contemporâneo, pois independentemente da tipificação que se possa atribuir a determinadas normas (ordem pública), os fatos jurídicos ensejarão situações jurídicas adstritas às possibilidades e às consequências impostas por elas, não se mostrando de tanta relevância a designação como matéria de ordem pública.

Assim, o referido texto do Código de Ética da Advocacia Nacional poderia se referir ao sigilo profissional como um direito fundamental no exercício da advocacia, o que se revelaria mais adequado ao atual momento dogmático, e não como de ordem pública.

²⁵⁹ “O árbitro desenvolve uma atividade jurisdicional e, certamente, sua atuação é limitada e não pode ser exercida indistintamente, mas a mesma norma (convenção privada) que lhe dá poderes para uma atuação jurisdicional limita, em grande medida, esses mesmos poderes. A convenção de arbitragem cria uma jurisdição e define competência *potencial*. A aceitação do encargo de julgar pelo árbitro (*receptum*) fixa essa competência e permite o exercício da jurisdição”. (AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. **Arbitragem e Poder Judiciário**: a definição da competência do árbitro. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 97).

3.2 As legislações dos Tribunais Superiores e a ordem pública

3.2.1 Regimento Interno do STF e STJ e as questões de ordem

Os regimentos internos dos Tribunais Superiores e dos demais Tribunais são instrumentos normativos importantíssimos para o regular andamento dos órgãos do Judiciário, bem como para organizar o desenvolvimento dos processos judiciais, administrativos e suas competências.

A própria Constituição Federal (art. 96, I, *a*), CF) deixa a cargo dos Tribunais a elaboração dos seus regimentos internos, resguardando sempre as garantias constitucionais e infraconstitucionais dos sujeitos nos processos. Aliado à norma constitucional o Código de Processo Civil de 2015, além de disciplinar o desenvolvimento geral do processo, remete aos regimentos internos dos Tribunais a complementação de procedimentos e situações jurídico-procedimentais.

Assim, em consulta ao texto processual civil de 2015, constatamos 24 passagens com a expressão regimento interno. A título de curiosidade, a primeira aparece em seu art. 148, §3º, quanto da aplicação dos motivos de impedimento e suspeição do Ministério Público, auxiliares da justiça e demais sujeitos quando imparciais no processo, a qual menciona que “nos tribunais, a arguição a que se refere o § 1º será disciplinada pelo regimento interno”.

Desta forma, imprescindível a análise dos regimentos internos dos Tribunais pátrios na contemporaneidade, inclusive como forma de conhecer a organização e funcionamento de cada especificidade dos órgãos do Judiciário brasileiro.

Assim, com o escopo de delimitar e não perder o foco do nosso estudo, passaremos a analisar os regimentos internos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, os quais expressam também conteúdos ligados à dimensão dita de ordem pública, suscitando-a, muitas vezes, como procedimento denominado de “questão de ordem”.

A *questão de ordem* dentro do procedimento dos Tribunais Superiores são, na verdade, moções dos mais variados assuntos, que vão desde as questões de direito processual

ou de direito material, inclusive servindo também como uma forma de suscitar a revisão de entendimento firmado em caso repetitivo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.²⁶⁰

Assim, em que pese haja uma designação quanto à possibilidade do Relator ou do Presidente suscitarem a questão de ordem,²⁶¹ tanto no âmbito do Supremo Tribunal Federal como no Superior Tribunal de Justiça, na prática não encontra uma sistemática cartesiana para tal arguição, bastando qualquer ministro invocar a questão no curso ou no ato de julgamento de determinado caso, para que o colegiado discuta e aprecie a questão suscitada.

Por fim, a questão de ordem, ao que parece, perfaz um mecanismo procedimental cujo escopo é trazer à tona qualquer discussão que provoque certo *desconforto* ou *desequilíbrio* à ordem jurídica posta, ou seja, as normas constitucionais e infraconstitucionais.

3.2.1.1 Supremo Tribunal Federal

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal – RISTF, prevê a expressão ordem pública em três passagens, em seu art. 170, §3º,²⁶² nos casos de decisões urgentes que envolvam “interesse de ordem pública”, nos casos de declaração de inconstitucionalidade, a qual será submetida ao Pleno, dispensada a inclusão de pauta para julgamento, no art. 216,²⁶³ nos casos de homologação de sentenças estrangeiras, e também no art. 226, § 2º,²⁶⁴ nos casos de cumprimento de carta rogatória.

²⁶⁰ **Regimento Interno do STJ** (Art. 256-S. É cabível a revisão de entendimento consolidado em enunciado de tema repetitivo, por proposta de Ministro integrante do respectivo órgão julgador ou de representante do Ministério Público Federal que officie perante o Superior Tribunal de Justiça. §1º A revisão ocorrerá nos próprios autos do processo julgado sob o rito dos recursos repetitivos, caso ainda esteja em tramitação, ou será objeto de questão de ordem, independentemente de processo a ela vinculado. [...] §3º O acórdão proferido na questão de ordem será inserido, como peça eletrônica complementar, no(s) processo(s) relacionado(s) ao enunciado de tema repetitivo).

²⁶¹ **Regimento Interno do STF** (art. 13, III – decidir questões de ordem ou submetê-las ao Tribunal quando entender necessário; art. 21, III – submeter ao Plenário, à Turma, ou aos Presidentes, conforme a competência, questões de ordem para o bom andamento dos processos; art. 83, § 1º Independem de pauta: I – as questões de ordem sobre a tramitação dos processos); **Regimento Interno do STJ** (art. 21, IX – submeter questões de ordem ao Tribunal; art. 34, IV – submeter à Corte Especial, à Seção, à Turma, ou aos Presidentes, conforme a competência, questões de ordem para o bom andamento dos processos; art. 91. Independem de pauta: [...] II – as questões de ordem sobre o processamento dos feitos.);

²⁶² “Art. 170, § 3º Se, ao receber os autos, ou no curso do processo, o Relator entender que a decisão é urgente, em face do relevante interesse de ordem pública que envolve, poderá, com prévia ciência das partes, submetê-lo ao conhecimento do Tribunal, que terá a faculdade de julgá-lo com os elementos de que dispuser”.

²⁶³ “Art. 216. Não será homologada sentença que ofenda a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”.

²⁶⁴ “Art. 226, §2º A impugnação só será admitida se a rogatória atentar contra a soberania nacional ou a ordem pública, ou se lhe faltar autenticidade”.

Conforme se percebe, o fundamento com base na ordem pública para a prolação de decisões urgentes, no capítulo da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, possui uma exegese associada aos dispositivos normativos das leis da ação direta de inconstitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceitos fundamentais (§3º, do art. 10, da Lei n.º 9.868/99 e §1º, do art. 5º, da Lei n.º 9.882/99).²⁶⁵

Assim, independentemente de se considerar uma questão como de ordem pública ou não, o procedimento para a apreciação das medidas de urgência em matéria de análise concentrada das normas constitucionais, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, possui regimento específico, despiendo a expressão ordem pública no regimento interno para tanto. Até porque o interesse ou a relevância para concessão ou não da medida de urgência estará atrelada às próprias normas constitucionais e não em face de um conteúdo vago e abstrato, o qual se apresenta a ordem pública.

Quanto aos dois últimos dispositivos, o regimento do Supremo Tribunal Federal, em que pese consulta do texto atualizado até julho de 2016,²⁶⁶ encontra-se desatualizado e incompatível com a própria Constituição Federal. Pois, como é sabido, desde de 2004, com a emenda constitucional n.º 45, não perfaz mais a competência do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, *h*), da CF), a homologação de sentenças estrangeiras e execução às cartas rogatórias, sendo este o fundamento base para os dispositivos do regimento interno supracitados. Desta forma, ao nosso entender, houve uma revogação tácita dos referidos dispositivos, pois, em que pese os dispositivos do regimento interno não possam sofrer alteração ou revogação por disposição do próprio Supremo Tribunal Federal,²⁶⁷ a própria

²⁶⁵ “Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias. [...] § 3º Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado”; “Art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental. § 1º Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno”.

²⁶⁶ <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf> (consulta em 01.07.17)

²⁶⁷ “O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) foi recepcionado pela Constituição Federal com força de lei, isso por que o STF, de acordo com a CF/1969 (art. 119, §3º, ‘c’), possuía essa competência legislativa *atípica*. Mudanças feitas pelo STF em seu Regimento Interno, posteriores à CF/1988, não têm natureza de lei; somente as normas regimentais produzidas até 1988 têm essa natureza. A observação é importante, pois, após a CF/1988, pode o legislador federal editar leis que *revoguem* as normas processuais criadas pelo STF em seu Regimento Interno, bem como não pode mais o STF *criar* novas normas processuais nem *revogar* as normas processuais decorrentes do seu RISTF e produzidas ao tempo em que ele, STF, possuía essa competência legislativa excepcional”. (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 14ª ed. reform. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 40).

Constituição tornou os dispositivos inconstitucionais de maneira superveniente, não necessitando de lei federal para tal revogação ou designação nesse sentido.

Além disso, a análise da ordem pública nesses casos, perfaz o conteúdo já apreciado nos tópicos 1.7. e 1.8. deste capítulo, referentes a discussão da ordem pública no Direito Internacional Privado e na Arbitragem, este quando da homologação de sentenças arbitrais estrangeiras e execução de decisões arbitrais estrangeiras.

3.2.1.1.1 Avocação de causas e ordem pública

Um dispositivo histórico bastante interessante e questionável, que ainda se encontra no regimento interno do Supremo Tribunal Federal está no Título IX – das ações originárias, no texto do art. 252, *caput*,²⁶⁸ o qual destaca que quando uma decisão proferida em qualquer juízo ou tribunal do país provocar imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, o Procurador-Geral da República poderá requer ao Supremo Tribunal Federal a avocação da causa para que suspendam os efeitos, inclusive conhecer integralmente da demanda. Somente não caberá a referida avocação, caso a decisão tiver transitado em julgado ou comportar recurso com efeito suspensivo.

De início, a ideia, à época, segundo o próprio Supremo Tribunal Federal,²⁶⁹ de ordem (ordem pública) do referido texto estava totalmente ligada à noção de interesse público, o que acaba por fundir os conceitos e deixando ainda mais confusa a percepção de algum conteúdo isolado de ordem pública.

Até porque a advocatória foi inserida no texto constitucional durante o período de regime militar, através da Emenda Constitucional n.º 7/1977, denominada de “pacote de

²⁶⁸ “Art. 252. Quando, de decisão proferida em qualquer juízo ou tribunal, decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, poderá o Procurador-Geral da República requerer a avocação da causa, para que se lhe suspendam os efeitos, devolvendo-se o conhecimento integral do litígio ao Supremo Tribunal Federal, salvo se a decisão se restringir a questão incidente, caso em que o conhecimento a ela se limitará”.

²⁶⁹ “O pedido de avocação de causa, previsto no art. 119, inc. I, letra o, da Constituição da República (E.C. n.º 7, de 13.04.77), pressupõe a existência de demanda em andamento e o interesse público decorrente de ‘imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas’, a justificar a devolução do ‘conhecimento integral do litígio ao Supremo Tribunal Federal, salvo se a decisão se restringir a questão incidente, caso em que o conhecimento a ela se limitará’ (art. 252 do Reg. Int. do STF)”. **(páginas 48-49 do voto – STF - MS 20494, Relator(a): Min. DJACI FALCÃO, Tribunal Pleno, julgado em 15/05/1985, DJ 09-08-1985 PP-12607 EMENT VOL-01386-01 PP-00024 RTJ VOL-00115-01 PP-00105).**

abril”,²⁷⁰ incluindo à competência originária do Supremo Tribunal Federal a alínea o), no art. 119, I, da CF/1967.²⁷¹ Desta forma, a percepção de ordem pública à época era bastante absolutista e autoritária, marcada por uma excessiva repressão na tentativa de centralização e controle de toda a sociedade, inclusive dos órgãos jurisdicionais.

Assim, ainda que atualmente fosse legalmente possível a referida avocação de causas, o que não é mais, desde o advento da Constituição Federal de 1988,²⁷² constatamos que havia uma limitação que nos faz refletir muito.

Quando se tratasse de decisão com trânsito em julgado, ainda que existisse uma violação ou afronta ao que possa se entende por ordem pública à época, não poderia mais ser discutida. Ponto nodal que nos faz questionar, mais uma vez, o argumento da *inderrogabilidade* ou *insanabilidade* da matéria dita de ordem pública. Assim, com o trânsito em julgado encontramos a *convalidação*, a regularização do ato decisório, como forma de garantir a segurança jurídica do sistema.

Ressaltamos que o presente instrumento não encontra mais previsão na norma constitucional e no ordenamento jurídico, inclusive, como visto, totalmente incompatível com o novo sistema constitucional até em sua tramitação, a qual previa a realização de sessão secreta de votação, sem a presença das partes (art. 256, §2º, do RISTF),²⁷³ o que se mostra inconciliável com a publicidade dos julgamentos que busca o atual texto constitucional (art. 93, IX, da CF).

²⁷⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 332.

²⁷¹ Constituição Federal de 1967 – Art. 119, I, o) as causas processadas perante quaisquer juízos ou Tribunais, cuja avocação deferir a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido;

²⁷² “AVOCAÇÃO DE CAUSAS A REQUERIMENTO DA PROCURADORIA-GERAL DA REPUBLICA. PEDIDO FUNDADO NO ART. 119, I, 'O' DA C.F. DE 1967, C/ A REDAÇÃO DAS EMENDAS 1/69 E 7/77. LIMINAR DEFERIDA PELO PRESIDENTE DO S.T.F. E PRORROGADA PELO RELATOR. SUPERVENIENCIA DA C.F. DE 5.10.1988, QUE NÃO PREVIU O INSTITUTO DA AVOCATORIA PARA O S.T.F. OU PARA QUALQUER OUTRO TRIBUNAL. EXTINÇÃO DO INSTITUTO POLÍTICO-PROCESSUAL. PEDIDO QUE SE JULGA PREJUDICADO, EM QUESTÃO DE ORDEM, COM REVOGAÇÃO DA MEDIDA LIMINAR. [...] Trata-se de pedido de avocação de causas, que se encontram em curso perante Juízos e Tribunais Trabalhistas, formulado, perante o Supremo Tribunal Federal, pelo Exmo. Sr. Procurador-Geral da República, com base no art. 119, I, 'o', da Constituição Federal de 1967, com a redação dada pelas Emendas 1/69 e 7/77 e combinado com o art. 252 do R.I.S.T.F. [...] Desapareceu, com a nova Constituição, o instituto da avocação de causas, que não é previsto para o Supremo Tribunal Federal ou para qualquer outro. [...] O instituto da advocatória, contudo, como ficou dito, extinguiu-se. Não passará para o Superior Tribunal de Justiça, quando se instalar, nem para qualquer outro. Nem ficará com esta Suprema Corte. Não se trata, pois, aqui, de preservação temporária de competências e atribuições do S.T.F. Mas de subsistência, ou não, de instituto político-processual. E meu voto conclui por sua insubsistência”. (STF – PAv 16 QO, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 12/10/1988, DJ 25-11-1988 PP-31055 EMENT VOL-01525-01 PP-00031).

²⁷³ “§ 2º Encerrados os debates, o Tribunal passará a deliberar, em sessão secreta, sem a presença das partes e do Procurador-Geral, e proclamará o resultado do julgamento em sessão pública”.

Assim, a avocação de causas ficou para a história jurídica processual brasileira e da ordem pública e, em que pese a sua revogação tácita pelo texto constitucional, ainda continua no regimento interno do Supremo Tribunal Federal, pois somente poderia ser retirada por lei federal, em face da norma constitucional ter o recepcionado com força de lei, o que impede a Corte Suprema de revogar ou retirar os referidos dispositivos regimentais sem o procedimento legislativo junto ao Congresso Nacional.

3.2.1.2 *Superior Tribunal de Justiça*

O regimento interno do Superior Tribunal de Justiça – RISTJ,²⁷⁴ também passou a prever a expressão ordem pública no seu texto, com o acréscimo realizado pela Emenda Regimental n.º 18, de 2014, dos artigos 216-F e 216-P do RISTJ,²⁷⁵ como forma de regulamentar e disciplinar o estabelecido pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, quando da inclusão da competência ao Superior Tribunal de Justiça para a homologação de sentenças estrangeiras e concessão de execução às cartas rogatórias (art. 105, I, i), da CF).

Desta forma, a percepção do conteúdo de ordem pública e aplicação dos referidos dispositivos regimentais e constitucionais, está associada em grande parte aos estudos desenvolvidos pelo Direito Internacional Privado e na Arbitragem. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça,²⁷⁶ para invocar a ordem pública sempre atrelada à determinada norma jurídica posta pelo sistema, seja quanto à dignidade da pessoa humana, à soberania, aos bons costumes etc.

Dentre vários julgados já mencionados, um bastante interessante que demonstra claramente que a ordem pública não encontra conteúdo isolado e racionalmente lógico em si

²⁷⁴ http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Leis-e-normas/Regimento-Interno (consulta em 04.07.17)

²⁷⁵ “Art. 216-F. Não será homologada a decisão estrangeira que ofender a soberania nacional, a dignidade da pessoa humana e/ou a ordem pública.; Art. 216-P. Não será concedido *exequatur* à carta rogatória que ofender a soberania nacional, a dignidade da pessoa humana e/ou a ordem pública”.

²⁷⁶ “[...] ter a sentença transitado em julgado além de o conteúdo do título não ofender “a soberania, a dignidade da pessoa humana e/ou ordem pública” nem tampouco as regras processuais brasileiras, inclusive sobre o uso do nome. Inteligência dos artigos 15 e 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e artigos 216-C, 216-D e 216-F do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça”. (STJ – SEC 12.418/EX, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/06/2017, DJe 29/06/2017).; “No caso, trata-se de sentença estrangeira de divórcio prolatada pela Justiça da Espanha, tendo sido cumpridos todos os requisitos legais descritos acima, além de o conteúdo do título não ofender “a soberania, a dignidade da pessoa humana e/ou ordem pública” nem os bons costumes, tudo consoante documentos juntados aos autos (especialmente às e-STJ, fls. 12-47)”. (STJ – SEC 15.989/EX, Rel. Ministro OG FERNANDES, CORTE ESPECIAL, julgado em 07/06/2017, DJe 14/06/2017).

mesma, foi no caso de uma homologação de sentença estrangeira, proferida na Suíça, a qual determinava o divórcio do casal, com a guarda para a mãe, porém não concedeu nenhum direito de visitas ao pai da menor.

Assim, em seu voto, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, destaca que “de fato, esta Corte já se pronunciou no sentido de que a cláusula que tolhe a convivência familiar, como na espécie, em que se vetou o direito de visita ao pai sem qualquer consideração sobre o motivo dessa proibição, contraria os bons costumes e não se coaduna com as disposições constitucionais e legais de nosso ordenamento jurídico sobre a proteção da família, ofendendo, portanto, a ordem pública”.²⁷⁷

Desta forma, verificamos claramente que a ordem pública, nos casos julgados, está sendo empregada como violação à determinada norma jurídica posta no ordenamento jurídico, o que não mudaria nada no resultado do julgado se a expressão ordem pública fosse suprimida. Ou seja, não encontra sentido existência, talvez retórico, desde que associado à determinada norma jurídica.

3.3 A suspensão de segurança e a grave lesão à ordem pública

O pedido de suspensão de segurança é um procedimento jurisdicional de natureza cautelar²⁷⁸ que garante ao Poder Público, peticionando ao presidente do tribunal competente, obstaculizar execuções de decisões judiciais (antecipadas e sentenças), que possam gerar, segundo as *legislações extravagantes*, grave lesão à ordem, à saúde, à segurança pública e à economia pública.²⁷⁹

Ressaltamos, por oportuno, que o referido instituto guarda muita semelhança à avocação de causas, pois os fundamentos para a sua instauração basicamente são os mesmos (grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e às finanças públicas – art. 252, *caput*, do RISTF). O que nos faz questionar se a ideia da avocação de causas teria surgido a partir dos

²⁷⁷ Página 3, *In* STJ – SEC 15.832/EX, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, CORTE ESPECIAL, julgado em 07/06/2017, DJe 14/06/2017.

²⁷⁸ “A cautelaridade do instituto, aliás, deriva das próprias características impostas pelo regime legal que o regula. Inicialmente, cumpre observar-se a existência de grave lesão (ainda que potencial) ao interesse público que se deseja evitar, provocada pela execução da liminar ou da sentença proferida na ação ajuizada contra o Poder Público”. (VENTURI, Elton. **Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 66).

²⁷⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 14ª ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 605.

fundamentos históricos da suspensão de segurança, devido a sua origem está ligada à Lei n.º 196/36 e ao mandado de segurança, previsto na Constituição Federal de 1934,²⁸⁰ normas anteriores ao instituto da avocação.

Contudo, a suspensão de segurança além de possuir uma extensão maior quanto à competência, pois pode ser direcionada ao presidente de qualquer tribunal, não tem o escopo de levar ao tribunal a discussão integral e de fundo da demanda, como no caso da avocatória, mas somente o controle da eficácia do ato decisório, questionado em face do Poder Público.

A legislação pátria,²⁸¹ além de prever o procedimento cautelar da suspensão de segurança, também há previsão nos regimentos do Supremo Tribunal Federal (art. 297, do RISTF)²⁸² e do Superior Tribunal de Justiça (art. 271, RISTJ),²⁸³ os quais regulam o cabimento e processamento junto à presidência de cada referido órgão, replicando a legislação infraconstitucional.

Nesse contexto, a percepção de lesão à ordem (ordem pública), no âmbito dos Tribunais Superiores, confunde-se com a noção de interesse público que se extrai de uma denominada “ordem administrativa” ou “ordem constitucional”.

²⁸⁰ VENTURI, Elton. **Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 35.

²⁸¹ Art. 15, da Lei n.º 12.016/2009 (mandado de segurança); Art. 12, §1º, da Lei n.º 7.347/1985 (ação civil pública); Art. 4ª, da Lei n.º 8.437/1992 (cautelares contra o Poder Público); Art. 1º, da Lei n.º 9.494/1997 (tutela antecipada contra o Poder Público); Art. 1.059, da Lei n.º 13.105/2015 (Código de Processo Civil); Art. 16, da Lei n.º 9.507/1997 (habeas data).

²⁸² Art. 297. Pode o Presidente, a requerimento do Procurador-Geral, ou da pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar, ou da decisão concessiva de mandado de segurança, proferida em única ou última instância, pelos tribunais locais ou federais.

²⁸³ Art. 271. Poderá o Presidente do Tribunal, a requerimento da pessoa jurídica de direito público interessada ou do Procurador-Geral da República, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar ou de decisão concessiva de mandado de segurança, proferida, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal. Igualmente, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, poderá o Presidente do Tribunal suspender, em despacho fundamentado, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes que for concedida ou mantida pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal, inclusive em tutela antecipada, bem como suspender a execução de sentença proferida em processo de ação cautelar nominada, em processo de ação popular e em ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.

3.3.1 Ordem pública, ordem administrativa e ordem jurídica

Nos julgados do Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciarem a lesão à ordem (ordem pública) na suspensão de segurança, constatamos que a expressão se acomoda ao ideal de higidez e regularidade de uma “ordem administrativa” ou “ordem jurídica”,²⁸⁴ volatilizando ainda mais a percepção da ordem pública, pois estaria, verdadeiramente, a critério do presidente do tribunal complementar retoricamente qualquer situação, no sentido de legitimar a suspensão do ato decisório atacado.²⁸⁵

Logo, os próprios Tribunais Superiores entram em contradição ao volatilizarem a ordem pública, pois confundir a ordem jurídica e até administrativa com a ideia de tutela do interesse público relevante, que a suspensão de segurança se fundamenta, pode levar o órgão julgador questionar os fundamentos da decisão ataca, o que não é cabível em sede desse procedimento acautelatório.²⁸⁶

Nesse sentido, Elton Venturi destaca a importância de não confundir as dimensões da ordem pública e ordem jurídica, ressaltando que “é imprescindível que se adote um conceito jurídico técnico-processual de ordem pública que, apesar de não afastar as naturais

²⁸⁴ “É a partir dessa perspectiva que se passa ao exame da pretensão recursal, que se ampara, preliminarmente, no alegado descabimento da medida de contracautela por não demonstrada a grave lesão à ordem jurídica, administrativa ou econômica do Maranhão”. (STF – SL 1088 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 02/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-134 DIVULG 20-06-2017 PUBLIC 21-06-2017).; “Espécie em que o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais causa, a um só tempo, grave lesão à ordem administrativa, à saúde e à segurança públicas, pois tem o potencial de inviabilizar a prestação, por duas secretarias municipais, de serviços essenciais à população do Município de Governador Valadares, tais como o recolhimento do lixo urbano e hospitalar, o planejamento, a execução e a fiscalização de obras de infraestrutura, a organização do transporte coletivo e o gerenciamento do sistema de iluminação pública”. (STJ – AgRg na SLS 2.000/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/05/2015, DJe 12/06/2015).

²⁸⁵ “A flexibilização e a ampliação do conceito de *ordem pública* ainda afiguram-se perniciosas na medida em que justificam, aparentemente, uma menor ou relativa mensuração sobre a gravidade da consequência da ordem judicial que se deseja sustar sobre a atividade administrativa estatal. A lei é clara ao exigir, para que se autorize a suspensão de decisões judiciais, a comprovação de grave *lesão à ordem pública*”. (VENTURI, Elton. **Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 141).

²⁸⁶ “O Agravante reitera os argumentos de lesão à ordem pública, devido à possível desestruturação da organização administrativa da Defensoria Pública causada pela decisão do Tribunal de Justiça da Bahia, seu efeito multiplicador e o deficiente quantitativo de defensores para o atendimento da população. Os fundamentos da decisão agravada não foram afastados. **O exame do alcance dos efeitos da decisão liminar na forma pretendida pelo agravante confunde-se com o mérito da questão, o que é inadequado neste procedimento específico de suspensão de segurança.** No entanto, observa-se ter sido a medida liminar deferida em mandado de segurança individual e não ter o Agravante demonstrado seu efeito multiplicador. A determinação judicial de designação da servidora para o exercício em determinada localidade, por si só, não demonstra grave lesão à ordem pública”. (STF – SS 5132 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 07/04/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-095 DIVULG 05-05-2017 PUBLIC 08-05-2017).; “O incidente suspensivo, por sua estreiteza, é vocacionado a tutelar tão somente a ordem, a economia, a segurança e a saúde públicas, não podendo ser analisado como se fosse sucedâneo recursal, para que se examinem questões relativas ao fundo da causa principal”. (STJ – AgInt no AgInt na SLS 2.240/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 07/06/2017, DJe 20/06/2017).

ilações sociais, políticas e econômicas no uso da expressão, justifique com razoabilidade a suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público”.²⁸⁷ Contudo, o autor não traz e nem sequer faz menção ao referido possível conceito técnico-processual de ordem pública.

Desta forma, dissentimos da conclusão adotada pelo autor, no sentido de se adotar um conceito jurídico técnico de ordem pública para a suspensão de decisões judiciais contrárias ao Poder Público, pois o próprio autor verifica as arbitrariedades e manipulações semânticas para justificar uma proteção administrativa dos entes estatais, o que se mostra uma conclusão incompatível com a proposta de se justificar a razoabilidade defendida pelo doutrinador.

Assim, entendemos o que justificaria de maneira mais clara seria a percepção de lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, a suspensão de decisões que expressem conteúdos de possíveis rusgas e instabilidades ao desenvolvimento regular da Administração Pública. Ou seja, o fundamento pelo qual se tutela o interesse público relevante do que se diz de ordem pública estaria relacionado ao senso comum de estabilidade social e não à “discrecionalidade política” do magistrado em justificar retoricamente sua fundamentação jurídica, sem especificar o motivo concreto de sua decisão, sob pena de *invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão*, o que é vedado (art. 489, §1º, III, do CPC).

3.4 Os precedentes dos Tribunais Superiores e as questões de ordem pública

Inicialmente, destacamos que os precedentes são normas jurídicas produzidas em decisões judiciais, as quais a sua integralidade e suas teses jurídicas (*ratio decidendi*) servirão para, caso haja determinada similitude, sejam utilizadas nos casos futuros levados ao Judiciário.²⁸⁸

Assim, em pesquisa às decisões judiciais dos Tribunais Superiores (STF e STJ), encontramos dois julgados interessantes e que suscitaram como matéria de ordem pública

²⁸⁷ VENTURI, Elton. **Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 144.

²⁸⁸ “É dizer, a partir do precedente, através do trabalho dos juízes subsequentes, dar-se-á uma norma geral. Dessa forma, precedente é continente, é forma e não se confunde com a norma que dele exsurge. Com efeito, trata-se de instrumento para criação de normas mediante o exercício da jurisdição”. (MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. 2ª edição. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 71).

algumas normas, contudo, suas avaliações jurídicas foram realizadas de maneira bastante superficial.

A partir desta constatação, entendemos que somente podemos falar em precedentes judiciais quanto à percepção ou compreensão do conteúdo de ordem pública, se utilizarmos a compreensão de precedente quanto à decisão judicial como um todo (relatório, fundamentação jurídica e dispositivo). Contudo, não vislumbramos precedentes quanto à ordem pública, em seu sentido restrito ou impróprio, extraído da *ratio decidendi*.²⁸⁹

De sorte que, como verificaremos a seguir, as decisões judiciais não produzem fundamentação jurídica quanto ao conteúdo ou substância da ordem pública, somente remetem a sua possível percepção às consequências de determinadas normas jurídicas já postas. Não sendo possível imprimir, racionalmente, a extração de qualquer norma jurídica relacionada nas decisões, para aplicação do conteúdo de ordem pública, uma vez que com a simples retirada da expressão ordem pública das fundamentações jurídicas, em nada muda o resultado (=dispositivo).

No máximo, possamos dizer que a ordem pública nesses julgados que apreciaremos, façam o papel, quiçá, de possível *obiter dictum*, ou seja, literalmente meros argumentos de passagem, que sequer tem a capacidade de sinalizar algo ou que poderá se transformar em uma razão de decidir futura, pois não possuem carga argumentativa e decisiva alguma.

Ademais, no atual sistema processual civil brasileiro, ousamos dizer que se mostra temerária a vinculação da expressão ordem pública como tese firmada por um Tribunal, uma vez que sequer existe uma racionalização quanto à sua percepção ou compreensão, ainda que emanada por acórdão no controle concentrado de constitucionalidade ou em recursos repetitivos (art. 927, I e III, do CPC), como veremos.

²⁸⁹ “Um segundo aspecto, denominado de *impróprio*, refere-se à *ratio decidendi*, ou seja, a norma jurídica a ser extraída da decisão. Este aspecto, conforme será destacado quando se fizer referência ao conceito de *ratio decidendi*, não se confunde com a decisão do caso concreto. A construção dessa norma é extraída principalmente da fundamentação e vai sendo consolidada por outras decisões que mantenham aquele entendimento”. (PEIXOTO, Ravi. **Superação do Precedente e Segurança Jurídica**. 2ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 128).; “Em sentido próprio, continente ou formal, é fato jurídico instrumento de criação normativa, em outras palavras: é fonte do Direito, tratando-se de uma designação relacional entre duas decisões. Já precedente em sentido impróprio é norma, significado alcançado por redução do termo ‘norma precedente’, que é precisamente a *ratio decidendi*, esse sentido é também o substancial”. (MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. 2ª edição. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 73).

3.4.1 Supremo Tribunal Federal

Com base nas premissas acima expostas, constatamos que em recente decisão monocrática, publicada no DJe em 27 de março de 2017, na medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade n.º 4.380-MC/AM,²⁹⁰ o ministro Celso de Mello, relator da ADI na Suprema Corte, julgou extinto o processo de controle abstrato de constitucionalidade, sob o fundamento de que, a Confederação Nacional dos Trabalhadores Liberais Universitários Regulamentados – CNTU, de maneira superveniente, teria perdido a legitimidade *ad causam*, conforme disciplina o art. 103, IX, da CF, em face da cassação do seu registro sindical.

Assim, o ministro Celso de Mello sustentou, com fundamento no art. 485, §3º, do CPC, o qual destaca que a legitimidade é um pressuposto processual que pode ser suscitado de ofício pelo magistrado, em qualquer grau de jurisdição, que seria possível suscitar tal questão na ação de controle abstrato de constitucionalidade, por se tratar de matéria de ordem pública,²⁹¹ não sujeita à preclusão. Inclusive, justificou a análise superveniente da questão, fundamentando sua argumentação na atendibilidade dos fatos supervenientes do atual art. 493, *caput*, do CPC.

Ao analisar os argumentos utilizados pelo ministro Celso de Mello para justificar o referido pressuposto processual como questão de ordem pública, constatamos, de início, que em nada mudaria no resultado do julgado se retirasse a titulação de ordem pública atribuída à perda da legitimidade *ad causam* superveniente da referida confederação sindical. De sorte que as consequências jurídicas já se encontram previamente definidas pela norma jurídica processual, bem como a possibilidade de suscitar a questão sem a provocação das partes.

Nada obstante, ao aprofundarmos a discussão, ao contrário do que explicitou o ministro Celso de Mello, verificamos ser possível a preclusão da referida matéria dita de

²⁹⁰ (STF – ADI 4.380-MC/AM – Brasília, 22 de março de 2017, Ministro CELSO DE MELLO – Relator – decisão publicada no DJe em 27.3.2017) – Trânsito em julgado em 21.04.17, com a certificação do servidor em 25 de abril de 2017.

²⁹¹ “Vê-se, daí, não dispor a Confederação Nacional dos Trabalhadores Liberais Universitários Regulamentados – CNTU de legitimidade ativa ‘ad causam’ para fazer instaurar este processo objetivo de controle normativo abstrato ou para nele legitimamente prosseguir. Cumpre ter presente, no ponto, em face do que dispõe o art. 485, § 3º, do CPC, que a questão pertinente às condições da ação, por constituir matéria de ordem pública, revela-se suscetível de apreciação ‘ex officio’, a qualquer tempo, por parte dos órgãos judiciários em geral, eis que o fenômeno processual da preclusão não incide sobre o controle jurisdicional dos requisitos mínimos de admissibilidade do ‘jus actionis’, como tem assinalado a jurisprudência dos Tribunais”.

ordem pública (legitimidade *ad causam*), caso houvesse decisão sobre a questão e se não fosse devolvido a discussão ao órgão julgador por algum meio oportuno de impugnação.²⁹²

Contudo, em se tratando de mudança superveniente do estado de fato, o que geraria uma nova decisão, sobre nova questão, poderíamos falar em ausência de preclusão. Assim, admitindo-se essa questão no presente caso, ainda poderíamos ter a possibilidade de correção do vício de desenvolvimento regular do processo, com a sucessão processual,²⁹³ aplicando-se por analogia o art. 5º, §3º, da Lei n.º 7.347/1985 e cumulando, ao nosso entender, com o art. 64, §4º, do CPC, o qual admite a ratificação das decisões proferidas por juízo incompetente.

Assim, o ministro Celso de Mello poderia ter priorizado a resolução do objeto de mérito da ação de controle constitucional (art. 4º, do CPC), inclusive intimando a referida confederação sindical para se manifestar (art. 10, *caput*, cumulado com art. 932, parágrafo único, do CPC), utilizando-se das regras processuais e fomentando o novo momento processual de tutela adequada da decisão.

Em que pese a doutrina constitucional de *escol*²⁹⁴ ainda defender que nesse tipo de controle das normas não haveriam partes, mas interessados, e a discussão seria somente em tese (direito objetivo), não havendo interesse subjetivo destes interessados no objeto da constitucionalidade ou não da norma posta para apreciação, refutando a aplicação das normas processuais, o próprio Supremo Tribunal Federal vem atribuindo consequências jurídicas processuais na formação do controle de constitucionalidade abstrato, em face da prevenção do

²⁹² “Parece haver uma confusão entre a possibilidade de conhecimento *ex officio* de tais questões, fato indiscutível, com a possibilidade de decidir de novo questões já decididas, mesmo as que poderiam ter sido conhecidas de ofício. São coisas diversas: a cognoscibilidade *ex officio* de tais questões significa, tão-somente, que elas podem ser examinadas pelo Judiciário sem a provocação das partes, o que torna irrelevante o momento em que são apreciadas. Não há preclusão para o exame das questões, enquanto pendente o processo, mas há preclusão para o reexame”. (DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 87).

²⁹³ “Sempre que possível, deve o órgão jurisdicional, em vez de extinguir o processo em razão da falta de legitimação extraordinária, tentar proceder à sucessão processual, com a troca do sujeito por alguém que seja legitimado (ordinário ou extraordinário). Com isso, prestigia-se a decisão de mérito. Aplica-se, por analogia, o regramento já existente no âmbito do processo coletivo (art. 5º, §3º, da Lei n.º 7.347/1985)”. (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Vol. 1. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 393).

²⁹⁴ “Não obstante se ter falado de legitimidade processual activa e de legitimidade processual passiva, o processo abstracto de controlo de normas não é um *processo contraditório*, no qual as partes <<litigam>> pela defesa de direitos subjetivos ou pela aplicação de direito subjectivamente relevante. Trata-se, fundamentalmente, de um *processo objetivo* sem contraditores, embora os autores do acto normativo submetido a impugnação possam ser ouvidos (daí a utilidade de se falar em legitimidade processual passiva). Mas se o processo principal de fiscalização abstrata não é um processo contraditório (embora, nos termos do art. 54º da LTC esteja assegurado o princípio *audiat et altera pars*, ou seja, o princípio do contraditório), tão-pouco é um *processo inquisitivo*, a iniciar, *ex officio*, pelo Tribunal Constitucional”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1007-1008).

relator,²⁹⁵ possíveis impedimentos e suspeições dos ministros da Corte Suprema, quando da atuação como Advogado Geral da União,²⁹⁶ como Procurador Geral da República²⁹⁷ e como ministro do Tribunal Superior Eleitoral, inclusive com a edição de enunciado de súmula (STF – Súmula 72).²⁹⁸

Não obstante, dissentimos da compreensão de não aplicação de determinadas normas processuais ao processo objetivo, pois partindo do ponto de vista processual, o controle de constitucionalidade concentrado preenche todas as perspectivas de um processo judicial, com todos os elementos: partes, causa de pedir e pedido.

Em uma análise simples, podemos constatar que há exercício de jurisdição, competência, ação e processo, inclusive com partes legitimadas ativas, que não deixam de exprimir uma parcialidade quando pleiteiam a inconstitucionalidade da norma, bem como parte passiva, quando da defesa dos atos normativos por parte dos entes estatais, para manutenção da sua constitucionalidade (art. 103, §3º, da CF).

Tanto assim, que o próprio Supremo, como vimos nos casos acima, admitiu a possibilidade de impedimento de ministro da Corte que tenha atuado em ADI como Advogado Geral da União, ainda que no caso específico tenha afastado o impedimento do ministro Dias Toffoli.

²⁹⁵ “Defiro, pois, o requerimento da alínea a, para determinar o desentranhamento da petição de f. 150-161, que será atuada como ação direta e a mim distribuída por prevenção, dada a identidade das normas questionadas”. (ADI-QO-QO 807, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julgado em 06/11/2003, publicado em 13/02/2004, Tribunal Pleno).

²⁹⁶ “Preliminarmente, assevero que, conforme muito bem pontuado pelo Ministro Dias Toffoli, sua atuação como Advogado-Geral da União, nos autos da ACO 312/BA, decorreu de expressa observância do contido no art. 131 da Constituição da República, fato esse que, por si só, não tem o condão de impedir a relatoria de Sua Excelência em processo no Supremo Tribunal Federal que verse sobre tema objeto da ação em referência. Ainda que assim não fosse, o fato de o Ministro DIAS TOFFOLI ter atuado como Advogado-Geral da União em processos de idêntica natureza ao RE 204.647/BA não o torna impedido para julgar outros processos, à exceção somente daqueles específicos em que já tinha atuado. Nos termos dos arts. 144 a 148 do CPC, o impedimento é sempre aferível segundo rol taxativo de fatos objetivos quanto à pessoa do magistrado dentro de cada processo. Daí por que a mera identidade ou semelhança de teses jurídicas em discussão e até a defesa, ainda que pública, de teses jurídicas não são causas de impedimento. Também por isso o impedimento em determinado processo não acarreta impedimento automático para outros”. (STF – AImp 10, Relator(a): Min. Presidente, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 06/09/2016, publicado em DJe-194 DIVULG 09/09/2016 PUBLIC 12/09/2016).

²⁹⁷ “[...] conhecendo da Questão de Ordem que lhe foi submetida pelo Sr. Ministro-Presidente, o Tribunal decidiu, por unanimidade, que nos julgamentos das Ações Direitas de Inconstitucionalidade não está impedido o Ministro que na condição de Ministro do Estado, haja referendado a lei ou o ato normativo objeto da ação. Também por unanimidade o Tribunal decidiu que está impedido nas Ações Direita de Inconstitucionalidade o Ministro que, na condição de Procurador-Geral da República, haja recusado representação para ajuizar Ação Direita de Inconstitucionalidade”. (STF – ADI-MC-QO 55, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, julgado em 31/05/1989, publicado em 16/03/1990, Tribunal Pleno).

²⁹⁸ “No julgamento de questão constitucional, vinculada a decisão do Tribunal Superior Eleitoral, não estão impedidos os Ministros do Supremo Tribunal Federal que ali tenham funcionado no mesmo processo, ou no processo originário”.

Outrossim, admitiu o impedimento de ministro da Corte que tenha atuado como Procurador Geral da República, no caso de recusa a pedido de ajuizamento de ADI, ou que tenha emitido parecer,²⁹⁹ o que somente demonstra a exteriorização da parcialidade na atuação dos legitimados ativos e passivos no controle concentrado.

Ressaltamos, por oportuno, que o sistema processual português, expressamente destaca a possibilidade de parcialidade dos membros das Cortes Superiores (n.º 2 e n.º 4, do art. 116, do CPC português),³⁰⁰ o que só reforça a nossa posição de que há partes no controle concentrado de constitucionalidade.

Como visto, não é pelo simples perfil abstrato do processo de controle constitucional de normas ou por ser de ordem pública que se verificou ou não os impedimentos acima expostos, mas sim por identificar a incidência da norma processual civil quanto aos casos concretos, pois o Procurador Geral da República emitiu pronunciamento da questão principal da ação e isso fez com que a norma processual se aplicasse ao caso, por ter funcionado no processo como membro do Ministério Público (art. 144, I, do CPC).

Além de tudo isso, podemos verificar que a cognição judicial, seja apreciando o direito subjetivo (análise de fatos e provas) ou o direito objetivo (análise das normas), ao nosso sentir não encontra um corte cartesiano e facilmente detectável, como os constitucionalistas tentam passar.

E, cada vez mais, estas acepções do direito encontram zonas semelhantes ou “lugares comuns”.³⁰¹ Porém, por ululante, mostra-se possível, em determinados casos, uma apreensão mais palatável e mais específica do grau de profundidade da cognição judicial e de seus tipos.³⁰²

Este tema é bastante espinhoso e ainda há várias arestas a serem aparadas pela doutrina, contudo ao tratarmos do alcance da cognição judicial, inclusive no controle de constitucionalidade concentrado, podemos perceber que, ao se propor uma ação, levamos ao conhecimento do magistrado uma extensão de questões processuais e substanciais, as quais podem figurar qualquer ponto de fato ou de direito (art. 489, II, CPC), bem como o ponto

²⁹⁹ (STF – ADI 55-MC-QO, rel. min. Octavio Gallotti, julgamento em 31-5-1989, Plenário, DJ de 16-3-1990.)

³⁰⁰ “Art. 116º (Dever do juiz impedido) [...] 2 – Do despacho proferido sobre o impedimento de algum dos juizes da Relação ou do Supremo Tribunal de Justiça pode reclamar-se para a conferência, que decide com todos os juizes que devam intervir, exceto aquele a quem o impedimento respeitar. [...] 4 – Nos tribunais superiores observa-se o disposto no n.º 1 do artigo 217º, se o impedimento respeitar ao relator, ou a causa passa ao juiz imediato, se o impedimento respeitar a qualquer dos adjuntos”. (PINTO, Rui Gonçalves. **Notas ao Código de Processo Civil**. 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 83).

³⁰¹ PERELMAN, Chaïm. **Tratado da Argumentação: a nova retórica**. trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p. 94-95.

³⁰² DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao processo civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 489.

principal da ação (art. 489, III, CPC), que compreendem o campo da cognição judicial como um todo.³⁰³

Associado a essa premissa, como vimos, o próprio Supremo Tribunal Federal vem identificando a incidência e os reflexos e das questões processuais no âmbito do controle abstrato de normas, contrapondo as bases da doutrina constitucional.

Não temos dúvida de que há uma disputa e conflito no controle abstrato de normas (direito objetivo), considerando como questão litigiosa e principal a declaração ou não da inconstitucionalidade de uma norma jurídica, e defender que as normas processuais não se aplicam integralmente à ação de controle concentrado, beira à ingenuidade.³⁰⁴

Até porque os fundamentos defendidos para a não aplicação das normas processuais, em certos casos, nada mais reflete do que a análise concreta do caso em questão e não incidência da norma processual, não pelo simples fato da análise ser de direito objetivo,³⁰⁵ pois se assim fosse, em nada se aplicaria as regras processuais.

Desta forma, para se evitar decisionismos, constatamos uma insustentabilidade dogmática quanto à impossibilidade de aplicação das normas processuais ao controle de constitucionalidade abstrato, inclusive pela própria apreciação feita pelo ministro Celso de Mello ao extinguir monocraticamente a ação direta de inconstitucionalidade n.º 4.380-MC/AM, por perda superveniente da legitimidade *ad causam* ativa. Assim, faz-se necessário o reconhecimento da aplicação integral das normas processuais civis ao controle abstrato de normas, sem qualquer rótulo (ordem pública), mas por serem identificadas nos casos.

³⁰³ “A análise da cognição judicial é, portanto, o exame da técnica pela qual o magistrado tem acesso e resolve as questões que lhe são postas para apreciação. É importante perceber que o objeto da cognição é formado por estas questões”. (DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao processo civil, parte geral e processo de conhecimento. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 489-490).

³⁰⁴ “No que diz respeito ao impedimento, o Supremo Tribunal Federal entende que, em razão do perfil objetivo ínsito à Ação Direita de Inconstitucionalidade, as regras do direito processual civil não se aplicam integralmente ao procedimento de fixação de competência para a sua apreciação e julgamento”. (MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade**: ADI, ADC e ADO – comentários à Lei n. 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 77).

³⁰⁵ “Por fim, destaca-se que o não impedimento dos Ministros do Tribunal Superior Eleitoral quando da prestação de informações que instruem determinada Ação Direita de Inconstitucionalidade baseia-se na predominância do caráter objetivo na sede direta. Assim, a manifestação de Ministros do Tribunal Superior Eleitoral, nesse caso, não se configura enquanto pronunciamento dotado de jurisdição constitucional competente relativamente ao objeto específico da Ação Direita de Inconstitucionalidade. Desse modo, seria impertinente cogitar qualquer restrição ou impedimento”. (MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade**: ADI, ADC e ADO – comentários à Lei n. 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 79).

3.4.2 Superior Tribunal de Justiça

Como na Corte Suprema, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, não é diferente a análise da ordem pública. Nesse contexto, destacamos o julgamento do Recurso Especial Repetitivo n.º 1112524/DF,³⁰⁶ da Corte Especial, na relatoria do ministro Luiz Fux, à época ministro do Superior Tribunal de Justiça.

Em que pese o caso não possua como questão principal a matéria de ordem pública processual, somente de forma indireta, pois relaciona várias normas processuais como de ordem pública, colacionamos este julgado por sua força no atual sistema processual como possível precedente obrigatório (art. 927, III, do CPC).

Assim, o objeto principal de discussão no recurso perfaz a possibilidade ou não de inclusão dos expurgos inflacionários nos cálculos da correção monetária em matéria tributária, inclusive destacando o ministro Luiz Fux, em seu voto, que “a correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão *ex officio*, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento *extra* ou *ultra petita*, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial”.³⁰⁷

Empós, sem explicar o motivo pelo qual a correção monetária possui a essência da ordem pública, o ministro Luiz Fux, reproduzindo Nelson Nery Jr., argumenta que a regra da congruência, por ter como base o princípio dispositivo, não se aplica ao caso, podendo o magistrado suscitar de ofício a referida questão e, por este motivo, enquadraria a questão como matéria de ordem pública, inclusive citando como matéria de ordem pública processual “as condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4ª 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º)”.³⁰⁸

Assim, sem qualquer digressão quanto ao porquê as referidas matérias processuais são de ordem pública, somente atribuindo a tais questões a possibilidade do magistrado suscitar de ofício. Contudo, isto, por si só, não reflete as percepções das matérias de ordem

³⁰⁶ (STJ – REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

³⁰⁷ Página 8 do voto do Rel. Ministro Luiz Fux.

³⁰⁸ Página 9 do voto do Rel. Ministro Luiz Fux.

pública, pois existem várias questões que podem ser suscitadas de ofício pelo juiz, porém não totalmente disponíveis às partes. Podemos citar a determinação de riscar as expressões ofensivas (art. 78, §2º, CPC), adiantamento de custas periciais (art. 95, *caput*, do CPC), o benefício da justiça gratuita, a falta de caução, o valor da causa (art. 337, §5º, do CPC), julgar liminarmente improcedente pela prescrição (art. 332, §1º, do CPC), o *amicus curiae* (art. 138, *caput*, CPC), entre outros.

Desta forma, não é o fato da norma processual possibilitar ao magistrado suscitar questão sem a provocação das partes que as possam torná-las questões de ordem pública.

Por fim, como se vem demonstrando, não há como, mesmo no atual sistema de obrigatoriedade dos precedentes dos casos repetitivos, estabelecer, neste caso, qualquer vinculação, uma vez que não é possível extrair norma jurídica (precedente) deste tipo de decisão, seja em uma análise de todo o corpo decisório (relatório, fundamentação e dispositivo), ou de maneira restrita ou imprópria, através das razões de decidir, até porque sequer estas existem quanto à compreensão ou natureza da ordem pública.

4 Ordem Pública no processo civil brasileiro e estrangeiro

4.1 Doutrina brasileira e ordem pública processual

Existem, na doutrina brasileira, bons escritos direcionados à compreensão da ordem pública no âmbito processual civil, os quais tiveram como escopo delimitar a sua compreensão e até mesmo rechaçar a sua utilidade, como veremos. Por esta razão, o caminhar da ordem pública na doutrina processual civil brasileira se faz imprescindível para que possamos estabelecer a sua releitura dogmática contemporânea.

Dentre esses estudos, já discutimos um pouco sobre um deles nas linhas iniciais, mas destacaremos quatro autores, os quais, ao nosso entender, servem de base para a discussão específica do tema e merecem nossas observações e análises.

Outrossim, ressalte-se que a doutrina processual clássica, como Pontes de Miranda, Ovídio Batista, Calmon de Passos, Barbosa Moreira, Araken de Assis, Cândido Ragel Dinamarco, entre outros, serão, igualmente, objeto de nossa apreciação em alguns pontos relevantes para a construção de nossa tese.

4.1.1 Ricardo de Carvalho Aprigliano

O estudo de Ricardo de Carvalho Aprigliano,³⁰⁹ como bandeirante a publicar livro sobre o tema específico no processo civil brasileiro, ao nosso sentir, tem a fundamental importância de servir de base e orientação epistemológica para todos os demais estudos sobre o assunto. Por isso, iniciamos com a sua análise, em que pese haja um interessante estudo (doutoramento) feito anteriormente com este mesmo direcionamento, por Gisele Santos Fernandes Góes, porém não houve publicação de livro, mas será analisado logo em seguida.

A obra de Ricardo Aprigliano tem como objetivo sistematizar a ordem pública no direito processual, inclusive inova tentando estabelecer uma proposta de seu conceito, o que,

³⁰⁹ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem Pública e Processo**: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011.

por este motivo, enaltece a marca de uma forma de “revolução científica”,³¹⁰ por isso e pela qualidade técnica, a obra é digna de observações e críticas, como forma de manter acesa a discussão e as sementes que o autor amanhrou.

Como forma de objetivar a análise do estudo de Aprigliano, apreciaremos, a princípio, alguns pontos que entendemos dissonantes com o nosso entendimento, porém são relevantes para o diálogo com o trabalho, quais sejam: a) a ordem pública aliada aos contornos do interesse público; b) o conceito de ordem pública estabelecido pelo autor; c) a ordem pública como controle tempestivo da regularidade processual; e, d) a ordem pública como norma de direito positivo. Após este exame, apresentaremos os pontos que convergem com nossa tese.

Quanto ao primeiro quesito, já tivemos a oportunidade de traçar alguns questionamentos no capítulo inicial, chegando ao apontamento de que a ordem pública, em que pese se origine da noção de interesse público e Direito Público, ainda que se tente desmembrada destas noções, não encontra tanta sustentação dogmática a justificar situações de indisponibilidade. Senão vejamos.

Neste ponto, o autor defende que o interesse público está na base da noção de ordem pública no âmbito processual,³¹¹ o que acaba por confundir e, de certa forma, unir as duas expressões.

Assim, em se admitindo tal concepção, em nosso entender, despiciendo a utilização da expressão ordem pública processual como instrumento de controle de uma atividade jurisdicional efetiva, justa e tempestiva, bastando, a simples aplicação da ideia de interesse público processual, que o próprio autor descreve em sua obra.³¹²

Por isso, tentamos defender uma independência da noção de ordem pública da ideia de interesse público, ou seja, a percepção do que se entende por ordem pública não depende e não deve estar ligada ao interesse público. Pois, ao utilizar as expressões com,

³¹⁰ KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 12ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2013, p. 201.

³¹¹ “Em conclusão, pode-se afirmar que o interesse público que informa e se encontra na base da ordem pública significa, em relação ao plano do direito processual, que a atividade jurisdicional deve ser realizada visando a obtenção do resultado mais efetivo, justo, e tempestivo da crise de direito material trazida a julgamento” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem Pública e Processo**: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011, p. 68).

³¹² “[...] o interesse público deve ser associado aos objetivos que o Estado-juiz procura alcançar por meio da atividade jurisdicional, os quais guardam direta relação com a oferta de meios para o acesso à justiça e com a obtenção de resultados efetivos quanto à crise de direito material trazida, eliminando conflitos mediante critérios justos” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem Pública e Processo**: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011, p. 67-68).

basicamente, o mesmo significado, acabamos por sufocar os conteúdos dos dois institutos jurídicos, sem os distinguirmos de uma maneira clara e, minimamente, objetiva.

Assim, se dissermos que a ordem pública e o interesse público andam sempre entrelaçados, como verdadeiros irmãos siameses, não poderemos identificar e, muito menos, justificar a distinção de seus conteúdos, quiçá constataremos uma individualização ou categorização dogmática. Em que pese, como dito no primeiro capítulo, estes fenômenos jurídicos possuam *lugares comuns*.

Por estes motivos, dissentimos do autor quanto a este ponto, posição esta que também será discutida oportunamente neste estudo, a qual perfaz o conteúdo de nossa tese, pois entendemos que a percepção de ordem pública no âmbito processual está mais ligada ao conteúdo da segurança jurídica do processo do que de um interesse público ou coletivo.

Outra questão relevante é o conceito de ordem pública processual estabelecido pelo autor que, ao tomar como base a noção de interesse público como conteúdo da ordem pública, ao nosso entender, acaba por unificar as expressões em uma extensa compreensão, senão vejamos:

Com base nestas considerações, a ordem pública processual pode ser definida como o conjunto de regras técnicas que o sistema concebe para o controle tempestivo da regularidade do processo, necessariamente voltadas para o objetivo maior de permitir que seus escopos sejam atingidos, com rapidez, economia e racionalidade, regras que devem ser suscitadas pelas partes ou pelo magistrado com obrigatoria observância do contraditório, e que apenas excepcionalmente devem conduzir à extinção anômala do processo ou impedir que se realize o julgamento quanto ao mérito do litígio.³¹³

Como podemos observar, ao nosso entender, esta definição muito se assemelha ao que o próprio autor definiu como sendo interesse público no âmbito processual.

Destarte, poderemos utilizar esta compreensão também para destacar a noção de interesse público no processo, onde assevera, com outras palavras, que o interesse público deve nortear a atividade jurisdicional como forma de garantir uma prestação jurídica efetiva, justa e tempestiva.³¹⁴

O que, em nossa análise, acaba por confundir os conteúdos e não identifica com a certa clareza o que é a ordem pública processual, uma vez que poderíamos dizer que toda norma (segundo o autor, regra jurídica) que tiver o escopo de controlar tempestivamente a atividade jurisdicional para uma prestação que se tenha uma decisão de mérito justa e efetiva,

³¹³ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem Pública e Processo**: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011, p. 106.

³¹⁴ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem Pública e Processo**: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011, p. 68.

poderá ser considerada uma norma de ordem pública processual, o que, a princípio, em uma análise sumária, nos parece temerário.

Por exemplo, com base na compreensão estabelecida pelo autor, poderíamos dizer que o art. 4º do CPC, o qual disciplina que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”, seria uma norma de ordem pública processual. Pois, além de encontrar-se positivada, norteia e controla a atividade jurisdicional tendo como base o tempo (duração razoável do processo), enaltecendo a “primazia do exame do mérito”³¹⁵ de maneira efetiva, em detrimento das questões ditas eminentemente processuais.

Assim, em que pese autêntica a conceituação do autor, esta não se mostra tão clara e, em certa medida, generaliza ainda mais a compreensão da ordem pública no âmbito processual, pois pode ensejar variadas interpretações abrangentes, como no exemplo descrito acima.

Outrossim, em certa medida, as normas jurídicas em geral, sejam processuais ou não, possuem como finalidade uma forma de garantir um controle e estabelecer uma regularidade no proceder das questões jurídicas, seja de conteúdo substancial ou procedimental.

Constatação esta que leva ao questionamento de que também não pode ser o controle tempestivo da regularidade do processo uma característica específica da ordem pública no processo civil, senão grande parte das normas jurídicas do nosso sistema jurídico seriam ditas de ordem pública, o que também não nos parece razoável.

Nas hipóteses de julgamento de improcedência liminar (art. 332, CPC), caso o magistrado não sentencie liminarmente a demanda, mesmo que o direito alegado na petição inicial contrariar enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal (art. 332, I, CPC),³¹⁶ esta, segundo o conceito do autor, seria uma questão ordem pública processual. De sorte que,

³¹⁵ “Além do princípio da duração razoável, pode-se construir do texto normativo também o princípio da primazia do julgamento de mérito, valendo dizer que as regras processuais que regem o processo civil brasileiro devem balizar-se pela preferência, pela precedência, pela prioridade, pelo primado da análise ou do julgamento do mérito. O juiz deve, sempre que possível, superar os vícios, estimulando, viabilizando e permitindo sua correção ou sanção, a fim de que possa efetivamente examinar o mérito e resolver o conflito posto pelas partes. O princípio da primazia do exame do mérito abrange a instrumentalidade das formas, estimulando a correção ou sanção de vícios, bem como o aproveitamento dos atos processuais, com a colaboração mútua das partes e do juiz para que se viabilize a apreciação do mérito.” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *In Comentários ao Código de Processo Civil*. Organizadores: Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 36).

³¹⁶ “Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I – enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;”

o magistrado deveria, tempestivamente, ao receber a petição inicial, adotar o referido procedimento.

Desta forma, indaga-se: o processo não teria o seu desenvolvimento regular caso siga com o tramite ordinário, com a citação do réu? Poderia o réu, após citado, alegar uma possível desnecessidade de citação por erro no procedimento e solicitar que o magistrado julgue com base no art. 332, por, supostamente, ser uma questão de ordem pública processual?

São indagações que nos levam a refletir a extensão da compreensão de ordem pública processual estabelecida pelo autor. De sorte que acreditamos que nem todas as regras processuais que controlam tempestivamente a regularidade do processo e promovem as finalidades do exercício jurisdicional são dotadas desse caráter de ordem pública, em que pese, concordamos que estas regras processuais também possuam essa característica, porém, não de forma exclusiva.

O próprio autor reconhece que há dificuldade prática, por parte dos magistrados, ao analisarem no tempo idealizado (saneamento do processo) as questões que regularizam o processo, vindo a fazê-lo, muitas vezes, no momento de proferir a sentença, após a instrução e produção de provas, o que desnaturaria a característica de técnica tempestiva de regularidade processual.³¹⁷

Ademais, vê-se que o próprio sistema processual admite julgamento de mérito em detrimento de determinadas normas processuais que possam gerar a nulidade do processo (art. 282, §2º, CPC),³¹⁸ como constatou o autor,³¹⁹ inclusive defendendo a possibilidade de julgamento de mérito da demanda mesmo que haja uma questão de ordem pública processual pendente de análise, desde que o mérito seja julgado favorável a quem suscitou a referida questão. Porém, o autor não demonstra em quais casos ou como seria essa proposição na prática.

³¹⁷ “Como resultado, a técnica de eliminar irregularidades nos momentos iniciais do processo deixa de ser aplicada, gerando diversas consequências que contrariam os próprios objetivos daquelas mesmas regras. Os juízes muitas vezes proferem julgamentos meramente processuais (sentenças terminativas), em momento do processo no qual toda a discussão do mérito e elementos de prova já estavam presentes.” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem Pública e Processo**: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011, p. 138).

³¹⁸ “Art. 282. [...] § 2º Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta”.

³¹⁹ “O que aqui se propõe é que raciocínio semelhante seja realizado também em relação às condições da ação e aos pressupostos processuais. Aliás, há base legislativa sólida para sustentar este argumento, na medida em que o Código expressamente dispõe que, ‘quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta (art. 249, §2º)’. Como acima afirmado, **deve ser aplicado analogicamente este dispositivo legal tão relevante para todas as questões de ordem pública**” (grifos aditados) (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem Pública e Processo**: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011, p. 99).

Contudo, não conseguimos vislumbrar a utilização do referido dispositivo para todas as questões de ditas de ordem pública no processo, como defende Ricardo Aprigliano, senão vejamos um exemplo.

Suscitada a incompetência absoluta do juízo, ou faltando à parte legitimidade extraordinária ou interesse processual, poderia ser julgado o mérito a seu favor, mesmo por um juízo absolutamente incompetente, sendo parte ilegítima ou lhe faltando interesse? Se adotarmos o entendimento literal do autor, a resposta seria positiva.

Contudo, ao nosso sentir, a proposição de uma forma tão extensa não se mostra salutar, de sorte que se admitiria o julgamento de mérito por juízo absolutamente incompetente, ou se julgaria o mérito perante parte ilegítima ou sem interesse, o que desnaturaria a estabilidade, a coerência e a integridade do sistema processual, defendida pelo autor.

Apesar disso, comungamos em parte com a ideia do autor quanto à utilização do atual art. 282, §2º, CPC, não para todas as questões ditas de ordem pública no processo, mas para algumas questões que possam gerar até nulidade processual absoluta, desde que não traga prejuízo à segurança jurídica e desequilíbrio entre as partes.

Como, por exemplo, a ausência da intervenção do Ministério Público em ações que tenha que atuar como *fiscal da ordem jurídica* (art. 178, CPC). Ou seja, caso o Ministério Público não tenha participado de todo o processo de conhecimento em primeiro grau, e o incapaz suscite a nulidade absoluta do processo por este motivo, se o magistrado verificar que a ausência desta manifestação não traz prejuízo e o mérito a ser julgado por sentença é favorável ao incapaz, entendemos que há possibilidade de utilização do art. 282, §2º, CPC, como identificou Ricardo Aprigliano.³²⁰

Nos parece que nesse norte vem o Código de Processo Civil Português (2013), em seu artigo 194.º, n.º 1, destaca que “a falta de vista ou exame ao Ministério Público, quando a lei exija a sua intervenção como parte acessória, considera-se sanada desde que a entidade a que devia prestar assistência tenha feito valer os seus direitos no processo por intermédio do seu representante”.³²¹

³²⁰ “O exemplo da intervenção obrigatória do Ministério Público é emblemático. No direito brasileiro, a nulidade do processo em que o Ministério Público não intervém é prevista em dois artigos do Código Civil (artigos 84 e 246). Não obstante, há diversos julgados que desconsiderem tal nulidade, se a ausência do *Parquet* não causou prejuízo à parte que deveria ser tutelada por sua intervenção”. (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem Pública e Processo**: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011, p. 90).

³²¹ PINTO, Rui Gonçalves. **Notas ao Código de Processo Civil**. 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 130.

Ou seja, como no exemplo que suscitamos acima, caso o incapaz, tenha defendido os seus direitos pelo seu representante, não haveria a necessidade de declarar a nulidade processual. Mas, caso o incapaz não tenha exercido os seus direitos e suas garantias processuais, aí sim, haveria a necessidade de se declarar a nulidade, com a devida intervenção do Ministério Público, como descrito no artigo 194.º, 2, do Código de Processo Civil Português (2013).³²²

Talvez pela extensão do seu conceito, a sua conceituação de ordem pública processual deixou margens a várias interpretações e elucubrações, o que não tira o seu mérito, porque possibilita uma discussão e um possível aprimoramento.

Outro ponto interessante do estudo de Ricardo Aprigliano é que as normas de ordem pública processuais são somente de direito positivo, ou seja, previamente estabelecidas pelo texto normativo, citando os requisitos da ação (legitimidade e interesse), os pressupostos processuais e as nulidades absolutas.³²³

Contudo, partindo da conceituação dada pelo autor, a criação das situações jurídicas para o caso concreto, no processo civil contemporâneo, ao nosso sentir não é somente estabelecida pelo direito positivo (legislador), mas também pelas próprias partes. Por exemplo, como vimos nas linhas iniciais com a fixação da competência arbitral através da cláusula arbitral.

Desta forma, as partes estabelecerão a competência absoluta do juízo arbitral no caso concreto, e excluirá da apreciação do mérito da demanda por parte do Poder Judiciário, inclusive estabelecerá o procedimento instrutório que será adotado ao caso, os prazos e como serão praticados os atos processuais, disposição normativa esta que também se enquadra no conceito estabelecido pelo autor, pois garante o controle tempestivo da atividade jurisdicional (juízo arbitral) para uma prestação do direito material no processo.

Em que pese a possibilidade da disposição das partes (convenção arbitral) advenha do direito positivo, a situação jurídica, propriamente dita, foi gerada por um negócio jurídico, e perfaz uma questão de conteúdo *cogente*, o que faz-nos questionar as lições de Cândido Dinamarco, ao associar a noção de ordem pública a expressão da função pública e do poder estatal.³²⁴

³²² “2 – Se a causa tiver corrido à revelia da parte que devia ser assistida pelo Ministério Público, o processo é anulado a partir do momento em que devia ser dada vista ou facultado o exame.” (PINTO, Rui Gonçalves. **Notas ao Código de Processo Civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 130).

³²³ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem Pública e Processo**: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011, p. 119.

³²⁴ “Como critério geral, são de ordem pública as normas processuais destinadas a assegurar o correto exercício da jurisdição estatal (que é uma função pública, expressão do poder estatal), sem a atenção centrada de modo

Portanto, tendo como premissa o conceito de ordem pública processual estabelecido por Ricardo Aprigliano, acreditamos que este ponto também merece uma reflexão. Pois, ainda que a dogmática jurídica não admita que as declarações de vontade produzam norma jurídica (imperativo despsicologizado), acreditamos que os negócios jurídicos podem gerar situações jurídicas, enquadrando-se inclusive, pragmaticamente, na própria compreensão dogmática de norma jurídica.³²⁵

Por isso, como já havíamos defendido nas linhas iniciais, não só o ente estatal que produz situações jurídicas ditas cogentes, mas também as partes, o que nos leva a questionar a afirmação de Ricardo Aprigliano de que as normas de ordem pública processual somente se materializam pelo direito positivo. Ou seja, previamente definidas pelo sistema, as quais as partes não podem utilizar o negócio jurídico (convenção arbitral) para criar determinadas situações.³²⁶

Mesmo que se admita renúncia ou convalidação da convenção arbitral, ainda sim entendemos que ela não perde a sua característica inicial de imperatividade, questão esta que defenderemos nos capítulos finais desta tese.

Pois entendemos que a situações jurídicas que se intitulam como de ordem pública processual permitem sim, em alguns casos, renúncia, preclusão,³²⁷ convalidação e negócio jurídico,³²⁸ o que também nos leva a questionar a necessidade de uma nova terminologia para a ordem pública processual, como forma de adequar ao momento contemporâneo. Sendo este, também, um dos objetivos desta tese.

direito ou primário nos interesses das partes conflitantes.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. I. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 138).

³²⁵ “[...] um *diretivo vinculante*, coercivo, no sentido de institucionalizado, bilateral, que estatui uma hipótese normativa (*facti species*) à qual imputa uma consequência jurídica (que pode ser ou não uma sanção), e que funciona como um critério para a tomada de decisão (decidibilidade)” (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 92).

³²⁶ “[...] a convenção de arbitragem ser ou não uma objeção processual não interfere na conclusão de que tal matéria não tem natureza de ordem pública, por diversos fatores. A despeito de ter sido eleita pelas partes, em autêntico negócio jurídico processual, é inegável que a via arbitral pode ser objeto de renúncia pelas partes, que poderão optar por litigar perante o Poder Judiciário. Tal aspecto de disponibilidade e de possibilidade de renúncia retira da convenção arbitral o elemento central da ordem pública, que é justamente a sua inderrogabilidade e impossibilidade de transação a ser respeito” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem Pública e Processo**: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011, p. 130).

³²⁷ Uma das preclusões que sustentamos são quanto às questões já decididas, nesse ponto, concordamos com Fredie Didier, destacando que: “Não se permite que o tribunal, no momento do recurso, reveja questão que já fora anteriormente decidida, mesmo as processuais, e em relação à qual se operou a preclusão. O que se permite ao tribunal é conhecer, mesmo sem provocação, das questões relativas à admissibilidade do processo, respeitada, porém, a preclusão. Parece haver uma confusão entre a possibilidade de conhecimento *ex officio* de tais questões, fato indiscutível, com a possibilidade de decidir de novo questões já decididas, mesmo as que poderiam ter sido conhecidas de ofício.” (DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**: o juízo de admissibilidade do processo. 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 87).

³²⁸ DIDIER JR., Fredie. **Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil**: a legitimação extraordinária de origem negocial. Revista de Processo, vol. 232, jun., 2014, p. 73.

Além disso, através da cláusula geral negocial do art. 190, CPC,³²⁹ é possível negociar normas processuais, partindo do mesmo pressuposto da arbitragem, remodelando situações ditas cogentes, estabelecendo novos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, nos processos que possuam discussão de direito material que admitam autocomposição, conforme já defendido no primeiro capítulo.

Ademais, saliente-se que Ricardo Aprigliano admite que uma questão dita de ordem pública processual possa se convalidar, citando a perempção como exemplo. Senão vejamos.

Supõe o autor que, por alguma circunstância, não haja a alegação do instituto no processo (perempção), chegando-se ao resultado de mérito da demanda, o magistrado deveria fazer prevalecer a decisão de mérito. Afirmando ainda que, por ter um peso maior e pela finalidade de privilégio da análise do mérito, o magistrado ao invés de acolher a perempção e proferir um julgamento sem exame do mérito, manteria o julgamento de mérito, sob pena de desnaturar o escopo do sistema processual.³³⁰

Posição esta que também comungamos, inclusive poderíamos ir mais além.

Se o magistrado verificar a possibilidade de julgamento do mérito da demanda, ainda que suscitada a perempção no processo, ele deve superar a questão e aplicar o art. 282, §2º, c/c art. 4º e 5º, todos do CPC, como forma de privilegiar o julgamento de mérito do processo e a boa-fé processual, estabelecendo a tão desejada unidade hermenêutica do Código de Processo Civil.³³¹

Outrossim, o que pode corroborar esse entendimento, perfaz na possibilidade de julgamento de mérito com a improcedência liminar (art. 332, do CPC), uma vez que o

³²⁹ “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.”

³³⁰ “Contudo, caso não se constate esta circunstância a tempo de evitar o desenvolvimento da quarta demanda, e caso ela chegue a ser julgada pelo mérito, é óbvio que a razão de ser da perempção perdeu sentido. Tudo o que se pretendia evitar não foi evitado. Assim, se a questão de ordem pública (perempção) tem um objetivo específico, e se o seu reconhecimento posterior servirá justamente para proporcionar resultado inverso (mais tempo perdido, menos pacificação), não se deve aplicar a figura técnica em questão. A despeito do senso comum de que as questões de ordem pública escapam à disponibilidade das partes e por isso não estão sujeitas à preclusão, parece evidente que a eventual inércia do réu em suscitar a perempção, que culmine em julgamento do mérito da pretensão, é fator que deve ser levado em consideração com grande peso.” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem Pública e Processo**: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011, p. 143).

³³¹ “Nos estudos sobre a interpretação constitucional, foi desenvolvido o postulado da unidade da Constituição. [...] O mesmo se aplica à interpretação do Código de Processo Civil. O Código deve ser interpretado como um conjunto de normas orgânico e coerente. *Surge daí o postulado interpretativo da unidade do Código.*” (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Vol. 1. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 171).

magistrado examina o mérito da demanda sem a presença do réu no processo, bastando a verificação de aplicação do dispositivo.

Em que pese o julgador possa até investigar se o autor já promoveu a referida demanda três vezes, nos sistemas de automação judicial, pelo atual contexto prático do nosso Judiciário (carga excessiva de demandas), mostra-se uma hipótese bastante remota de acontecer. Além disso, os processos findos (arquivados) não se revelam tão fáceis de visualização nos sistemas, até para a parte interessada (réu), quiçá para o magistrado que possui inúmeras atribuições.

Por fim, ainda que a decisão de mérito seja contrária ao réu, defendemos o entendimento de superação da perempção, pois assegurando todas as garantias processuais ao réu, este seria um resultado inevitável, caso a demanda se estabelecesse em qualquer das três primeiras ações.

Até porque se o direito material não falecer, e caso o réu proponha uma demanda contra o autor, este poderá alegar esse direito como matéria de defesa e, consequentemente, ser decidido o mérito em seu favor.³³²

É de se ressaltar, por oportuno, que a obra de Ricardo Aprigliano, além de pontos que suscitem nossos questionamentos, o que só enaltece o valor e a importância do escrito, também encontram questões convergentes e que devem ser igualmente registradas aqui.

Dentre elas, merece um grande destaque a análise que o autor faz com o olhar para o futuro, apreciando temas que, à época, eram somente propostas do projeto do novo Código de Processo Civil, e que hoje perfazem a realidade do Código de Processo de 2015, como a obrigatoriedade de estabelecer o contraditório e o diálogo entre as partes, mesmo em se tratando de matérias que possam ser suscitadas de ofício pelo magistrado, dentre elas as que o autor identifica como de ordem pública.³³³

Outro ponto é o esclarecimento quanto à confusão doutrinária de associar as questões que podem ser suscitadas de ofício pelos magistrados, com as questões ditas de ordem pública processual.

³³² “A pretensão material do autor resta incólume: ele poderá deduzi-la como matéria de defesa, como contraditório (exceção substancial; compensação, por exemplo), caso venha a ser demandado.” (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Vol. 1. 18ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 729).

³³³ “Como dito acima, mesmo hoje e antes que tal dispositivo seja incorporado ao diploma processual, é inequívoco o dever do magistrado em proporcionar a manifestação prévia das partes, independentemente dos seus poderes e da possibilidade de cognição de ofício da questão. Seja como for, o legislador brasileiro acertadamente, se alinha às modernas concepções do princípio do contraditório, como ferramenta de efetiva participação das partes e legitimação de todas as decisões judiciais” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem Pública e Processo**: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011, p. 75).

Pois, como bem identifica o autor, a possibilidade destas questões serem suscitadas *ex officio*, não implica dizer que todas as questões que o Código de Processo Civil permitir a provocação de ofício do juiz, sejam de ordem pública processual.³³⁴

A título de conhecimento, em pesquisa ao Código de Processo de 2015, constata-se 56 expressões “de ofício” no texto normativo processual, ou seja, 56 possibilidades de o magistrado, sem a provocação das partes, suscitar questões no processo, dentre as quais podemos citar a do art. 138, o qual permite o magistrado de primeiro ou de segundo grau, solicitar ou admitir de ofício *amicus curiae* no processo, fato este que, por si só, não impõe a esta regra jurídica a condição de norma de ordem pública processual, pois nada tem de ordem pública, mas sim reflete o momento dogmático do processo civil contemporâneo.

Desta forma, em que pese a maioria das questões processuais ditas de ordem pública possam ser suscitadas de ofício pelo magistrado, nem todas as questões que podem ser suscitadas de ofício pelo juiz são de ordem pública.

Ademais, dissemos maioria das questões de ordem pública, pois conforme se verificou no primeiro capítulo, se identificamos a possibilidade de as partes estabelecerem situações jurídicas de caráter imperativo e cogente (convenção arbitral), uma das características ditas de exclusividade da ordem pública estatal, podemos dizer que mesmo com a rigidez (imperatividade) normativa da convenção arbitral, o Código de Processo Civil de 2015 não autorizou o conhecimento de ofício desta questão pelo magistrado (art. 485, §3º, CPC).

Ou seja, nem toda norma de conteúdo rígido (imperativo ou cogente), pode ser conhecida de ofício pelo juiz, em que pese se trate de uma questão relacionada à incompetência absoluta do órgão estatal, dita esta matéria de conteúdos da ordem pública processual.

Desta forma, devemos fazer uma releitura e constatar que a máxima de que toda a questão relacionada como de ordem pública processual (norma imperativa e cogente), possa ser conhecida de ofício pelo magistrado também não é correta, pois se identificamos uma situação jurídica que foi estabelecida pelas partes e possui uma imperatividade e cogência ao ponto de afastar o exercício da jurisdição estatal (convenção arbitral), na qual o magistrado não é autorizado a conhecer de ofício, podemos afirmar que nem toda situação de conteúdo

³³⁴ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem Pública e Processo**: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011, p. 115.

imperativo e cogente é autorizada expressamente, pelo texto normativo processual, para ser conhecida de ofício pelo magistrado.

Ou seja, podemos concluir que o fato do magistrado ter a possibilidade de conhecer de questões de ofício, sem a provocação dos demais sujeitos processuais, não implica dizer que essa questão é ou não de conteúdo cogente ou imperativo (ordem pública processual), ou mesmo de ordem pública, somente revela uma opção legislativa em autorizar expressamente ao juiz essa forma de atuação ou não.

Outro tema que, em parte, converge com o nosso entendimento é que as questões de ordem pública no processo são estabelecidas por regras jurídicas. Em que pese o autor descarte a possibilidade de uma norma princípio como de ordem pública, acreditamos que esta possa ser utilizada no plano argumentativo para a construção de uma situação de conteúdo de ordem pública processual.

Porquanto, corroboramos do entendimento que não há aplicação direta de um princípio como de ordem pública, pois o que se constrói e se aplica é uma regra jurídica (norma de decisão) para o caso em discussão.³³⁵

Ressalte-se, por oportuno, que o próprio autor, à época, construiu uma regra jurídica utilizando o princípio do contraditório, estabelecendo que ainda sob a vigência do Código de Processo de 1973, dever-se-ia respeito ao momento que o princípio do contraditório estava sendo discutido pela doutrina processual (substancial e efetivo), mesmo no caso das questões de ordem pública, construindo a regra jurídica de que o contraditório deveria ser sempre oportunizado às partes, corroborando com o que perfaz atualmente os artigos 9º e 10, do CPC.³³⁶

Assim, entendemos que, por mais que não haja uma aplicação direta de uma norma princípio de ordem pública, acreditamos que alguns princípios jurídicos carregam consigo normas que podem ser identificadas e transformadas em regras jurídicas que gerem situações jurídicas de ordem pública no processo, como no exemplo acima descrito.

Por fim, a obra de Ricardo Aprigliano, por sua qualidade científica é digna de vários estudos e desdobramentos. E, durante o desenvolver desta tese, será bastante analisada, principalmente quando da fixação dos pontos relevantes de nosso estudo.

³³⁵ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 132-137.

³³⁶ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem Pública e Processo**: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011, p. 75.

4.1.2 Gisele Santos Fernandes Góes

A autora também teve o grande mérito de discutir sobre as questões de ordem pública no processo, em nível de doutoramento.³³⁷ Contudo, em que pese tenha iniciado a discussão no âmbito processual, não publicou o trabalho como livro, o qual tivemos a oportunidade de conhecer os escritos por cópia integral da tese, disponibilizada pela própria autora, através da mediação do caro amigo e professor, Arthur Laércio Homci,³³⁸ oportunidade que, mais uma vez, registro aos dois a minha gratidão e apreço.

Gisele Góes procura, em seu estudo, sistematizar a ordem pública no direito processual e substancial, o que, a princípio, parece-nos uma tarefa bastante hercúlea. Pois, como a própria autora relata, a ideia de ordem pública advém de muitas questões axiológicas, o que perfaz um estudo muito sistemático e profundo, ainda mais em duas esferas do direito (material e processual). Analisar a ordem pública em uma das perspectivas já se mostra uma tarefa bastante árdua e difícil, imagine as duas em uma única pesquisa, o que enaltece o estudo da autora.

Seguindo a mesma metodologia de análise utilizada para apreciar a obra de Ricardo Aprigliano, destacaremos outros pontos, distintos desta primeira análise, mas relevantes para a nossa tese, e que fazem parte dos nossos questionamentos sobre o assunto, são eles: a) a ordem pública aliada aos valores e à uma razão pública; b) as gradações da ordem pública (relativa e absoluta), atribuindo à prescrição como matéria de ordem pública (relativa e absoluta); e, c) a ordem pública como conceito-lógico jurídico, com reflexos jurídico-positivos.

A autora inicia e finaliza o seu estudo partindo da premissa filosófica dos valores para justificar a compreensão da ordem pública, uma vez que a ideia dos valores de proteção/blindagem que o instituto traz consigo é grande, desde o imperialismo romano até os dias atuais.

É certo que os valores (culturais, sociais, morais, religiosos, éticos etc.) são previamente destacados pela comunidade jurídica e com base neles chegam-se às normas

³³⁷ GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Proposta de sistematização das questões de ordem pública processual e substancial**. Tese (Doutorado). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2007.

³³⁸ HOMCI, Arthur Laércio; DIAS, Jean Carlos; MOUTA, José Henrique; SILVA, Michel Ferro e. **Curso de Processo Civil**: processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

jurídicas.³³⁹ Ademais, no discurso jurídico, as normas jurídicas exteriorizam e igualmente expressam valores.³⁴⁰

Contudo, em que pese a extensa justificação filosófica realizada por Gisele Góes, não nos parece adequado alicerçar a categoria dos valores à compreensão de ordem pública, pois não se justifica juridicamente a aplicação de valores, mas sim de normas jurídicas. Ou seja, o que baliza o ordenamento jurídico são normas e não valores, em que pese estes valores possivelmente tenham contribuído para a formação das normas jurídicas e do ordenamento jurídico.³⁴¹

Desta forma, dissentimos da autora neste ponto, porque a ordem pública deve ser primeiramente embasada no mundo jurídico, não como um valor ou valores de determinada sociedade, em que pese determinados valores possam se apresentar nos costumes sociais, e estes possam ser considerados até para a construção de normas jurídicas, como disciplina o art. 4º da LINDB.³⁴²

Contudo, principalmente no âmbito processual, os costumes devem ser compatíveis com as normas jurídicas do ordenamento, que,³⁴³ no momento contemporâneo, são representadas pelas normas constitucionais. Ademais, em regra, até os ordenamentos que

³³⁹ “Como procuramos deixar claro, a norma jurídica constitui um modelo de conduta estabelecido pela comunidade jurídica, como resultado da valoração dos fatos da vida, com a finalidade de obter a adaptação do homem à convivência social harmônica.” (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da existência. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 14).

³⁴⁰ “Podemos, pois, dizer que o discurso da norma, *enquanto estrutura dialógica*, tem por função sintomática característica expressar valores, e por função de sinal despertar uma reação partidária contravalorativa, donde a função estimativa que determina o objeto da discussão como um *dubium* (conflitivo) eminentemente axiológico.” (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 149-150).

³⁴¹ “Valores não são normas. As normas têm caráter deontológico, enquanto os valores ostentam caráter axiológico. Ao passo que as normas podem ser reduzidas a um conceito deontológico básico, que é o de dever ou dever-ser, os valores reduzem-se ao conceito de bom. Os valores que eventualmente norteiam o sistema jurídico só têm significado prático se forem incorporados seletivamente a normas jurídicas, transformando-se a complexidade indeterminada (valorativa) em complexidade determinada (programada). A utilização no art. 1º do CPC, do termo ‘valores’ não é boa, pois poderia dar margem a decisionismos, fragilizando a autonomia do direito e facilitando o solipsismo judicial. Na verdade, o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme as normas fundamentais estabelecidas na Constituição da República. Tais normas já incorporam os valores que são caros ao sistema brasileiro. O processo civil e, de resto, as decisões judiciais não devem basear-se em ‘valores’, mas em ‘normas’. Não é sem razão, aliás, que o art. 8º do CPC determina que o juiz deve observar a legalidade, que há de ser entendida como *juridicidade*, ou seja, deve o juiz observar todo o ordenamento jurídico, mais propriamente as *normas* que o compõem.” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. **In Comentários ao Código de Processo Civil**. Organizadores: Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 28-29).

³⁴² “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

³⁴³ “Considerado em sua essência, assim o costume se define: *A regra de conduta criada espontaneamente pela consciência comum do povo, que a observa por modo constante e uniforme e sob a convicção de corresponder a uma necessidade jurídica*. Assim concebido, o costume contém em si, como elemento próprio, o sentido de sua obrigatoriedade. Mas, quando convive com o direito legislativo, o direito costumeiro só se torna efetivamente obrigatório em sendo pela lei, por modo direto ou indireto, reconhecido.” (RÃO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 7ª ed. anotada e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 271-272).

tem por base os direitos costumeiros, como no caso dos anglo-americanos, exigem a confirmação dos costumes pelos precedentes judiciais,³⁴⁴ para que possam ser validados juridicamente.³⁴⁵

Assim, por mais que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro se refira ao texto legal (lei), entendemos que o momento contemporâneo não comporta mais esta análise restrita ao texto normativo, pois a literalidade do texto só encontrava sentido quando a lei se confundia com a própria noção de Direito e balizava a atuação de forma restrita dos aplicadores do Direito.³⁴⁶

Atualmente, acreditamos que determinados textos normativos disciplinados por esta legislação, a exemplo do artigo supracitado, merecem uma releitura e uma reflexão maior, tendo por base as normas constitucionais.

Desta forma, entendemos que a compreensão deve ser de norma jurídica ao invés de lei (texto legal) do presente dispositivo, ou seja, na ausência de norma regra ou norma precedente, utilizam-se as demais fontes de criação do direito (costumes, analogia e os princípios gerais, no plano argumentativo), o que se coaduna com o novo momento dogmático de análise dos textos normativos processuais. Inclusive podemos perceber isso quanto ao atual cabimento da ação rescisória (art. 966, V, do CPC).³⁴⁷

Outrossim, por essa razão, dissentimos da autora quando ela associa a compreensão de ordem pública a um ideal de razão pública,³⁴⁸ porque além de impor ao seu

³⁴⁴ RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 7ª ed. anotada e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 270.

³⁴⁵ “Nada obstante, a notável distinção entre tais fontes do direito, o precedente historicamente cresceu em relevância, ainda no direito inglês do século XII, a partir da noção de que eram nas decisões judiciais que se reconheciam os costumes válidos ou vigentes. Assim, a caminhada do *common law* em direção aos precedentes obrigatórios foi de certa forma impulsionada pelos costumes, sobrevivendo o grande aumento de importância dos precedentes e a decadência das normas costumeiras, sobretudo a partir do século XIX, com a institucionalização do *stare decisis*.” (MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. 2ª edição. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 83).

³⁴⁶ “Portanto, o primeiro passo é afastar a confusão entre texto normativo e norma. Também se pode utilizar os termos ‘formulação da norma’, ‘disposição normativa’ ou ‘enunciado normativo’, para distinguir a forma linguística mediante a qual uma norma se expressa no plano do direito positivo, particularmente o direito escrito.” (NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 1).

³⁴⁷ “Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] V - violar manifestamente norma jurídica;”

³⁴⁸ “O objeto da razão pública é o bem do público, esboçando-se que não é o bem público, como sinalização para o interesse estatal, mas o bem público, no rumo da coletividade. A razão pública tem três lógicas, que são: a razão dos cidadãos, como razão do público; o objeto é circunscrito ao bem do público e questões de justiça fundamental; e a sua natureza e conceito são públicos, pois determinados pelos ideais e princípios expressos pela concepção de justiça política da sociedade civil e conduzidos para todos. [...] Ora, como o foco de concentração são os interesses gerais, nada mais claro do que se dar relevância à ordem pública como razão pública, para a gestão desses interesses por meio dessa instituição. Ela é a norteadora de toda a organização da sociedade, tendo em vista que, pelo consenso e princípios de Rawls, atinge-se o equilíbrio reflexivo.” (GÓES, Gisele Santos

conteúdo uma carga subjetiva enorme, associa novamente a ordem pública às questões de interesse público ou coletivo, o que não se revela salutar, como já defendemos anteriormente.

Outro ponto que nos provoca questionamentos e dissensos, é que a autora promove uma gradação da ordem pública, encontrando-se este instituto em uma dinâmica absoluta e relativa.

Defende Gisele Góes que a gradação da ordem pública tem como ponto nodal a possibilidade ou não de renúncia, ou seja, as questões de ordem pública de natureza “absoluta” são irrenunciáveis, já as de natureza “relativa” comportam renúncia.³⁴⁹

Em que pese nossa discordância com a proposta, ela traz um ponto interesse que merece destaque, pois a autora admite a possibilidade de renúncia de uma questão de ordem pública. No entanto, não nos parece coerente a referida classificação de peso ou força, promulgando uma noção de ordem pública mais forte e outra mais fraca, até porque existem questões que são ditas de ordem pública, como vimos anteriormente, além de suportarem renúncia, também são passíveis de preclusão, no caso das questões já decididas, inclusive defendido pela própria autora,³⁵⁰ e até podem convalidar.

Ademais, a referida gradação se mostra um tanto contraditória, pois como vem defendendo a autora que a questão é dita de ordem pública aliasse à razão pública e também ao interesse público e coletivo, como compatibilizar essa ideia com a noção de uma ordem pública mais “fraca” (relativa), passível de superar a razão pública, o interesse público e a coletividade.

Até entendemos que o interesse público ou a sua supremacia não devam sempre prevalecer, como se defendia anteriormente, principalmente em nosso contexto doutrinário contemporâneo, onde o Estado de Direito e constitucionalizado enxerga o indivíduo como

Fernandes. **Proposta de sistematização das questões de ordem pública processual e substancial**. Tese (Doutorado). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2007, p. 48-55).

³⁴⁹ “Assim, a ordem pública absoluta promove severa limitação da autonomia da vontade, e os direitos, uma vez adquiridos, tornam-se irrenunciáveis. As situações paradigmáticas para essa ordem pública absoluta são as de conteúdo extrapatrimonial, como os direitos da personalidade, pátrio poder, ou seja, tudo que envolve os exercícios de potestades. Por outro lado, a ordem pública relativa limita a autonomia da vontade, sem a força absoluta, visto que os direitos adquiridos são passíveis de renúncia. A ilustração típica à ordem pública relativa é a de legítima dos herdeiros, que é preceito de ordem pública plenamente renunciável pela parte interessada.” (GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Proposta de sistematização das questões de ordem pública processual e substancial**. Tese (Doutorado). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2007, p. 65).

³⁵⁰ “Por isso, as questões de ordem pública, uma vez debatidas, precluem, não podendo haver reexame. [...], enquanto que as objeções substanciais (prescrição, decadência legal, nulidades absolutas e pagamento) são conhecidas de ofício pelo juízo de primeiro grau, e essas últimas somente podem ser reexaminadas, se for no Tribunal, desde que, no âmbito da extensão do recurso.” (GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Proposta de sistematização das questões de ordem pública processual e substancial**. Tese (Doutorado). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2007, p. 164).

cidadão, participante ativo das questões coletivas, e não como mero subordinado seguidores de regras impostas.³⁵¹

Outrossim, a constatação de Gisele Góes de gradações da ordem pública, além de induzir a conclusão de que não há uma única compreensão de ordem pública, vai de encontro ao que a própria autora defende quanto ao conceito do instituto, atribuindo a noção à teoria geral do direito, por se tratar de um conceito lógico-jurídico.

Ou seja, como sustentar que a ordem pública é um conceito fundamental, *a priori*,³⁵² como defende a autora,³⁵³ e graduá-la com base nas suas consequências jurídicas, *a posteriori*, marca dos conceitos jurídicos-positivos.

Ademais, a autora chega a um conceito da ordem pública processual e substancial, somente destaca que a ordem pública é um valor, e “como conceito lógico-jurídico está firmada pelas noções essenciais a todo e qualquer espaço estatal de interesse público e razão pública”.³⁵⁴

Contudo, reconhece que há uma sistematização positiva (jurídico-positiva) e destaca as suas possíveis consequências jurídicas no ordenamento, mencionando que a ordem pública como um valor encontra referência tanto nos textos normativos substanciais (Código Civil), como no processual (Código de Processo Civil).

Com base nessas premissas, Gisele Góes defende que a prescrição, por ser passível de renúncia, mostra-se uma questão substancial de ordem pública relativa, porém sustenta a autora que quanto à alteração dos prazos prescricionais, às causas suspensivas ou

³⁵¹ “E um destes alicerces pode ser a percepção de cada pessoa de que vive sob a égide de um regime constitucional que trata a todos com o mesmo respeito e consideração; a compreensão de que não se é súdito do Estado, mas cidadão; partícipe da formação da vontade coletiva, mas também titular de uma esfera de direitos invioláveis; sujeito e não objeto da História. Só que isto requer um Estado que respeite profundamente dos interesses legítimos dos seus cidadãos.” (SARMENTO, Daniel. **Interesses Públicos vs. Interesses Privados na perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional**, p. 116-117, In SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio de Supremacia do Interesse Público*. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010).

³⁵² “O conceito fundamental tem a função lógica de um *a priori*. É, com efeito, um esquema prévio, um ponto de vista anterior, munido do qual o pensamento se dirige à realidade, desprezando seus vários setores, fixando aquele que corresponde às linhas ideais delineadas pelo conceito. [...] Supremo ou fundamental, porquanto não é obtido de outros, nem se deixa reduzir a outros conceitos. E é anterior à experiência, uma vez que, sem a prévia determinação do conceito, não seria possível o conhecimento.” (VILANOVA, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos in Sobre o conceito de direito**. Vol. I. São Paulo: Axis Mundi Ibet, 2003, p. 17).

³⁵³ “Desdobrando a ordem pública, pode-se afirmar que ela não é mera criação do direito positivo, haja vista as suas múltiplas implicações, ou seja, filosóficas, da teoria geral do direito, sociológicas, enfim, tendo em vista o caráter interdisciplinar que a rodeia, ela se posta como, acima de tudo, definição lógica-jurídica.” (GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Proposta de sistematização das questões de ordem pública processual e substancial**. Tese (Doutorado). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2007, p. 153).

³⁵⁴ GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Proposta de sistematização das questões de ordem pública processual e substancial**. Tese (Doutorado). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2007, p. 153.

interruptivas, a prescrição toma feições de uma questão substancial de ordem pública absoluta.

Por isso, entendemos que o critério utilizado pela autora não se mostra compatível com seus argumentos de base filosófica. Pois, neste caso, quem define a essência da ordem pública não é sua compreensão de valor, interesse público ou razão pública, mas o próprio texto normativo que vai disciplinar os limites e contorno das questões, marca de uma compreensão jurídico-positiva e não lógico-jurídica, como defende a autora.

Da mesma forma, a decadência também figuraria nas duas searas (absoluta e relativa), sendo a decadência legal (art. 209, CC) uma forma substancial de ordem pública absoluta e a decadência convencional (art. 211, CC) seria relativa, por se tratar de uma disposição das partes que podem suscitar em qualquer grau de jurisdição, segundo a literalidade do texto legal, porém o magistrado no processo não podia, à época, conhecer de ofício.³⁵⁵

Ressalte-se que, atualmente, o art. 332, §1º, e art. 487, II, ambos do Código de Processo Civil de 2015, autorizam o magistrado julgar a demanda com a suscitação, de ofício, da prescrição e decadência, sem distinção de modalidades ou formas. E, por este simples fato, alguns doutrinadores passam a enxergarem os institutos como matéria de ordem pública,³⁵⁶ porém sem estabelecer qualquer critério dogmático, o que também não nos parece salutar.

E ainda há quem defenda a prescrição como matéria de ordem pública pelo fato das partes somente poderem renunciá-la após a sua ocorrência, não podendo dispor antes de sua consumação,³⁵⁷ o que também não concordamos. Pois este fundamento tem como base a ordem pública ligada à supremacia do interesse público *versus* o particular,³⁵⁸ o que dissentimos e já justificamos anteriormente.

³⁵⁵ “Quanto à decadência, mescla-se a ordem pública, ora pela absoluta diante da decadência legal (art. 209), devendo ser verificada de ofício (art. 210 do CC), mas também pela ordem pública relativa, em função da decadência convencional (art. 211 do CC) e o magistrado não está autorizado a conhecer *ex officio* dela.” (GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Proposta de sistematização das questões de ordem pública processual e substancial**. Tese (Doutorado). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2007, p. 183).

³⁵⁶ “Conduz o dispositivo a concluir que tal assunto precede à análise de outras questões, sobretudo as de mérito propriamente dito. O enfrentamento é prejudicial de discussões trazidas no processo dirigidas à *causa petendi*, possuindo a matéria um forte caráter de ordem pública. A mesma *ratio* aplica-se à decadência.” (RIZZARDO, Arnaldo; RIZZARDO FILHO, Arnaldo; RIZZARDO, Carine Ardissonne. **Prescrição e Decadência**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 60).

³⁵⁷ “A razão pela qual a prescrição não pode ser renunciada previamente decorre do fato de ser um instituto de ordem pública, independente da vontade das partes; depois de consumada, porém, é um direito, uma vantagem, um valor patrimonial, de que o indivíduo dispõe.” (CAHALI, Yussef Said. **Prescrição e Decadência**. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 43).

³⁵⁸ “Quando se diz que a prescrição é de ordem pública, tem-se em mente significar que foi estabelecida por considerações de ordem social, e não no interesse exclusivo dos indivíduos. Ela, assim, existe independentemente da vontade daqueles a quem possa prejudicar ou favorecer. A lei que a cria é rigorosamente

Desta forma, em que pese a gradação da ordem pública estabelecida pela autora tenha o seu inegável mérito, e possua o escopo de adequar e sistematizar a noção do instituto no contexto dogmático defendido pela autora, ao nosso entender, como já dito, também vai de encontro e desnatura, de certa forma, a própria noção defendida em sua tese quanto à ideia de ordem pública como um “valor” ligado ao interesse público e à razão pública.

De sorte que a autora não justifica como os indivíduos particularmente podem fixar normas em detrimento destes conteúdos e valores de interesse público e coletivo.

Contudo, a tese de Gisele Góes nos traz direcionamentos importantes e uma questão bastante relevante para o nosso estudo, a qual já defendemos aqui, quanto à possibilidade de as partes estabelecerem situações de caráter cogente e imperativo, as quais podem ser utilizadas até contra os entes estatais (império estatal), pois quando as partes firmam a decadência por convenção, e a convenção arbitral, criam uma situação jurídica com carga imperativa, contrapondo a ideia primeira de ordem pública, a qual só advinha do poder estatal.

Talvez tipificar esse fenômeno de ordem pública relativa ou absoluta somente aumente as discussões e dúvidas em relação ao instituto. Por isso, estabelecer uma única compreensão ou uma nova noção do que se entende por ordem pública na contemporaneidade se faz premente, sendo este o objetivo desta tese.

O estudo de Gisele Góes, em que pese alguns pontos dissonantes com nossa compreensão, assim como a obra de Ricardo Aprigliano, perfaz um trabalho de grande relevância, o que o torna digno de críticas e reflexões, tanto por sua qualidade acadêmica, quanto pelo seu pioneirismo aguerrido ao tratar de tema tão espinhoso para a dogmática jurídica processual.

4.1.3 Trícia Navarro Xavier Cabral

O estudo mais recente e específico sobre ordem pública no âmbito do processo civil é o de Trícia Navarro Xavier Cabral, onde enfrenta o tema, com expressivo fôlego, contribuindo bastante com nossa tese. Possui como objetivo analisar o fenômeno no processo

obrigatória.” (CAHALI, Yussef Said. **Prescrição e Decadência**. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 19-20).

civil moderno, inclusive, segundo a autora, “repaginar a concepção tradicional, reconhecer o verdadeiro conteúdo e atualizar o tratamento da ordem pública para o processo civil contemporâneo”.³⁵⁹

Como forma de alcançar os objetivos de sua tese, a autora inicia o estudo demarcando o momento doutrinário contemporâneo que vive o processo civil brasileiro, com as ideias marcantes do *neoconstitucionalismo*, e seus reflexos no Direito Processual Civil, ponto importante e que também se coaduna com perspectiva dogmática desenvolvida em nossa tese.³⁶⁰

Como Gisele Góes, a autora também identifica a ordem pública processual com a ideia de valores, como um “estado de coisas” ou um “estado de ordem pública” ligado às dimensões do interesse público, da ideia de justiça e da segurança jurídica. Destacando que “a cláusula constitucional do *devido processo legal* constitui, de forma mais abrangente, os direitos e garantias individuais e coletivas, sendo esses os instrumentos adequados para se atingir o necessário estado de ordem pública dentro do processo, conferindo, por conseguinte, a segurança jurídico-processual e o processo justo”.³⁶¹

Conforme já discutido no tópico anterior, ao nosso entender, não há necessidade de justificar um valor ou uma espécie de “razão” de ordem pública como Gisele Góes e Trícia Navarro fazem em seus estudos, pois a análise do ordenamento jurídico processual impõe a apreciação de normas jurídicas e não simplesmente valores.³⁶²

Sustentar que o devido processo legal é uma forma de exteriorização ou um elemento constitucional de alcance do valor da ordem pública no processo é, ao nosso entender, elevar a noção de ordem pública à condição de uma questão que vai além do ordenamento e, na verdade, como verdadeira fonte de todo o sistema jurídico processual.

³⁵⁹ “Portanto, os objetivos são: a) reformular a concepção de ordem pública e analisar a sua relação com o processo civil contemporâneo; b) identificar as questões de ordem pública processual; c) sistematizar o tratamento das questões de ordem pública processual, incluindo as suas consequências para o processo; d) verificar a aplicação das premissas da ordem pública processual a outros institutos do processo; e) analisar o assunto no direito estrangeiro; e, f) acompanhar a evolução do assunto no NCPC.” (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Ordem Pública Processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 9).

³⁶⁰ “[...] a ordem constitucional contemporânea identifica-se pela irradiação dos valores fundamentais da democracia para todos os ramos do direito, na mesma medida que estes buscam a conformação de suas normas infraconstitucionais aos preceitos oriundos da Constituição, direcionando e legitimando o ordenamento jurídico brasileiro. Nesse contexto, o direito processual atua como um importante instrumento de realização dos ideais da Constituição. É por meio dele que se concretizam os direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos, explícita ou implicitamente, por intermédio de técnicas adequadas a tal fim.” (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Ordem Pública Processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 27).

³⁶¹ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Ordem Pública Processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 99-100.

³⁶² CUNHA, Leonardo Carneiro da. In **Comentários ao Código de Processo Civil**. Organizadores: Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 28-29.

É como igualá-la a ideia de uma hipótese de “norma fundamental”, inicialmente defendida por Kelsen.³⁶³ Pelo menos é o que as assertivas da autora demonstram, o que não nos parece salutar.

Com efeito, a ordem pública, entendida como um estado de coisas buscado pelo direito e necessário para alcançar a segurança e confiança dos cidadãos, atua no processo como um paradigma jurídico a ser seguido, quando do controle da regularidade dos atos e procedimentos. Assim, é com o resguardo da integridade e adequação dos atos processuais que se garantirá o estado de ordem pública processual.³⁶⁴

Em uma perspectiva pragmática, sequer precisaríamos empreender tanta energia intelectual e recorrer a um possível ideal de ordem pública nos parâmetros estabelecidos por Trícia Navarro, bastaria a noção histórica de um devido processo legal substancial³⁶⁵ ou mesmo de sua dimensão de conteúdo complexo,³⁶⁶ para abarcar todos os escopos e fenômenos que este “estado de ordem pública” possui no processo, conforme assevera a autora.

Por essa razão, não comungamos com essa condição eminentemente valorativa e abstrata dada à ordem pública. Pois, como se observa, não se concebe uma compreensão racional ou logicamente apreensível e sustentável.

Até porque toda norma jurídica no fundo reflete uma valoração fática ou cultural, o que poderia levar a equivocada conclusão de que toda norma jurídica é de ordem pública, por possuir para a sua construção carga valorativa como fundamento.

³⁶³ “Um tal pressuposto, fundante da validade objetiva, será designado aqui por norma fundamental (*Grundnorm*). Portanto, não é do ser fático de um ato de vontade dirigido à conduta de outrem, mas é ainda e apenas de uma norma de dever-se que deflui a validade – sem sentido objetivo – da norma segundo a qual esse outrem se deve conduzir em harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade.” (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 9). Ressalte-se que o próprio Kelsen, em momento posterior, retifica sua ideia quanto à norma fundamental, no sentido de que ela não é uma mera hipótese, mas sim uma ficção produzida por ato de vontade, consciente. (KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. VIII e 61).

³⁶⁴ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Ordem Pública Processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 96.

³⁶⁵ “Nesse sentido, a expressão *law of the land* deixa de ser apenas um princípio geral de legalidade ou de observância das leis gerais de um ordenamento, haurindo o *status* próprio de uma norma específica de caráter superior, traduzindo um princípio geral de constitucionalidade suprema e de contenção de poder. A *Law of the Land*, na linguagem que se desenvolve nos ensaios, é a norma suprema, a norma constitucional, cuja guarda e proteção se incumbe aos poderes constituídos, sobretudo os magistrados integrantes do poder judiciário.” (PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O princípio do devido processo legal substantivo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 484).

³⁶⁶ “É preciso observar o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, CF/1988) e dar tratamento paritário às partes do processo (art. 5º, I, CF/1988); proibem-se provas ilícitas (art. 5º, LVI, CF/1988); o processo há de ser público (art. 5º, LX, CF/1988); garante-se o juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII, CF/1988); as decisões hão de ser motivadas (art. 93, IX, CF/1988); o processo deve ter uma duração razoável (art. 5º, LXXVIII, CF/1988); o acesso à justiça é garantido (art. 5º, XXXV, CF/1988) etc. Todas essas normas (princípios e regras) são concretizações do devido processo legal e compõem o seu conteúdo mínimo. Como se vê, o devido processo legal é um direito fundamental de conteúdo complexo.” (DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 68).

Nesse contexto, justificar-se-ia ainda mais a tese da desnecessidade de se estabelecer parâmetros jurídico-científicos ao fenômeno ordem pública, e também acaba por confundi-la com a própria vagueza e imprecisão que tem a expressão *Direito*.³⁶⁷

Pois, quando a autora afirma que “a ideia de ordem pública em um ordenamento jurídico relaciona-se com a busca e o legítimo controle estatal de valores, condutas e efeitos, gerando uma sensação de equilíbrio, harmonia e de segurança jurídica para a sociedade”,³⁶⁸ acaba, no nosso sentir, por confundir e igualar ao que a dogmática apreende como uma das acepções da própria noção do que é o *Direito*.³⁶⁹

Ou seja, a relação entre Direito e ordem pública é de sinonímia, ou o valor ordem pública seria o próprio fundamento do Direito? Ao que parece não, mas, por não vislumbrarmos parâmetros dogmáticos claros e específicos no estudo de Trícia Navarro, quanto a esse ponto, poderíamos chegar a esta temerária conclusão.

Além dessas questões iniciais, as quais também já foram discutidas nos autores antecedentes, como forma de objetivar a análise da instigante obra de Trícia Navarro, destacamos os seguintes pontos que, ao nosso entender, também são relevantes para nossa tese, e merecem nossas observações e apontamentos: a) a visão de ordem pública contemporânea e novo CPC – “princípio da prevalência da decisão de mérito”; b) compreensão de ordem pública da autora (ordem pública constitucional) e a ordem pública processual; c) identifica somente duas questões de ordem pública processual – órgão estatal investido de jurisdição e impedimento do juiz; e, d) desnecessidade de modificação terminológica do fenômeno.

A autora, tendo como norte a ideia de valores, como constatamos nas linhas iniciais deste tópico, destaca que a ordem pública processual contemporânea incorporou direitos fundamentais a sua noção, compreendendo os “valores e técnicas próprios de seu

³⁶⁷ “[...] então é preciso dizer que *direito* é, certamente, um termo denotativa e conotativamente impreciso. Falamos, assim, em *ambiguidade* e *vagueza* semânticas. Ele é denotativamente vago porque tem muitos significados (extensão). Veja a frase: ‘*direito* é uma ciência (1) que estuda o *direito* (2) quer no sentido de direito objetivo (3) – conjunto de normas –, quer no de direito subjetivo (4) – faculdades’. Ele é conotativamente ambíguo, porque, no uso comum, é impossível enunciar uniformemente as propriedades que devem estar presentes em todos os casos em que a palavra se usa. Por exemplo, se definirmos *direito* como um conjunto de normas, isto não cabe para direito como ciência.” (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 17).

³⁶⁸ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Ordem Pública Processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 79.

³⁶⁹ Destacando que “os processos de adaptação social, especialmente o direito, são instrumentos indispensáveis à convivência inter-humana. [...] Daí ser imperiosa e irremovível a necessidade que tem a comunidade de manter sob controle o comportamento de seus integrantes, contendo-lhes as irracionalidades e traçando-lhes normas obrigatórias de conduta, com o sentido de estabelecer uma certa ordem capaz de obter a coexistência pacífica no meio social, com vistas à distribuição dos bens da vida.” (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da existência. 15ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 7).

tempo, o que inclui atender ao máximo à efetividade dos direitos materiais judicializados, por meio de uma instrumentalidade adequada e da duração razoável do tempo do processo”.³⁷⁰

Em certo ponto, retirando a categoria de valores e incluindo a noção de normas, podemos concordar com a autora.

Ressalte-se, por oportuno, que a autora, em um primeiro momento, literalmente, rechaça a noção de ordem pública ao caráter normativo,³⁷¹ o que ao nosso entender retira a base de aplicação da ordem pública no ordenamento jurídico. Pois como aplicar, principalmente no processo civil, um “estado de coisas” que não tem caráter normativo e, ao mesmo tempo, é imprescindível à existência de qualquer sociedade civil organizada? Dando a impressão de que todos os possíveis “valores fundamentais” reconhecidos pelo ordenamento jurídico são de ordem pública, o que não parece razoável.

Nesse contexto, a autora, por conseguinte, reconhece que para que este “estado de coisas” seja obedecido, há necessidade de normatização.³⁷² Por isso, tendo como base o próprio desdobramento feito pela autora, defendemos que não há necessidade de se justificar um valor ou “estado de coisas”, pois o ordenamento jurídico trabalha com normas e não valores em si. Por essa razão, neste ponto, divergimos da autora.

Ademais, em que pese Trícia Navarro tenha descrito em seus objetivos que a análise contemporânea compreende a perspectiva do Novo Código de Processo Civil,³⁷³ constatamos que as análises dos fundamentos de sua tese tomam por base, verdadeiramente, os textos normativos do Código de Processo Civil de 1973,³⁷⁴ e somente algumas passagens do texto normativo do novo processo é citado. O que, de certa forma, frustra um pouco o

³⁷⁰ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Ordem Pública Processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 82.

³⁷¹ “... a ordem pública, qualificada como um estado de coisas, não possui caráter normativo e nem supra ou metalegal. Portanto, não se trata de uma regra, de um princípio, de um valor, de uma técnica e nem de uma instituição, mas sim de uma circunstância que aflora a partir do adequado funcionamento do sistema social, político e jurídico. Esse estado de coisas deve ser buscado e controlado. Destarte, a ordem pública é imprescindível à existência de qualquer sociedade civil e de qualquer modelo de Estado de Direito, já que responsável pelo equilíbrio e pela convivência harmoniosa da sociedade, por atuar como fonte de inspiração, de obediência e de controle, fazendo, pois, com que o direito tenha um papel fundamental no seu alcance”. (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Ordem Pública Processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 54).

³⁷² “No âmbito da obediência, a ordem pública se manifesta como o eixo de segurança jurídica com força coercitiva, própria do direito, capaz de interferir e limitar os direitos fundamentais e as liberdades públicas, mediante meios adequados à paralisação de eventuais ilegalidades. São as regras de conduta impostas pelo ordenamento jurídico visando à ordem necessária à convivência em sociedade”. (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Ordem Pública Processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 54-55).

³⁷³ “Por fim, o trabalho também acompanhará a evolução das discussões da matéria no Novo Código de Processo Civil (NCPC), sancionado como Lei n.º 13.105 de 16 de março de 2015”. (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Ordem Pública Processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 9).

³⁷⁴ Podemos identificar isto em sua obra, nas páginas: 76, 110, 119, 129, 130, 134, 135, 136, 137, 150, 152, 154, 164, 165, 166, 169, 171, 172, 173, 175, 176, 177, 180, 181, 182, 183, 185, 186, 187, 188, 190, 195, 197, 200-201 (análise do rito sumário, que foi revogado pelo CPC/15), 202, 203, 204, 205, 221, 225, 226, 227, 228, 237, 239, 244, 273 e 275, 276, 280, 281, 282, 285, 287, 296, 297, 298, 360 (análise do agravo retido, que foi extinto com o CPC/15), 363, 368, 373, 376, 380, 383, 384, 387, 388, 415, 416, 420, 421, 422 e 425.

leitor, pois gostaríamos de ver os posicionamentos da autora quanto às atuais diretrizes processuais. Mas, nem por isso, tira o mérito da análise, uma vez que traz vários questionamentos importantes e relevantes do assunto.

Assim, talvez por não analisar alguns textos do Código de Processo Civil de 2015, a autora rebate os argumentos de Ricardo Aprigliano,³⁷⁵ quanto à possibilidade de um “princípio da prevalência da análise do mérito”, destacando que discorda do autor pois “a pronúncia de mérito é uma consequência lógico-normativa inerente ao próprio exercício da função jurisdicional, de modo que não deve ser tratada de forma finalística, e sim como uma regra de conduta descritiva”.³⁷⁶

Ressalte-se que a autora utiliza como teoria, para a sua compreensão de norma princípio e norma regra, a tese de Humberto Ávila. Porém, ainda que adotemos as ideias do autor, o que não comungamos,³⁷⁷ atualmente também poderíamos dizer que existe sim uma norma princípio e também uma norma regra (comando descritivo de conduta), quanto à prevalência da análise do mérito, bastando a interpretação do art. 4º do CPC.³⁷⁸

Por essa razão, dissentimos da autora. Porque, em que pese a sua análise tenha como norte o processo civil contemporâneo (2015), constatamos que a maioria de seu exame foi realizado com base no texto normativo revogado (1973), pois conforme o novo Código de Processo Civil, como dito, mesmo aplicando a noção de princípios e regras de Humberto Ávila,³⁷⁹ há uma norma fundamental (art. 4º, CPC) e vários outros comandos de condução do processo, no sentido determinar que o magistrado imprima o máximo de esforço para dar uma resposta de mérito (do direito) ao jurisdicionado.

Nesse ponto, conforme discutido no tópico 1.1., deste capítulo, entendemos que Ricardo Aprigliano andou melhor que Trícia Navarro, ainda que o autor tenha elaborado sua tese algum tempo antes da promulgação do Código de Processo Civil de 2015.

Quanto à compreensão da autora sobre ordem pública e ordem pública processual, destaca que atualmente, por influência do momento dogmático contemporâneo do

³⁷⁵ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem Pública e Processo**: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011, p. 75 e 106.

³⁷⁶ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Ordem Pública Processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 82-83.

³⁷⁷ Destaque-se que nosso entendimento quanto aos princípios e regras tem como base a teoria de Robert Alexy e Marcelos Neves, ambos em: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008; NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

³⁷⁸ “Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”

³⁷⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10ª edição, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 78-79.

neoconstitucionalismo, na verdade há uma “ordem pública constitucional”,³⁸⁰ o que, em parte, concordamos.

Porquanto, como a autora trabalha esta ideia de “estado de coisas de ordem pública”, fica difícil visualizar este sentimento no ordenamento jurídico constitucional. Assim, ao nosso sentir, muito mais pragmático e razoável enxergar uma rigidez ou cogência nas próprias normas constitucionais, despidendo tanto esforço para justificar uma espécie de “valor” de ordem pública constitucional, uma vez que já existem normas jurídicas constitucionais que o exteriorizam, seja de forma geral e/ou imperativa, tendo como espoco a proteção, tutela de questões sociais e dos próprios cidadãos.

Nesse contexto, a autora conceitua ordem pública processual

[...] como o estado de coisas que representa a observância e o controle de garantias constitucionais e processuais, por meio de técnicas processuais formadas por diferentes níveis de interesses públicos e que são responsáveis pela regularidade processual, no alcance da tutela jurisdicional adequada justa e efetiva, e que equacionam, por conseguinte, os valores da segurança jurídica e da efetividade no desenvolvimento do processo.³⁸¹

Como se percebe, Trícia Navarro, da mesma forma que Ricardo Aprigliano e Gisele Góes, abre uma margem temerária quanto a compreensão de ordem pública no âmbito processual. De sorte que, associar essa noção a uma gradação de níveis de interesse público no controle de garantias constitucionais e processuais, torna muita mais volátil e difícil de identificar claramente estas questões no processo civil contemporâneo.

Destarte, qualquer norma processual que tenha o escopo de controlar uma garantia constitucional, por exemplo, o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, por ter lugares comuns com o interesse público, podem ser considerados de conteúdo da ordem pública processual, ou de um “estado de coisas de ordem pública”. E, segundo a própria autora, as questões de ordem pública processual são indisponíveis,³⁸² por conseguinte, não

³⁸⁰ “...a ordem pública pode ser conceituada como sendo um estado de coisa fundamental à estabilização das relações humanas e que imprime a sensação de segurança e de controle das relações sociais pelo Estado, por meio de regras de obediência que devem ser observadas por todos, sendo, pois, imprescindível à legitimidade e à legitimação do poder estatal. Como se vê, a ordem pública que qualifica esse estado de coisas possui conteúdo constitucional. Com efeito, e ordem pública constitui um conceito jurídico indeterminado cuja noção vem sendo construída a partir da evolução constitucional e suas decorrentes implicações legais, doutrinárias e jurisprudenciais. Trata-se, pois, de cláusula geral em branco, delimitada por uma interpretação constitucional e justificada de forma objetiva e razoável. Pode-se falar, inclusive, de uma ordem pública constitucional”. (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Ordem Pública Processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 52-53).

³⁸¹ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Ordem Pública Processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 118.

³⁸² “Algumas questões processuais são dotadas de elevado grau de interesse público, visando à proteção do Estado ou das partes. Por isso, se tornam absolutamente indisponíveis pelos sujeitos, merecendo um tratamento diferenciado. Podem ser consideradas as verdadeiras questões de ordem pública, justificando todos os graves

podendo ser renunciadas e não admitem preclusão, o que não acontece com estas situações, o qual tem a possibilidade de não ser exercido (forma de renúncia tácita) ou simplesmente ser exercido extemporaneamente (preclusão temporal).

Partindo desta compreensão de ordem pública processual, a autora, analisando o que a doutrina processual comumente alude como questões de ordem pública no processo (requisitos/admissibilidade da ação e dos recursos, pressupostos processuais e nulidades), rechaça tal divisão, o que concordamos, tomando como base doutrina contemporânea sobre o assunto,³⁸³ asseverando que estas questões podem ser reconhecidas exclusivamente como pressupostos processuais, os quais são divididos “em três categorias preponderantes de valores: de interesse público absoluto, de interesse público relativo e de interesse privado”.³⁸⁴

Desta forma, Trícia Navarro, para identificar quais são as questões de ordem pública no processo, apresenta em sua tese, três modalidades de pressupostos processuais, os reconhecidos como questões de ordem pública processual, com indisponibilidade total dos sujeitos processuais, em outro grupo estariam nas questões de interesse público, podendo sofrer alguma superação e, por último, as questões disponíveis, as quais possuem um grau elevado de disponibilidade das partes.³⁸⁵

Nesse contexto, a autora, depois de enfrentar várias questões, que identificou de forma geral como pressupostos processuais, constata a existência somente duas questões no processo com aspectos da compreensão de ordem pública processual, são elas: a) a existência de órgão estatal investido de jurisdição; e, b) as questões quanto ao impedimento do juiz. Assim, para Trícia Navarro, estas são as questões que são insuperáveis (inderrogáveis), absolutamente indisponíveis (irrenunciáveis ou não passíveis de autocomposição), podem ser arguidas a qualquer tempo (não preluem).³⁸⁶

efeitos processuais daí inerentes, como o conhecimento de ofício pelo juiz, a qualquer tempo, podendo ensejar desde o indeferimento da inicial, até a extinção do feito sem resolução do mérito, bem como a declaração de nulidade absoluta, sem possibilidade de superação”. (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Ordem Pública Processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 162).

³⁸³ DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 100.

³⁸⁴ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Ordem Pública Processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 161.

³⁸⁵ “Dessa forma, os pressupostos processuais podem ser divididos em três espécies distintas: a) questões de ordem pública, cujas hipóteses são taxativas, em que impera um grau elevado de interesse público na proteção do Estado ou sujeitos processuais, ensejando a indisponibilidade processual; b) questões de interesse público, que podem ser superadas de acordo com a dinâmica da política legislativa ou judiciária; c) questões disponíveis, que em sua maioria atuam em benefício das partes e que podem ser superadas diante do grau de disponibilidade processual”. (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Ordem Pública Processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 161).

³⁸⁶ “Podem ser consideradas as verdadeiras questões de ordem pública, justificando todos os graves efeitos processuais daí inerentes, como o conhecimento de ofício pelo juiz, a qualquer tempo, podendo ensejar desde o indeferimento da inicial, até a extinção do feito sem resolução de mérito, bem como a declaração de nulidade

Assim, ressalta a autora como questão de ordem pública processual que um ato jurisdicional seja praticado por um magistrado investido na jurisdição e em seu regular exercício, sob pena de o ato processual praticado sem estes dois pressupostos processuais possuir um vício insanável, que sequer convalida com o trânsito em julgado, mesmo após o prazo da ação rescisória.³⁸⁷

Assim, discordamos desta posição dada pela autora por dois pontos, vejamos.

Primeiramente, partimos da premissa de que os atos jurisdicionais praticados no processo judicial sem a existência de órgão investido na jurisdição sequer passam pelo plano da existência, são inexistentes,³⁸⁸ o que não se coaduna com a premissa da autora de que estes atos estão no plano da validade e seriam nulos. Podendo, inclusive, ser impugnados por ação anulatória a qualquer tempo. Assim, por questão de premissa jurídica, dissentimos quanto ao primeiro ponto.

Segundo, a autora afirma que inexistência de órgão investido na jurisdição estatal é uma questão indisponível às partes e insuperável. Contudo, sabemos que as partes podem sim, em comum acordo, renunciar a jurisdição estatal e eleger um árbitro através da convenção arbitral, como já verificamos aqui nas primeiras linhas do nosso estudo.

Desta forma, as partes, quando firmam a convenção arbitral, renunciam, quanto ao mérito a ser apreciado pelo árbitro, ao direito fundamental de inafastabilidade do controle jurisdicional, ou seja, renunciam à jurisdição estatal, tornando o órgão investido na jurisdição absolutamente incompetente.³⁸⁹

absoluta, sem possibilidade de superação”. (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Ordem Pública Processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 162).

³⁸⁷ “Trata-se, pois, de requisito indispensável ao processo, que nem o Estado e nem as partes podem dispor, de modo a afastar qualquer tentativa de superação. Ressalte-se, por fim, que esse requisito é considerado por parte da doutrina como pressuposto de existência do processo, uma vez que o processo se inicia com a propositura da demanda dirigida a um órgão estatal investido de jurisdição, de modo que o ajuizamento de uma petição inicial a órgão sem essa qualidade não faria nascer uma relação jurídica processual. Embora a tese sobre a inexistência de ato processual não seja aceita neste trabalho, especialmente porque, por mais grave que seja o vício, ele possui o potencial de produzir efeitos, a falta de órgão estatal investido de jurisdição é tão grave que não se convalida nem mesmo com o advento da coisa julgada, sendo possível a declaração de nulidade inclusive após o decurso do prazo para a interposição de rescisória”. (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Ordem Pública Processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 163-164).

³⁸⁸ “A investidura na função jurisdicional é pressuposto de existência do processo e dos atos jurídicos processuais do juiz (decisões, despachos, colheita de provas etc.). considerar-se-á inexistente o processo se a demanda for ajuizada perante não-juiz e decisão prolatada por não-juiz é uma não-decisão, é apenas um simulacro a que não se pode emprestar qualquer eficácia jurídica”. (DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 318).

³⁸⁹ “[...] 3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte

Nesse sentido, Carmona³⁹⁰ destaca que a convenção arbitral, “como pacto processual, seus objetivos são os de derrogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros”.

Ademais, ressalte-se que o Código de Processo Civil de 1973 já previa, em seu art. 475-N, IV, e o atual (CPC), em seu art. 515, VII, continua dispondo que a sentença arbitral é um título executivo judicial. Ou seja, todos os planos jurídicos (existência, validade e eficácia) da sentença proferida pelo juiz togado se apresentam na sentença proferida pelo árbitro, um ato proferido fora do âmbito do órgão de jurisdição estatal. Inclusive, por conta dessa determinação legal, há uma discussão relevante sobre a compreensão da jurisdição na contemporaneidade, se o árbitro exerce ou não jurisdição.³⁹¹

Por estas questões, dissentimos da autora, uma vez que se constata que há uma parcela de disposição das partes quanto à investidura no órgão jurisdicional, de sorte que as partes podem renunciar o referido direito fundamental inserido no art. 5º, XXXV, CF, o que, pragmaticamente, impõe uma nova dogmática da defendida pelos autores, no sentido de que o conteúdo da ordem pública no processo civil é intransponível e inderrogável.

Outrossim, quanto ao impedimento do magistrado, não há como identificar esse conteúdo intransponível, insuperável ou inderrogável, caso em que, segundo a autora, o qualificaria como uma questão de ordem pública processual, senão vejamos.

Em que pese o impedimento do magistrado seja um dos fundamentos mais essenciais do processo, inclusive é uma das hipóteses de cabimento da ação rescisória (art. 966, II, CPC), pois interfere objetivamente na imparcialidade do juiz, pode ser regularizado no processo, não ensejando o julgamento sem exame do mérito (art. 485, CPC).

Assim, extrai-se do texto processual que o substituto legal atua no processo enquanto se julga o incidente (art. 146, §3º, CPC). E, ao nosso sentir, não há impeditivo legal para que o juiz substituto mantenha ou ratifique o posicionamento proferido nos atos

na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF.[...] (STF – SE 5206 AgR, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001, DJ 30-04-2004 PP-00029 EMENT VOL-02149-06 PP-00958).

³⁹⁰ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário à Lei n.º 9.307/96. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 79.

³⁹¹ Ressalte-se que no Fórum Permanente de Processo Civil, em que pese cancelados, dois enunciados confirmavam o exercício de jurisdição pelo árbitro: **Enunciado 1**. O árbitro é dotado de jurisdição para processar e julgar a controvérsia a ele apresentada, na forma da lei; e, **Enunciado 3**. O árbitro é juiz de fato e de direito e como tal exerce jurisdição sempre que investido nessa condição, nos termos da lei. Porém, ambos foram cancelados no III FPPC-Rio.

decisórios do magistrado impedido, aplicando analogicamente o art. 64, §4º, do CPC,³⁹² que trata da incompetência absoluta que também, juntamente com o impedimento do magistrado, é uma hipótese de cabimento da ação rescisória, inclusive no mesmo inciso.³⁹³

Desta forma, as matérias elencadas no art. 966, do CPC, autorizam o juízo rescindente, ou seja, a possibilidade de quebra do ato para que a questão seja apreciada e, caso interfira no resultado antes consolidado, modifique o que foi anteriormente decidido.³⁹⁴

Ademais, no âmbito recursal, caso seja suscitado no recurso o impedimento do magistrado que proferiu a decisão judicial recorrida, ao nosso sentir, nada impede que o Tribunal aplique sistematicamente o procedimento do art. 1.013, §3º, do CPC,³⁹⁵ superando a questão da nulidade do ato judicial (impedimento) e proferindo outro em sua substituição (art. 1.008, CPC), inclusive confirmando ou não a decisão judicial recorrida, aplicando-se também, sistematicamente, o procedimento do art. 64, §4º, do CPC.

Ressalte-se, ainda, que, escoado o prazo da ação rescisória, o sistema processual, para fins de segurança jurídica, estabilidade e coerência, admite a *convalidação*³⁹⁶ dos vícios do ato processual decisório que transitou em julgado, não comportando qualquer outro meio de impugnação de rescindibilidade. O que extingue o defeito.

Contudo, o sistema processual admite que na impugnação à execução no cumprimento de sentença, a parte possa alegar um vício que ultrapassa a rescindibilidade e permanece aceso, como no caso da inexistência ou nulidade de citação no processo de conhecimento (art. 525, §1º, I, e art. 535, I, no caso da Fazenda Pública, ambos do CPC),³⁹⁷

³⁹² “Art. 64. A incompetência, absoluta ou relativa, será alegada como questão preliminar de contestação. [...] § 4º Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente.”.

³⁹³ “Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;”.

³⁹⁴ “A sentença é impugnável pela ação rescisória quando a infração, que era sanável, não se *apagou*. Mas aí estamos em terreno tautológico: se a infração era sanável e não se *apagou*, então foi a lei que determinou isso, permitindo, na espécie, a ação rescisória”. (MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo VI (arts. 476-495). São Paulo: Forense, 1975, p. 256).

³⁹⁵ “Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. [...] § 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando: I - reformar sentença fundada no art. 485; II - decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir; III - constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo; IV - decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação.”

³⁹⁶ “A sentença proferida pelo juiz que era suspeito não é nula, nem rescindível; a sentença proferida pelo juiz que era impedido é eivada de rescindibilidade, sanável pela preclusão da pretensão à rescisão”. (MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo VI (arts. 476-495). São Paulo: Forense, 1975, p. 274).

³⁹⁷ “Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação. § 1º Na impugnação, o executado poderá alegar: I - falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia; / Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos

ou através da ação anulatória autônoma, o que somente tem o condão de anular todos os atos processuais até o momento que a parte deveria ser citada, para que este ato aconteça validamente e o processo siga o seu normal trâmite.

Ou seja, contrariando o que normalmente se diz, ao nosso sentir, não é uma questão insanável, pelo contrário, mostra-se uma questão sanável a qualquer tempo, é possível a sua correção a qualquer momento, inclusive após o trânsito em julgado.

Por tudo isso, verificamos que não encontra respaldo dogmático adequado defendido como conteúdo essencial da ordem pública no processo civil, a questão insanável ou inderrogável, como defende a autora e os autores antecedentes.

Desta forma, resta-nos constatar que há uma necessidade premente de uma nova dogmática da ordem pública no processo civil, porque, nos moldes que os doutrinadores vêm defendendo a compreensão deste fenômeno, podemos concluir que no processo civil não existe este “estado de coisas” insanável, inderrogável e indisponível, quiçá nunca tenha existido e agora é que começamos a nos dar conta disso.

Outrossim, identificamos uma contradição na obra de Trícia Navarro, quando da sua análise dos requisitos de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, destacando a autora que são questões de ordem pública processual,³⁹⁸ o que se mostra antagônico com a sua conclusão e a própria noção de ordem pública proposta por ela, pois há possibilidade de disposição das partes e mesmo correção dos requisitos de forma geral (art. 932, parágrafo único, do CPC),³⁹⁹ inclusive especificamente no âmbito dos Tribunais Superiores (art. 1.032 e art. 1.033, do CPC),⁴⁰⁰ o que foi constatado pela própria autora.⁴⁰¹

próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir: I - falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia;”.

³⁹⁸ “Denota-se, pois, que a interposição de recurso especial ou extraordinário demanda, além do atendimento dos requisitos de admissibilidade gerais, o cumprimento de certas exigências específicas para o seu conhecimento, ensejando um filtro recursal bem mais complexo, que se tem chamado de jurisprudência defensiva. De qualquer modo, os requisitos de admissibilidade são considerados questões de ordem pública, autorizando o seu conhecimento de ofício pelo magistrado”. (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Ordem Pública Processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 393).

³⁹⁹ “Art. 932. Incumbe ao relator: [...] Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível”.

⁴⁰⁰ “Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional. / Art. 1.033. Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial”.

⁴⁰¹ “Ademais, pelo novo Código, o relator do recurso especial, caso entendesse se tratar de questão constitucional, estaria autorizado a aplicar a fungibilidade recursal, concedendo prazo para que o recorrente adequasse às exigências do recurso extraordinário, o que, se cumprido, enseja a remessa do recurso ao STF. Do mesmo modo, se um recurso extraordinário o relator considerar que o caso envolve a revisão de lei federal ou de

Assim, não há de se falar em ordem pública processual destes requisitos de admissibilidade, nos termos defendidos pela autora.

Por essa razão, ao contrário do que constata Trícia Navarro,⁴⁰² defendemos que se faz necessária uma possível redefinição terminológica do que se deve compreender por ordem pública no processo civil brasileiro, sendo este o objetivo e a tese, propriamente dita, desta pesquisa.

Como dito inicialmente, é importante frisar que o estudo de Trícia Navarro contribui bastante com nossa tese, pois traça questões relevantíssimas quanto à necessidade de uma nova dogmática da ordem pública processual, defendida em nossa tese, bem como faz uma análise bastante importante da doutrina processual estrangeira.⁴⁰³ No entanto, em que pese a publicação de sua tese tenha ocorrido em 2015, a análise do sistema processual português foi realizada tendo como base o CPC de 1961 e não o novo CPC português de 2013.

Portanto, como bem ressalta a Trícia Navarro, a compreensão da ordem pública processual contemporânea, tem que servir à segurança jurídica, à confiança e ao processo justo, sendo processo justo o que possibilita às partes regularizarem, superarem os vícios processuais, para que se dê oportunidade de se discutir analiticamente o direito debatido na demanda. Talvez este seja o verdadeiro objetivo das normas processuais.

4.1.4 Antonio do Passo Cabral

O autor, em sua tese de livre-docência, escreve um tópico dedicado à ordem pública, ao tratar dos possíveis critérios de limitação das convenções processuais.⁴⁰⁴ Em que pese não seja um estudo específico sobre as questões de ordem pública no processo civil, como vimos até o momento, merece a nossa análise pela qualidade de informações e

tratado e apenas como reflexa a ofensa à Constituição, também poderá remetê-lo ao STJ para processamento e julgamento”. (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Ordem Pública Processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 394).

⁴⁰² “Quanto à denominação – ‘questões de ordem pública’ –, não se mostra produtor discutir ou tentar estabelecer outro título para uma cultura processual já consolidada. Poder-se-ia até, por exemplo, sugerir que as hipóteses fossem tratadas como ‘questões de interesse público’, ‘questões de ordem’ ou outro rótulo similar, mas seria gastar energia científica com aspectos superficiais do tema”. (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Ordem Pública Processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 126).

⁴⁰³ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Ordem Pública Processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 313-353.

⁴⁰⁴ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016.

provocações sobre a expressão ordem pública de uma forma geral, realizando um instigante contraponto aos institutos basilares da dinâmica processual contemporânea.

O tópico da tese de Antonio Cabral intitulado “a insuficiência do parâmetro da ‘ordem pública’”,⁴⁰⁵ ao rechaçar a ordem pública e suas derivações como forma de limitação das convenções processuais, dá uma grande contribuição ao nosso estudo, pois traz vários questionamentos às matérias que envolvem a temática da ordem pública, dentre as quais já nos indagávamos ao iniciar a nossa pesquisa quando no ingresso no doutoramento da Universidade Federal de Pernambuco, em 2014.

Além de todas as questões que já discutimos até aqui, como a problemática da ligação do conteúdo de ordem pública ao de interesse público e Direito Público, a possibilidade de preclusão, renúncia, convalidação, convenção e sanação das questões ditas de ordem pública etc., um dos apontamentos relevantes que o autor nos apresenta, e que é um dos objetivos desta tese, é a análise também dos pressupostos processuais com a possibilidade de convenção,⁴⁰⁶ renúncia e sanação, em contraponto ao que parte da doutrina processual tradicional vem defendendo, como podemos verificar na análise das obras de Ricardo Aprigliano, Gisele Góes e Trícia Navarro.

Contudo, ressalte-se que o total descrédito do autor em relação aos conteúdos de ordem pública apresentados atualmente pela doutrina, faz com que, em sua tese, ele abandone por completo estas compreensões como um possível critério de limitação dos negócios jurídicos processuais, o que, de certa forma, mostra-se justificável devido a celeuma dogmática que giram em torno do assunto, mas não nos parece salutar.

O que somente fortalece e justifica o objetivo desta tese, ao estabelecer uma nova dogmática da compreensão de ordem pública no processo civil contemporâneo.

No nosso entender, os institutos devem ser aprimorados, remodelados e não totalmente descartados. Assim, estudar este fenômeno e estabelecer uma estrutura dogmática contemporânea mais clara de seus conteúdos, talvez minimize este discurso de total abandono da compreensão de ordem pública no processo civil, ainda que se quebre o paradigma ordem pública e se estabeleça outra terminologia e compreensão deste fenômeno.

Até porque, o próprio autor constata e admite a limitação de convenção processual advinda de regras jurídicas processuais, o qual denomina como limitações derivadas de

⁴⁰⁵ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, 306.

⁴⁰⁶ “Não é viável genericamente afirmar que questões referentes aos pressupostos processuais não podem ser objeto de acordo. Trata-se de um raciocínio ainda fruto da concepção hiperpublicista de que todas ou a maior parte das normas processuais são inderrogáveis, decorrendo daí que a ordem pública eliminaria a autonomia da vontade.” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 313).

“reserva de lei”.⁴⁰⁷ O que, ao nosso entender, pode ser extraído dos conteúdos ditos cogente e imperativo, com um olhar contemporâneo das normas constitucionais⁴⁰⁸ e como forma de garantir a segurança jurídica e, conseqüentemente, a estabilidade, coerência e integridade do ordenamento jurídico processual.

Desta forma, se as partes não podem estabelecer novos recursos além do que a norma processual comina taxativamente (art. 994, do CPC), somente mostra que estas regras possuem uma margem de rigidez e imperatividade não afeta à convenção das partes.

Assim, de certa forma, encontra um lugar comum às percepções de ordem pública, em que pese elas possam renunciar ao direito de interpor os recursos previstos ou até mesmo convencionar os prazos recursais (art. 190, do CPC). Por isso, defendemos a nomenclatura norma rígida, conforme sustentamos no início e faremos os enfrentamentos nos próximos capítulos.

Então, há normas de conteúdo rígido e que geram situações jurídicas agudas, contudo não se coadunam com a compreensão dogmática de ordem pública quanto à total indisponibilidade, à inderrogabilidade e à insanabilidade.

Por este motivo, faz-se premente deixar mais clara a estrutura dogmática do que se entende como conteúdo de ordem pública no processo civil brasileiro da contemporaneidade, e não simplesmente descartar esta compreensão jurídica tão antiga e necessária ao ordenamento jurídico.

⁴⁰⁷ “Um primeiro limite à convencionalidade são hipóteses em que o ordenamento estabelece reserva de lei para a norma processual. Nestes espaços, a vontade das partes não lhes autoriza, por acordo, criar uma regra que pudesse derrogar a norma legal. Assim, por exemplo seria inválida convenção para criar recurso não previsto em lei, porque a previsão de tipos recursais deve estar prevista em regra legal. Também não seria possível alterar o cabimento dos recursos (ampliar o rol do art. 1.015 do CPC para as decisões interlocutórias agraváveis ou afirmar que alguma daquelas decisões seria apelável).” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 316).

⁴⁰⁸ “Este é o primeiro CPC editado sob a vigência da CF/88, inserindo-se no contexto do Estado Constitucional, que é, a um só tempo, Estado de direito e Estado democrático. O Estado de direito impõe observância aos princípios da legalidade, isonomia e segurança jurídica. O Estado democrático funda-se na liberdade e na participação. Esses são os fundamentos do CPC, que justificam várias normas nele contidas.” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *In* **Comentários ao Código de Processo Civil**. Organizadores: Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 28).

4.1.5 Será a ordem pública processual uma situação de “tû-tû”?

Como visto, a doutrina processual de vanguarda⁴⁰⁹ e a contemporânea brasileira, ao associar a ideia de ordem pública à valores abstratos, como “vontade coletiva”, “estado de coisas”, “razão pública”, “transcendentes às esferas individuais”, acaba por identificar a ordem pública processual com uma situação de “tû-tû”, descrita por Alf Ross.⁴¹⁰

Uma expressão que não comporta significado específico, ou melhor, uma expressão que pode servir para fundamentar várias suposições e hipóteses, encontrando-se em um campo da mera imaginação, da ilusão de quem a aplica, podendo, inclusive, produzir vários resultados distintos, bastando a vontade do sujeito (intérprete) para isso.

Justificamos e explicamos.

Em nada muda quanto às suas consequências jurídico-processuais, se dissermos ou não que o impedimento do juiz, por exemplo, seria uma questão de ordem pública processual que pode, em determinado momento, ser apreciada de ofício e a qualquer tempo (caso não tenha sido apreciada, não estará sujeito à preclusão); pode gerar nulidade do ato decisório (caso não seja ratificada pelo juízo competente); é uma hipótese de cabimento da ação rescisória (art. 966, II, do CPC); e, pode ocorrer a *convalidação* com o trânsito em julgado (caso ultrapasse o prazo da ação rescisória, não comportando mais qualquer medida processual).

Assim, percebemos que, independentemente de gravarmos o impedimento do magistrado como sendo um “tû-tû” processual (ordem pública processual) ou não, estes serão os possíveis acontecimentos e consequências jurídicas admitidas pelo sistema processual

⁴⁰⁹ “Ordem pública é o conjunto de valores, princípio e normas transcendentais às esferas individuais de direitos, cuja observância interessa à sociedade como um todo ou às instituições do Estado, que a corporifica (*interest rei publicae*). Normas cujo conteúdo diga respeito à preservação desses valores são, por essa mesma razão, dotadas de imperatividade absoluta, ou seja, são *cogentes*”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. I. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 137-138).

⁴¹⁰ “Nas ilhas Oasuli, no Pacífico Sul, habita a tribo Aisat-naf, considerada por todos como um dos povos mais primitivos hoje existentes no mundo. Sua civilização foi recentemente descrita pelo antropólogo Ilírio Meugin, de cujo relato foi extraído o que segue. Essa tribo, de acordo com Meugin, acredita que se um determinado tabu é violado – por exemplo, se um homem encontra-se com sua sogra, ou se mata um animal totêmico, ou se alguém ingere alimento preparado pelo chefe – surge o que é denominado ‘tû-tû’. Os membros da tribo dizem, ademais, que quem comete a infração se investe de ‘tû-tû’. É muito difícil explicar o que significa isso. Talvez o mais próximo de uma explicação seja dizer que ‘tû-tû’ é concebido como uma espécie de força ou estigma perigoso que recai sobre o culpado e ameaça toda a comunidade com o desastre. Por esse motivo, uma pessoa que esteja em ‘tû-tû’ tem que ser submetida a uma cerimônia especial de purificação. É óbvio que a tribo Aisat-naf vive na mais obscura superstição. ‘Tû-tû’ não é nada, supõe-se, ou uma palavra desprovida de qualquer significado. As situações anteriormente mencionadas de violação do tabu decerto dão origem a diversos efeitos naturais, tais como o sentimento de terror, porém, evidentemente, não são esses fenômenos, nem algum outro demonstrável, o que se designa com a expressão ‘tû-tû’. O discurso acerca de ‘tû-tû’ é puramente destituído de sentido”. (ROSS, Alf. **Tû-Tû**. trad. Edson L. M. Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 13-15).

contemporâneo. Ou seja, se mudarmos a expressão ordem pública e dissermos que o impedimento do magistrado deixa o processo em uma situação de “tû-tû”, nada muda, tanto teoricamente como pragmaticamente, e as consequências jurídicas ocorrerão, independente do título ou nomenclatura que se dê a este fenômeno processual do impedimento do juiz.

Ademais, por todas estas consequências admitidas pelo sistema processual, não se mostraria adequado o entendimento doutrinário de que a ordem pública é insuperável, intransmissível e indisponível, quiçá nunca tenha sido, mas nós começamos a nos darmos conta disso atualmente.

Por essa razão, constata-se que essa expansão conceitual e a carga argumentativa da expressão ordem pública, na verdade, somente encontra guarida e aplicação do ponto de vista jurídico, quando associada às situações jurídicas geradas por determinadas normas jurídicas, caso não seja assim, a ordem pública somente fique para a história como uma coisa que aterrorizou os juristas, mas nunca se soube o que é, e se realmente existe ou se é uma mera ficção jurídica.

Por exemplo, quando não se aplica uma norma estrangeira por violação à ordem pública, na verdade, o intérprete está identificando que há uma norma jurídica interna contrária ou de conteúdo diverso da norma alienígena que se pretende aplicar no ordenamento jurídico pátrio. Pois, a antinomia ou violação se dá em face das normas jurídicas postas em um ordenamento e não em face de um ideal axiológico e metafísico que eu possa intitular de “tû-tû”, “estado de coisas”, “razão pública”, “transcendentes às esferas individuais” ou “ordem pública processual”.

No processo civil brasileiro, a doutrina vem identificando um comando normativo e atribuindo a ele o título de “tû-tû” processual (questão de ordem pública processual), a maioria das vezes por refletir determinados vícios relevantes ao regular e válido andamento processual (órgão investido de jurisdição; impedimentos do magistrado; ilegitimidade; interesse; ausência de citação; nulidades etc.), sem se questionar da necessidade ou não de tal titulação e como adequar dogmaticamente as assertivas quanto à irrenunciabilidade e inderrogabilidade.

Desta forma, em que pese, em certos casos, o estigma do “tû-tû” ou da ordem pública possa ser suprimido, para não gerar comportamentos irracionais e ideológicos, como bem identifica Alf Ross ao discutir a ideia de direito subjetivo,⁴¹¹ em outros casos possa se

⁴¹¹ ROSS, Alf. **Tû-Tû**. trad. Edson L. M. Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 18 e 28.

mostrar pragmaticamente necessária, no sentido de que em determinada atuação exista uma possível violação ou desordem no sistema jurídico, como uma espécie de *senso comum*.⁴¹²

Nesse contexto, talvez a terminologia do tipo “tû-tû” (ordem pública) ainda se faça útil ao ordenamento jurídico contemporâneo, seja porque possua uma referência semântica,⁴¹³ ainda que não possua um determinado significado, seja por sua historicidade ou pela ligação de seu conteúdo com a noção de que existem certos limites de atuação dos sujeitos participantes do processo civil, inclusive dos entes estatais.

Ademais, não se pretende com esta tese abolir a expressão ordem pública do ordenamento pátrio, justificando-se em certa medida sua permanência por também ser aplicada popularmente (*senso comum*) com a referência semântica de ordem jurídica (conjunto de normas jurídicas), ordem social, paz social, soberania estatal etc., devendo o interlocutor, ao exprimir a referida expressão, identificar em que sentido está utilizando a ideia de ordem pública, sob pena de cair em tautologia, como vem se mostrando a doutrina processual civil contemporânea.

Desta forma, o escopo principal desta tese é o de simplificação, revigoração e adequação sistemática do que a doutrina vem sustentando como matérias de ordem pública no âmbito processual, estabelecendo uma nova dogmática de sua estruturação, enquadrando-a ao

⁴¹² “Nos escritos clássicos latinos, essa expressão tem o significado de costume, gosto, modo comum de viver ou de falar. Nesse sentido, Cícero adverte que no orador é falta grave ‘abominar o gênero vulgar do discurso e o costume do senso comum’ (*De or.*, I, 3, 12; cf. 2, 16, 68), e Sêneca afirma que ‘a filosofia visa a desenvolver o senso comum’ (*Ep.*, 5, 4; cf. 105, 3). Vico expressava numa fórmula lapidar o pensamento tradicional dos autores latinos ao afirmar: ‘O senso comum é um juízo sem reflexão, comumente sentido por uma ordem, todo um povo, toda uma nação, ou por todo o gênero humano’ (Ciência nova, 1744, Dignidade 12), e ao atribuir ao senso comum a função de confirmar e determinar ‘o arbítrio humano, incertíssimo por sua própria natureza, [...] no que diz respeito às necessidades ou utilidades humanas’ (*ibid.*, Dignidade 11)”. (ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 6ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 1.038).

⁴¹³ “Todavia, o que é notável, conforme o relato de Meugnin, é que parece que essa palavra, a despeito de sua carência de significado, possui uma função a ser cumprida na linguagem cotidiana do povo. Os enunciados que incluem a palavra ‘tû-tû’ se afiguram capazes de preencher as duas principais funções de toda linguagem: prescrever e descrever, ou, para ser mais explícito, expressar ordens ou regras e fazer afirmações sobre fatos. Se digo, em três idiomas diferentes, ‘meu pai morreu’, ‘Mein Vater ist gestorben’ e ‘Mon père est mort’, temos três frases diferentes, mas uma única afirmação. Apesar de suas diferentes formas linguísticas, as três frases referem-se a um único e mesmo estado de coisas (o fato de que meu pai morreu), e este estado de coisas é afirmado como existente na realidade, diferentemente de algo meramente imaginado. O estado de coisas ao qual uma frase se refere chama-se ‘referência semântica’. Pode ser definido, com maior precisão, como o estado de coisas que se relaciona de tal modo com a afirmação que, se supusermos que o primeiro efetivamente existe, então consideramos ser verdadeira a segunda. A referência semântica de uma proposição dependerá dos usos linguísticos que prevalecem na comunidade”. (ROSS, Alf. **Tû-Tû**. trad. Edson L. M. Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 15-16)

novo momento constitucional do processo civil brasileiro, senão a ordem pública processual, *essa desconhecida*,⁴¹⁴ “em si não significa nem mais nem menos que ‘tû-tû’”.⁴¹⁵

4.2 Processo civil estrangeiro e ordem pública processual

Atualmente, devido ao momento dogmático do direito, de um modo geral, com grande reflexo das cartas e normativos internacionais, das normas constitucionais e dos direitos fundamentais,⁴¹⁶ ganha relevância o colóquio entre os sistemas jurídicos de outros países, em um estudo comparado do direito, seja para justificar as fontes de determinados institutos jurídicos ou mesmo analisá-los criticamente.

Esclarecemos que se busca com esse tópico é a identificação nos sistemas processuais estrangeiros, de pontos que a doutrina brasileira trata como questões de ordem pública processual, realizando uma comparação de cultura e direitos ou direito comparado.⁴¹⁷

Desta forma, como a compreensão da ordem pública tem raízes romanas, bem como as línguas Portuguesa, Italiana, Francesa e Espanhola, originarem-se do latim romano,⁴¹⁸ justificamos a escolha destes quatro ordenamentos jurídicos como forma de comparar com o direito processual brasileiro.

Outrossim, pela importância e em face da grande influência destes ordenamentos no nosso sistema processual, não deixando de reconhecer a enorme contribuição dos sistemas Alemão, Inglês e Norte Americano,⁴¹⁹ os quais também servem de fonte para a construção da nossa compreensão jurídico-processual contemporânea. Ressaltando-se que, pontualmente,

⁴¹⁴ Parafraseando o aposto utilizado por Fredie Didier Jr., em DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Salvador: Juspodivm, 2012.

⁴¹⁵ ROSS, Alf. **Tû-Tû**. trad. Edson L. M. Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 54.

⁴¹⁶ “Em tempos recentes, com o surgimento de vários problemas transnacionais e internacionais, cada vez mais numerosos, e com a facilidade de conhecimento das leis, decisões, doutrina e outros dados jurídicos de sistemas estrangeiros, o tráfego de institutos e o diálogo entre países torna-se ainda mais comum, sobretudo no que toca à organização do Estado e problemas de direitos fundamentais”. (MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. 2ª edição. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 56).

⁴¹⁷ Apesar da celeuma e divergência doutrinária quanto à nomenclatura deste ramo do conhecimento, Ivo Dantas se posiciona asseverando que “o *Direito Comparado* é ramo do conhecimento sobre o *processo* (= ordenamento jurídico), não vemos nenhum inconveniente no uso da expressão, a qual equivale, em essência, ao que os alemães chamam de *Rechtsvergleichung*, e que podemos traduzir como ‘*comparação de direitos*’”. (DANTAS, Ivo. **Novo Direito Constitucional Comparado**. 3ª Ed. revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2010, p. 105-106).

⁴¹⁸ BRITO, Ana Maria. [et. al.]. **Gramática comparativa Houaiss – quatro línguas românicas**: português, espanhol, italiano e francês. São Paulo: Publifolha, 2013, p. 25.

⁴¹⁹ MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. 2ª edição. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 58.

em determinadas passagens desta tese estes sistemas também são discutidos, como vem se fazendo desde o início.

Ademais, ressaltar-se, por oportuno, que a doutrina estrangeira possui a cultura de associar a ideia de ordem pública no processo às questões processuais que o juiz pode suscitar de ofício,⁴²⁰ em face de certo interesse público presente na norma jurídica processual,⁴²¹ o que ensinaria um controle de questões processuais por parte dos magistrados. Assim, os sistemas estrangeiros aqui estudados, não se referem à ordem pública no processo civil, mas apenas às questões de interesse público, passíveis de cognição de ofício pelos juízes.

Ressaltamos, por oportuno, que o sistema processual Francês, como veremos, não trata de uma ordem pública, em si, no processo. Somente destaca que os sujeitos do processo civil possuem, principalmente o magistrado, o dever de preservar a percepção de ordem pública no processo, o que reflete, na verdade, a preservação do interesse público, do ordenamento jurídico e da lei.⁴²²

Acreditamos que, por esse motivo, alguns doutrinadores brasileiros de vanguarda⁴²³ passaram a replicar essa cultura quanto às bases processuais, sem grandes

⁴²⁰ “Por sua vez, a expressão ‘ordem pública’ não é tão popular para designar o controle judicial sobre a regularidade do processo, sendo que as questões de interesse público são normalmente identificadas como as que são cognoscíveis de ofício pelo juiz, ou seja, são atreladas ao regime jurídico, e não ao conteúdo”. (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Ordem Pública Processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 313-314).

⁴²¹ O n.º 3, do art. 288, citado no referido julgado, corresponde ao atual n.º 3, do art. 278 do CPC português, o qual prevê a possibilidade de superação da questão formal em detrimento do julgamento de mérito. “**Jurisprudência**. RL 24-10-2013/278361/10.6YIPRT.L1-2 ONDINA DOS CARMO ALVES: ‘Estando em causa um pressuposto que visa a protecção directa de um interesse público – pressuposto processual não dispensável – a sua falta torna inadmissível o conhecimento do mérito da acção, o que impede a aplicação do n.º 3 do art. 288’”. (PINTO, Rui Gonçalves. **Notas ao Código de Processo Civil**. 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 177).

⁴²² “O primeiro desafio para um juiz confrontado com a ordem pública é abordá-la como faz para todos os conceitos que ele deve conhecer e aplicar, que é uma palavra a dizer com o devido respeito à lei ele escolheu para ser um servo. Isto não exclui leitura política ou até mesmo filosófica da ordem pública, mas estamos falando juiz cuja legitimidade é principalmente em sua relação com a lei.” – Tradução livre, vide texto original: “Le premier enjeu pour un juge confronté à l’ordre public est de l’aborder comme il le fait pour tous les concepts qu’il doit connaître et appliquer, c’est-à-dire avec le respect qu’il doit à la loi dont il a choisi d’être le serviteur. Ceci n’exclut nullement une lecture politique ou même philosophique de l’ordre public, mais nous parlons ici du juge dont la légitimité est avant tout dans son rapport à la loi”. (CHARPENEL, Yves. **L’ordre public judiciaire: La laque et le vernis**. Collection Ordre Public. Paris: Economica, 2014, p. 17).

⁴²³ “O conjunto das condições de seguimento de qualquer recurso representa matéria de ordem pública. É lícito, por conseguinte, o conhecimento das condições, *ex officio*, pelo órgão judiciário, a qualquer tempo (art. 485, §3º). Significa que o recorrido não precisará invocar o motivo da inadmissibilidade em sua resposta ao recurso. No entanto, aplicar-se-á o art. 10, exigindo que o relator abra a oportunidade para o debate, ensejando ao recorrente a sanear o vício ou contestar sua existência (art. 932, parágrafo único)”. (ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. 8ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 150). “Às vezes a exigência de determinada forma do ato jurídico visa a preservar interesses da ordem pública no processo e por isso quer o direito que o próprio juiz seja o primeiro guardião de sua observância. Trata-se, aqui, da *nulidade absoluta*, que por isso mesmo pode e deve ser decretada de-ofício, independentemente de provocação da parte interessada”. (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo [et. al.]. **Teoria Geral do Processo**. 26º Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 373). “Existem gravíssimas razões de ordem pública que devem *necessariamente* influir sobre a vida do processo, determinando-lhe até mesmo a extinção em alguns casos, as quais não ficam

questionamentos. O que acabou por influenciar os processualistas contemporâneos⁴²⁴ a crerem que todas as matérias que poderiam ser suscitadas de ofício pelos magistrados seriam de ordem pública, em face da presença de determinado interesse público, o que, como vimos nas linhas anteriores não é bem assim.

Como a doutrina processual brasileira costuma ligar a ordem pública, de um modo geral, às questões quanto aos pressupostos processuais da ação (legitimidade e interesse), nulidades absolutas e admissibilidade recursal, para objetivar a análise comparativa dos sistemas processuais estrangeiros, somente apreciaremos como se comportam estes fenômenos no processo alienígena, sem grandes digressões mais analíticas que possam fugir ao nosso tema.

4.2.1 Processo Civil Português

Em face também de nossa colonização, o sistema processual civil português perfaz uma grande fonte de influência para a doutrina brasileira, desde as ordenações do reino, as quais iniciam o processo civil desenvolvido no Brasil,⁴²⁵ e, atualmente, com o seu novo diploma processual (Lei n.º 41/2013, de 26 de junho), o qual revogou o Código de

neutralizadas pelo puro e simples passamento do momento adequado ou pela *falta de arguição pelo réu*. Por isso, o §3º do art. 267 estabelece que *em qualquer tempo ou grau de jurisdição* será feita a verificação desses pressupostos de ordem pública, sem preclusões”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. III. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 145).

⁴²⁴ “As questões preliminares arroladas pelo legislador têm em comum o fato de constituírem questões que podem e devem ser conhecidas de ofício pelo juiz (art. 337, §5º). As questões concernentes aos pressupostos processuais, à legitimidade da parte e ao interesse processual são ainda *questões de ordem pública*, que podem ser conhecidas em qualquer tempo e grau de jurisdição, não se submetendo à preclusão”. (MARINONI, Luiz Guilherme [et. al.]. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 182). “Como são matérias de ordem pública, os pressupostos processuais podem ser alegados e examinados a qualquer tempo e grau de jurisdição, porque não acobertados pela preclusão, devendo ser examinadas *ex officio* pelo juiz ou tribunal: ‘Há matérias que, por serem de ordem pública, devem ser apreciadas *ex officio* pelo juiz, não estando sujeitas à preclusão’, dentre elas, de natureza processual, aqui destacamos as condições da ação, os pressupostos processuais, a prescrição e a decadência”. (DELLORE, Luiz [et. al.]. **Teoria Geral do Processo Contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 258-259). “Matérias de Ordem Pública – De acordo com o art. 485, §3º, o juiz conhecerá *ex officio* da matéria constante dos incs. IV (pressupostos processuais), V (perempção, litispendência e coisa julgada), VI (legitimidade e interesse) e IX (intransmissibilidade *causa mortis* da ação), em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado. Se ocorrer o trânsito em julgado sem que tenha havido o reconhecimento dessas matérias, os vícios daí advindos ao processo serão transmutados em *rescindibilidade*”. (COSTA, Eduardo José da Fonseca (arts. 485 e 486). *In* **Comentários ao Código de Processo Civil**. Coordenadores, Angélica Arruda Alvim [et al.]. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 589).

⁴²⁵ PACHECO, José da Silva. **Evolução do Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972, p. 28-30.

Processo Civil Português de 1961 (Decreto-Lei n.º 44.129, de 28 de dezembro de 1961), como forma de melhor estruturar e adequar o processo à realidade contemporânea portuguesa, bem como devido às inúmeras reformas sofridas pelo texto normativo de 1961, principalmente em 1995/96.⁴²⁶

Ratifica, o novo texto processual português, como um de seus princípios fundamentais, um modelo equitativo de processo,⁴²⁷ extraído da cláusula geral da cooperação processual (n.º 1, do art. 7º, do CPC português),⁴²⁸ o que, pela literalidade do seu texto, vê-se nitidamente a sua similaridade no texto normativo do novo CPC brasileiro ao estabelecer a cooperação processual (art. 6º, CPC brasileiro).⁴²⁹

Aliás, o Título I (art. 1º ao 9º) do CPC português, muito se assemelha ao Capítulo I (art. 1º ao 12) do CPC brasileiro de 2015, inclusive com a previsão do contraditório efetivo (n.º 3, do art. 3º, do CPC português),⁴³⁰ da isonomia entre as partes (art. 4º, do CPC português),⁴³¹ do impulso oficioso, da duração razoável e da gestão processual no n.º 1, do art. 6º, do CPC português,⁴³² bem como da boa-fé processual (art. 8º, do CPC português).⁴³³

⁴²⁶ CORREIA, João [et. al.]. **Introdução ao estudo e à aplicação do Código de Processo Civil de 2013**. Ebook. Coimbra: Almedina, 2013, (nota introdutória), p. 5.

⁴²⁷ “[...] a) é uma *cláusula geral*, que *concretiza* um novo modelo de *processo equitativo* (devido processo legal, *due process of law*) do Direito português; b) além de se tratar de um *subprincípio* do princípio do *devido processo legal*, é um subprincípio da boa-fé processual; c) *independe* de concretização por regras jurídicas específicas; d) é fonte direta de situações jurídicas ativas e passivas, típicas e atípicas, para todos os sujeitos processuais, inclusive para o órgão jurisdicional”. (DIDIER JR., Fredie. **Fundamentos do Princípio da Cooperação do Direito Processual Civil Português**. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, 2010, p. 109).

⁴²⁸ “Artigo 7º (Princípio da Cooperação) 1 – Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio”. (PINTO, Rui Gonçalves. **Notas ao Código de Processo Civil**. 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 28).

⁴²⁹ “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

⁴³⁰ “Artigo 3º (Necessidade do pedido e da contradição) [...] 3 – O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem”. (PINTO, Rui Gonçalves. **Notas ao Código de Processo Civil**. 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 16).

⁴³¹ “Artigo 4º (Igualdade das partes) O tribunal deve assegurar, ao longo de todo o processo, um estatuto de igualdade substancial das partes, designadamente no exercício de faculdades, no uso de meios de defesa e na aplicação de cominações ou de sanções processuais”. (PINTO, Rui Gonçalves. **Notas ao Código de Processo Civil**. 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 18).

⁴³² “Artigo 6º (Dever de gestão processual) 1 – Cumpre ao juiz, sem prejuízo do ónus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu andamento célere, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatório e, ouvidas as partes, adotando mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável”. (PINTO, Rui Gonçalves. **Notas ao Código de Processo Civil**. 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 26).

⁴³³ “Artigo 8º (Dever de boa-fé processual) As partes devem agir de boa-fé e observar os deveres de cooperação resultantes do preceituado no artigo anterior”. (PINTO, Rui Gonçalves. **Notas ao Código de Processo Civil**. 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 29).

Questões estas que somente demonstram a influência do normativo europeu no atual sistema processual brasileiro.

Partindo para análise das questões que a doutrina brasileira elenca como questões de ordem pública, constatamos que o CPC português tem como premissa normativa um processo civil menos formal e burocrático, com a prevalência da decisão de mérito⁴³⁴ (n.º 2, do art. 6º do CPC português)⁴³⁵ em face do excessivo formalismo, questão que também se extrai do n.º 3, do art. 278, do CPC português,⁴³⁶ inclusive refletindo o que encontramos no art. 282, §2º, do CPC brasileiro,⁴³⁷ quando o mérito favorecer a quem suscitou a declaração do ponto formal que gera nulidade.

Desta forma, verifica-se no sistema processual português, como no sistema brasileiro, a possibilidade de regularização das questões formais (requisitos ou pressupostos processuais) que possam ensejar a absolvição da instância (julgamento sem análise do mérito), inclusive de questões que a doutrina brasileira entende como de ordem pública processual, que para os portugueses seriam questões ligadas ao interesse público no processo, na qual os magistrados podem suscitar de ofício.⁴³⁸

Somente a título de esclarecimento, o julgamento sem exame do mérito do sistema brasileiro (art. 485, do CPC brasileiro), no sistema português é conhecido como absolvição de instância ou absolvição do réu da instância (art. 278, do CPC português).⁴³⁹

⁴³⁴ “O princípio da prevalência de decisão de mérito consiste, precisamente, na faculdade conferida ao juiz de, oficiosamente, diligenciar pelo afastamento de obstáculos de natureza processual, com vista a poder proferir decisão de fundo a resolver a questão de direito colocada ao tribunal. A sanação oficiosa do processo por parte do juiz visa, pois, afastar, sempre que possível, as situações de absolvição da instância, por não verificação dos seus pressupostos, e beneficiar uma apreciação do mérito”. (RODRIGUES, Fernando Pereira. **O novo processo civil: os princípios estruturantes**. Coimbra: Almedina, 2013, p. 214).

⁴³⁵ “Artigo 6º [...] 2 – O juiz providencia oficiosamente pelo suprimento da falta de pressupostos processuais suscetíveis de sanação, determinando a realização dos atos necessários à regularização da instância ou, quando a sanação dependa de ato que deva ser praticado pelas partes, convidando estas a praticá-lo”. (PINTO, Rui Gonçalves. **Notas ao Código de Processo Civil**. 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 26).

⁴³⁶ “3 – As exceções dilatórias só subsistem enquanto a respectiva falta ou irregularidade não for sanada, nos termos do n.º 2 do artigo 6º; ainda que subsistam, não tem lugar a absolvição da instância quando, destinando-se a tutelar o interesse de uma das partes, nenhum outro motivo obste, no momento da apreciação da exceção, a que se conheça do mérito da causa e a decisão deva ser integralmente favorável a essa parte”. (PINTO, Rui Gonçalves. **Notas ao Código de Processo Civil**. 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 177).

⁴³⁷ “Art. 282 [...] § 2º Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.”

⁴³⁸ O n.º 3, do art. 288, citado no referido julgado a seguir, corresponde ao atual n.º 3, do art. 278 do CPC português, o qual prevê a possibilidade de superação da questão formal em detrimento do julgamento de mérito. “**Jurisprudência**. RL 24-10-2013/278361/10.6YIPRT.L1-2 ONDINA DOS CARMO ALVES: ‘Estando em causa um pressuposto que visa a protecção directa de um interesse público – pressuposto processual não dispensável – a sua falta torna inadmissível o conhecimento do mérito da acção, o que impede a aplicação do n.º 3 do art. 288’”. (PINTO, Rui Gonçalves. **Notas ao Código de Processo Civil**. 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 177).

⁴³⁹ “Artigo 278 (Casos de absolvição da instância) 1 – O juiz deve abster-se de conhecer do pedido e absolver o réu da instância: a) Quando julgue procedente a exceção de incompetência absoluta do tribunal; b) Quando anule todo o processo; c) Quando entenda que alguma das partes é destituída de personalidade judiciária ou que, sendo

Outra questão bastante interessante, e com escopo de desburocratizar o processo civil português, é o dever⁴⁴⁰ do magistrado português em adaptar e adequar o procedimento comum único aos padrões estabelecidos pela causa em discussão (art. 547, do CPC português),⁴⁴¹ com a devida audição das partes, como forma de se garantir o efetivo contraditório, um processo equitativo e justo.⁴⁴²

Destaque-se que as decisões que versam sobre a adequação formal e a gestão processual, como regra, são irrecuráveis (n.º 2, do art. 630 português),⁴⁴³ assemelhando-se aos meros despachos de expediente ou fruto do poder discricionário dos magistrados. Contudo, serão objeto de impugnação caso conflitem com os princípios da igualdade, contraditório, aquisição processual de fatos e admissibilidade de meios de prova.

Nesse contexto, de modo geral, o processo civil e a doutrina portuguesa vem caminhando, como o processo civil brasileiro, para uma mudança de cultura jurídica, tendo como escopo a garantia de um processo justo e equitativo, no sentido de garantir além da duração razoável do processo, o direito à igualdade de armas, ao contraditório efetivo, ao conhecimento prévio das questões processuais e materiais, à produção de provas, bem como “o direito a um processo orientado para a justiça material sem demasias restrições formais”.⁴⁴⁴

Assim, segundo a doutrina portuguesa,⁴⁴⁵ o novo processo civil português, na primeira instância de conhecimento, pode ser dividido em cinco etapas: a) *fase dos articulados*; b) *fase da condensação*; c) *fase da instrução*; d) *fase da discussão*; e, e) *fase do*

incapaz, não está devidamente representada ou autorizada; d) Quando considere ilegítima alguma das partes; e) Quando julgue procedente alguma outra exceção dilatória”. (PINTO, Rui Gonçalves. **Notas ao Código de Processo Civil**. 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 176).

⁴⁴⁰ “Por outro lado, realça-se o reforço de que a adequação é um dever do juiz, pelo que deixa de, na epígrafe, se lhe referir como princípio para passar a ser referido, antes, como um dever”. (FERNANDES, Elizabeth. **Um novo Código de Processo Civil?** Em busca das diferenças. Porto: Vida Económica, 2014, p. 38-39).

⁴⁴¹ “Artigo 547 (Adequação formal) O juiz deve adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo”. (PINTO, Rui Gonçalves. **Notas ao Código de Processo Civil**. 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 329).

⁴⁴² “Nesse caso, deve o juiz, ouvidas as partes, fazer no processado as alterações que melhor se ajustem ao fim do processo, determinando as adaptações necessárias. Porém, essas alterações ou adaptações determinadas pelo juiz terão sempre que respeitar outros princípios fundamentais do processo – como o do contraditório e da igualdade das partes – e daquelas formalidades cuja inobservância a lei comine com a nulidade”. (RODRIGUES, Fernando Pereira. **O novo processo civil: os princípios estruturantes**. Coimbra: Almedina, 2013, p. 96).

⁴⁴³ “Artigo 630 (*Despachos que não admitem recurso*) [...] 2 – Não é admissível recurso das decisões de simplificação ou de agilização processual, proferidas nos termos previstos no n.º 1 do art. 6º, das decisões proferidas sobre as nulidades previstas no n.º 1 do art. 195, e das decisões de adequação formal, proferidas nos termos previstos no artigo 547, salvo se contenderem com os princípios da igualdade ou do contraditório, com a aquisição processual de factos ou com a admissibilidade de meios probatórios”. (PINTO, Rui Gonçalves. **Notas ao Código de Processo Civil**. 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 407).

⁴⁴⁴ FERNANDES, Elizabeth. **Um novo Código de Processo Civil?** Em busca das diferenças. Porto: Vida Económica, 2014, p. 11.

⁴⁴⁵ FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao Processo Civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código**. 3ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 16-17.

juízo. Sendo a *fase da condensação* o principal momento para verificar e garantir a regularização do processo, em que pese haja possibilidade de verificação das questões formais desde o início com os articulados até a sentença, caso não haja o despacho saneador (n.º 2, do art. 200, do CPC português).⁴⁴⁶

Desta forma, o sistema processual português reconhece como pressupostos processuais ou *pressupostos da decisão de mérito*,⁴⁴⁷ todas as questões e atos praticados pelas partes, seja no processo ou fora dele, com a finalidade de se chegar a decisão de mérito, enxergando como pressupostos relacionados às partes (personalidade judiciária, a capacidade e representação dos procuradores, o interesse processual), às partes e ao objeto do processo (legitimidade processual), aos juízos e aos tribunais (competência), ao próprio processo (a ausência de citação, a independência e imparcialidade dos juízes, intervenção do Ministério Público etc.), e outros fenômenos que podem gerar ou não nulidades.

Estas questões podem prejudicar o andamento processual e ensejar a absolvição da instância, contudo poderão sofrer preclusão, convalidar, realizarem convenções quanto ao pedido e a causa de pedir (art. 264, do CPC português)⁴⁴⁸ ou até mesmo possibilitam às partes a renúncia da nulidade, em determinados casos (n.º 2, do art. 197, do CPC português).⁴⁴⁹

Assim, não há no sistema processual português a categorização, como a maioria da doutrina processual brasileira defende, dos requisitos/condições da ação (legitimidade e interesse), dos pressupostos processuais (capacidades, citação, competência, impedimentos do juiz etc.), das admissibilidades dos recursos e das nulidades. Ou seja, todos estes fenômenos são considerados pressupostos processuais.

⁴⁴⁶ “Artigo 200 (*Quando deve o tribunal conhecer das nulidades*) [...] 2 – As nulidades a que se referem o art. 186 e o n.º 1 do artigo 193 são apreciadas no despacho saneador, se antes o juiz as não houver apreciado; se não houver despacho saneador, pode conhecer-se delas até à sentença final”. (PINTO, Rui Gonçalves. **Notas ao Código de Processo Civil**. 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 132).

⁴⁴⁷ “Mas, para que o tribunal se possa ocupar do mérito da causa (decidindo-a ou ordenando – ou negando – a execução), é necessário que se verifiquem determinadas condições, que constituem os *pressupostos processuais*. Quando algum deles não se verifique, o ocorre uma *exceção dilatória* e o juiz profere uma sentença de *absolvição* (do réu) *da instância* (arts. 278-1 e 577), salvo se o processo deve ser remetido para outro tribunal ou a falta do pressuposto puder ser sanada (art. 278-2), ou ainda se, destinando-se a exceção dilatória a tutelar o interesse duma das partes, nenhum outro motivo obstar, no momento da sua apreciação, a que se conheça do mérito da causa e a decisão deve ser inteiramente favorável a essa parte (art. 278-3)”. (FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao Processo Civil**: conceito e princípios gerais à luz do novo código. 3ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 48-49).

⁴⁴⁸ “Artigo 264 (*Alteração do pedido e da causa de pedir por acordo*) Havendo acordo das partes, o pedido e a causa de pedir podem ser alterados ou ampliados em qualquer altura, em 1ª ou 2ª instância, salvo se a alteração ou ampliação perturbar inconvenientemente a instrução, discussão e julgamento do pleito”. (PINTO, Rui Gonçalves. **Notas ao Código de Processo Civil**. 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 163).

⁴⁴⁹ “Artigo 197 (*Quem pode invocar e a quem é vedada a arguição da nulidade*) [...] 2 – Não pode arguir a nulidade a parte que lhe deu causa ou que, expressa ou tacitamente, renunciou à arguição”. (PINTO, Rui Gonçalves. **Notas ao Código de Processo Civil**. 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 131).

Ressalte-se que, Fredie Didier Junior,⁴⁵⁰ defende o entendimento de que, como o novo sistema processual brasileiro não faz a referida categorização, todos estes fenômenos devem ser tratados como pressupostos processuais, não persistindo mais a categoria “condição da ação” e “carência de ação”, entendimento o qual nos filiamos.

Outrossim, no sistema processual português não há questões discutidas como ordem pública processual, mas somente ligadas ao interesse público e que são passíveis de conhecimento de ofício pelo magistrado, porém com as consequências jurídicas pré-definidas pelo sistema processual.

Ademais, o novo texto processual português, como o sistema processual brasileiro, possibilita aos juízes suscitarem questões processuais de ofício e, algumas, a qualquer tempo no processo, dentre as quais podemos destacar a inaptidão da petição inicial, a nulidade da citação do réu, o erro na forma do processo e a ausência de intervenção do Ministério Público (art. 196 c/c n.º 2, do art. 198 e n.º 1, do art. 200, do CPC português).⁴⁵¹

Contudo, a expressão “a qualquer tempo” ou “em qualquer estado do processo”, deve ser vista com ressalvas, pois, o próprio texto normativo português destaca que caso a irregularidade já tenha sido apreciada e sanada, não cabe mais a sua análise, operando-se assim a preclusão.

Assim, conforme as etapas do processo no primeiro grau, o magistrado português, após a fase dos articulados, realiza o primeiro ato de saneamento (despacho pré-saneador; n.º 2, do art. 590, do CPC português),⁴⁵² garantindo a possibilidade de correção das petições e das

⁴⁵⁰ “Não há razão para o uso, pela ciência do processo brasileira, do conceito ‘condição da ação’. A *legitimidade ad causam* e o interesse de agir passarão a ser explicados com suporte no repertório teórico dos pressupostos processuais”. (DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao processo civil, parte geral e processo de conhecimento. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 346-347).

⁴⁵¹ “Artigo 196 (Nulidades de que o tribunal conhece oficiosamente) Das nulidades mencionadas nos artigos 186 e 187, na segunda parte do n.º 2 do artigo 191 e nos artigos 193 e 194 pode o tribunal conhecer oficiosamente, a não ser que devam considerar-se sanadas; das restantes só pode conhecer sobre reclamação dos interessados, salvo os casos especiais em que a lei permite o conhecimento oficioso”. “Artigo 198 (*Até quando pode ser arguidas as nulidades principais*) [...] 2 – As nulidades previstas nos artigos 187 e 194 podem ser arguidas em qualquer estado do processo, enquanto não devam considerar-se sanadas”. “Artigo 200 (*Quando deve o tribunal conhecer nulidades*) 1 – O juiz conhece das nulidades previstas no artigo 187, na segunda parte do n.º 2 do artigo 191 e no artigo 194 logo que delas se aperceba, podendo suscitá-las em qualquer estado do processo, enquanto não devam considerar-se sanadas”. (PINTO, Rui Gonçalves. **Notas ao Código de Processo Civil**. 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 131-132).

⁴⁵² “Artigo 590 (*Gestão inicial do processo*) [...] 2 – Findos os articulados, o juiz profere, sendo o caso disso, despacho pré-saneador destinado a: a) Providenciar pelo suprimimento de exceções dilatórias, nos termos do n.º 2 do artigo 6; b) Providenciar pelo aperfeiçoamento dos articulados, nos termos dos números seguintes; c) Determinar a junção de documentos com vista a permitir a apreciação de exceções dilatórias ou o conhecimento, no todo ou em parte, do mérito da causa do despacho saneador”. (PINTO, Rui Gonçalves. **Notas ao Código de Processo Civil**. 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 364).

exceções dilatórias (art. 577, do CPC português).⁴⁵³ Ressalte-se que não cabe recurso do despacho que determina que as partes corrijam os articulados (n.º 7, do art. 590, do CPC português).⁴⁵⁴

Ademais, as exceções dilatórias podem ser suscitadas de ofício pelo magistrado, ressalvadas às questões quanto à incompetência absoluta oriunda do compromisso arbitral e alguns casos de incompetência relativa (art. 578, do CPC português),⁴⁵⁵ o que somente reforça a nossa tese de que as partes podem estabelecer por convenção normas cogentes e imperativas, não sendo uma exclusividade do ente estatal, como já defendido aqui no capítulo primeiro.

Ressalte-se, ainda, que a ausência de legitimidade pode ser regularizada por provocação de uma das partes durante o andamento processual até o trânsito em julgado (n.º 1, do art. 261, do CPC português),⁴⁵⁶ estabelecendo o texto normativo português como rito o procedimento do chamamento de terceiro ao processo (art. 316 e seguintes do CPC português).

Interessante questão quanto ao compromisso arbitral, o qual pode gerar a incompetência absoluta do juízo estatal, o texto normativo processual português admite a possibilidade de fixação do acordo arbitral durante o processo, tornando o juízo estatal absolutamente incompetente, devendo, caso ocorra o referido acordo, o magistrado encaminhar os autos ao juízo arbitral (art. 280 do CPC português).⁴⁵⁷

⁴⁵³ “Artigo 577 (*Exceções dilatórias*) São dilatórias, entre outras, as exceções seguintes: a) A incompetência, quer absoluta, quer relativa, do tribunal; b) A nulidade de todo o processo; c) A falta de personalidade ou de capacidade judiciária de alguma das partes; d) A falta de autorização ou deliberação que o autor devesse obter; e) A ilegitimidade de alguma das partes; f) A coligação de autores ou réus, quando entre os pedidos não exista a conexão exigida no artigo 36; g) A pluralidade subjetiva subsidiária, fora dos casos previstos no artigo 39; h) A falta de constituição de advogado por parte do autor, nos processos a que se refere o n.º 1 do artigo 40, e a falta, insuficiência ou irregularidade de mandato judicial por parte do mandatário que propôs a ação; i) A litispendência ou o caso julgado”. (PINTO, Rui Gonçalves. **Notas ao Código de Processo Civil**. 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 356).

⁴⁵⁴ “Artigo 590 (*Gestão inicial do processo*) [...] 7 – Não cabe recurso do despacho de convite ao suprimento de irregularidades, insuficiências ou imprecisões dos articulados”. (PINTO, Rui Gonçalves. **Notas ao Código de Processo Civil**. 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 365).

⁴⁵⁵ “Artigo 578 (*Conhecimento das exceções dilatórias*) O tribunal deve conhecer oficiosamente das exceções dilatórias, salvo da incompetência absoluta decorrente da violação de pacto privativo de jurisdição ou da preterição de tribunal arbitral voluntário e da incompetência relativa nos casos não abrangidos pelo disposto no artigo 104”. (PINTO, Rui Gonçalves. **Notas ao Código de Processo Civil**. 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 356).

⁴⁵⁶ “Artigo 261 (*Modificação subjetiva pela intervenção de novas partes*) 1 – Até ao trânsito em julgado da decisão que julgue ilegítima alguma das partes por não estar em juízo determinada pessoa, pode o autor ou reconvinte chamar essa pessoa a intervir nos termos dos artigos 316 e seguintes”. (PINTO, Rui Gonçalves. **Notas ao Código de Processo Civil**. 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 162).

⁴⁵⁷ “Artigo 280 (*Compromisso arbitral*) 1 – Em qualquer estado da causa podem as partes acordar em que a decisão de toda ou parte dela seja cometida a um ou mais árbitros da sua escolha. 2 – Lavrado no processo o termo de compromisso arbitral ou junto o respectivo documento, examina-se se o compromisso é válido em atenção ao seu objeto e à qualidade das pessoas; no caso afirmativo, a instância finda e as partes são remetidas

Assim, além de questões relacionadas à competência, há interferência direta no interesse processual, bem como aos elementos da ação, causa de pedir e pedido. Em que pese o sistema processual brasileiro tenha fortalecido muito a arbitragem ao longo dos anos, não existe um correspondente normativo semelhante a este no sistema processual brasileiro.

Contudo, por não haver um impedimento legal expresso, entendemos que não existe óbice em estabelecer um compromisso arbitral após a propositura de uma ação judicial, inclusive a doutrina arbitral brasileira⁴⁵⁸ enxerga a possibilidade até o trânsito em julgado da questão.

Inclusive, podemos complementar o referido argumento, entendendo o compromisso arbitral celebrado, após o protocolo do processo judicial, como um fato superveniente, aplicando-se, por analogia, seja em primeiro grau, o art. 493, *caput*, do CPC, ou em grau de recurso, o art. 933, *caput*, do CPC. Contudo, por inequívoco, o julgamento não seria com resolução de mérito, mas sem análise do mérito com o envio dos autos ao árbitro competente (art. 485, VII, do CPC).

Quanto à competência absoluta, em que pese o direito processual português a encare como uma norma de interesse público elevado, há possibilidade de convalidação dos atos praticados pelo juízo incompetente, caso o autor requeira a remessa dos autos ao juízo competente (n.º 2, do art. 99, do CPC português),⁴⁵⁹ garantindo-se uma economia processual e duração razoável do processo.⁴⁶⁰

para o tribunal arbitral, sendo cada uma delas condenada em metade das custas, salvo acordo expresso em contrário. 3 – No tribunal arbitral não podem as partes invocar atos praticados no processo findo, a não ser aqueles de que tenham feito reserva expressa”. (PINTO, Rui Gonçalves. **Notas ao Código de Processo Civil**. 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 177-178).

⁴⁵⁸ “Há de se entender, então, que enquanto não transitar em julgado a sentença (definitiva ou terminativa) podem os litigantes celebrar livremente compromisso, devendo o juiz extinguir o processo sem julgamento de mérito. Em outras palavras, ainda que já exista julgamento em segundo grau (decisão em recurso de apelação), nada impede a celebração de compromisso, desde que ainda flua prazo recursal (ou seja, desde que não tenha o acórdão transitado em julgado), será extinto o processo, submetendo-se o litígio à decisão arbitral, ficando a critério do árbitro (ou do tribunal arbitral), como já se viu, o aproveitamento dos atos instrutórios praticados”. (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário à Lei n.º 9.307/96. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 192).

⁴⁵⁹ “Artigo 99 (*Efeito da incompetência absoluta*) [...] 2 – Se a incompetência for decretada depois de findos os articulados, podem estes aproveitar-se desde que o autor requeira, no prazo de 10 dias a contar do trânsito em julgado da decisão, a remessa do processo ao tribunal em que a ação deveria ter sido proposta, não oferecendo o réu oposição justificada”. (PINTO, Rui Gonçalves. **Notas ao Código de Processo Civil**. 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 75).

⁴⁶⁰ “Indo mais longe do que sucedia no n.º 2 do art. 102º do código revogado, que fazia de depender de acordo das partes o aproveitamento dos articulados, quando a incompetência fosse decretada depois de findos estes, o n.º 2 do art. 99º faz depender esse aproveitamento da vontade do autor, que poderá requerer, no prazo de dez dias a contar do trânsito em julgado da decisão de incompetência, a remessa do processo ao tribunal competente, o que contribuirá, por certo, para uma maior celeridade na resolução do litígio”. (CORREIA, João [et. al.]. **Introdução ao estudo e à aplicação do Código de Processo Civil de 2013**. Ebook. Coimbra: Almedina, 2013, p. 26).

Norma processual brasileira que encontra certa similitude, porém, ao nosso sentir mais progressista, perfaz a do art. 64, §4º, do CPC brasileiro, a qual garante expressamente a possibilidade de conservação dos efeitos das decisões preferidas pelo juízo incompetente (absoluta ou relativa), até que outra decisão seja proferida, caso necessário.

Outra questão interessante no sistema processual civil português, a qual a doutrina processual brasileira trata como questão de ordem pública processual, inclusive por ser objeto de ação rescisória (art. 966, II, do CPC brasileiro), perfaz o impedimento do juiz (art. 115, do CPC português).

Pois, no sistema processual civil português, em que pese a proteção da imparcialidade do magistrado advenha do próprio texto constitucional (art. 203 da Constituição da República Portuguesa),⁴⁶¹ a alegação no processo sofre com a preclusão (n.º 1, do art. 116, do CPC português),⁴⁶² além disso sequer é caso de nulidade da sentença (art. 615, do CPC português),⁴⁶³ bem como não perfaz causa de revisão da decisão transitada em julgado (art. 696, do CPC português).⁴⁶⁴

⁴⁶¹ “A independência dos tribunais pressupõe, igualmente, a exigência de os juízes ‘não serem parte’ nas questões submetidas à sua apreciação. Esta exigência de **imparcialidade** ou *terciariedade* justifica a obrigação de o juiz se considerar impedido no caso de exigir uma qualquer ligação a uma das partes litigantes”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 665).

⁴⁶² “Artigo 116 (*Dever do juiz impedido*) 1 – Quando se verifique alguma das causas previstas no artigo anterior, o juiz deve declarar-se impedido, podendo as partes requerer a declaração do impedimento até à sentença”. (PINTO, Rui Gonçalves. **Notas ao Código de Processo Civil**. 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 83).

⁴⁶³ “Artigo 615 (*Causas de nulidade da sentença*) 1 – É nula a sentença quando: a) Não contenha a assinatura do juiz; b) Não especifique os fundamentos de facto e de direito que justificam a decisão; c) Os fundamentos estejam em oposição com a decisão ou ocorra alguma ambiguidade ou obscuridade que torne a decisão ininteligível; d) O juiz deixe de pronunciar-se sobre questões que devesse apreciar ou conheça de questões de que não podia tomar conhecimento; e) O juiz condene em quantidade superior ou em objeto diverso do pedido”. (PINTO, Rui Gonçalves. **Notas ao Código de Processo Civil**. 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 392).

⁴⁶⁴ “Artigo 696 (*Fundamentos do recurso*) A decisão transitada em julgado só pode ser objeto de revisão quando: a) Outra sentença transitada em julgado tenha dado como provado que a decisão resulta de crime praticado pelo juiz no exercício das suas funções; b) Se verifique a falsidade de documento ou ato judicial, de depoimento ou das declarações de peritos ou árbitros, que possam, em qualquer dos casos, ter determinado a decisão a rever, não tendo a matéria sido objeto de discussão no processo em que foi proferida; c) Se apresente documento de que a parte não tivesse conhecimento, ou de que não tivesse podido fazer uso, no processo em que foi proferida a decisão a rever e que, por si só, seja suficiente para modificar a decisão em sentido mais favorável à parte vencida; d) Se verifique nulidade ou anulabilidade de confissão, desistência ou transação em que a decisão se fundou; e) Tendo corrido a ação e a execução à revelia, por falta absoluta de intervenção do réu, se mostre que faltou a citação ou que é nula a citação feita; f) Seja inconciliável com decisão definitiva de uma instância internacional de recurso vinculativa para o Estado Português; g) O litígio assente sobre ato simulado das partes e o tribunal não tenha feito uso do poder que lhe confere o artigo 612.º, por se não ter apercebido da fraude”. (PINTO, Rui Gonçalves. **Notas ao Código de Processo Civil**. 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 460).

Desta forma, mesmo sendo um vício extremamente grave e de relevante grau de interesse público, admite-se a preclusão, não podendo as partes, nem o magistrado, suscitar a referida questão processual após a prolação da sentença.⁴⁶⁵

Por fim, ressaltamos, por oportuno, que se considera com o trânsito em julgado no sistema processual civil português (art. 628 do CPC português),⁴⁶⁶ as decisões que não podem mais ser objeto de recurso ordinário (apelação e revista) e da reclamação, a qual tem como escopo destrancar o recurso inadmitido (n.º 1, do art. 643, do CPC português).⁴⁶⁷

4.2.2 *Processo Civil Italiano*

Fonte de grande influência para o sistema processual civil brasileiro, principalmente quando da elaboração do Código de Processo Civil de 1973,⁴⁶⁸ o processo civil italiano, em que pese bastante garantista e dogmático,⁴⁶⁹ não categoriza determinadas normas processuais como de ordem pública. Da mesma forma que no processo civil português, somente destaca como normas processuais e questões que, em face de determinado grau de interesse público, os magistrados podem suscitar de ofício⁴⁷⁰ e em determinado momento do processo.

⁴⁶⁵ “Verificada a causa do impedimento, o juiz tem o dever de se declarar impedido, mas, se não o fizer, as partes podem, até à sentença, requerer a declaração de impedimento”. (RODRIGUES, Fernando Pereira. **O novo processo civil**: os princípios estruturantes. Coimbra: Almedina, 2013, p. 204).

⁴⁶⁶ “Artigo 628 (*Noção de trânsito em julgado*) A decisão considera-se transitada em julgado logo que não seja suscetível de recurso ordinário ou de reclamação”. (PINTO, Rui Gonçalves. **Notas ao Código de Processo Civil**. 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 404).

⁴⁶⁷ “Artigo 643 (*Reclamação contra o indeferimento*) 1 – Do despacho que não admita o recurso pode o recorrente reclamar para o tribunal que seria competente para dele conhecer no prazo de 10 dias contados da notificação da decisão”. (PINTO, Rui Gonçalves. **Notas ao Código de Processo Civil**. 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 420).

⁴⁶⁸ “Serviram-lhe de paradigma os códigos da Austria, da Alemanha e de Portugal; nesses diplomas, bem como nos trabalhos preparatórios de revisão legislativa feitos na Itália, foi o legislador brasileiro buscar a soma de experiência e encontrar os altos horizontes, que a ciência pudera dilatar, a fim de construir uma sistemática de profundos resultados práticos”. (PACHECO, José da Silva. **Evolução do Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972, p. 126).

⁴⁶⁹ “Il c.p.c. del 1942 ha carattere dommatico, come del resto non poteva non essere ove si pensi che esso fu opera prevalentemente di professori universitari (Piero Calamandrei, Francesco Carnelutti, Enrico Redenti; è da ricordare però anche il contributo determinante di un magistrato, Leopoldo Conforti)”. (PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di Diritto Processuale Civile**. 3ª ed. Napoli: Jovene Editore, 1999, p. 19).

⁴⁷⁰ “No direito italiano, o Código de Processo Civil faz referência a questões que o juiz conhece de ofício, impondo ao juiz o dever de comunicar às partes todo o universo de questões que pode levar em consideração quando do julgamento”. (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem Pública e Processo**: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011, p. 108).

O atual processo civil italiano foi posto em 28 de outubro de 1940, porém, depois de um alongado período de *vacatio legis*, entrou em vigor no período da guerra, precisamente em 21 de abril de 1942. Notadamente, esse texto processual durante o seu desenvolvimento e aplicação sofreu várias alterações, as quais registramos as principais feitas em 1950, 1973, 1990, 1991, 1994 e 1995.⁴⁷¹

O Código de Processo Civil italiano é dogmaticamente dividido em quatro grandes livros, o primeiro relacionado as disposições gerais (*Disposizioni generali*), o segundo ao processo de conhecimento (*Del processo di cognizione*), o terceiro ao processo de execução (*Del processo di esecuzione*) e o quarto aos procedimentos especiais (*Dei procedimenti speciali*). O que revela a grande influência na construção do Código de Processo Civil brasileiro de 1973, destacando uma dualidade mais forte entre processo de conhecimento e execução (art. 270, do CPC de 1973).⁴⁷²

Esta estrutura dogmático-metodológica do Código italiano acaba por permitir a identificação rápida e fácil de princípios gerais, os quais, em regra, também se coadunam com atual processo civil brasileiro, dentre eles o da demanda (art. 99 – *Principio della domanda*)⁴⁷³ e do contraditório⁴⁷⁴ (art. 101 – *Principio del contraddittorio*),⁴⁷⁵ por exemplo.

Em que pese a doutrina italiana centralizar o exercício da jurisdição como função do Estado,⁴⁷⁶ marca da metodologia brasileira da *instrumentalidade do processo*,⁴⁷⁷ o

⁴⁷¹ “Importanti modifiche al testo originario sono state introdotte, con la tecnica della novellazione, dalla l. 14 luglio 1950 n. 581 e dal d.p.r. 17 ottobre 1950 n. 857 (d’ora in poi chiamati <<novella del 1950>>), dalla l. 11 agosto 1973 n. 533 relativa alle controversie individuali di lavoro e di previdenza e assistenza obbligatoria, e sono in via di introduzione tramite le leggi 26 novembre 1990 n. 353, provvedimenti urgenti per il processo civile, e 21 novembre 1991 n. 374, istitutiva del giudice di pace (leggi, queste ultime due, entrate integralmente in vigore il 30 aprile e il 1 maggio 1995, sia pure con le modifiche previste dalle leggi 633/1994 e 534/1995”. (PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di Diritto Processuale Civile**. 3ª ed. Napoli: Jovene Editore, 1999, p. 19).

⁴⁷² “Art. 270. Este Código regula o processo de conhecimento (Livro I), de execução (Livro II), cautelar (Livro III) e os procedimentos especiais (Livro IV)”.

⁴⁷³ “Art. 99 – Principio della domanda 1 – Chi vuole far valere un diritto in giudizio deve proporre domanda al giudice competente”. Consulta em 16.07.17 ao site <http://www.ipsoa.it/codici/cpc/11/t4>.

⁴⁷⁴ “L’art. 101 enuncia il principio del contraddittorio (*audiatur et altera pars*) cioè un principio fondamentale del processo civile (in via di espansione anche nel procedimento amministrativo e, per il tramite delle clausole generali della correttezza e della buona fede, nell’attività giuridica privata)”. (PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di Diritto Processuale Civile**. 3ª ed. Napoli: Jovene Editore, 1999, 217).

⁴⁷⁵ “Art. 101 – Principio del contraddittorio 1 – Il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa”. Consulta em 16.07.17 ao site <http://www.ipsoa.it/codici/cpc/11/t4>.

⁴⁷⁶ “L’<<amministrazione della giustizia>> (nozione più generale dalla quale dunque dobbiamo prender le mosse) si vede menzionata in modo esplicito nell’art. 101 ss., titolo quarto, parte seconda, della costituzione, dedicato alla magistratura. In sintesi è l’attività con cui si esplica e si attua una *funzione* típica dello Stato, denominata a sua volta *giurisdizionale*, come nell’art. 102, o *giurisdizione* (in senso funzionale, come nella rubrica della sezione seconda del titolo quarto sempre della costituzione (dal latino *iurisdictio* nel senso che noi diamo all’espressione). Inoltre di <<tutela giurisdizionale dei diritti>> parla la rubrica del titolo quarto del libro sesto del codice civile”. (REDDENTI, Enrico; VELLANI, Mario. **Diritto Processuale Civile – Nozioni e Regole Generali**. 5ª ed. Milano: Giuffrè Editore, 2000, p. 3-4).

processo civil italiano fomenta um contraditório efetivo, ainda que se trate de questão que o magistrado possa decidir de ofício (art. 101, 2),⁴⁷⁸ com determinado grau de interesse público, ao contrário do Código de Processo Civil brasileiro de 1973, o qual não tinha tal previsão, fortalecendo a ideia de ordem pública ligada ao exercício da jurisdição estatal.

Assim, como regra, o processo civil italiano fomenta a proteção contra a *decisão sorpresa*, conforme verificamos também no texto normativo do processo civil brasileiro de 2015 (art. 10).⁴⁷⁹ Aliás, está já perfaz um aspecto do Direito europeu, inclusive com o fortalecimento da perspectiva de o processo defender os direitos privados como forma de efetivação da sua *função* como de interesse público, chamado pelos ingleses de *private law enforcement*.⁴⁸⁰

O direito processual civil italiano, ainda que defenda o interesse público e a indisponibilidade na incompetência absoluta, admite a sua preclusão⁴⁸¹ caso não seja alegada pelas partes ou suscitada pelo juiz de ofício até a primeira audiência com as partes (art. 183 – *prima comparizione delle parti e trattazione della causa*), conforme disciplina o art. 38, 3, do Código de Processo Civil italiano.⁴⁸²

Além disso, o processo italiano, por influência francesa, passou a admitir a fixação do calendário processual (art. 81 – *Bis, disposizioni di attuazione del codice di procedura civile*),⁴⁸³ não como um negócio jurídico processual, em que pese a possibilidade de pedido das partes para a prorrogação do prazo fixado pelo magistrado.

⁴⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 15ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 65.

⁴⁷⁸ “Art. 101 [...] 2 – Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d’ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione”. Consulta em 16.07.17 ao site <http://www.ipsoa.it/codici/cpc/11/t4>.

⁴⁷⁹ “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

⁴⁸⁰ HESS, Burkhard; JAUERNIG, Othmar. **Manual de Derecho Procesal Civil (Zivilprozessrecht)**. 30ª ed. trad. Eduardo Roig Molés. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 38.

⁴⁸¹ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 314.

⁴⁸² “Art. 38 - Incompetenza. [...] L’incompetenza per materia, quella per valore e quella per territorio nei casi previsti dall’articolo 28 sono rilevate d’ufficio non oltre l’udienza di cui all’articolo 183”; “Per individuare ipotesi di preclusioni, basta dare uno sguardo a queste pagine; abbiamo, ad es., analizzato: a) l’art. 38, 2º”. (VERDE, Giovanni. **Diritto Processuale Civile – Parte Generale**. 3ª ed. Torino: Zanichelli Editore, 2012, p. 252).

⁴⁸³ “Art. 81 Bis – Calendario del processo. 1 – Il giudice, quando provvede sulle richieste istruttorie, sentite le parti e tenuto conto della natura, dell’urgenza e della complessità della causa, fissa, nel rispetto del principio di ragionevole durata del processo, il calendario delle udienze successive, indicando gli incumbenti che verranno in ciascuna di esse espletati, compresi quelli di cui all’articolo 189, primo comma. I termini fissati nel calendario possono essere prorogati, anche d’ufficio, quando sussistono gravi motivi sopravvenuti. La proroga deve essere richiesta dalle parti prima della scadenza dei termini. 2 – Il mancato rispetto dei termini fissati nel calendario di cui al comma precedente da parte del giudice, del difensore o del consulente tecnico d’ufficio può costituire

Desta forma, como vimos, não há uma defesa de uma ordem pública inquestionável no processo civil italiano, somente questões afetas ao interesse público e que podem ser suscitadas de ofício, no entanto, submetidas a vários fenômenos jurídicos, inclusive à preclusão.

4.2.3 Processo Civil Francês

O Direito Processual francês e o próprio *Code de Procédure Civile* (1974),⁴⁸⁴ ao longo dos anos, vem chamando a atenção dos doutrinadores brasileiros, em que pese a menção a determinados institutos processuais franceses durante o desenvolvimento dogmático do processo civil brasileiro, inclusive na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973, não era alvo de grande repercussão no Brasil.⁴⁸⁵

Atualmente a influência e expansão dos estudos do processo francês também se deve ao momento de unificação europeia,⁴⁸⁶ inclusive, a sua influência no novo texto processual civil brasileiro (2015) é latente, principalmente em relação à eficiência processual e administração da Justiça (art. 8º, do CPC brasileiro) e dos negócios jurídicos processuais (art. 190, do CPC brasileiro).⁴⁸⁷

O *Code de Procédure Civile* é bastante extenso, possuindo seis livros, o primeiro dedicado ao desenvolvimento do procedimento comum das jurisdições (*Dispositions communes à toutes les juridictions*), o segundo relacionado às questões específicas de cada grau de jurisdição (*Dispositions particulières à chaque juridiction*), o terceiro ao procedimento sobre matérias específicas do direito civil (*Dispositions particulières à certaines matières*), o quarto afeto ao procedimento arbitral (*L'arbitrage*), o quinto especificamente destinado às soluções consensuais de disputas (*La résolution amiable des*

violazione disciplinare, e può essere considerato ai fini della valutazione di professionalità e della nomina o conferma agli uffici direttivi e semidirettivi”.

⁴⁸⁴ Consultar: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716>>

⁴⁸⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Notas sobre as recentes reformas do Processo Civil Francês**. In Revista de Processo. Vol. 150/2007. Ago./2007. p. 59.

⁴⁸⁶ “L’harmonisation des règles procédurales dans l’Union européenne. Cette harmonisation est observable aussi bien en matière civile qu’en matière pénale, bien que celle-ci soit encore plus que celle-là dans la dépendance des souverainetés étatiques. En vérité, avec l’espace judiciaire européen, c’est un nouvel ordre juridique interrétatique qui se construit à partir de l’harmonisation des procédures nationales”. (CADIET, Loïc [et. al.]. **Théorie générale du procès**. 2^a édition mise à jour. Paris: Presses Universitaires de France, 2013, p. 282).

⁴⁸⁷ CADIET, Loïc. **Perspectivas sobre o sistema da Justiça Civil Francesa: seis lições brasileiras**. trad. Daniel Mitidiero e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 64;85-88.

différends), através da *médiation* e a *conciliation* (art. 1.530),⁴⁸⁸ e o sexto destinado aos territórios marinhos e ilhas (*Dispositions relatives à l'outre-mer*).

Em que pese o *Code de Procédure Civile* traga expressamente em seu texto a expressão ordem pública (*ordre public*) em vários momentos, porém todos se referem à ordem pública como forma de tutela do interesse público,⁴⁸⁹ da soberania, do ordenamento jurídico e da lei,⁴⁹⁰ também ligados aos estudos do Direito Internacional Privado, principalmente nos artigos referentes à execução da sentença arbitral, devendo o magistrado defender, no processo, a ordem pública neste aspecto.⁴⁹¹

Nesse contexto, cumpre destacar que as nulidades processuais, ainda de ditas de interesse público ou de ordem pública, não poderão ser pronunciadas no caso de a demanda estiver apta para julgamento (art. 121).⁴⁹²

Além disso, assim como no processo civil brasileiro, o processo civil francês tem por fundamento o princípio da *sanabilidade dos atos processuais defeituosos* (art. 126, 1 e 2).⁴⁹³

Outrossim, as questões quanto à incompetência apesar de serem afetas à cognição de ofício do magistrado (art. 76, 1),⁴⁹⁴ deve ser arguida pelas partes, sob pena de não apreciação pelo Tribunal, o que nos faz constatar uma hipótese de preclusão (art. 75).⁴⁹⁵

⁴⁸⁸ “Article 1530 – La médiation et la conciliation conventionnelles régies par le présent titre s'entendent, en application des articles 21 et 21-2 de la loi du 8 février 1995 susmentionnée, de tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence”.

⁴⁸⁹ “Article 423 – En dehors de ces cas, il peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci.”.

⁴⁹⁰ “Article 120 – 1. Les exceptions de nullité fondées sur l'inobservation des règles de fond relatives aux actes de procédure doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public. 2. Le juge peut relever d'office la nullité pour défaut de capacité d'ester en justice”.

⁴⁹¹ “Le magistrat judiciaire défenseur de l'ordre public [...] Cette unité du corps ne lasse pas d'étonner, voire de troubler tous les autres acteurs de l'ordre public, et il peut être utile de voir comment en exerçant des missions différentes (poursuivre ou juge) le magistrat appréhendera différemment la problématique de l'ordre public”. (CHARPENEL, Yves. **L'ordre public judiciaire: La laque et le vernis**. Collection Ordre Public. Paris: Economica, 2014, p. 73-77).

⁴⁹² “Article 121 – Dans les cas où elle est susceptible d'être couverte, la nullité ne sera pas prononcée si sa cause a disparu au moment où le juge statue”.

⁴⁹³ “Article 126 – 1. Dans le cas où la situation donnant lieu à fin de non-recevoir est susceptible d'être régularisée, l'irrecevabilité sera écartée si sa cause a disparu au moment où le juge statue. 2. Il en est de même lorsque, avant toute forclusion, la personne ayant qualité pour agir devient partie à l'instance”.

⁴⁹⁴ “Article 76 – 1. L'incompétence peut être prononcée d'office en cas de violation d'une règle de compétence d'attribution lorsque cette règle est d'ordre public ou lorsque le défendeur ne comparaît pas. Elle ne peut l'être qu'en ces cas”.

⁴⁹⁵ “Article 75 – S'il est prétendu que la juridiction saisie en première instance ou en appel est incompétente, la partie qui soulève cette exception doit, à peine d'irrecevabilité, la motiver et faire connaître dans tous les cas devant quelle juridiction elle demande que l'affaire soit portée”.

Ademais, ainda que o magistrado francês possa suscitar questões de ofício, não pode decidir sem antes oportunizar as partes o devido contraditório (art. 16, 3),⁴⁹⁶ o que também se coaduna com o texto processual brasileiro (art. 10, do CPC brasileiro).

Desta forma, nessa breve abordagem, podemos perceber que o direito processual civil francês, em que pese traga em seu texto expressamente o termo *ordre public*, ela não é encarada como uma situação absoluta, de insanabilidade ou não afeta à preclusão. Assim, o fenômeno ordem pública no processo civil francês está mais voltada às questões relacionadas a determinado grau de interesse público e às questões do ordenamento jurídico.

Como vimos no primeiro capítulo desta tese, justifica-se a expressão ordem pública nos textos normativos franceses, pois, devem-se a eles a percepção estatal⁴⁹⁷ da tradução romana do termo e disceminação deste fenômeno tão vago e volátil.

4.2.4 Processo Civil Espanhol

Com o ideal de uma Justiça mais *efetiva*, conforme a sua exposição de motivos,⁴⁹⁸ a *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000, da Espanha, direciona o seu processo à realização dos direitos de garantias fundamentais dos seus cidadãos,⁴⁹⁹ dando mais autonomia as partes e fomenta um acesso à justiça mais adequada à solução das disputas, através da conciliação (art.

⁴⁹⁶ “Article 16 [...] 3. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations”.

⁴⁹⁷ ROLAND, Sébastien. **L'Ordre Public et L'État: brèves réflexions sur la nature duale de l'ordre public.** In DUBREUIL, Charles-André (Direction). **L'ordre Public.** (Actes du colloque organisé les 15 & 16 décembre 2011 par le Centre Michel de l'Hospital de l'Université d'Auvergne (Clermont I). Paris: Éditions Cujas, 2013, p. 9-20.

⁴⁹⁸ “El derecho de todos a una tutela judicial efectiva, expresado en el apartado primero del artículo 24 de la Constitución, coincide con el anhelo y la necesidad social de una Justicia civil nueva, caracterizada precisamente por la efectividad. Justicia civil efectiva significa, por consustancial al concepto de Justicia, plenitud de garantías procesales. Pero tiene que significar, a la vez, una respuesta judicial más pronta, mucho más cercana en el tiempo a las demandas de tutela, y con mayor capacidad de transformación real de las cosas. Significa, por tanto, un conjunto de instrumentos encaminados a lograr un acortamiento del tiempo necesario para una definitiva determinación de lo jurídico en los casos concretos, es decir, sentencias menos alejadas del comienzo del proceso, medidas cautelares más asequibles y eficaces, ejecución forzosa menos gravosa para quien necesita promoverla y con más posibilidades de éxito en la satisfacción real de los derechos e intereses legítimos”. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-323-consolidado.pdf>>

⁴⁹⁹ “El punto de partida es naturalmente el propio *ciudadano*. La solución civilizada de litigios exige que el ciudadano, como primeira norma de convivencia, renuncie a tomarse la justicia por su mano. Ello supone una primera e importante restricción de su libertad individual. Pero, en este aspecto, conserva el resto de sus facultades: al ciudadano se le sigue reconociendo su capacidad de iniciativa, de actuación en interés próprio e incluso ajeno, de presencia continua en cada oportunidad, de abandono de su postura, etc. Es el usuario del sistema. En contrapartida, el resto de los poderes también acepta someterse a la disciplina del sistema, aviniéndose a usarlo al mismo nivel que él”. (MÉNDEZ, Francisco Ramos. **El Sistema Procesal Español**. 10ª ed. Barcelona: Atelier, 2016, p. 29).

415, 1),⁵⁰⁰ como questão prioritária da audiência prévia do procedimento ordinário, mediação e arbitragem (art. 19, 1).⁵⁰¹

O processo civil espanhol contém um Título Preliminar com as diretrizes de aplicação da norma processual (*De las normas procesales y su aplicación*) e é dividido em quatro livros, sendo o primeiro livro referente às disposições gerais do juízo civil (*De las disposiciones generales relativas a los juicios civiles*), o segundo livro ao procedimento comum (*De los procesos declarativos*), o terceiro livro ao processo de execução e cautelares (*De la ejecución forzosa y de las medidas cautelares*) e o quarto livro aos procedimentos especiais (*De los procesos especiales*).

Nesse contexto, o processo civil espanhol tem uma grande marca na autonomia da vontade das partes, com a possibilidade de *conservação* (art. 230)⁵⁰² dos atos processuais praticados após o ato com defeito de nulidade, ainda que comporte a possibilidade de atuação de ofício dos magistrados (art. 227, 2),⁵⁰³ principalmente em relação as questões relacionadas as nulidades e pressupostos processuais (art. 9, art. 48, art. 58 etc.),⁵⁰⁴ porém, sempre em atenção ao princípio da *sanabilidade* do processo (art. 231).⁵⁰⁵

Ademais, o processo civil espanhol admite a preclusão das nulidades, sendo vedado ao Tribunal conhecer de ofício da nulidade não devolvida pelo recurso, disciplinando o art. 227, 2, segunda parte, que “en ningún caso podrá el tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso,

⁵⁰⁰ “Artículo 415. Intento de conciliación o transacción. Sobreseimiento por desistimiento bilateral. Homologación y eficacia del acuerdo. 1. Comparecidas las partes, el tribunal declarará abierto el acto y comprobará si subsiste el litigio entre ellas. Si manifestasen haber llegado a un acuerdo o se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, podrán desistir del proceso o solicitar del tribunal que homologue lo acordado. Las partes de común acuerdo podrán también solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el apartado 4 del artículo 19, para someterse a mediación”.

⁵⁰¹ “Artículo 19. Derecho de disposición de los litigantes. Transacción y suspensión. 1. Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero”.

⁵⁰² “Artículo 230. Conservación de los actos. La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquéllos cuyo contenido hubiese permanecido invariado aún sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad”.

⁵⁰³ “Artículo 227. Declaración de nulidad y pretensiones de anulación de actuaciones procesales. [...] 2. Sin perjuicio de ello, el tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiere recaído resolución que ponga fin al proceso, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular.”.

⁵⁰⁴ “Artículo 9. Apreciación de oficio de la falta de capacidad. La falta de capacidad para ser parte y de capacidad procesal podrá ser apreciada de oficio por el tribunal en cualquier momento del proceso.; Artículo 48. Apreciación de oficio de la falta de competencia objetiva.; Artículo 58. Apreciación de oficio de la competencia territorial”.

⁵⁰⁵ “Artículo 231. Subsanación. El Tribunal y el Secretario judicial cuidarán de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes”.

salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal”.

Por fim, o fundamento do processo civil espanhol está assentado no texto constitucional (art. 24, 1),⁵⁰⁶ garantido ao cidadão uma *respuesta sobre el fondo* das pretensões deduzidas pelas partes em juízo.⁵⁰⁷

⁵⁰⁶ “Artículo 24. 1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

⁵⁰⁷ MÉNDEZ, Francisco Ramos. **El Sistema Procesal Español**. 10ª ed. Barcelona: Atelier, 2016, p. 401.

5 Remates Iniciais

Podemos perceber que os capítulos iniciais desta tese, tiveram como objetivo identificar a possível origem histórica e questionar como a percepção da ordem pública vem se desenvolvendo dogmaticamente ao longo do tempo, tanto na doutrina, legislação brasileira e estrangeira, bem como nos Tribunais Superiores pátrios.

Desta forma, constatamos, a princípio, que, segundo os estudiosos do Direito Internacional Privado, a expressão ordem pública, nasce com uma carga imperialista e absolutista muito grande, associando à ideia de sentimento de *coisa* pública, *razão* pública, associada ao Direito Público e ao interesse público marcado pelo direito imperial romano, disseminado e fomentado pelos textos normativos franceses.

Assim, por sua volatilidade e historicidade, a expressão ordem pública tem sua percepção em diversas acepções. Consistindo, em geral, como forma de distinguir a clássica divisão dos domínios públicos e privados (ordem pública e ordem privada), também como organização jurídico-social, não descartando totalmente a associação com o interesse público, porém como ordem social, paz social, ausência de guerra, bons costumes etc., bem como do ponto de vista instrumental, com um aspecto mais finalístico, no sentido de verificar qual a efetividade e utilidade para o ordenamento, não se preocupando com a sua essência propriamente dita.

Contudo, vimos que todas estas acepções além de não garantirem uma autonomia à ordem pública se vinculando ao interesse público, podem ser adequadas a certas realidades, o que não responde ao conteúdo que se defendia inicialmente.

Assim, em face de sua gênese, em que pese possua marcantes “lugares comuns” com a ideia de interesse público e Direito Público, tentou-se um corte epistemológico e o desmembramento da ordem pública das duas expressões geradoras desta, até para, pragmaticamente, tentar justificar a sua autonomia ou a sua real dependência destes seguimentos dogmáticos.

Mesmo que o desligamento total não seja possível, em face dos lugares comuns que os institutos apresentam, o recorte da associação direta aos conteúdos de interesse público e Direito Público, aparentemente o são. Por isso, em que pese determinados valores, sentimentos sociais, morais e culturais sirvam de base para as normas jurídicas, a noção de ordem pública contemporânea, ao nosso sentir, não deve ser vista como um valor, mas sim

como uma situação advinda da norma jurídica, a qual garanta aos sujeitos processuais confiança e segurança, no sentido de se obter a tão esperada integridade, estabilidade e coerência ao sistema jurídico processual.

Por óbvio que os valores extraídos de uma espécie de sentimento de ordem pública, que alguns doutrinadores defendem, não pode acabar, e é salutar que este discurso não acabe. Pois é ululante que o Direito e as normas jurídicas têm o fim de se buscar uma determinada ordem, equilíbrio e tranquilidade social.

Porém, por muitas vezes este escopo não é atingido, e essa promulgada paz social que a maioria dos autores pregam é fortemente violentada pelo próprio Direito e suas normas de conduta, o que poderia induzir a constatação de que o próprio ordenamento jurídico violaria a ordem pública, o que não se mostra salutar.

Nesse contexto, percebemos que aliar a percepção de ordem pública mais a segurança jurídica do que ao interesse público, pode ser uma maneira de minimizar determinadas situações, conforme verificaremos nos capítulos seguintes.

No âmbito jurídico este sentimento de ordem e segurança deve se traduzir por norma e não em um puro *sentimento*, vontade, razão individual ou coletiva, sob pena de se chancelar decisionismos casuísticos, e gerar insegurança, instabilidade e possíveis injustiças.

Desta forma, o direito processual civil não necessita de um ideal de valor ou um “estado de coisas” a ser seguido, como os doutrinadores examinados propagam, mas sim de normas que transpassem a segurança, a estabilidade, a coerência e a integridade sistêmica apropriada para se alcançar a sua principal finalidade na atualidade. Qual seja, um julgamento de mérito adequado, em tempo razoável, que possa ser considerado justo, no sentido de se cumprir todas as garantias constitucionais e processuais, e efetivo, entregando a cada parte o seu bem da vida, para que goze dele plenamente.

Ademais, verificamos que a noção de ordem pública deve ser encarada com os contornos do ideal doutrinário contemporâneo, marca também de sua historicidade, ponto este de consenso entre os estudiosos deste fenômeno, o qual, ao nosso sentir, firma-se na Constituição e nas normas constitucionais, como podemos constatar ao longo desses primeiros capítulos.

Outrossim, constatamos, nesta primeira parte, que as noções sobre as percepções de ordem pública processual começaram a ser questionados e possivelmente redesenhados, pois o que se entendia como insanável, inderrogável, não sendo objeto de renúncia, convalidação, preclusão e convenção das partes, vem se mostrando totalmente possível, como

vimos e veremos nos capítulos seguintes desta tese. O que já impõe uma mudança da própria nomenclatura, conteúdo e noção do que se deva entender por ordem pública no processo civil.

E, ousamos dizer que, talvez, essas características que implementaram à ordem pública, desde os primórdios de sua discussão, com os estudos dos franceses e do Direito Internacional Privado, nunca tenham existido conforme divulgado.

Nesse contexto, procuramos estabelecer algumas premissas teórico-metodológicas, modificando que a percepção de *norma cogente* para *norma rígida*, a qual está associada ao Estado Constitucional, marcado pelo desenvolvimento democrático do processo. Passando a fase do interesse público à ordem pública, da ordem pública à ordem constitucional e da norma cogente para a norma rígida.

Ademais, verificamos que, mesmo tentando atribuir à ordem pública um distanciamento das noções de interesse público e direito público, verificou-se que a percepção de ordem pública não se subsiste sozinha. Ou seja, a ordem pública não possui autonomia, muito menos uma independência, pois todas as vezes que se tentou justificar a interferência da ordem pública em determinada questão, percebemos que ela não contribuía a contento para a solução do caso. Inclusive, se retirada a expressão ordem pública dos fundamentos jurídicos e de determinados textos legais, dificilmente modificaria o resultado ou as conclusões dos casos. Constatamos e confirmamos essas assertivas nos capítulos II e III desta tese.

Mesmo que a doutrina de direito material, os textos normativos de vários ramos do direito material e as decisões judiciais dos Tribunais Superiores (STF e STJ) analisadas no segundo capítulo tentem estabelecer ou justificar a existência do valor ordem pública no sistema jurídico, não encontra a sustentação dogmática sugerida.

Ainda que o *senso comum* popular (=leigo) possa associar a violação à ordem pública ao caos social e a intranquilidade social, em inúmeras situações que possam traduzir o descontrole do Estado, o que pode exprimir uma utilidade da expressão, ainda sim, a ordem pública somente encontra guarida, nesses casos, em face das situações jurídicas de normas já postas que garantem a segurança pública, o equilíbrio das instituições estatais, a estabilidade social, econômica e financeira, e não pelo simples fato de ser um sentimento coletivo ou uma razão pública denominada ordem pública.

Na verdade, ao que parece, a ordem pública é uma forma de revigorar ou dar mais força à noção de interesse público, como se as questões ditas de ordem pública imprimissem uma carga ou maior grau de relevância dentro da perspectiva do interesse público.

De sorte que se há possibilidade de quebra da soberania nacional ou dos direitos e garantias fundamentais, há sim violação às normas constitucionais postas pelo ordenamento, e

não por exclusividade do valor ordem pública. A violação se dá em face da norma e não de um valor ou um puro sentimento.

Por esse motivo, a ideia de ordem pública não possui autonomia, não tem institutos ou compreensões próprias, servindo sempre como um soldado que tenta proteger o seu Estado (interesse público), encontrando este também, fundamento em normas jurídicas postas pelo ordenamento jurídico de cada nação e território. Assim, desde a análise dos textos normativos constitucionais até os infraconstitucionais no segundo capítulo, não encontramos o que justificasse a autonomia e independência dogmática da expressão ordem pública.

Outrossim, no terceiro capítulo, que perfaz o verdadeiro objetivo da ordem pública de nosso estudo, também demonstramos que os autores brasileiros que estudaram este fenômeno em suas teses, ao replicarem a noção de ordem pública ao processo civil (ordem pública processual), voltado à metodologia da *instrumentalidade do processo*, transmitindo um sentimento valorativo da ordem pública ao exercício da jurisdição, ainda justificando e atribuindo a sua permanência no ordenamento jurídico processual por determinadas consequências jurídicas no processo civil, o que não nos aparenta adequado.

Além disso, atribuem ao fenômeno uma percepção com base em suas consequências, cognição *a posteriori*, e não partem de sua própria gênese, em uma cognição *a priori*, o que faz cair em contradições e até admitirem uma gradação da ordem pública (questão de ordem pública processual absoluta, questão de interesse público processual e questão disponível), o que somente torna mais confusa a expressão e totalmente liga a ideia de público *versus* privado, indisponível *versus* disponível, não se adequando ao momento dogmático contemporâneo, como identificamos nas premissas fixadas no primeiro capítulo.

Assim, a doutrina processual brasileira tenta, de forma hercúlea, estabelecer um conceito ou uma compreensão de um fenômeno que não possui autonomia e independência, partindo de consequências jurídicas já postas pelo ordenamento, o que nos leva a conclusão de que a ordem pública processual ainda é uma desconhecida e que pode representar uma situação de “tû-tû”, descrita por Alf Ross ao ironizar a percepção de direito subjetivo.

Talvez, por essa razão, os sistemas processuais estrangeiros de origem romana, estudados aqui (português, italiano, francês e espanhol), não se preocupem com esse tipo de categorização das normas processuais, porque parece não contribuir ou influir nas consequências jurídicas já postas pelo ordenamento. Pelo contrário, os sistemas processuais estrangeiros destacam somente o grau de interesse público de determinadas normas processuais, as quais o próprio sistema possibilita que o magistrado possa trazer a discussão no processo sem a provocação das partes.

Porém, em que pese tal grau de interesse público, constatamos a possibilidade de preclusão de determinados casos, como a incompetência absoluta no sistema processual italiano (art. 38, 3, do CPC italiano), e a *sanabilidade dos atos processuais* no processo civil espanhol (art. 231) e no processo civil francês (art. 126, 1 e 2).

Ademais, em que pese o *Code de Procédure Civile* trazer em vários momentos literalmente a expressão ordem pública em seu texto, ela não é encarada como uma situação absoluta, de insanabilidade ou não afeta à preclusão. Ao que nos parece, somente se justifica essa menção e os vários estudos sobre o tema, em face dos franceses serem os precursores da percepção de ordem pública, extraindo dos escritos romanos, os quais a ligam com o interesse público e as questões do Estado.

Portanto, com base em todo esse caminhar da percepção de ordem pública, passaremos a enfrentar a sua perspectiva no desenvolvimento histórico-dogmático do processo civil brasileiro, fixando, no capítulo VI, a tese por uma nova dogmática do que um dia se convencionou chamar de ordem pública.

6 A ordem pública no caminhar do processo civil brasileiro

6.1 As percepções da ordem pública na história da legislação processual civil

6.1.1 Ordenações, Lei 29 de novembro de 1832, Regulamento n.º 737 de 1850 e a Lei n.º 221 de novembro de 1894

Após a independência, ainda vigoraram no território brasileiro, durante algum tempo, as Ordenações portuguesas, principalmente as Ordenações Filipinas, por determinação do próprio Dom Pedro I, até que adviessem novas legislações ou determinações do reino.⁵⁰⁸ No entanto, as Ordenações Filipinas foram utilizadas como uma base para as novas regulamentações e diretrizes procedimentais, até a unificação do primeiro Código nacional sobre Processo Civil, em 1939, o qual, em certa medida, tentou se distanciar das legislações anteriores e das Ordenações.⁵⁰⁹

Em face do caráter imperialista da época, a percepção de *ordem pública* que podia se transmitir dos conteúdos das Ordenações, perfazia a compreensão associada às *coisas do reino*, às *razões públicas* ditadas pelo reino, típicas dos fundamentos atrelados aos institutos romanos. Até porque, em face do sincretismo da época, o *direito de ação* ainda estava ligado à ideia de *direito material em movimento*.⁵¹⁰ Não havia uma distinção dogmática do direito material e do direito processual como se prega na atualidade. Vindo o direito processual a

⁵⁰⁸ Consultar a Lei de 20 de outubro de 1823, “D. Pedro I, por Graça de Deus e Unanime Acclamação dos Povos, Imperador Constitucional e Perpetuo Defensor do Brazil, a todos os nossos Fieis Subditos Saude. A Assembléa Geral Constituinte e Legislativa do Impero do Brazil tem Decretado o seguinte. A Assembléa Geral Constituinte e Legislativa do Imperio do Brazil Decreta. Art. 1º As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quaes o Brazil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que Sua Magestade Fidelissima, actual Rei de Portugal, e Algarves, se ausentou desta Côrte; e todas as que foram promulgadas daquella data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcantara, como Regente do Brazil, em quanto Reino, e como Imperador Constitucional d'elle, desde que se erigiu em Imperio, ficam em inteiro vigor na pare, em que não tiverem sido revogadas, para por ellas se regularem os negocios do interior deste Imperio, enquanto se não organizar um novo Codigo, ou não forem especialmente alteradas”.

⁵⁰⁹ “Apesar das inovações que continha e a Exposição de Motivos alardeava, o Código de Processo Civil de 1939 era bem uma herança cultural do velho sistema das Ordenações do Reino, que, com algumas depurações, havia sobrevivido nos sucessivos diplomas brasileiros, como o famoso *Regulamento 737*, do ano de 1850, a *Consolidação de Ribas*, de 1876, e os próprios Códigos estaduais”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. Tomo I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 35-36).

⁵¹⁰ “Neste panorama, ainda preso à noção de que o processo seria o direito material em movimento, o ajuizamento das ações civis era regulado pelos Livros III e IV das Ordenações Filipinas e com diplomas que regulamentaram de modo suplementar e progressivo a disciplina processual no Direito Brasileiro”. (ARAÚJO, Fabio Caldas de. **Curso de Processo Civil: parte geral**. Tomo I. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 238).

iniciar discussões quanto à sua autonomia dogmática no final do século XIX, com a clássica obra de Oskar Bülow.⁵¹¹

Ressaltamos, por oportuno, que, em 1832, foi promulgada a primeira legislação genuinamente brasileira⁵¹² que dispunha sobre a organização e atuação da *Justiça Civil* brasileira, a Lei 29 de novembro de 1832. Esta passou a disciplinar, de forma provisória, em um *Título Único*, o procedimento civil (*Disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil*). Inclusive, estabelecia a possibilidade de conciliação das partes perante um juiz de paz (*art. 1º Póde intentar-se a conciliação perante qualquer Juiz de Paz aonde o réo fôr encontrado, ainda que não seja a Freguezia do seu domicilio*). Com isso, podemos constatar que, ainda que sob um regime autoritário e imperialista, a referida Lei possibilitava a solução de determinadas disputas por composição das partes.

Todavia, não havia possibilidade de conciliação em situações que podemos identificar como de *interesse do reino* ou de *interesse público*, dispondo o art. 6º, da referida Lei, que “*nas causas, em que as partes não podem transigir, como Procuradores Publicos, Tutores, Testamenteiros; nas causas arbitraes, inventarios, e execuções; nas de simples officio do Juiz; e nas de responsabilidade; não haverá conciliação*”. Assim, percebemos que os ideais de defesa da *coisa pública*, de ordem pública *versus* ordem privada e interesse público *versus* interesse privado, faziam-se bastante presentes nesse momento histórico de desenvolvimento das normas do processo civil brasileiro, em que pese a expressão *ordem pública* não aparecesse expressamente nestes textos normativos.

Nesse contexto, a Lei 29 de novembro de 1832 parecia apontar para um procedimento de conciliação *pré-processual*, pois caso restasse infrutífera a conciliação perante o juiz de paz, o escrivão do local reduziria a termo e protocolava as declarações para iniciar o procedimento contencioso, com a designação do juízo competente (art. 7º),⁵¹³ pois a tentativa de conciliação poderia ser feita no local onde se encontrasse o réu, independentemente se o juízo do local não fosse competente para apreciar a demanda.

⁵¹¹ BÜLOW, Oskar von. **La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales**. Rodamilhas, 2016.

⁵¹² ARAÚJO, Fabio Caldas de. **Curso de Processo Civil: parte geral**. Tomo I. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 238.

⁵¹³ Consultar a Lei de 29 de novembro de 1832, “Art. 7º Nos casos de se não conciliarem as partes, fará o Escrivão uma simples declaração no requerimento para constar no Juizo contencioso, lançando-se no Protocolo, para se darem as certidões, quando sejam exigidas. Poderão logo ser as partes ahi citadas para Juizo competente que será designado, assim como a audiencia do comparecimento, e o Escrivão dará promptamente as certidões”.

Interessante que, este procedimento, em certa medida, assemelha-se ao fomentado pelo art. 24, *caput*, da Lei n.º 13.140/2015.⁵¹⁴ O que demonstra que a preocupação com a solução dos conflitos por composição das partes já vem de um bom tempo.

Ademais, outra marca evolutiva da Lei 29 de novembro de 1832, era a proposta de imprimir uma simplicidade e celeridade ao procedimento civil, com redução das formalidades e atos do procedimento.⁵¹⁵ Inclusive, com a facilitação de formação “das cartas de sentença para execução”,⁵¹⁶ prevista no artigo 16, da referida Lei.⁵¹⁷

Em que pese o regime disciplinado por essa legislação, não podemos falar em um Código de Processo Civil, até porque o foco da Lei 29 de novembro de 1832, era de regulamentar o Código de Processo Criminal da época, contendo apenas um *Título Único* e provisório, com vinte e sete artigos, sobre o exercício da *Justiça Civil*.⁵¹⁸

Em 1841, as diretrizes do procedimento civil sofreram, no nosso entendimento, um retrocesso ao serem revistas por Dom Pedro II, através dos artigos 114 ao 124, da Lei n.º 261 de 3 de dezembro de 1841.⁵¹⁹ O qual, em certa medida, externava as marcas do autoritarismo deste monarca. Chegando a impondo caráter de irrecorribilidade às sentenças dos juízos locais, sem qualquer possibilidade de rediscussão.⁵²⁰ Elevando-se as coisas de interesse público ou do reino ao grau agudo de superioridade em face interesse dos súditos.

Logo mais, em razão do volume e do fomento das negociações comerciais da época,⁵²¹ principalmente da exportação do café,⁵²² sentiu-se a necessidade de regulamentações

⁵¹⁴ “Art. 24. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição”.

⁵¹⁵ Consultar a Lei de 29 de novembro de 1832, “Art. 14. Ficam revogadas as Leis, que permittiam ás partes replicas, e treplicas e embargos antes da sentença final, excepto aquelles, que nas causas summarias servem de contestação da acção. Os agravos de petição, e instrumentos ficam reduzidos a agravos do auto do processo: delles conhece o Juiz de Direito, sendo interpostos do Juiz Municipal, e a Relação, sendo do Juiz de Direito.; Art. 15. Toda a provocação interposta da sentença definitiva, ou que tem força de definitiva, do Juiz inferior para superior afim de reparar-se a injustiça, será de appellação, extinctas para esse fim as distincções entre Juizes de maior, ou menor graduação”.

⁵¹⁶ COSTA, Moacyr Lobo da. **Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura**. São Paulo: RT/Edusp, 1970, p. 2-10).

⁵¹⁷ Consultar a Lei de 29 de novembro de 1832, “Art. 16. As sentenças que se extrahirem do processo não conterão mais do que o pedido, e contestação ou articulado das partes, e a sentença com os documentos a que elle se refere”.

⁵¹⁸ Vide: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-29-11-1832.htm> consulta em 29.10.2017.

⁵¹⁹ AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à História do Direito**. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 216.

⁵²⁰ Consultar a Lei n.º 261 de 3 de dezembro de 1841, “Art. 114. Aos Juizes Municipaes compete: 1º Conhecer e julgar definitivamente todas as causas civeis, ordinarias ou summarias, que se moverem no seu Termo, **proferindo suas sentenças sem recurso**, mesmo de revista, nas causas que couberem em sua alçada, que serão de trinta e dous mil réis nos bens do raiz, e de sessenta e quatro nos moveis” (grifos aditados).

⁵²¹ PACHECO, José da Silva. **Evolução do Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972, p. 56.

⁵²² CAMPOS, Raymundo Carlos Bandeira. **Estudos de História do Brasil**. São Paulo: Atual, 1999, p. 163-169.

comerciais, também em face dos contratos comerciais feitos no estrangeiro, para que pudessem ser exigidos e julgados em solo brasileiro. Oportunidade que, após a sanção do Código Comercial de 1850, foi editado o histórico *Decreto n.º 737 de 25 de novembro de 1850*, o qual passou a determinar a ordem do juízo no processo comercial.

Por conta de sua estrutura metodológica (*1ª parte*, dedicada ao Processo Comercial em geral; *2ª parte*, destinada à execução; e, *3ª parte*, aos recursos e nulidades), foi bastante utilizado como uma das fontes de construção do processo civil brasileiro,⁵²³ ultrapassando o momento imperial e indo ao Brasil República,⁵²⁴ servindo como norma processual em alguns Estados que não editaram seus próprios Códigos de Processo Civil.

Apesar de reconhecidos avanços,⁵²⁵ o Decreto n.º 737 de 25 de novembro de 1850, foi digno de duras críticas por ainda externar a influência das Ordenações do reino, o que acabou por tolher uma evolução correspondente a dos outros sistemas processuais da época, como o alemão, o italiano, o espanhol e o francês.⁵²⁶

A expressão *ordem pública* não aparece literalmente no texto normativo do Decreto n.º 737 de 1850, mas exterioriza a marca de sua percepção ligada à dicotomia *interesse público versus interesse privado*, principalmente na parte das nulidades (art. 688 e

⁵²³ “Surge neste período o nome de Paula Batista que publica seu famoso *Compendio de Theoria e Pratica do Processo Civil Comparado com o Comercial*. A riqueza do *Compêndio* é imensa quanto à citação de fontes, e por meio delas se percebe que as soluções de problemas atuais já estavam na cognição de antigos juristas, como a impropriedade do conceito de ação como o *direito de perseguir o que nos é devido (jus persequendi in iudicio, quod sibi debeatur)*”. (ARAÚJO, Fabio Caldas de. **Curso de Processo Civil: parte geral**. Tomo I. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 239).

⁵²⁴ “Como o Regulamento 737 representava o marco do que, sobre o processo se fez no período do Brasil-império, de vez que veio a vigorar até após a República, influenciando sobre os códigos processuais dos Estados membros, convergem para ele as atenções e críticas, relativas ao nosso processo. Não representa ele mais que um nódulo na lenta evolução processual brasileira, e como tal passível de ser atingido pela crítica que se fizer à mesma”. (PACHECO, José da Silva. **Evolução do Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972, p. 60).

⁵²⁵ “O exame comparativo do Regulamento com os Códigos italiano, português e espanhol, que lhe são posteriores, revela a superioridade daquele, no ordenar o processo das causas comerciais, especialmente no que respeita à economia e simplicidade dos atos e das formas procedimentais”. (COSTA, Moacyr Lobo da. **Breve notícia histórica do Direito Processual Civil Brasileiro e de sua literatura**. São Paulo: RT/Edusp, 1970, p. 33).

⁵²⁶ “O Brasil, inserido no contexto universal, teve sua base no processo comum, advindo da junção de elementos que se apresentam idênticos nos países ocidentais da Europa, entre os quais se achava Portugal. As Ordenações portuguesas codificam o processo comum, que se adotava e usava, e que, no fundo, se parecia com o espanhol, o italiano, francês e germânico. Enquanto, porém, nestes países, o processo sofreu ampla, profunda e tumultuária evolução, ao sabor de antitética atuação dos Papas, imperadores, reis, príncipes, comunas, dos doutrinadores, pesquisadores e magistrados e da incessante interpenetração cultural, a codificação portuguesa, datando de 1446, muito antes da dos demais países, só conseguiu estratificar a estrutura processual do direito comum, dificultando-lhe a evolução e, por conseguinte, a mutação social nesse campo. O Brasil, recebendo essa codificação e, não obstante, mantendo aproximações com os movimentos políticos da Europa e dos Estados Unidos, estava sob o governo de pessoas que, deliberadamente, deles se afastavam, agarrando-se às suas estruturas medievais”. (PACHECO, José da Silva. **Evolução do Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972, p. 60).

art. 689),⁵²⁷ o qual permitia ao juiz suscitar *de ofício* questões relacionadas as nulidades de pleno direito e absolutas. Perspectivas estas que ainda hoje encontramos na doutrina processual, ao destacar que são *questões de ordem pública* ou *cogentes* as que o magistrado pode suscitar de ofício.⁵²⁸

Devido a este corpo de variadas legislações esparsas sobre processo, as quais eram aplicadas, concorrentemente,⁵²⁹ no que não se convergisse com as novas leis. Coube a Antonio Joaquim Ribas, por determinação do reino, em cumprimento ao art. 29, §14, da Lei n.º 2.033, de setembro de 1871, a tentativa de sistematizar e organizar todo o arcabouço de legislações sobre processo civil. Nessa empreitada, nasce a denominada *Consolidação Ribas* sobre processo civil, por publicação da Resolução de Consulta de 28 de dezembro de 1876.⁵³⁰

A *Consolidação Ribas*, em que pese o mérito em relação ao conglomerado e comentários⁵³¹ dos normativos sobre processo civil,⁵³² por conta da própria legislação, ainda se mostrava bastante aquém do que se desenvolvia dogmaticamente sobre processo civil na Europa, recebendo duras críticas por isso.⁵³³

⁵²⁷ “Art. 688. Só as nulidades dependentes de rescisão e as relativas podem ser ratificadas. A ratificação tem efeito retroactivo, salva a convenção das partes e o prejuízo de terceiro”. “Art. 689. Só podem ser pronunciadas *ex officio* as nulidades de pleno direito e absolutas”.

⁵²⁸ “A consequência prática é que, proposta uma demanda perante *Justiça* incompetente, o juiz obrigatoriamente a declarará e enviará o processo à Justiça competente, com ou sem alegação da parte – enquanto a demanda proposta em um *foro* incompetente (comarca) ali permanecerá, apesar da incompetência, se o réu não tomar a iniciativa de alegar essa incompetência (CPC, art. 65). Competência *absoluta* no primeiro caso (norma cogente) e *relativa* no segundo (norma dispositiva)”. (DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do novo Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 46).

⁵²⁹ “O processo civil, era, pois, regulado pelas Ordenações Filipinas do Livro III, com as alterações da Disposição Provisória e pela lei 261, de 1841 e respectivo regulamento n.º 143, de 1842 e as alterações posteriores, todas constantes da relação cronológica, que acompanha a consolidação Ribas [...]”. (PACHECO, José da Silva. **Evolução do Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972, p. 62-63).

⁵³⁰ Consultar: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/220533>>

⁵³¹ “O trabalho do Conselheiro Ribas, na verdade, não se limitou a compilar as disposições processuais então vigentes. Foi além, reescrevendo-as muitas vezes tal como as interpretava; e, como fonte de várias disposições de sua Consolidação, invocava a autoridade não só de textos romanos, como de autores de nomeada, em lugar de regras legais constantes das Ordenações ou de leis extravagantes”. (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo [et. al.]. **Teoria Geral do Processo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 113).

⁵³² “A consolidação foi feita e aprovada, nos termos em que foi determinada e, por isso, atendeu ao objetivo, com clareza e propriedade, apresentando-se como um ponto alto, se não o mais alto da nossa evolução histórica processual”. (PACHECO, José da Silva. **Evolução do Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972, p. 62).

⁵³³ “Alguns processualistas haviam obtido destaque na cultura brasileira, especialmente o pernambucano Paula Batista, o carioca Machado Guimarães e os paulistas João Mendes Jr. e Gabriel Rezende Filho, mas faltava uma unidade de pensamento e de rumos, mercê principalmente da escassa inserção nas conquistas que em terras européias já caminhavam em ritmo acelerado e com muita riqueza”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. Tomo I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 34); “A análise do texto revela o descompasso de nossa legislação com a rica doutrina que já existia na Europa. No início do século XX e até a promulgação do Código de Processo Civil de 1939 a *Consolidação* ainda encontrou eco. Seu texto é rico em comentários a doutrinadores portugueses e aos praxistas dos séculos XVI e XVII, como Pegas, Cardoso, Valasco e Mendes, dentre outros”. (ARAÚJO, Fabio Caldas de. **Curso de Processo Civil: parte geral**. Tomo I. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 240).

Com a proclamação da República, o Decreto n.º 763, de 19 de setembro de 1890, estendeu a aplicação de julgamento e execução das causas cíveis em geral às disposições do Regulamento n.º 737, de 25 de novembro de 1850. Em 11 de outubro de 1890, o Decreto n.º 848, institui e organiza a Justiça Federal, vindo a Lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894, art. 87, 1º e 2º,⁵³⁴ complementar o referido decreto e, ao mesmo tempo, determinar uma nova “consolidação sistemática de todas as disposições vigentes sobre a organização da Justiça e do processo federal, atribuindo-a ao Ministro João Hygino”.⁵³⁵

Um ponto relevante da Lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894, para a nossa pesquisa, depreende-se do art. 12, §4º, b), 5º, pois, ao tratar da possibilidade de vedação à concessão de *exequatur* de decisões estrangeiras no território, traz expressamente o termo *ordem pública*, destacando que “b) *póde servir de fundamento para opposição: [...] 5º, conter a sentença disposição contraria á ordem publica ou ao direito publico interno da União*”.

Dos textos normativos consultados até o momento, esse que primeiro apresenta literalmente a expressão *ordem pública*, em seu conteúdo, marcando o momento de desenvolvimento e discussões quanto à preservação deste *sentimento* no âmbito do território brasileiro, com ligação estreita aos normativos da Constituição Republicana de 1891.

Assim, a *ordem pública* aparece como forma de conferir uma blindagem as questões de *interesse republicano*, marca da própria Constituição de 1891, a qual também trazia expressamente o termo *ordem pública* em duas passagens, §8º e §33,⁵³⁶ ambos do art. 72, que trata dos direitos e garantias dos brasileiros e estrangeiros.

Nesse momento, com os ideais republicanos bastante aflorados na época, parece-nos que a percepção de *ordem pública* toma outra conotação, antes mais ligada a proteção das *coisas* do reino, passa agora a blindar e justificar os discursos iniciais do liberalismo,⁵³⁷ no

⁵³⁴ “Art. 87. E autorizado o Poder Executivo: 1º, a organizar: (a) o Regimento das custas, emolumentos e porcentagens; (b) o dos advogados, procuradores, solicitadores e secretarios da justiça federal; (c) a tabella das fianças em conformidade do art. 406 do Código Penal; 2º, a proceder á consolidação systematica de todas as disposições vigentes sobre organização da justiça e processo federal;”

⁵³⁵ PACHECO, José da Silva. **Evolução do Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972, p. 65.

⁵³⁶ “Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: [...] § 8º A todos é licito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas, não podendo intervir a policia senão para manter a ordem publica. [...] § 33. É permitido ao Poder Executivo expulsar do territorio nacional os suditos estrangeiros perigosos á ordem publica ou nocivos aos interesses da Republica”.

⁵³⁷ “Assim, independentemente das diferentes modalidades de concretização política, o ideal de Estado de Direito propõe-se sempre a garantia da segurança, liberdade e propriedade dos cidadãos através de (i) uma marcada separação entre o Estado e a sociedade que permita à sociedade constituir-se em espaço auto-regulado onde coexistam e concorram as esferas de autonomia aconómicas e morais dos cidadãos; (ii) uma redução da atividade do Estado ao mínimo exigido para a garantia da paz social e das condições objetivas que viabilizem o encontro das autonomias individuais e o livre desenvolvimento da personalidade de cada um; (iii) uma transformação progressiva de toda a actividade do Estado em actuação fundada, organizada e limitada

sentido de que todo o poder reside no povo, e que a liberdade no exercício desse poder precisa ser fortalecida, com a intervenção estatal mínima.⁵³⁸

Nesse contexto, por influência norte-americana, a Constituição de 1891 concedeu mais autonomia aos Estados,⁵³⁹ inclusive quanto à regulamentação das normas processuais, resguardados os interesses da União. Oportunidade que o texto constitucional disciplinou os órgãos da Justiça Federal, a qual seguiu os procedimentos cíveis do Decreto n.º 737 de 1850, por força do Decreto 763, de 19 de setembro de 1890,⁵⁴⁰ e a maioria dos Estados passaram a disciplinar o processo civil da Justiça Estadual, registrando-se como pioneiro o Estado do Pará, em 1905.⁵⁴¹ Assim, os Tribunais dos Estados passaram a possuir autonomia quanto às questões locais, e que não fossem de interesse da União (art. 60, §2º, art. 61 e art. 62, da Constituição de 1891).⁵⁴² Momento que marca a substituição da dicotomia *comercial-civil* por *federal-estadual*.

Com o fomento das discussões voltadas às questões sociais e às garantias trabalhistas, promulga-se uma nova Constituição, em 16 de julho de 1934, denominada de Constituição da Segunda República. Assim, as normas processuais passaram a ser de

juridicamente e uma concepção *jurídica*, regulada pelo Direito, das relações que o Estado mantém com os cidadãos. No que respeita às relações entre o Estado e os indivíduos, o projecto liberal assina no pressuposto básico de uma separação ideal entre Estado e sociedade”. (NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 21).

⁵³⁸ “Dado que para o liberalismo radical todo o poder reside no povo, quer quanto à sua origem quer quanto à titularidade e exercício, não admira que, na sua pureza, o radicalismo adira à *república* como forma de governo mais consentânea com a teoria da soberania popular”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 156).

⁵³⁹ “Art. 63 - Cada Estado reger-se-á pela Constituição e pelas leis que adotar respeitadas os princípios constitucionais da União”.

⁵⁴⁰ ARAÚJO, Fabio Caldas de. **Curso de Processo Civil: parte geral**. Tomo I. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 240-241.

⁵⁴¹ “O primeiro Estado a regular o processo foi o do Pará (Decreto 1.380 de 22-6-1905). Seguiram-se-lhe o Rio Grande do Sul (Lei 507 de 22-3-1909); o Maranhão (Lei 65, de 16-1-1908); a Bahia (Lei 1.121, de 2-8-1915); Espírito Santo (Lei 1.055, de 23-12-1915, que revogou a anteriormente aprovada pelo Decreto 1.882, de 1914, mas que não chegou a entrar em vigor); o do Rio de Janeiro (Lei 1.580 de 20-1-1919); o do Paraná (Lei 1.915, de 23-2-1920); Piauí (Lei 964 de 17-6-1920); Sergipe (Lei 793 de 5-10-1920); Ceará (Lei 1.952, de 30-12-1921); Minas Gerais (Lei 830, de 7-9-1922); Rio Grande do Norte (Lei 551, de 11-12-1922); Pernambuco (Lei 1.672 de 9-6-1924); o antigo Distrito Federal (Dec. 16.752 de 31-12-1924); Santa Catarina (Lei 1.640 de 3-11-1928); São Paulo (Lei 2.421 de 14-1-1930); Espírito Santo (Lei 1.743 de 23-4-1930) e Paraíba (Dec. 28, de 2-12-1930). Enquanto o Espírito Santo chegou a ter sucessivamente três códigos de Processo, os Estados de Goiás, Alagoas, Mato Grosso e Amazonas não o tiveram”. (PACHECO, José da Silva. **Evolução do Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972, p. 66-67).

⁵⁴² “Art. 60 [...] § 2º Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a justiça federal consultará a jurisprudência dos tribunais locais, e, vice-versa, as justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos tribunais federais, quando houverem de interpretar leis da União.; Art 61 - As decisões dos Juízes ou Tribunais dos Estados nas matérias de sua competência porão termo aos processos e às questões; Art 62 - As Justiças dos Estados não podem intervir em questões submetidas aos Tribunais Federais, nem anular, alterar, ou suspender as suas sentenças ou ordens. E, reciprocamente, a Justiça Federal não pode intervir em questões submetidas aos Tribunais dos Estados nem anular, alterar ou suspender as decisões ou ordens destes, excetuados os casos expressamente declarados nesta Constituição”.

competência privativa da União, momento em que ocorre a unificação da legislação processual (art. 5º, XIX, *a*), da Constituição de 1934).⁵⁴³

Até a elaboração da legislação única sobre processo civil, em 1939, por força do art. 11, §2º,⁵⁴⁴ das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição de 1934, as normas processuais dos Estados, continuaram em vigor. Após três anos, em face de vários conflitos ideológicos e políticos, o presidente Getúlio Vargas, dissolve o Congresso e outorga a Carta Constitucional de 10 de novembro de 1937, titulada de Estado Novo. Contudo, o novo texto constitucional ainda manteve a unidade legislativa do processo civil (art. 16, XVI, da Constituição de 1937).⁵⁴⁵

No ambiente de divergências e discussões entre processualistas civis brasileiros, em meio a um clima de instabilidade interna e mundial, prestes ao início da Segunda Guerra, que ocorreu em meados de setembro de 1939. Foi publicado o anteprojeto do Código de Processo Civil no Diário Oficial, em 4 de fevereiro de 1939, para ser apreciado pelos juristas.

E, após aproximadamente quatro mil apontamentos e pedidos de sugestões para o texto,⁵⁴⁶ surge o primeiro Código de Processo Civil brasileiro, por força do Decreto-Lei n.º 1.608 de setembro de 1939, publicado no Diário Oficial, em 13 de outubro de 1939. Somente entrou em vigor no dia 1º de março de 1940, em virtude do Decreto-Lei n.º 1.965 de 16 de janeiro de 1940.⁵⁴⁷

⁵⁴³ “Art 5º - Compete privativamente à União: [...] XIX - legislar sobre: [...] a) direito penal, comercial, civil, aéreo e processual, registros públicos e juntas comerciais”.

⁵⁴⁴ “Art 11 - O Governo, uma vez promulgada esta Constituição, nomeará uma comissão de três juristas, sendo dois ministros da Corte Suprema e um advogado, para, ouvidas as Congregações das Faculdades de Direito, as Cortes de Apelações dos Estados e os Institutos de Advogados, organizar dentro em três meses um projeto de Código de Processo Civil e Comercial; e outra para elaborar um projeto de Código de Processo Penal. [...] § 2º - Enquanto não forem decretados esses Códigos, continuarão em vigor, nos respectivos territórios, os dos Estados”.

⁵⁴⁵ “Art 16 - Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias: [...] XVI - o direito civil, o direito comercial, o direito aéreo, o direito operário, o direito penal e o direito processual;”

⁵⁴⁶ “Cêrca de quatro mil sugestões, resultantes da ampla discussão a que foi submetido por advogados, juizes, institutos e associações, foram enviados ao Ministério da Justiça e minunciosamente examinadas, muitas das quais incluídas entre as emendas sofridas pelo Anteprojeto, como declarou o Ministro”. (COSTA, Moacyr Lobo da. **Breve notícia histórica do Direito Processual Civil Brasileiro e de sua literatura**. São Paulo: RT/Edusp, 1970, p. 99).

⁵⁴⁷ PACHECO, José da Silva. **Evolução do Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972, p. 69.

6.1.2 Código de Processo Civil de 1939

Como visto, não obstante a Constituição de 1934 tenha iniciado a unificação da legislação processual, foi sob a influência e os auspícios da Constituição de 1937 (Estado Novo), que o Código de Processo Civil de 1939 entrou, efetivamente, em vigor. Composto por 1.052 artigos, apresentava-se estruturalmente em 10 livros: I – Disposições gerais, II – Do processo em geral, III – Do processo ordinário, IV – Dos processos especiais, V – Dos processos acessórios, VI – Dos processos da competência originária dos tribunais, VII – Dos recursos, VIII – Da execução, XIX – Do juízo arbitral e X – Disposições Finais e Transitórias.

A primeira codificação processual civil brasileira, talvez por todo o contexto social atribuído desde a colonização até o momento de sua implantação, também em face da instabilidade em que o Brasil e o mundo se encontravam à época, já nasceu bastante desatualizada e fora do contexto dogmático-processual desenvolvido no continente europeu.⁵⁴⁸

Registramos que, praticamente de forma simultânea a entrada em vigor do Código de Processo de 1939, acontece um fato marcante para a doutrina processual civil brasileira, e que também acabou por confirmar o atraso dogmático do processo civil brasileiro. Um jovem professor italiano, Enrico Tullio Liebman, vem ao Brasil, em virtude de questões políticas na Itália, e passa a lecionar na Faculdade de Direito de São Paulo, onde catalisou um movimento científico no Direito Processual Civil, denominado depois de *Escola Processual de São Paulo*.⁵⁴⁹

O Código de Processo Civil de 1939, a despeito do seu atraso dogmático e mesmo sofrendo várias modificações ao longo de sua vigência, ultrapassou três ordenamentos jurídicos constitucionais bastante distintos. O imposto pela Constituição de 1937 (um golpe

⁵⁴⁸ “Esse Código era portador de muitas imperfeições que o deixavam aquém das conquistas científicas de seu próprio tempo, com um complicado sistema recursal, uma distinção entre execução por título judicial ou extrajudicial como nos superados tempos do *processus summarius executivus*, uma terminologia inadequada em muitos pontos, uma desordenada disciplina da competência *etc.*; e, talvez isso fosse o pior, consagrava-se um modelo processual extremamente formalista, quer nas exigências de estrito cumprimento dos trâmites procedimentais e dos requisitos de cada ato, quer na disciplina rígida das nulidades, o que constituía um estímulo ao culto irracional das formas”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. Tomo I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 35).

⁵⁴⁹ “Foi ele o principal fundador de uma verdadeira *escola*, tomando esse vocábulo no sentido de uma linha orgânica e metodológica de pensamento, responsável pela difusão de ideias coerentes com certas premissas solidamente plantadas. Chamamo-la *Escola Processual de São Paulo*, simplesmente porque foi na Faculdade de Direito dessa cidade que ele atuou – lecionando, discutindo, escrevendo –, mas temos a consciência de que essa é a verdadeiramente uma *escola processual brasileira*, com pensamentos e posturas que a caracterizam muito bem e a individualizam perante outras escolas jurídicas”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. Tomo I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 63).

do Executivo),⁵⁵⁰ o da Constituição de 1946 (uma redemocratização baseada no passado)⁵⁵¹ e o da Constituição de 1967 (o regime dos Atos Institucionais, impostos pelo regime militar).⁵⁵²

Diante disso, ao nosso sentir, não teria como o sistema processual infraconstitucional de 1939, manter-se hígido ou com uma identidade própria, sofrendo com as influências culturais de quem o doutrinava, que, salvo raras exceções,⁵⁵³ como dito, já vinham bastante desconectadas com as discussões científicas da época.

Em que pese as duras críticas ao sistema processual de 1939,⁵⁵⁴ há reconhecimento de pontos positivos nesta legislação, onde podemos destacar a inserção do *despacho saneador*⁵⁵⁵ (art. 293 ao art. 296), o qual replicava o instituto português do *despacho ordenador*.⁵⁵⁶ Outrossim, apesar da formalidade transpassada por seus textos, o

⁵⁵⁰ “A Carta de 1937 não teve, porém, aplicação regular. Muitos de seus dispositivos permaneceram letra morta. Houve ditadura pura e simples, com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do Presidente da República, que legislava por via de decretos-leis que ele próprio depois aplicava, como órgão do Executivo”. (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 83).

⁵⁵¹ “Esse sentimento ficou traduzido nas normas da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18.9.46, que, ao contrário das outras, não foi elaborada com base em um projeto preordenado, que se oferecesse à discussão da Assembléia Constituinte. Serviu-se, para sua formação, das Constituições de 1891 e 1934. Voltou-se, assim, às fontes formais do passado, que nem sempre estiveram conformes com a história real, o que constituiu o maior erro daquela Carta Magna, que nasceu de costas para o futuro, fitando saudosamente os regimes anteriores, que provaram mal”. (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 85).

⁵⁵² “Essa Constituição, promulgada em 24.1.67, entrou em vigor em 15.3.67, quando assumia a Presidência o Marechal Arthur da Costa e Silva. Sofreu ela poderosa influência da Carta Política de 1937, cujas características básicas assimilou. Preocupou-se fundamentalmente com a segurança nacional. Deu mais poderes à União e ao Presidente da República. [...] Reduziu a autonomia individual, permitindo suspensão de direitos e de garantias constitucionais, no que se revela mais autoritária do que as anteriores, salvo a de 1937. Em geral, é menos intervencionista do que a de 1946, mas, em relação a esta, avançou no que tange à limitação do direito de propriedade, autorizando a desapropriação pública, para fins de reforma agrária. Definiu mais eficazmente os direitos dos trabalhadores”. (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 86-87).

⁵⁵³ “No direito brasileiro, além dos dois livros citados (J. M. F. de Souza Pinto, Augusto Teixeira de Freitas), pouco, muito pouco, se fez. Ignorou-se a ciência nova que se formou, na Europa, desde 1868. [...] Quanto a Francisco de Paula Batista, a cada momento se percebe quanto amava o direito processual civil e, em muitos pontos, revelou a sua sabedoria”. (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo I (arts. 1-45). São Paulo: Forense, 1973, prólogo, p. XIX); (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado da Ação Rescisória**: das sentenças e outras decisões. 3ª ed. (corrigida, posta em dia e aumentada). Rio de Janeiro: Borsoi, 1957).

⁵⁵⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2ª ed. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1939.

⁵⁵⁵ “Um ponto elevado do Código de 1939 foi a adoção do *despacho saneador*, mutuado ao direito português e, como é notório, destinado a limpar o processo das imperfeições que contivesse, extingui-lo o mais cedo possível quando inviável o prosseguimento e permitir que caminhassem avante somente os processos nos quais fosse possível antever a possibilidade de um futuro julgamento do mérito”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. Tomo I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 36).

⁵⁵⁶ “Em Portugal o movimento renovador manifestou-se na criação do chamado despacho ordenador, no processo sumário, em que se determinava ao juiz, de-ofício, o julgamento prévio da nulidade. Esta, inagavelmente, é a fonte imediata do saneador”. (LACERDA, Galeno. **Despacho Saneador**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1985, p. 36).

Código admitia a possibilidade, em certa medida, de aplicação da fungibilidade⁵⁵⁷ no âmbito dos recursos (art. 810).⁵⁵⁸

Além disso, o texto processual de 1939, segundo a sua exposição de motivos, redigida pelo jurista e Ministro Francisco Campos, fomentava um *processo oral, publicista* e marcado pela ênfase na autoridade judiciária.⁵⁵⁹ Contudo, apesar da eloquência no discurso, o texto processual, na prática, não atendeu muito ao desejado.⁵⁶⁰

Ademais, o Código de Processo Civil de 1939, como reflexo dos sistemas constitucionais postos, traz, expressamente, numa passagem de seu texto normativo, o termo *ordem pública* (art. 792),⁵⁶¹ no título referente à homologação da sentença estrangeira. Que, em parte, corresponde ao atual art. 963, VI, do Código de Processo de 2015,⁵⁶² o que justifica a nossa base teórica quanto aos estudos da ordem pública no Direito Internacional Privado.

Todavia, a percepção de *ordem pública*, no Processo Civil de 1939, em face de toda a instabilidade constitucional da época, encontrava uma volatilidade muito grande. Pois, em um momento vigorava a ideia de proteção dos interesses do Estado, na figura do Executivo (1937), assemelhando-se aos interesses dos tempos da monarquia. Em outra ocasião, perfazia uma forma de blindagem dos ideais republicanos ligados à liberdade, à segurança individual e à propriedade (1946). E, depois, com a imposição militarista, exteriorizava a imagem de manutenção da segurança e da ordem nacional, através dos Atos

⁵⁵⁷ “A justificativa para a adoção expressa desse princípio tinha, em realidade, lastro na excessividade de recursos que gerava, por consequência, confusão sobre o cabimento do recurso adequado, conteúdo de determinados pronunciamentos judiciais e excesso de formalismo. A fungibilidade não era aplicada de forma irrestrita, entretanto”. (THAMAY, Rennan Faria Krüger; ANDRADE, Vinícius Ferreira de. **Comentários sobre a fungibilidade recursal: do código de 1939 ao novo Código de Processo Civil**. In Revista de Processo. Vol. 248/2015. Out./2015, p. 186).

⁵⁵⁸ “Art. 810. Salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou turma, a que competir o julgamento”.

⁵⁵⁹ Trecho da exposição de motivos: “O processo oral atende a todas as exigências acima mencionadas: confere ao processo o caráter de instrumento público: substitue a concepção duelística pela concepção autoritária ou pública do processo; simplifica a sua marcha, racionaliza a sua estrutura e, sobretudo, organiza o processo no sentido de tornar mais adequada e eficiente a formação da prova, colocando o juiz em relação a esta na mesma situação em que deve colocar-se qualquer observador que tenha por objeto conhecer os fatos e formular sobre eles apreciações adequadas ou justas”. Consulta: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>>

⁵⁶⁰ “...contém uma verdadeira profissão de fé aos postulados da oralidade, do publicismo processual e do consequente reforço da autoridade do juiz no processo – mas, como mais tarde observou a doutrina, isso não significou que o Código de Processo Civil de 1939 houvesse aderido integralmente ao sistema oral nem consagrado um verdadeiro autoritarismo judicial”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. Tomo I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 35).

⁵⁶¹ “Art. 792. Não obstante satisfeitos os requisitos do artigo antecedente, as sentenças não serão homologadas, se contiverem decisão contrária à soberania nacional, à ordem pública ou aos bons costumes”.

⁵⁶² “Art. 963. Constituem requisitos indispensáveis à homologação da decisão: [...] VI - não conter manifesta ofensa à ordem pública”.

Institucionais (1967), em que pese, nesse período, já havia se iniciado a construção de um novo Código de Processo, idealizada por Alfredo Buzaid.⁵⁶³

Desta forma, podemos perceber, que a sensação de *ordem pública* que possibilitasse o impedimento da homologação de sentenças estrangeiras, no Processo Civil de 1939, esteve marcada pelas percepções conectadas às situações jurídicas geradas pelo ordenamento jurídico constitucional posto, e variava de acordo com a direção dada pelo regime implantado no momento de sua análise.

No mais, a doutrina não falava que as questões que permitiam o magistrado suscitar *de ofício* se vinculavam à ideia de *ordem pública*, mas estavam atreladas ao *princípio inquisitivo* do processo, como corolário do *interesse público* e do *Direito Público*, principalmente ligadas aos poderes instrutórios do juiz.⁵⁶⁴ Contendo, o Código de Processo de 1939, 34 expressões “*ex-officio*” no corpo de seu texto, como possibilidades de o órgão julgador se manifestar, sem a iniciativa espontânea das partes.

No entanto, estas possibilidades não implicam, necessariamente, a existência de um *interesse público* ou *ordem pública* insanável ou inderrogável, pois já havia, no contexto processual de 1939, a possibilidade de regularização da capacidade processual e da ilegitimidade, destacando o art. 84, §1º, que “*em qualquer tempo, a requerimento da parte, ou ex-officio, o juiz deverá considerar a falta de capacidade processual ou de autorização especial, assim como a ilegitimidade do representante, marcando prazo razoável, com suspensão do processo, para que sejam integradas as representações*”.

Até mesmo, era admitida uma espécie de “legitimidade extraordinária” para a mulher casada, que, à época, necessitava de autorização do marido para estar em juízo, para defender os interesses do próprio marido declarado revel, nos casos de citação por edital ou por hora certa (art. 82, I).⁵⁶⁵

⁵⁶³ “Com efeito, em 1961, quando Ministro da Justiça, o Sr. Oscar Pedroso Horta convidou o prof. Alfredo Buzaid para elaborar o anteprojeto de reforma do Código de Processo Civil, que foi apresentado, em janeiro de 1964, sendo então Ministro o Sr. Milton Campos. [...] Em abril de 1965, o Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil promoveu o Congresso Nacional de Direito Processual Civil, em São Paulo, para examinar e o anteprojeto”. (PACHECO, José da Silva. **Evolução do Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972, p. 120).

⁵⁶⁴ “Considerando o caráter público das normas processuais e tendo em vista o poder judicial de direção do processo, pode-se afirmar, em princípio, que verificar a legitimidade da relação processual foge da disposição das partes para pertencer, exclusivamente, à atividade inquisitória do juiz. Com efeito, o órgão judicial deve inspecionar de-ofício o processo, para sanear-lo de qualquer vício ou irregularidade. Essa obrigação oficiosa do juiz antes da instrução é que distingue o despacho saneador das decisões interlocutórias de objeto semelhante previstas em nossas leis processuais antigas, as quais não impunham ao juiz o mesmo dever, e submetiam a provisão, naquela altura do procedimento, à iniciativa das partes”. (LACERDA, Galeno. **Despacho Saneador**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1985, p. 106-107).

⁵⁶⁵ “Art. 82. A mulher casada não poderá comparecer a juízo sem autorização do marido, salvo: I – em defesa do mesmo, quando revel, nos casos de citação por edital ou com hora certa;”

Como outro exemplo, podemos citar a correção das imperfeições materiais das sentenças, disciplinando o art. 285 que “*as inexactidões materiais, devidas a lapso manifesto, ou os erros de escrita ou de cálculo, existentes na sentença, podendo ser corrigidos por despacho, ex-officio ou a requerimento de qualquer das partes*”. Possibilidade esta que ainda permanece no atual Código de Processo de 2015 (art. 494, I)⁵⁶⁶ e que, da mesma forma, não representa uma situação que podemos titular de *ordem pública*, mas de circunstâncias que possibilitam ao magistrado prestar sua atividade de maneira mais efetiva e com menos apego as solenidades.

6.1.3 Código de Processo Civil de 1973

Em meados do início do regime militar, implantado pelos Atos Institucionais e pela Constituição de 1967, o jurista e professor Alfredo Buzaid, em 1961, é convidado para a hercúlea missão de idealizar e elaborar uma nova unificação normativa para o processual civil brasileiro. E, em 1964, entrega o anteprojeto do Código, compondo-se de cinco livros, sendo os três primeiros dedicados a parte geral, com 913 artigos, e dois relacionados aos procedimentos especiais e das disposições peculiares.⁵⁶⁷

Após um bom tempo de debates e discussões doutrinárias, em 31 de julho de 1972, o então Ministro do Estado da Justiça, Alfredo Buzaid, em sua exposição de motivos, apresenta o projeto de lei que instituiria o novo Código de Processo Civil, ao Presidente Emílio Garrastazu Médici.

Inicia relatando de que não se trata de uma revisão do Código anterior, mas de um novo panorama que preza pela *homogeneidade, fidelidade doutrinária, unidade e comunhão com as atuais discussões processuais de sua época*. Contudo, advertia que “o reformador não deve olvidar que, por mais velho que seja um edifício, sempre se obtém, quando demolido, materiais para construções futuras”.⁵⁶⁸

⁵⁶⁶ “Art. 494. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la: I - para corrigir-lhe, de ofício ou a requerimento da parte, inexactidões materiais ou erros de cálculo;”

⁵⁶⁷ PACHECO, José da Silva. **Evolução do Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972, p. 120.

⁵⁶⁸ Exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973.

Como não podia deixar de ser, a sua exposição de motivos e o próprio texto normativo do Código, receberam elogios⁵⁶⁹ e duras críticas,⁵⁷⁰ principalmente em relação ao andamento comum do Judiciário. Ressaltando ainda, José da Silva Pacheco, que “a vala comum é o procedimento ordinário que por ser o geral, passará, como ocorreu no passado a predominar, a absorver e a impor-se, com toda a sua moleza. E tudo continuará na mesma: Um belo código e uma justiça tarda, cara e enervante”.⁵⁷¹

Além disso, sob forte influência dos ensinamentos de Enrico Liebman, Alfredo Buzaid, adota integralmente a *teoria eclética* (art. 267, VI),⁵⁷² para explicar os fenômenos ligados ao exercício do direito de ação, meio que à revelia da doutrina de *escol* que já se insurgia dogmaticamente quanto à sua coerência sistêmica de aplicação da teoria italiana.⁵⁷³

Contudo, *por ironia do destino*, no ano de aprovação do Código de Processo brasileiro, em 1973, o mestre italiano, Enrico Liebman, em face da entrada em vigor da lei que passou a possibilitar o divórcio na Itália, acabou abandonando a tese de que a *possibilidade jurídica do pedido* pertencesse a uma das categorias jurídicas ligadas às condições da ação.⁵⁷⁴ Porém, esta categoria perdurou durante toda a vigência do Código de Processo de 1973, ensejando o julgamento sem exame do mérito.

⁵⁶⁹ “Um dos pontos mais destacados no trato do processo de conhecimento foi a disciplina do *julgamento antecipado do mérito* (CPC, art. 330), alvitado por Liebman já nos anos *quarenta* e àquele tempo sistematicamente repudiado pelos tribunais brasileiros; no tocante à execução forçada, equiparou-se a eficácia dos *títulos executivos extrajudiciais* à dos judiciais, eliminando a velharia consistente na *ação executiva* (CPC-39, arts. 298-301), que Liebman via como indesejável resquício das práticas medievais superadas há dez séculos na Europa”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. Tomo I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 39).

⁵⁷⁰ “Vê-se, desde logo, que o anteprojeto do Prof. Buzaid, não obstante haja aderido à classificação dos três primeiros livros em correspondência à função de cognição, execução e cautelar, à base das lições de Chiovenda, que é, aliás, sancionada pela doutrina contemporânea, não foi, data vênica, nem técnica, nem sistematicamente feliz”. (PACHECO, José da Silva. **Evolução do Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972, p. 162).

⁵⁷¹ PACHECO, José da Silva. **Evolução do Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972, p. 133.

⁵⁷² “Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: [...] VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;”

⁵⁷³ “A expressão condições da ação tem, por conseguinte, prejuízo do equívoco que sugere, inclusive comprometendo o legislador, o magistrado ou o estudioso com uma concepção do direito de ação em face da qual, e somente em face da qual, o termo seria aceitável e explicaria algo. Inadmissível, em consequência, a posição de LIEBMAN, que só se justifica com o entendimento restrito e inexato, segundo nos parece, da realidade processual, erigindo-se, um tanto arbitrariamente, em exercício do direito de ação apenas o de algumas faculdades prevalentes por opinião do doutrinador”. (PASSOS, José Joaquim Calmon de. **A Ação no Direito Processual Civil Brasileiro (Tese apresentada à Faculdade de Direito da universidade da Bahia, concorrendo à cátedra de Direito Judiciário Civil – 1960)**. In Obras de J. J. Calmon de Passos – Clássicos. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 44).; “A legitimação *ad causam* não é pressuposto processual, é elemento do fundo da demanda (mérito), como a prescrição (exceção!), razão por que há de ser julgada improcedente, se tal legitimação falta, a ação proposta”. (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo I (arts. 1-45). São Paulo: Forense, 1973, prólogo, p. XXXVI).

⁵⁷⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. Tomo I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 49.

Esta categoria, somente veio a não mais ensejar o julgamento sem exame do mérito a partir do anteprojeto da nova legislação processual,⁵⁷⁵ o que se consolidou com a entrada em vigor, em 18 de março de 2016, do Código de Processo Civil de 2015 (art. 485, VI), passando a assumir “oficialmente” a natureza de cognição de mérito.

Assim, em meio aos elogios e às críticas doutrinárias, o Código de Processo Civil de 1973 entrou em vigor, em 1º de janeiro de 1974 (art. 1.220), passando a ser a segunda legislação geral unificada para reger o processo civil brasileiro.

Após dez anos, em 1985, devido a várias revoluções e movimentos por eleições diretas e o fim da ditadura, o mineiro, Tancredo Neves, pela via indireta, foi eleito à presidência, com a proposta de uma redemocratização do país, sob o slogan de uma *Nova República*. Porém, faleceu antes de assumir o cargo, cabendo ao seu vice, José Sarney, cumprir as promessas de campanha, principalmente em convocar uma Assembleia Constituinte para a formação de uma nova Constituição. Após a convocação, o novo texto constitucional é elaborado e promulgado, em 5 de outubro de 1988, sob o título de *Constituição Cidadã*.⁵⁷⁶

A Constituição Federal de 1988, segue o caminho da Constituição anterior, no sentido de manter uma unificação da legislação processual (art. 22, I), e, o Código de Processo Civil de 1973, passa agora a enfrentar um ambiente constitucional e cultural totalmente contrário ao contexto em que foi criado, pois o novo texto constitucional pauta, em seu art. 1º, que o ordenamento jurídico deve ser interpretado e aplicado com base nos fundamentos do Estado Democrático de Direito.⁵⁷⁷

Seis anos após ingressar no regime constitucional e democrático, o processo civil de 1973 começou a sofrer relevantes mudanças, como forma de garantir a tão desejada celeridade e efetiva prestação do Poder Judiciário. Em 1994, entre outras, institucionalizou-se a tutela antecipada (art. 273), em 2005, entre outras, estabeleceu-se uma nova dinâmica ao

⁵⁷⁵ “Primeiramente, não há mais a menção ‘à possibilidade jurídica do pedido’ como hipótese que leva a uma decisão de inadmissibilidade do processo. Consagra-se o entendimento, praticamente unânime até então, de que a impossibilidade jurídica do pedido é causa de decisão de mérito e não de inadmissibilidade. [...] Trata-se de proposta que foi muito bem aceita na doutrina brasileira”. (DIDIER JR., Fredie. **Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao projeto do novo Código de Processo Civil**. In Revista de Processo. Vol. 197/2011. Jul/2011, p. 257).

⁵⁷⁶ “É a *Constituição Cidadã*, na expressão de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte que a produziu, porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania”. (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 88-90).

⁵⁷⁷ MAZZEI, Rodrigo. **Breve história (ou ‘estória’) do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973**. In DIDIER JR., Fredie (Coord.); MACÊDO, Lucas Buril de. [et. al.] (Org.). **Novo CPC Doutrina Seleccionada**. Parte Geral. Vol. 1. 2ª ed. revista e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 62.

processo de execução e cumprimento de sentença (art. 475-I e seguintes).⁵⁷⁸ Tudo como forma de dar mais efetividade ao processo e, ao mesmo tempo, exteriorizar o direito fundamental à duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF), acrescido pelo Emenda Constitucional n.º 45/2004, conhecida como *Reforma do Judiciário*.

Contudo, a doutrina processual brasileira já destacava que com a passagem da fase *sincretista* do processo (1939), a qual foi sobrepujada com o texto normativo processual de 1973, e com o fomento do estudo científico do processo,⁵⁷⁹ marca do momento dogmático titulado como *processualismo*,⁵⁸⁰ propaga-se, em face das necessidades de adequação das normas processuais aos fins de realização do direito material, um revigoramento dogmático da *instrumentalidade do processo*.⁵⁸¹ No sentido de que a ciência processual já oferece um arcabouço teórico suficiente, não necessitando mais de conceituações metafísicas, cabendo agora aos processualistas prezarem por atuações ligadas aos valores tutelados pela ordem constitucional, garantindo a efetividade e as finalidades do processo.⁵⁸²

⁵⁷⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. Tomo I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 42.

⁵⁷⁹ “Com o livro de Oskar Bülow, sobre a teoria dos pressupostos processuais, começou, em 1868, a época construtiva da ciência do direito processual. Antes dele, processualistas, como Manuel Mendes de Castro, no seu século, pensaram com a noção de relação jurídica processual; porém foi dele que se partiu para a sistemática do direito processual, mais tarde vigente no próprio processo administrativo”. (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo I (arts. 1-45). São Paulo: Forense, 1973, prólogo, p. XXV).

⁵⁸⁰ “Assim, o *processualismo* nasce com o conceito de relação jurídica processual (*Prozessrechtsverhältnis*), sendo esse o objeto da ciência processual. A partir daí a tarefa da doutrina cifra-se à racional construção do arcabouço de conceitos do direito processual civil. Não por acaso, aponta-se como marco inicial do processo civil o direito racional, presidido pelas altas e abstratas ideias inerentes ao clima científico da modernidade”. (MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 32).

⁵⁸¹ “Subverteu-se o meio em fim. Distorceram-se as consciências a tal ponto que se cria fazer justiça, impondo-se a rigidez da forma, sem olhos para os valores humanos em lide. Lavavam-se as mãos sob o escudo frio e impassível de sacralidade do rito. Tão fascinante é o estudo do direito processual no seu dinamismo, que conduz facilmente o espírito a hipertrofiá-lo como ramo do direito, em demérito dos demais. Contra essa tentação, sinto o dever, como professor mais velho e jubilado, de alertar a plêiade admirável de jovens estudiosos do processo aqui presentes. Insisto em dizer que o processo, sem o direito material, não é nada. O instrumento, desarticulado do fim, não tem sentido. [...] Certa, sem dúvida, a presença de interesse público na determinação do rito. Mas, acima dele, se ergue outro, também público, de maior relevância: o de que o processo sirva, como instrumento, à justiça humana e concreta, a que se reduz, na verdade, sua única e fundamental razão de ser. [...] Por isso, quando o Código, no art. 244, ordena ao juiz considere válido o ato, apesar da nulidade, se alcançado o objetivo; quando, no art. 249, §1º, determina que, apesar de nulo, o ato não será repetido nem suprida a falta, se inexistir prejuízo à parte, estamos em presença, na verdade, de normas processuais superiores que eliminam os efeitos legais da inobservância de dispositivos inferiores, como se o Código, em outras palavras, estabelecesse o seguinte silogismo: Embora nulo o ato porque descumpriu prescrição imperativa imposta pelo artigo número tal, a regra mais alta reguladora das nulidades impede a declaração do vício porque não houve prejuízo; porque, a resguardar a instrumentalidade do processo, o fim foi atingido. Em outras palavras, a cogência da norma inferior cessa”. (LACERDA, Galeno. **O Código e o Formalismo Processual**. Conferência proferida, na sessão solene de encerramento do Congresso Nacional de Direito Processual Civil, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Porto Alegre, em 15/7/1983). Consultar: <<http://revistas.ufrpr.br/direito/article/view/8874/6183>>

⁵⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 15ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 22-27.

Em que pese a grande mudança processual-metodológica adjudicada pela *instrumentalidade do processo*, inclusive ligando às perspectivas constitucionais, nos vetores *tutela constitucional* (Constituição-processo) e *jurisdição constitucional* (processo-Constituição), enaltece a figura do Estado-juíz, alocando a jurisdição estatal ao centro de discussão processual, invocando, com isso, a noção de *interesse público* e de *ordem pública* ao processo.⁵⁸³ O que, no nosso entendimento, acaba não sendo salutar ao momento dogmático correspondente ao Estado Constitucional fomentado pela Constituição Federal de 1988. Pois, passa a impressão de que a manifestação genuína do Direito somente pudesse advir da atuação individual do Estado na figura do juiz, e não do diálogo entre todos os sujeitos que participam do processo,⁵⁸⁴ do mesmo modo, com os meios consensuais de solução de disputas (mediação e conciliação).⁵⁸⁵

Assim, como já identificado no capítulo III desta tese, os estudos específicos realizados pela doutrina processual brasileira, em face de um grau de *interesse público* relacionado a determinadas situações jurídicas processuais, passam a identificar estas questões como de *ordem pública processual*. Entrando nesse rol as “condições da ação”, as nulidades absolutas e as admissibilidades, como questões de *controle tempestivo da regularidade do processo*.⁵⁸⁶

Malgrado a expressão *ordem pública* não aparecer literalmente no texto normativo de 1973, por incrível que possa parecer, é sob o manto desse Código de Processo que a doutrina processual mais defendeu a sua extensão e a sua existência. Possivelmente por grande influência da doutrina de *escol* que fomentou o momento metodológico da

⁵⁸³ “Além disso, há diversos pontos onde a *indisponibilidade* decorre da própria ordem pública do processo e do zelo pelo correto exercício da jurisdição: é o caso da competência e das nulidades absolutas, da repressão aos atos atentatórios à dignidade da Justiça, *etc.*, que têm em comum a providência oficial do juiz em prol da manutenção das diretrizes institucionalmente desejadas, independentemente de provocação pela parte. [...] A instrumentalidade do processo à ordem político-constitucional é tão íntima, que o desvio das diretrizes processuais preestabelecidas e asseguradas constitucionalmente constitui perigoso caminho à violação de regras substanciais da própria Constituição. Daí o caráter público dessas exigências e a fiscalização *ex officio* da sua observância”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 15ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 64-65).

⁵⁸⁴ “A propósito, a passagem da jurisdição ao processo correspondente, em termos de lógica jurídica, à passagem da lógica apodítica à lógica dialética: do monólogo jurisdicional ao diálogo judiciário”. (MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 47).

⁵⁸⁵ “Tais meios são *adequados* para a solução de controvérsias. O problema é que, tradicionalmente, estabeleceu-se, no Brasil, um *excesso* de *litigância* ou uma *judicialização dos conflitos*, acrescentando uma quantidade avassaladora de processos instaurados perante o Poder Judiciário. Sé que, muitas vezes, a solução adjudicada pelo juiz estatal não é a mais adequada, com resultados insatisfatórios. É preciso estimular e orientar as pessoas a resolverem, por si próprias, seus conflitos, devendo o Judiciário, em algumas hipóteses, ser o meio *alternativo*”. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Normas Fundamentais no novo CPC Brasileiro**. In *Processo Civil Comparado: análise entre Brasil e Portugal*. Org. João Calvão da Silva [et al.]. São Paulo: Forense, 2017, p. 104).

⁵⁸⁶ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem Pública e Processo**: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011, p. 104.

instrumentalidade do processo,⁵⁸⁷ onde a ligação de *Direito Público*, *interesse público* e *ordem pública* se somam para fortalecer a alocação do exercício da jurisdição estatal como centro da dogmática processual.

Não obstante concordarmos com a tese de que a jurisdição estatal não possa ser o centro de discussão da teoria processual,⁵⁸⁸ pelo momento dogmático que nos encontramos, acreditamos que não houve uma superação da *instrumentalidade do processo*, mas sim de um aprimoramento ou revigoramento das teses defendidas por este seguimento metodológico.

Senão vejamos. A metodologia da *instrumentalidade do processo* não protege um formalismo exacerbado, pelo contrário, defende que a norma processual de 1973 não foi bem compreendida e utilizada.⁵⁸⁹ Ainda milita, com afinco, a *finalidade* do processo de concretização do direito material, bem como associa a interpretação da norma processual à dogmática constitucional, questões que também encontramos no *quarto momento metodológico*.

Assim, o atual momento metodológico do processo, seja denominado como *neoprocessualismo*,⁵⁹⁰ *formalismo-valorativo*⁵⁹¹ ou *processo civil no Estado Constitucional*,⁵⁹² exteriorizando um *modelo cooperativo de processo*, aprimora e revigora as teses da *instrumentalidade do processo*, possuindo como marcar o fortalecimento de um *Processo*

⁵⁸⁷ Nota de rodapé explicativa n.º 100: “Essas condutas são fadadas à ineficácia, em primeiro lugar porque o juiz é dotado, como agente estatal, do poder de conduzir o processo pelos rumos adequados; a ausência de preclusividade também concorre para a manutenção de situações jurídico-processuais cuja eliminação contraria a ordem pública (ex.: as condições da ação permanecem sujeitas a verificação pelos órgãos judiciários enquanto perdurar o processo, podendo ser proclamada a carência de ação a qualquer tempo)”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 15ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 65).

⁵⁸⁸ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 45.

⁵⁸⁹ Fala-se muito em interesse público na preservação do rito, do ‘due processo f law’, como um valor absoluto e abstrato, para justificar as devastações concretas que a injustiça de um decreto de nulidade, de uma falsa preclusão, da frieza de uma presunção processual desumana, causam à parte inerte. Não. Não é isso fazer justiça. não é para isto que existe o processo”. (LACERDA, Galeno. *O Código e o Formalismo Processual*. Conferência proferida, na sessão solene de encerramento do Congresso Nacional de Direito Processual Civil, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Porto Alegre, em 15/7/1983). Consultar: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8874/6183>>; “Em nome dos elevados valores resistentes nos princípios do contraditório e do *due processo of law*, acirram-se formalismos que entravam a máquina e abriram-se flancos para a malícia e a chicana. Para preservar as garantias do juiz natural e do duplo grau de jurisdição, levaram-se a extremos as regras técnicas sobre a competência. Nós, doutrinadores e operadores do processo, temos a mente povoada de um sem-número de preconceitos e dogmas supostamente irremovíveis que, em vez de iluminar o sistema, concorrem para uma Justiça morosa e, às vezes, insensível às realidades da vida e às angústias dos sujeitos em conflito”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do Processo Civil*. 3ª ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 20-21).

⁵⁹⁰ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 500.

⁵⁹¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*: proposta de um formalismo-valorativo. 4ª ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 285.

⁵⁹² MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 50.

Constitucional e Democrático, sem exclusividade de protagonismos, baseando-se no diálogo processual com orientação das normas fundamentais constitucionais, tendo como centro do ordenamento a Constituição.⁵⁹³

É fato que, por todas as reformas sofridas pelo Código de Processo de 1973, em torno de 64 modificações legislativas ao texto original, o texto normativo processual já vinha perdendo a sua identidade.⁵⁹⁴

Assim, na tentativa de uma melhor acomodação sistêmica e dogmática, voltadas à construção de instrumentos processuais que garantam adequação na concretização dos direitos fundamentais e das normas da Constituição *Cidadã*, o presidente do Senado Federal, à época, José Sarney, institui, através do ato n.º 379/2009, em 30 de setembro de 2009, uma comissão de juristas para, em 180 dias, elaborarem o anteprojeto de um novo Código de Processo Civil.⁵⁹⁵

Depois de dois meses, em 30 de novembro de 2009, a comissão dos juristas realiza a sua primeira reunião, destinada à apresentação e votação do roteiro de trabalho. Após 13 encontros, entre estes, 4 audiências públicas, a primeira, no Tribunal de Justiça de São Paulo, a segunda, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a terceira, no Senado Federal, e, a quarta, no Tribunal de Justiça do Amazonas, a comissão, em 8 de junho de 2010, apresenta o projeto do novo Código de Processo Civil para apreciação dos Senadores. Em 20 de dezembro de 2010, após aprovação do Senado, o projeto é encaminhado à Câmara dos Deputados.⁵⁹⁶

Na Câmara dos Deputados, inicialmente sob a relatoria do Deputado Sérgio Barras Carneiro e, depois, até a conclusão da tramitação, do Deputado Paulo Teixeira, realizaram-se vários encontros e audiências públicas, com a participação maciça de juristas, praticamente de todas as gerações e Estados, inclusive de membros da nossa Associação

⁵⁹³ “Reconhece-se, no atual momento doutrinário, que a Constituição efetivamente ocupa o centro do sistema jurídico, de onde passa a irradiar valores objetivos através dos quais devem ser criadas, interpretadas e aplicadas as normas jurídicas, aí incluídas aquelas que dizem respeito ao Direito Processual Civil”. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Normas Fundamentais no novo CPC Brasileiro**. In *Processo Civil Comparado: análise entre Brasil e Portugal*. Org. João Calvão da Silva [et al.]. São Paulo: Forense, 2017, p. 93).

⁵⁹⁴ “Ninguém duvida de que o processo civil está no tempo presente em busca de sua própria identidade e da construção de um modelo fiel às novas realidades da sociedade atual, mas também ninguém vê com clareza alguma os caminhos do futuro dos sistemas processuais. [...] Diante do que já se viu, do que já se propôs, se discutiu, se aceitou no direito positivo e nas práticas dos juízes, é lícito afirmar que a busca de soluções de aperfeiçoamento está encetada e em plena efervescência nos escritos dos juristas e mesmo na evolução do direito processual positivo. E temos também a certeza de que todos repudiam o sistema processual e o judiciário de que dispomos, sendo indispensável alguma transformação daquilo que hoje existe”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do Processo Civil**. 3ª ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 11-19).

⁵⁹⁵ A comissão foi presidida pelo Ministro do STJ, à época, Luiz Fux, como relatora-geral, Teresa Arruda Alvim Wambier, e mais 9 membros, entre estes, juristas conhecidos como Humberto Theodoro Junior, José Roberto dos Santos Bedaque, José Miguel Garcia Medina e Elpídio Donizete Nunes.

⁵⁹⁶ Conferir: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97249>>

Norte Nordeste de Professores de Processo – ANNEP,⁵⁹⁷ e de seguimentos organizados da Advocacia, pública e privada, da Magistratura, do Ministério Público, da Defensoria Pública e de serventuários da Justiça.

Em 27 de março de 2014, o projeto do novo Código de Processo Civil (PL n.º 8.046/2010 – PLS n.º 166/10), em face de alterações substanciais feitas pela Câmara dos Deputados, encaminha-se novamente ao Senado Federal.⁵⁹⁸ E, em 16 de março de 2015, após o veto de alguns artigos, sob a alegação de proteção do interesse público, sanciona-se o Código de Processo Civil de 2015, Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015.

6.1.4 Código de Processo Civil de 2015

Logo de início, ao observarmos o desenvolvimento e a maneira de criação das três codificações do processo civil brasileiro, podemos asseverar, como já constatado,⁵⁹⁹ que o Código de Processo Civil de 2015 tem como fundamento marcante uma perspectiva democrática. Para justificar essa assertiva, basta um olhar sobre a subscrição da exposição de motivos dos Códigos de Processo, em 1939 (*Francisco Campos*), em 1973 (*Alfredo Buzaid*) e em 2015 (*A Comissão de Juristas*). Apesar do afínco e da colaboração de outros juristas, em 1939 ou em 1973, que também são reconhecidos pelos próprios subscritores, estes Códigos carregaram a marca individual do seu subscritor, inclusive o último era denominado de *Código Buzaid*. Esse registro não implica um demérito destas codificações, somente excita uma reflexão do momento cultural e metodológico que nos encontramos, o constitucional-democrático.

O Código de Processo Civil de 2015 não tem uma *única entidade afetiva* registrada em sua certidão de nascimento, mas *plúrimas entidades afetivas*. Não é monocrático, mas democrático, com todos avanços e retrocessos que o risco da democracia possa apresentar. E não podia ser diferente, pois atualmente perfaz a única legislação

⁵⁹⁷ Dentre eles destacamos Fredie Didier Jr., auxiliando diretamente os Deputados relatores, Leonardo Carneiro da Cunha e Rinaldo Mouzalas, como juristas membros da comissão, além dos encontros e coletâneas produzidas pela ANNEP, que contribuíram bastante para a construção do novo Código de Processo Civil.

⁵⁹⁸ Conferir em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>

⁵⁹⁹ “O texto constitucional brasileiro atualmente em vigor reconhece a existência de um Estado *Democrático de Direito*. O Estado Constitucional é um Estado com *qualidades*. É um Estado constitucional democrático de direito. Há, nele, duas grandes qualidades: Estado de direito e Estado democrático”. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Normas Fundamentais no novo CPC Brasileiro**. In *Processo Civil Comparado: análise entre Brasil e Portugal*. Org. João Calvão da Silva [et al.]. São Paulo: Forense, 2017, p. 94).

codificada proposta (2009) e promulgada (2015), sob o regime Constitucional e Democrático de Direito.

Sua estrutura foi digna de elogios,⁶⁰⁰ dividida em duas partes. Uma *parte geral*, contendo seis livros, disciplinando todas as bases de desenvolvimento do processo civil, iniciando com destaque das *normas fundamentais*, o que demonstra a influência do processo português,⁶⁰¹ francês e inglês,⁶⁰² indo até a *formação, suspensão e extinção* do processo. E, uma *parte especial*, contendo três livros, o primeiro sobre o *processo de conhecimento e o cumprimento da sentença*, adotando *sincretismo processual*⁶⁰³ das reformas de 2005, do Código de 1973. O segundo livro sobre o *processo de execução*, e o terceiro, disciplinando o *processo nos tribunais e os meios de impugnação de decisões judiciais*, imprimindo uma forma de racionalização na formação, aplicação e superação dos precedentes judiciais, prezando, assim, pela estabilidade, integridade e coerência das teses jurídicas (arts. 926 e 927).

Assim, sem esquecer do passado, mas com a tentativa de um olhar para o futuro, com o escopo de *resolver problemas*, segundo sua exposição de motivos, o Código de 2015, estabelece uma nova identidade ao processo civil brasileiro, marcada por um modelo de atuação dialética e em cooperação (arts. 6º, 9º e 10),⁶⁰⁴ sob a lente das normas constitucionais (art. 1º) e dos direitos fundamentais (arts. 3º, 4º, 7º, 8º e 11).

Nesse contexto, parece-nos que o Código de Processo Civil de 2015 aponta para uma postura de centro (cooperação),⁶⁰⁵ não aderindo às extremidades (*inquisitorial versus*

⁶⁰⁰ “O novo Código traz uma estrutura substancialmente diferente da estrutura de seu antecessor e, em alguma medida, melhor”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. I. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 49).

⁶⁰¹ “O novo CPC brasileiro, claramente inspirado no CPC português, dedicou o seu primeiro capítulo a apresentar um pequeno elenco com as normas fundamentais do processo civil brasileiro: os arts. 1º a 12 inserem-se num capítulo dedicado às normas fundamentais do processo civil”. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Normas Fundamentais no novo CPC Brasileiro**. In *Processo Civil Comparado: análise entre Brasil e Portugal*. Org. João Calvão da Silva [et al.]. São Paulo: Forense, 2017, p. 96-97).

⁶⁰² MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 51.

⁶⁰³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. I. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 49.

⁶⁰⁴ “Se adotada uma chave de leitura apropriada, trata-se de norma da mais alta importância que ao mesmo tempo visa caracterizar o processo civil brasileiro a partir de um *modelo* e fazê-lo funcionar a partir de um *princípio*: o modelo cooperativo de processo civil e o princípio da colaboração”. (MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 52).

⁶⁰⁵ “O modelo cooperativo afasta-se da ideia liberal do processo, que tem um juiz passivo, responsável por arbitrar uma ‘luta’ ou ‘guerra’ entre as partes. O modelo cooperativo também se afasta da ideia de um processo autoritário, em que o juiz tem uma postura solipsista, com amplos poderes. Não se está diante de um processo cuja condução é determinada pela vontade das partes (processo dispositivo ou liberal), nem se está diante de uma condução inquisitorial do processo”. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Normas Fundamentais no novo CPC**

dispositivo), mas também não abandona a possibilidade de convivência com as extremidades, marca de um processo democrático, promovendo um exercício do poder jurisdicional de forma equilibrada e hígida (art. 139, I, III e VI).

Por essa razão, que o exercício da jurisdição não pode somente está pautado no sentido axiológico⁶⁰⁶ de justificação de um *publicismo processual*, do *poder estatal* e da *coisa pública*, na defesa de uma *ordem pública processual*,⁶⁰⁷ pois induz uma postura de extremidade estatal (inquisitorial), o que não se mostra adequado ao momento dogmático do Código de 2015. Não se pode negar o caráter público do processo civil brasileiro, mas o viés do *público*, atualmente, deve mais atenção às normas constitucionais e aos direitos fundamentais. Pois, garantir a concretização da Constituição de forma equilibrada e hígida, em nossa concepção, é exercer genuinamente o *interesse público* e o *poder jurisdicional*.

Ressaltamos, por oportuno, que, quem sabe ainda por influência do método da instrumentalidade, a expressão ordem pública aparece literalmente em dois dispositivos do Código de 2015, ao contrário do Código de 1973, o qual sempre defendeu a ideia de ordem pública, mas não trazia literalmente a expressão em seu texto normativo.

Vemos no art. 39, quanto à possibilidade de negar a cooperação jurídica internacional que ofenda à ordem pública, e no art. 963, VI, que traz como requisito indispensável para a homologação de decisão estrangeira, *não conter manifesta ofensa à ordem pública*. Este último, podemos dizer, perfaz uma nova versão do que o Código de 1939 trazia em seu art. 792.⁶⁰⁸

Nesse sentido, entendemos que o Código de 2015 não andou bem, em que pese a ideia que se transmite dos dois textos normativos não seja ligada à percepção de *ordem pública processual*, mas de ofensa à *ordem jurídica* ou ao *ordenamento jurídico*, principalmente ligados aos princípios fundamentais constitucionais de ordem interna (art. 1º ao 3º, da CF) e de ordem internacional (art. 4º, CF), como já enfrentamos na análise da

Brasileiro. In *Processo Civil Comparado: análise entre Brasil e Portugal*. Org. João Calvão da Silva [et al.]. São Paulo: Forense, 2017, p. 118-119).

⁶⁰⁶ DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 97.

⁶⁰⁷ “A nota de publicidade do processo tem como causa imediata, resumidamente, a indisponibilidade de direitos; e, como reflexo funcional no processo, a sua inquisitividade. O *interesse público* transcende aos limites objetivos e subjetivos do litígio é que fada à ineficácia a inércia das partes ou ato dispositivo de situação jurídico-processuais, pois do contrário esses comportamentos conduziram indiretamente ao sacrifício da sociedade interessada no resultado do pleito”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 15ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 65).

⁶⁰⁸ “Art. 792. Não obstante satisfeitos os requisitos do artigo antecedente, as sentenças não serão homologadas, se contiverem decisão contrária á soberania nacional, á ordem pública ou aos bons costumes”.

percepção de ordem pública no Direito Internacional Privado e na Arbitragem, como tutela de organização jurídico-social.

Além dessas referências expressas no corpo normativo do Código de 2015, a sua exposição de motivos também faz menção à ordem pública, no nosso sentir, de maneira bastante equivocada.⁶⁰⁹ Pois, fazendo alusão ao art. 10, induz ao leitor que as questões que podem ser suscitadas *de ofício* são de ordem pública, o que já vimos que não, inclusive constatado pelos próprios defensores da *ordem pública processual*.⁶¹⁰

Assim, ainda por influência de alguns juristas de *escol* ligados à *instrumentalidade do processo*, a qual fomenta o *publicismo* e o protagonismo no exercício da jurisdição estatal, exteriorizou-se no corpo do Código de 2015 e na sua exposição de motivos, a menção à ordem pública.

Neste ponto, podemos afirmar que, assim como o Código de 1939 e 1973, o Código de 2015 entrou em vigor em descompasso com o momento dogmático-metodológico do seu tempo. Pois, estamos marcados pelo Estado Constitucional, o qual perfaz um *Estado de direito* e um *Estado democrático*, onde não se fomenta as extremidades e os protagonismos no processo, mas uma atuação dialética e cooperativa. Não se mostrando adequado e coerente as menções expressas à ordem pública tanto no texto processual de 2015, como em sua exposição de motivos.

O Código de Processo Civil de 2015, antes mesmo de entrar em vigor, sofreu sua primeira alteração de redação, revogação e inclusões de dispositivos, através da Lei n.º 13.256/2016, a princípio com o escopo de modificar o procedimento do recurso especial e extraordinário, mas as mudanças foram além disso. Apesar disso, acreditamos que não alterou a sua essência.

Fato semelhante aconteceu com os Códigos antecessores. O Código de 1939 teve uma alteração, porém só prorrogando a data da sua entrada em vigor, pelo Decreto-Lei n.º 1.965, de janeiro de 1940. Já o Código de 1973, sofreu várias retificações ao seu texto originário, inclusive a prorrogação a sua entrada em vigor, através da Lei n.º 5.925, de 1º de outubro de 1973.

O novo Código já comemorou o seu primeiro de vigência, por óbvio, ainda não podemos sentir os seus ideais e seus reflexos profundamente. Pois, em que pese a dogmática

⁶⁰⁹ Trecho da exposição de motivos: “Está expressamente formulada a regra no sentido de que o fato de o juiz estar diante de matéria de ordem pública não dispensa a obediência ao princípio do contraditório”.

⁶¹⁰ “Contudo, não há necessária coincidência entre as matérias de ordem pública e os poderes de atuação ex officio do magistrado”. (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem Pública e Processo**: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011, 108).

processual contemporânea trilhe um caminho, a mudança de cultura e postura da *práxis* jurídica e a organização do Judiciário (advogados, procuradores, defensores, ministério público e magistratura) não é tão simples, ainda há muito o que se testar, discutir e aprimorar.

6.2 As questões de cognição de ofício são de ordem pública processual?

6.2.1 O sentido da expressão “de ofício”

Consultando os textos normativos das três codificações processuais do nosso país, constatamos que o Código de Processo Civil de 1939, apresentou 34 expressões “*ex-officio*”, como forma de autorização tanto do magistrado como de auxiliares (art. 11),⁶¹¹ em determinados casos, atuarem sem a provocação das partes. Em que pese um momento sincretista e dispositivo do processo, essas possibilidades transpassam determinado grau de interesse público, o que sustentava a dogmática da cognição *de ofício*.

No Código de Processo Civil de 1973, onde se verifica, primeiramente, uma oscilação entre os modelos inquisitorial e dispositivo, depois, pela metodologia da *instrumentalidade do processo*, um viés mais inquisitivo, com um fomento ao interesse público e ao exercício do poder de jurisdição estatal, encontramos 44 expressões “*de ofício*” em seu corpo normativo. O que passa a caracterizar estas questões como de ordem pública, pelo grau de interesse público envolvido e em face das situações jurídicas provocadas por determinadas questões.

Já o Código de Processo Civil de 2015, marca 56 expressões “*de ofício*”, nas quais autorizam o magistrado atuar sem a provocação das partes. Esse aumento, no nosso sentir, não supervaloriza a ideia de interesse público e concentração na jurisdição, como defende a *instrumentalidade do processo*. Pelo contrário, possibilita um maior diálogo entre o juiz e as partes. Pois, a identidade dialética e cooperativa que produz a codificação de 2015, por orientação do seu art. 10, o qual revigora o princípio constitucional do contraditório, impõe ao magistrado o *dever de consulta*⁶¹² fortalecendo o *direito das partes serem ouvidas*,⁶¹³ no

⁶¹¹ “Art. 11. Os atos requisitados por telegrama, radiograma ou telefone executar-se-ão, *ex-officio*, na forma que a lei determinar.”

⁶¹² “Há, ainda, o *dever de consulta*, de cunho assistencial. Não pode o magistrado decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida *ex officio*, sem que sobre elas sejam as partes intimadas a

sentido de robustecer ainda mais o seu convencimento motivado (art. 371) e a sua fundamentação jurídica (art. 489, §1º).

Assim, o sentido da expressão *cognição de ofício* ganha uma conotação *qualificada*, como forma de possibilitar um diálogo mais acurado de questões materiais ou processuais. Baliza de um processo democrático, leal, coerente, seguro e que preza pela confiança legítima. Não somente como forma de *controle estatal* e de *justificação do poder jurisdicional*, marca dos modelos e metodologias das duas primeiras codificações processuais.

Desta forma, como dito anteriormente, o fato de o texto normativo autorizar o magistrado a atuar em questões substanciais e processuais sem a provocação das partes, ou seja, “*de ofício*”, não implica dizer que estas questões são situações de *ordem pública processual*.

Da mesma forma, na atual dogmática processual, não há como vincular, necessariamente, a nossa proposta quanto à percepção de *ordem constitucional e democrática processual* ligada à ideia de *norma rígida* com as questões de *cognição de ofício*. Porque, há possibilidade de cognição de ofício tanto de *normas processuais rígidas* (incompetência absoluta), como de *normas processuais flexíveis* (capacidade processual) e *normas processuais híbridas* (ausência de citação).

A *cognição de ofício*, do processo civil no Estado Constitucional,⁶¹⁴ deve ser percebida como possibilidade de abertura de um diálogo processual mais acurado de questões não decididas,⁶¹⁵ iniciado por *colaboração* do magistrado, no sentido de *dissecar* a situação posta à apreciação dos sujeitos processuais. Sempre respeitando o contraditório efetivo e o *direito de ser ouvido*.⁶¹⁶

manifestar-se”. DIDIER JR., Fredie. **Fundamentos do Princípio da Cooperação do Direito Processual Civil Português**. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, 2010, p. 17-18).

⁶¹³ “Le droit d’être entendu suppose alors, pour être efficace, que la partie soit informée pour être mieux entendue”. (CADIET, Loïc [et. al.]. **Théorie générale du procès**. 2^a édition mise à jour. Paris: Presses Universitaires de France, 2013, p. 638).

⁶¹⁴ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 50.

⁶¹⁵ “Parece haver uma confusão entre a possibilidade de conhecimento *ex officio* de tais questões, fato indiscutível, com a possibilidade de decidir de novo questões já decididas, mesmo as que poderiam ter sido conhecidas de-ofício. São coisas diversas: a cognoscibilidade *ex officio* de tais questões significa, tão-somente, que elas poder ser examinadas pelo Judiciário sem a provação das partes, o que torna irrelevante o momento em que são apreciadas. Não há preclusão para o exame das questões, enquanto pendente o processo, mas há preclusão para o reexame”. (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19^a ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 786).

⁶¹⁶ “La confusion existant entre principe du contradictoire et droit d’être entendu est patente. L’exigence minimum qu’impose le principe du contradictoire est le droit d’être entendu ou du moins, d’être appelé. Leurs rapports ne sont cependant pas réductibles au genre et à l’espèce. en effet, certaines illustrations de droit comparé révèlent que le droit d’être entendu supplée parfois l’existence d’un principe du contradictoire”. (CADIET, Loïc [et. al.]. **Théorie générale du procès**. 2^a édition mise à jour. Paris: Presses Universitaires de France, 2013, p. 638)

6.2.2 O sentido da expressão “em qualquer tempo e grau de jurisdição”

Outra expressão que fomenta bastante a defesa da ordem pública no processo, perfaz a possibilidade de determinadas questões serem conhecidas *de ofício* e *em qualquer tempo e grau de jurisdição*, o que justificaria a não preclusão destas questões. Contudo, essa postura também encontra descompassos dogmáticos, e vem sofrendo pertinentes reflexões na tentativa de adequações.⁶¹⁷

Assim, na mesma metodologia do tópico anterior, ao realizamos uma consulta aos textos normativos processuais codificados, constatamos que no Código de Processo Civil de 1939 a referida expressão aparece de duas maneiras. Ainda por forte influência dos normativos portugueses, a expressão se encontra nos seguintes termos: *em qualquer instância e em qualquer tempo ou instância*.

A primeira aparece em três momentos. Uma possibilitando a dilação dos prazos (art. 20, §2º),⁶¹⁸ outra no caso de nunciação de obra nova (art. 390)⁶¹⁹ e quando da inadmissão do juízo arbitral após a prolação de decisão judicial (art. 1.035, parágrafo único).⁶²⁰ Já o segundo termo, *em qualquer tempo ou instância*, somente se apresenta uma vez no texto processual de 1939, quando trata da incompetência em razão da matéria (art. 182, §1º).⁶²¹ O que perfaz a perspectiva da incompetência absoluta e que se replicou nas duas codificações posteriores, em 1973 e 2015. Esta última questão, por ser bastante ligada à percepção de

⁶¹⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. 23ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 54.; DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 76-99.; CABRAL, Antonio do Passo. **Questões Processuais no Julgamento do Mensalão: valoração da prova indiciária e preclusão para o juiz de matérias de ordem pública**. In Revista dos Tribunais. Vol. 933. Ano 102. Julho de 2013. p. 131-150.

⁶¹⁸ “Art. 20. O prazo para os despachos de expediente será de vinte e quatro (24) horas, e para os interlocutórios, de cinco (5) dias.[...] § 2º Em qualquer instância, declarando motivo justo, poderá o juiz exceder por igual tempo os prazos a ele fixados neste Código”.

⁶¹⁹ “Art. 390. Em qualquer termo do processo, ou em qualquer instância, o renunciado poderá requerer, em auto apartado e sem suspensão da causa, a continuação da obra embargada, que o juiz concederá, si observados os seguintes requisitos[...].”

⁶²⁰ Art. 1.035. Celebrado o compromisso na pendência da lide, os autos serão entregues aos árbitros, mediante recibo e independentemente de traslado. Parágrafo único. Não se admitirá juízo arbitral depois de proferida a decisão em qualquer instância”.

⁶²¹ “Art. 182. As exceções serão opostas nos três primeiros dias do prazo para a contestação (art. 292), e serão processadas e julgadas:[...] § 1º A incompetência *ratione materiae* poderá ser alegada em qualquer tempo ou instância; quando, porem, o interessado não a alegar antes do despacho saneador, pagará em dobro as custas acrescidas”.

interesse público e exercício da jurisdição, doutrina contemporânea ligada à *instrumentalidade do processo*, vem defendendo como questão de *ordem pública processual* oriunda de *norma cogente*.⁶²²

O Código de Processo Civil de 1973 apresenta em seu texto normativo três menções a expressão *em qualquer tempo e grau de jurisdição*. Como já dito, uma em relação à incompetência absoluta (art. 113, *caput*),⁶²³ outra quanto ao julgamento sem exame do mérito (art. 267, §3º)⁶²⁴ e na arguição de falsidade (art. 390).⁶²⁵

Ressaltamos que, apesar do Código de Processo de 2015 não trazer mais expressamente a menção *em qualquer tempo e grau de jurisdição* para a arguição de falsidade, parte da doutrina entende que a arguição pode ser feita nestes termos. No entanto, caso não haja a alegação no prazo legal (art. 430, *caput*), haverá uma presunção de autenticidade por força do art. 411, III,⁶²⁶ com a possível preclusão da questão no processo.⁶²⁷ Porém, por não haver óbice para propor ação declaração autônoma de falsidade do documento (art. 19, II), inclusive com a possibilidade de ensejar ação rescisória (art. 966, VI), há quem defenda a não preclusão no mesmo contexto processual.⁶²⁸ O que, neste caso específico, nos parece salutar, mas não por estes motivos, mas por força da primazia do julgamento de mérito (art. 4º) e pela economia processual. No entanto, ainda com essa possibilidade, a expressão

⁶²² “As questões de ordem pública são aquelas que ensejam uma total indisponibilidade pelos sujeitos processuais, permitindo a arguição em qualquer grau de jurisdição, diante da gravidade que lhe é imputada pelo ordenamento”. (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Ordem Pública Processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 169). “Isso quer dizer que ao lado das competências *absolutas*, que não comportam modificação alguma, há as *relativas*, suscetíveis de modificação. Aquelas são regidas por normas jurídicas *cogentes*, e estas por normas *dispositivas*. Aproximadamente o critério adotado pelo legislador para distinguir entra as competências suscetíveis e as não suscetíveis de prorrogação é o *interesse público*. [...] As absolutas, justamente porque *absolutas*, não comportam modificação alguma, ainda quando estabelecidas no plano infraconstitucional. É absoluta a ‘competência determinada em razão da matéria, da pessoa ou da função’, a qual, segundo dispõe o art. 62 do Código de Processo Civil, ‘é inderrogável por convenção das partes’”. (DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do novo Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 111-112).

⁶²³ “Art. 113. A incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção”.

⁶²⁴ “Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: [...] § 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento”.

⁶²⁵ Art. 390. O incidente de falsidade tem lugar em qualquer tempo e grau de jurisdição, incumbindo à parte, contra quem foi produzido o documento, suscitar-lo na contestação ou no prazo de 10 (dez) dias, contados da intimação da sua juntada aos autos”.

⁶²⁶ DIDIER JR., Fredie [et. al.]. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 264-265.

⁶²⁷ “Se a parte perder o prazo de quinze dias previsto no art. 430 para arguir, incidentalmente, a falsidade, ocorrerá a preclusão”. (DESTEFENNI, Marcos. *In Comentários ao Código de Processo Civil*. Coordenadores, Angélica Arruda Alvim [et al.]. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 527).

⁶²⁸ TALAMINI, Eduardo. *In Comentários ao Código de Processo Civil*. Organizadores: Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 616.

em qualquer tempo e grau de jurisdição não serve a perspectiva de uma ordem pública, mas sim de uma decisão adequada e justa, com fundamento no diálogo, na legalidade, na lealdade, na segurança, na coerência e no equilíbrio. Marcas do momento metodológico e dogmático que nos encontramos.

Como as codificações anteriores, o Código de Processo Civil de 2015, também faz menção expressa ao referido termo quanto à incompetência absoluta (art. 64, §1º), bem como na possibilidade de o réu deduzir novas alegações após apresentada a contestação (art. 342, III), e para as situações que ensejam julgamento sem exame do mérito (art. 485, §3º).

Como dito no início do tópico, a expressão *em qualquer tempo e grau de jurisdição* induz, equivocadamente, que estas situações não são alcançadas pela preclusão, em hipótese alguma, titulando-as como de *ordem pública*.

O que não concordamos e aderimos ao posicionamento de Fredie Didier Jr.⁶²⁹ Pois, mostra-se sistêmica e dogmaticamente incoerente não admitir preclusão das questões do art. 485, §3º, inclusive em face do juiz, mas admitir a preclusão de questões já decididas sobre o mérito. Não se discorda de que havendo decisão sobre uma questão de mérito, caso a parte não apresente a impugnação ou o recurso pertinente haverá preclusão e o trânsito em julgado. E, ainda que seja possível ação rescisória, este fato não muda. Por que em relação às questões processuais mudaria? Não faz tanto sentido, principalmente em face da primazia da análise do mérito (art. 4º).

O próprio Código de 2015 (art. 505), replicando o Código de 1973 (art. 471), traz como diretriz que “nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide”, com a ressalva a modificação dos fatos (fatos supervenientes). Ademais, o art. 507 que “é vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão”. Assim, não há vedação à preclusão de questões decididas.⁶³⁰

Ressaltamos, por oportuno, que a *era* da supervalorização das normas processuais e do seu cientificismo, por si só, atrelado ao caráter genuinamente público e inquestionável, está sendo revigorada e não encontra mais guarida tutelar o processo por processo. De sorte que o processo está para o direito substancial disputado e não o contrário. Negar isso perfaz

⁶²⁹ “As questões do §3º do art. 485 podem ser conhecidas a qualquer tempo; o juiz pode controlar a regularidade do processo, *mas desde que ainda esteja pendente e que não tenha havido preclusão a respeito*. Não se permite que o tribunal, no julgamento de um recurso, reveja questão que já fora anteriormente decidida, mesmo que se trate de questão afeta à admissibilidade do processo, em relação à qual se operou a preclusão. O que se permite ao tribunal é conhecer, mesmo sem provocação, das questões relativas à admissibilidade do processo, respeitada, porém, a preclusão”. (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 786).

⁶³⁰ CABRAL, Antonio do Passso. **Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 255-257.

negar o atual contexto dogmático e a diretriz do Código de Processo Civil de 2015 em suas normas fundamentais (art. 1º ao 12).

Por essas razões, o sentido da expressão *em qualquer tempo e grau de jurisdição* deve ser percebida como a possibilidade de abertura de um diálogo processual de questões ainda não decididas e não cobertas pela preclusão (art. 1.009, §1º),⁶³¹ sempre atendendo o contraditório efetivo e o *direito de ser ouvido*.

6.2.3 As questões cognoscíveis de ofício e ditas de ordem pública

Cumprе ressaltarmos que algumas questões cognoscíveis de ofício e ditas de ordem pública no processo já foram enfrentadas durante o desenvolvimento da tese e, principalmente, no capítulo III, quando da análise das teses de Ricardo de Carvalho Aprigliano, Gisele Santos Fernandes Góes e Trícia Navarro Xavier Cabral.

Desta forma, neste tópico analisaremos somente alguns pontos que entendemos relevantes para a nossa tese e que perfazem o que a doutrina, comumente, defende como questão de ordem pública.

6.2.3.1 Ausência de citação

Como regra, a citação perfaz um ato de comunicação processual pelo qual são *convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual* (art. 238), considerando-se um dos pressupostos de validade ao processo, ressalvado os casos de julgamento de improcedência liminar (art. 332) e do indeferimento da petição inicial (art. 330).

⁶³¹ “Como bem apontou Calmon de Passos, se a decisão é recorrível, não se pode cogitar, no direito brasileiro, a possibilidade de reexame das questões já decididas. Se há possibilidades de recurso, há possibilidade de preclusão, não somente para as partes, mas também para o juiz”. (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 788).

O texto normativo referente à *ausência de citação*, em nossa concepção, pode gerar duas situações jurídicas distintas, tanto a convalidação ou regularização (art. 239, §1º), como a possibilidade de correção a qualquer tempo, por intermédio de ação anulatória com base no art. 239. Ou seja, neste ponto a ausência de citação é *sanável a qualquer tempo*.

Explicamos. Há um costume de identificar a *ausência de citação* como questão *insanável*,⁶³² titulando-a, por esse motivo, como questão de *ordem pública processual*, inclusive por gerar vícios *transrescisórios*.⁶³³ Contudo, entendemos que a situação jurídica processual da ausência de citação revela uma questão *sanável a qualquer tempo*, com a possibilidade de correção ou reparação. Pois, com a propositura da *querela nullitatis*, os atos decisórios serão anulados e volta-se ao momento da citação, para que ela seja legalmente realizada e o processo siga o seu curso regular.

Portanto, *sanar* ou *sanação*,⁶³⁴ em nossa perspectiva, possui o sentido de *corrigir*, *reparar* ou *fazer o correto*. Desta forma, *insanável* seria a possibilidade de *não corrigir*, *não reparar* ou *não fazer o correto*, o que não se mostra no caso.⁶³⁵ Inclusive, a doutrina defende que o Código de Processo de 2015 adotou o princípio da *sanabilidade dos atos processuais defeituosos*.⁶³⁶

Por essa razão, entendemos que a *ausência de citação* perfaz uma situação jurídica processual gerada por fatos jurídicos de normas processuais que denominamos de *híbridas*, por possuírem tanto consequências de *normas processuais rígidas*, como de *normas processuais flexíveis*, conforme estabelecido nas premissas do tópico 6, do capítulo I, e defendidas no capítulo VI.

Desta forma, não há de se falar em questão de ordem pública processual *insanável* na situação de ausência de citação, uma vez que, como constatado, há possibilidade de maior grau de regularização (art. 239, §1º), mostrando-se uma situação jurídica gerada por fatos

⁶³² FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Réu revel não citado, “querela nullitatis” e ação rescisória.** In Revista de Processo. Vol. 12, n.º 48. out./dez. 1987. p. 27-44.; COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Réu revel, vício de citação e querela nullitatis insanabilis.** In Revista de Processo. Vol. 164/2008. out./2008. p. 84-108.

⁶³³ TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. **Teoria Geral do Processo:** em conformidade com o novo CPC. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 169.

⁶³⁴ “A *sanação*, ao contrário, ocorre como resultado de ato de vontade relevante (=negócio jurídico) praticado com o fim de remover o defeito invalidade, o que depende, portanto, de que haja manifestação expressa ou tácita do elemento volitivo. Na *sanação* há a consciência e a vontade de considerar o ato como válido, sabendo-se de sua invalidade”. (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da validade.** 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 270-271).

⁶³⁵ Em que pese ainda defenda a nomenclatura *insanável*, Teresa Arruda Alvim admite a sanabilidade das nulidades absolutas, ao asseverar que “são vícios insanáveis, pois que maculam irremediavelmente o processo. Mas não são insanáveis relativamente à perspectiva de que o vício seja efetivamente corrigido”. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença.** 7ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 220).

⁶³⁶ “O CPC adota como princípio a sanabilidade dos atos processuais defeituosos”. (**Enunciado n.º 278**, do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis).

jurídicos oriundos de *normas processuais flexíveis*, bem como também se revela questão *sanável a qualquer tempo*, por ação anulatória (art. 239), ocasionando uma situação jurídica *com grau elevado de tensão e desequilíbrio à higidez posta pelo ordenamento jurídico*, em face da possibilidade da nulidade dos atos decisórios e de boa parte do processo, o que caracteriza a percepção das *normas processuais* que denominamos de *rígidas*.

6.2.3.2 Incompetência absoluta

A competência perfaz uma legitimação, conferindo ao órgão uma autorização e uma limitação no exercício do poder jurisdicional,⁶³⁷ o qual é uno e indivisível. Assim a legitimidade para exercício hígido da jurisdição advém da competência. Por essa razão que a competência se afigura, tradicionalmente, como um dos *pressupostos* de validade do processo.

Quando se afirma que o *poder-jurisdição* é *uno e indivisível*,⁶³⁸ queremos asseverar que todo o magistrado possui o *mesmo poder*. Contudo, o exercício do *poder-jurisdição* não pode ser realizado ao bel prazer do seu detentor. Aí entra a norma de fixação da competência para legitimar a sua atuação e, ao mesmo tempo, autorizar e limitar o local (juízo) para o exercício do *poder-jurisdição*.

Uma simples prova de que todo o magistrado possui o mesmo *poder-jurisdição*, perfaz a possibilidade de o juiz de direito estadual, em casos específicos, ser legitimado a exercer o *poder-jurisdição* nos casos que deveriam ser julgados no juízo federal (art. 109, §3º, da CF) e no juízo trabalhista (art. 112, da CF). Assim, verificamos que o poder é o mesmo, porém o exercício dele que é legitimado pela norma de competência, a qual autoriza e limita o exercício do *poder-jurisdição* para determinado lugar (juízo).

Desta forma, quando verificamos que não há legitimação para o exercício regular do *poder-jurisdição*, constatamos a *incompetência*, ou seja, aquele juízo, foro, local, órgão não possui legitimidade e não está autorizado a exercer o *poder-jurisdição*.

⁶³⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Jurisdição e Competência**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 52.

⁶³⁸ “Não há mais de um tipo de jurisdição. A jurisdição, como manifestação do poder soberano, é una e indivisível. As repartições ou classificações que são feitas consistem em critérios de divisão de competências, e não de jurisdição”. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Jurisdição e Competência**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 95).

Assim, em face das situações jurídicas oriundas das normas de competência, a doutrina classifica a competência como *relativa* e *absoluta*, gerando, por sua vez, situações de incompetência *relativa* e *absoluta*.

A *competência relativa*, verifica-se quando a norma de competência admite negócio das partes ou há possibilidade de *convalidação* (art. 65),⁶³⁹ ou seja, o vício desaparece, não havendo mais a necessidade de correção do ato, pois, extingue-se o defeito, sem o ato *volitivo* das partes.⁶⁴⁰ Já a *competência absoluta*, como regra, não é passível de disposição das partes, normalmente se identificando em razão da matéria e da função, com a ressalva de alguns casos em razão do território (art. 47, §1º e §2º),⁶⁴¹ podendo ser suscitada de ofício (art. 64, §1º). Por essa razão, caso não observada, ocorreria a *incompetência absoluta*, o que, comumente, caracterizar-se como matéria de ordem pública.⁶⁴²

Contudo, identificar a incompetência absoluta como questão de ordem pública, não encontra sustentação dogmática, pois a ordem pública trata suas situações como *insanáveis* e *inderrogáveis*. Mas podemos identificar que a incompetência absoluta perfaz uma situação jurídica processual passível de *sanação* e *convalidação*, senão vejamos.

O art. 64, §4º,⁶⁴³ do Código de Processo de 2015, admite que mesmo com o vício de incompetência absoluta, o ato decisório continue produzindo efeitos e, além disso, torna possível a correção do ato através da *confirmação*,⁶⁴⁴ na linguagem civilista, o que perfaz a *sanação* do ato decisório praticado pelo juízo incompetente, tornando a situação jurídica da incompetência absoluta *sanável*.⁶⁴⁵

⁶³⁹ “Art. 65. Prorrogar-se-á a competência relativa se o réu não alegar a incompetência em preliminar de contestação”.

⁶⁴⁰ “Tratando-se de ato-fato jurídico, embora haja conduta e mesmo que haja vontade consciente, a norma jurídica a recebe sempre como avolitiva. Por isso, a invalidade se extingue sem ato volitivo do interessado, inclusive, mesmo contra a sua vontade”. (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da validade**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 270).

⁶⁴¹ “Art. 47. Para as ações fundadas em direito real sobre imóveis é competente o foro de situação da coisa. § 1º O autor pode optar pelo foro de domicílio do réu ou pelo foro de eleição se o litígio não recair sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, divisão e demarcação de terras e de nunciação de obra nova. § 2º A ação possessória imobiliária será proposta no foro de situação da coisa, cujo juízo tem competência absoluta”.

⁶⁴² “A incompetência *absoluta* corresponde à violação de normas de interesse e ordem pública e a incompetência *relativa* à violação de meras normas de interesse e ordem particular. O regime da incompetência *absoluta* tem, por isso, um tratamento mais severo do que o correspondente à incompetência *relativa*”. (AMARAL, Jorge Augusto Pais de. **Direito Processual Civil**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 135).

⁶⁴³ “§ 4º Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente”.

⁶⁴⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da validade**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 277.

⁶⁴⁵ “No direito processual as nulidades são sempre sanáveis pela repetição do ato, naquilo que não possa ser aproveitado”. (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da validade**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 276).

Ademais, ainda que a incompetência absoluta enseje possibilidade de ação rescisória (art. 966, II), além de se mostrar incoerente com procedimento do art. 64, §4º, traduz outro argumento para qualificá-la como de ordem pública. Porém, na verdade, mostra-se uma possibilidade de *sanação*, ou seja, desconstituída a coisa julgada, o Tribunal deverá remeter os autos ao juízo declarado competente, seguindo o procedimento do art. 64, §3º e §4º.⁶⁴⁶

E, caso transcorrido o prazo para a propositura da ação rescisória, ocorrerá a *convalidação* dos vícios, ou seja, extingue-se o defeito de invalidade,⁶⁴⁷ não podendo mais ser discutido,⁶⁴⁸ por garantia da segurança jurídica.

Por essas razões, a incompetência absoluta não pode ser titulada como questão de ordem pública, pois não encontra sustentação dogmática imposta por esse fenômeno, seja insanável ou inderrogável.

Na verdade, a incompetência absoluta se mostra uma situação oriunda da *norma processual rígida*, a qual pode gerar *atos jurídicos que implicam situações jurídicas com grau elevado de tensão e desequilíbrio à higidez posta pelo ordenamento jurídico*, com a *flexibilidade para correção ou regularização*. Assim, em atenção ao momento dogmático, brada-se por uma mudança de perspectiva, que titulamos de *ordem constitucional e democrática processual*.

6.2.3.3 Impedimento do juiz

Tanto as situações de impedimento, como de suspeição do magistrado estão no âmbito parcialidade. Assim, referem-se a questões direcionadas à pessoa do juiz, o qual deve atuar com imparcialidade, sob pena de nulidade dos atos praticados.

⁶⁴⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. In **Comentários ao Código de Processo Civil**. Organizadores: Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1250.

⁶⁴⁷ “Temos por *convalidação* a extinção do defeito invalidante dos atos jurídicos por consequência do ato-fato jurídico da prescrição e da decadência, isto é, o aperfeiçoamento do ato jurídico nulo ou anulável *sem atuação volitiva juridicamente relevante*, expressa ou tácita, do interessado”. (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da validade**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 270).

⁶⁴⁸ “Ademais, a convalidação de vícios também ocorre, via de regra, pelo trânsito em julgado da sentença. Pode-se dizer, noutros termos, que, na convalidação, o vício é simplesmente ‘ignorado’, em razão da omissão do interessado, aliada ao decurso do prazo para alegação do defeito”. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Jurisdição e Competência**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 103).

Os tipos normativos que caracterizam o impedimento do magistrado são taxados de requisitos objetivos (art. 144). Já os relacionados à suspeição são ditos subjetivos (art. 145). Assim, em que pese estas situações encontrem *lugares comuns* (parcialidade), “ser *impedido* não é o mesmo que ser *suspeito*. Quem está sob suspeição está em situação de dúvida quanto ao seu bom procedimento. Quem está impedido está fora de dúvida, pela enorme probabilidade de ter influência maléfica para a sua função”.⁶⁴⁹

A doutrina entende que as questões quanto à suspeição são relevantes, porém são afetadas à preclusão (art. 145). Contudo, por serem identificadas objetivamente e por ensejar ação rescisória (art. 966, II), as questões quanto ao impedimento podem ser suscitadas de ofício e a qualquer tempo e grau de jurisdição.⁶⁵⁰ Por essa razão, alguns defendem que as questões sobre o impedimento como de ordem pública processual.⁶⁵¹

Todavia, da mesma forma que a situação de incompetência absoluta, os autos serão encaminhados para o juiz substituto (art. 146, §1º e §5º) e os atos do juiz reconhecido impedido ou suspeito serão declarados nulos (art. 146, §7º), mostrando-se uma possibilidade de *sanação*, ou seja, correção do vício ou defeito. E, ainda que comporte ação rescisória, o acolhimento da rescisória terá o referido desdobramento. Caso transcorrido o prazo para a propositura da ação rescisória, ocorrerá a *convalidação* dos vícios, ou seja, extingue-se o defeito de invalidade pelo impedimento do juiz. Somente restando constatar uma possível decisão injusta, por não atender as garantias de higidez do processo civil, mas sem a possibilidade de nova discussão.

Ademais, conforme já defendemos aqui, no âmbito recursal, caso seja suscitado no recurso o impedimento do magistrado que proferiu a decisão judicial recorrida, ao nosso sentir, nada impede que o Tribunal aplique sistematicamente o procedimento do art. 1.013, §3º, do CPC,⁶⁵² superando a questão da nulidade do ato judicial (impedimento) e proferindo

⁶⁴⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo II (arts. 46-153). Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 399.

⁶⁵⁰ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 756.

⁶⁵¹ “As causas de impedimento decorrem de situações objetivamente consideradas e que geram uma presunção absoluta de parcialidade do juiz para o exercício da jurisdição [...] Esse pressuposto processual é uma questão de ordem pública absoluta e intransponível, uma vez que não pode ser remediado, ensejando a nulidade absoluta dos atos”. (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Ordem Pública Processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 166); “As causas de impedimento do julgador consubstanciam-se em pressuposto processual negativo, que deve estar presente, razão pela qual traduz-se em questão de ordem pública”. (FREIRE, Alexandre; RODOVALHO, Thiago. *In* **Comentários ao Código de Processo Civil**. Organizadores: Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 222).

⁶⁵² “Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. [...] § 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando: I - reformar sentença fundada no art. 485; II - decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do

outro em sua substituição (art. 1.008, CPC), inclusive confirmando ou não a decisão judicial recorrida, aplicando-se também, sistematicamente, o procedimento do art. 64, §4º, do CPC.

Desta forma, não se mostra adequado titular o impedimento do juiz como questão de ordem pública, pois ao comportar *sanação* e *convalidação* vai de encontro ao que dogmaticamente se sustenta como situações de ordem pública no âmbito processual.

6.2.3.4 Coisa julgada

Como regra, a coisa julgada perfaz uma situação jurídica oriunda de um fato jurídico da composição normativa de uma decisão judicial e seu trânsito em julgado, tornando-a imutável e indiscutível (art. 502).⁶⁵³ Conforme já visto, ressalvadas as possibilidades novas discussões através da ação anulatória e da ação rescisória, a coisa julgada, como garantia constitucional da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI, CF),⁶⁵⁴ está para a *convalidação* das questões postas no processo civil, inclusive das questões ditas de ordem pública processual, fato reconhecido até por quem a defende.⁶⁵⁵

Outrossim, não podemos identificar a coisa julgada como de ordem pública, por não se enquadrar na dogmática imposta pela percepção da ordem pública. Pois, em que pese a segurança jurídica encampada com a imutabilidade de determinadas questões do ato decisório, ela não é absoluta, pois há instrumentos que permitem o seu controle, bem como ainda há teses que defendem a *relativização atípica da coisa julgada* por critérios de *justiça* e

pedido ou da causa de pedir; III - constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo; IV - decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação.”

⁶⁵³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 583.

⁶⁵⁴ “*De direitos*, visto que as proteções, pelo art. 5º, XXXVI, do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada traduzem a eficácia reflexiva do princípio da segurança jurídica, orientada a determinado sujeito e a determinado caso concreto, garantindo o exercício de direitos específicos”. (ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 262).

⁶⁵⁵ “Uma vez resolvida a questão de direito material submetida ao Judiciário, com decisão de mérito transitada em julgado, tudo o que se poderia discutir naquela relação processual fica definitivamente resolvido, sejam as questões de fundo – coisa julgada material, que impõe a imutabilidade dos efeitos daquela decisão, neste e em qualquer outro processo –, sejam as questões de forma, relacionadas ao próprio instrumento, entre as quais se incluem as questões de ordem pública processuais”. (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem Pública e Processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 190-191).

inconstitucionalidade,⁶⁵⁶ com vozes contrárias,⁶⁵⁷ as quais comungamos. Pois, o sistema processual proporciona várias oportunidades de impugnar as possíveis inconstitucionalidade e injustiças, durante todo o desenvolvimento do processo, inclusive após o trânsito em julgado. Após tudo isso somente nos resta conviver com o risco de constatar uma possível decisão injusta, por não atender as garantias de higidez do processo civil, mas sem a possibilidade de nova discussão. Aliás, o *direito não socorre os que dormem*. A coisa julgada está para segurança jurídica e estabilidade, “ruim com ela, muito pior sem ela”.⁶⁵⁸

Ademais, ainda que não se admita a relativização atípica da coisa julgada, a doutrina começa constatar a possibilidade de negócio jurídico processual em relação à coisa julgada, em face da cláusula geral negocial (art. 190), propondo a possibilidade de *negócio jurídico sobre os efeitos da decisão*, *negócio jurídico sobre exceptio rei iudicatae*, *negócio sobre o direito à rescisão* e *negócio jurídico para afastar a coisa julgada*.⁶⁵⁹ Situações estas que desnaturam a percepção da ordem pública indisponível e absoluta.

Assim, a coisa julgada, como uma garantia constitucional, está para o Estado Constitucional, vislumbrando-se, ao nosso sentir, uma situação jurídica ligada a fatos jurídicos oriundos da *norma processual rígida* e sendo percebida como uma questão de *ordem constitucional e democrática processual*, no sentido de garantir a legalidade, a segurança jurídica e a confiança legítima.

⁶⁵⁶ DELGADO, José. **Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas: efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais**. In Revista de Processo. Vol. 103/2001. Jul-Set/2001. p. 9-36.; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa julgada material**. In Revista de Processo. Vol.109/2003. Jan-Mar/2003. p. 9-38.

⁶⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa Julgada Inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada e a questão da relativização da coisa julgada**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 181-191.; CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre a continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 176-178.; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 632-635.

⁶⁵⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 635.

⁶⁵⁹ “b) *negócio jurídico sobre os efeitos da decisão*: trata-se de negócio permitido; é possível renúncia ao crédito reconhecido judicialmente, as partes podem transigir a respeito desse mesmo direito; nada impede que pessoas divorciadas voltem a casar-se entre si etc. c) *negócio jurídico sobre exceptio rei iudicatae*: trata-se de pacto para que a parte não alegue a objeção de coisa julgada. A parte renuncia ao direito de opor a coisa julgada, em eventual demanda que lhe seja dirigida. d) *negócio sobre o direito à rescisão*: as partes renunciam ao direito à rescisão da decisão, à semelhança do que podem fazer com o direito ao recurso. Trata-se de negócio lícito, sendo o direito disponível. Rigorosamente, esse negócio não é processual: abre-se mão do direito potestativo material à rescisão da decisão. Trata-se de negócio permitido. e) *negócio jurídico para afastar a coisa julgada*. É possível, com base no art. 190, que as partes afastem a coisa julgada. As partes resolvem que determinada questão pode ser novamente decidida, ignorando a coisa julgada anterior. Nesse caso, o acordo impede que o juiz conheça de ofício a existência da coisa julgada anterior”. (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 591-592).

6.2.3.5 *Legitimidade e interesse processual*

A doutrina que defende a ordem pública processual, coloca no seu *rol* as denominadas “condições da ação”. Não entrando na discussão doutrinária se a referida categoria ainda sobrevive,⁶⁶⁰ destacamos que o Código de Processo de 2015 não traz mais expressamente os termos “condição da ação” e “carência de ação” (art. 330, II, III, art. 337, XI, e art. 485, VI), bem como omite a expressão *possibilidade jurídica do pedido*, do texto normativo processual, atendendo, em parte, as críticas da doutrina,⁶⁶¹ revelando-se uma questão de mérito e não mais um requisito de admissibilidade.

Assim, ao apreciarmos as situações processuais da legitimidade e do interesse, constatamos que também não podem ser consideradas como de ordem pública processual, senão vejamos.

Em que pese o Código de 2015, de forma genérica, ainda imponha o julgamento sem exame do mérito pela ausência de legitimidade (art. 485, VI). Cumpre-nos advertir que a *legitimidade ordinária* perfaz uma análise vinculada ao mérito. Uma vez que, intrinsecamente, liga-se à situação do direito subjetivo discutido na demanda (art. 18, primeira parte).⁶⁶² Assim, dizer que o autor não é parte legítima, por via de consequência, é dizer que ele não tem direito.

⁶⁶⁰ DIDIER JR., Fredie. **Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao projeto do novo Código de Processo Civil.** In Revista de Processo. Vol. 197/2011. Jul/2011. p. 256-257.; CÂMARA, Alexandre Freitas. **Será o fim da categoria “condição da ação”? Uma resposta a Fredier Didier Junior.** In Revista de Processo. Vol. 197/2011. Jul./2011. p. 261-269.; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Será o fim da categoria condições da ação? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara.** In Revista de Processo. Vol. 198/2011. Ago./2011. p. 227-236.

⁶⁶¹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **A Ação no Direito Processual Civil Brasileiro (Tese apresentada à Faculdade de Direito da universidade da Bahia, concorrendo à cátedra de Direito Judiciário Civil – 1960).** In Obras de J. J. Calmon de Passos – Clássicos. Salvador: Juspodivm, 2014.; “Mas a *possibilidade jurídica do pedido* sempre foi alvo de inúmeras críticas, dada a dificuldade de ser traçada uma distinção precisa entre a decisão que extingue o processo por impossibilidade jurídica do pedido e a decisão de mérito que julga a demanda improcedente. Essas críticas foram acolhidas pelo novo Código de Processo Civil, que não faz mais referência à possibilidade jurídica entre as condições da ação, referindo apenas o *interesse de agir* e a *legitimidade ad causam*”. (DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do novo Processo Civil.** São Paulo: Malheiros, 2016, p. 116-117).

⁶⁶² “A legitimidade *ordinária* é reflexo do direito material, sendo questão de mérito. Se o juiz conclui pela falta de *legitimidade ordinária*, o que se está a decidir, em verdade, é pela ausência de titularidade do direito invocado, denegando a postulação formulada: declara não ter razão o autor, por não ser titular do direito; profere, enfim, sentença de improcedência”. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Será o fim da categoria condições da ação? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara.** In Revista de Processo. Vol. 198/2011. Ago./2011. p. 235).

Ressalte-se, por oportuno, que os próprios defensores da ordem pública no processo reconhecem que a legitimidade ordinária seria uma questão de mérito e não de admissibilidade processual.⁶⁶³ Desta forma, não há de se falar em ordem pública processual, por se tratar de mérito.

Quanto à *legitimidade extraordinária*, em regra,⁶⁶⁴ perfaz a possibilidade de pleitear ou defender direito alheio em nome próprio (art. 18, segunda parte). Conduto, mesmo sendo um requisito de admissibilidade processual, não se coaduna com a dogmática da ordem pública, pois, além de permitir a *sanação* pelo próprio texto processual (art. 338 e art. 339), no caso de ilegitimidade passiva, a doutrina já identifica a possibilidade, em certos casos, de negócio jurídico em relação à legitimidade extraordinária, tratando da *legitimação extraordinária negocial*.⁶⁶⁵

Outrossim, não encontramos óbice à *sanação* da ausência de legitimidade ativa ordinária e extraordinária, aplicando-se por analogia o art. 5º, §3º, da Lei n.º 7.347/1985 (Ação Civil Pública),⁶⁶⁶ conforme defende Fredie Didier Jr.⁶⁶⁷

Da mesma forma, podemos verificar a possibilidade de *correção* e nova propositura da demanda, tanto da *legitimidade* quanto em relação ao *interesse processual*, conforme se extrai do art. 486, §1º,⁶⁶⁸ o que não se coaduna com a dogmática da ordem pública.

Por esses motivos, não podemos enquadrar a legitimidade e o interesse como situações de ordem pública processual, por, em alguns casos, identificarem-se com o próprio

⁶⁶³ “Esse pronunciamento judicial, que exclui definitivamente um dos sujeitos processuais da lide alegada, resolve um impasse atinente ao próprio direito material e, por isso, tem caráter meritório. [...] Dessa forma, o pronunciamento sobre a legitimidade ordinária é de mérito, tendo como consequência a coisa julgada material”. (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Ordem Pública Processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 141-143).; (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem Pública e Processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 78-80).

⁶⁶⁴ “É possível que, nestes casos, o abjeto litigioso *também* lhe diga respeito, quando então o legitimado reunirá as situações jurídicas de legitimado ordinário (defende direito também seu) e extraordinário (defende direito *também* o outro); é o que acontece, p. ex., com os condôminos, na ação reivindicatória do bem, art. 1.314 do Código Civil”. (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 388).

⁶⁶⁵ “O art. 18 do CPC exige, para a atribuição da legitimação extraordinária, autorização do ‘ordenamento jurídico’, e não mais da lei. Não bastasse isso, o art. 190 do CPC consagrou a atipicidade da negociação sobre o processo. [...] Não há qualquer obstáculo normativo *a priori* para a *legitimação extraordinária de origem negocial*. E, assim sendo, o direito processual civil brasileiro passa a permitir a *legitimação extraordinária atípica*, de origem negocial”. (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 394-395).

⁶⁶⁶ “§ 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa”.

⁶⁶⁷ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 393.

⁶⁶⁸ “Art. 486. O pronunciamento judicial que não resolve o mérito não obsta a que a parte proponha de novo a ação. § 1º No caso de extinção em razão de litispendência e nos casos dos incisos I, IV, VI e VII do art. 485, a propositura da nova ação depende da correção do vício que levou à sentença sem resolução do mérito”.

mérito da demanda, e pela possibilidade de *sanação*, *correção* e *negócio jurídico*, questões que vão de encontro com a perspectiva dita *insanável*, *indisponível* e *absoluta*.

6.2.3.6 Prequestionamento e Repercussão Geral

As questões relacionadas à admissibilidade dos recursos, seja nos requisitos intrínsecos e extrínsecos, também são tituladas de ordem pública,⁶⁶⁹ principalmente quando se refere aos recursos para os Tribunais Superiores (recurso especial e recurso extraordinário).

Contudo, a quem defenda que o prequestionamento é um requisito que impõe a preclusão das questões de ordem pública no processo, pois, em certos casos, haveria a necessidade de prequestionamento, ainda que a matéria possa ser titulada como de ordem pública.⁶⁷⁰

Além disso, o atual regime do Código de Processo Civil de 2015, permite a *sanação* de questões quanto ao juízo de admissibilidade, inclusive em se tratando de recurso especial e extraordinário (art. 1.032 e art. 1.033),⁶⁷¹ o que se revela incompatível com a ideia de ordem pública *insanável* e *absoluta*.

Aliás, a aplicação da fungibilidade recursal e *sanabilidade* são marcar do novo texto processual, aplicando-se o dispositivo do parágrafo único, do art. 932 e o art. 938, §1º e §2º, aos vícios sanáveis de todos os recursos,⁶⁷² inclusive nos recursos especial e

⁶⁶⁹ “O conjunto das condições de seguimento de qualquer recurso representa matéria de ordem pública. É lícito, por conseguinte, o conhecimento das condições, *ex officio*, pelo órgão judiciário, a qualquer tempo (art. 485, §3º). Significa que o recorrido não precisará invocar o motivo da inadmissibilidade em sua resposta ao recurso”. (ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. 8ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 150)

⁶⁷⁰ “Defende-se a impossibilidade de conhecimento de ofício ou por provocação de matéria de ordem pública não decidida pela decisão recorrida especial e extraordinariamente, em razão da necessidade do prequestionamento em sede de recursos especial e extraordinário, exigência constitucional sobre qualquer matéria. Ressalta-se que existem respeitadíssimas posições contrárias a essa tese. Excepciona-se tal entendimento, no presente estudo, quando se tratar de nulidade absoluta decorrente do próprio julgamento recorrido, sob pena de ofensa ao duplo grau de jurisdição”. (MANGONE, Kátia Aparecida. **Pquestionamento e questões de ordem pública no recurso extraordinário e no especial**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 220).

⁶⁷¹ “Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional”; “Art. 1.033. Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial”.

⁶⁷² “Esses dispositivos consagram o dever de o tribunal, em qualquer processo que esteja sob sua jurisdição, em competência originária ou recursal, proceder à intimação da parte para que corrija defeito processual sanável,

extraordinários, conforme orientação do enunciado n.º 197, do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

Desta forma, os requisitos de admissibilidade dos recursos, em geral, não podem ser vistos como questões de ordem pública, mas devem ser percebidos como situações de *ordem constitucional e democrática processual*, ao passo que visam garantir a legalidade, a segurança jurídica, a participação e a confiança legítima.

6.2.3.7 Prescrição e decadência

Ainda que questões eminentemente de cunho material, situação que, por si só, poderia ensejar o seu afastamento como matéria de *ordem pública processual*. Outrossim, merece um registro a nossa mudança de posição exposta no artigo intitulado “*Um experimento da prescrição como questão de ordem pública no processo*”,⁶⁷³ onde defendíamos um possível enquadramento da prescrição como matéria de ordem pública.

Esta “polêmica” começou a surgir quando da inserção da possibilidade da cognição de ofício da prescrição, pela Lei n.º 11.280/2006, modificando o §5º, do art. 219,⁶⁷⁴ do Código de Processo Civil de 1973, bem como revogando o art. 194 do Código Civil.⁶⁷⁵

Com o Código de Processo Civil de 2015, além de permanecer com a perspectiva, revigorou o procedimento afeto a cognição de ofício tanto da prescrição como da decadência, com o julgamento de improcedência liminar (art. 332, §1º) sem a citação do réu,⁶⁷⁶ ou após o desenvolvimento do processo (art. 487, II e parágrafo único). No entanto, ainda se mostra

que impeça o exame do mérito. [...] O disposto no art. 932, parágrafo único, do CPC é complementado pelo art. 938 do mesmo CPC, que estabelece todo um procedimento a ser adotado e confirma que somente podem ser corrigidos os vícios sanáveis”. (CUNHA, Leonardo Carneiro da.; DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 14ª ed. reform. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 61).

⁶⁷³ ROCHA, Márcio Oliveira. **Um experimento da prescrição como questão de ordem pública no processo**. In Prescrição e Decadência: estudos em homenagem ao professor Agnelo Amorim Filho. MIRANDA, Daniel Gomes de [et. al.]. Salvador: Juspodivm, p. 343-352.

⁶⁷⁴ “§5º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”.

⁶⁷⁵ “Art. 194. O juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz”.

⁶⁷⁶ Mantemos nossa posição quanto à necessidade de intimação do autor, em atenção ao art. 10, vide: ROCHA, Márcio Oliveira. **O contraditório efetivo do autor versus a improcedência liminar do pedido (art. 332, §1º, do CPC/15)**. In DIDIER JR, Fredie (Coordenador Geral); MACÊDO, Lucas Buril de. [et. al.] Procedimento Comum. Vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 155-166.

incongruente com o que dispõe o art. 211, do Código Civil, ao tratar da decadência convencional.

Contudo, o fato, por si só, da cognição de ofício da prescrição e da decadência, não qualifica estes fenômenos como de ordem pública.⁶⁷⁷ De sorte que, além de perfazerem questões relativas ao mérito, são afetas à renúncia (prescrição – art. 191, do CC) e ao negócio jurídico (decadência – art. 211, do CC), o que não se compatibiliza com a dogmática de indisponibilidade e irrenunciabilidade da percepção de ordem pública.

⁶⁷⁷ MAZZEI, Rodrigo. **Prescrição: alguns temas processuais a partir da sua célula material.** In DIDIER JR, Fredie (Coordenador Geral); MACÊDO, Lucas Buril de. [et. al.] *Procedimento Comum*. Vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 522-524.

7 Por uma nova dogmática da ordem pública no processo civil contemporâneo

7.1 A inadequação dogmática da ordem pública processual como indisponível, inderrogável, insanável, irrenunciável e absoluta

Diante de tudo que foi exposto, este capítulo, na verdade, tem a finalidade de condensar, de forma didática e clara, como notas conclusivas, toda a matéria desenvolvida e os pontos principais que defendemos na tese, no sentido de constatar a inadequação dogmática no tratamento da ordem pública processual como indisponível, inderrogável, insanável e absoluta.

7.1.1 Preclusão e ordem pública processual

Como podemos constatar, a dogmática das questões de ordem pública processual como não afetas à preclusão não encontra sustentação. Pois, mostra-se possível influência da preclusão em relação à ordem pública. Seja em face da sua efetiva análise no processo (art. 505 e art. 507) ou pelo não atendimento ao prequestionamento nos recursos especial e extraordinário.

Assim, não encontramos óbice ou impedimento normativo para que as questões decididas não sejam alcançadas pela preclusão, ainda que se tratem de situações jurídicas com grau elevado de tensão e desequilíbrio à higidez posta pelo ordenamento jurídico. Devendo a expressão “*em qualquer tempo e grau de jurisdição*” ser analisada com bastante acuidade, conforme já discutido no tópico 2.2., do Capítulo V, sob pena se quebrar a *unidade do Código*.⁶⁷⁸

⁶⁷⁸ “Nos estudos sobre a interpretação constitucional, foi desenvolvido o postulado da unidade da Constituição. [...] O mesmo se aplica à interpretação do Código de Processo Civil. O Código deve ser interpretado como um conjunto de normas orgânico e coerente. *Surge daí o postulado interpretativo da unidade do Código.*” (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Vol. 1. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 171).

7.1.2 Convalidação e ordem pública processual

A *convalidação*, a qual extingue o defeito de invalidade,⁶⁷⁹ não podendo mais ser discutido,⁶⁸⁰ seja na *ausência de citação*, com o comparecimento espontâneo do réu, na *incompetência absoluta*, no *impedimento* ou na *suspeição* do juiz etc. Tudo isso aliado com a situação jurídica da coisa julgada, perfaz uma das formas que comprova a inadequação dogmática defendida perante as questões de ordem pública absolutas e inderrogáveis no processo.

Desta forma, como constatado no tópico 2.3.2. e 2.3.4, do capítulo V, com a *convalidação* do ato decisório vence circunstância da ordem pública processual absoluta e inderrogável. Pois, todas as situações se estabilizam, tudo em atenção à segurança jurídica que impõe o próprio sistema processual (art. 502 e art. 508).

7.1.3 Renúncia e ordem pública processual

Da mesma forma, a dogmática da ordem pública processual como questão irrenunciável, não vem encontrando guarida. Pois, mostra-se plenamente possível a disposição através da *renúncia* de questões tituladas como de ordem pública, dentre as quais podemos citar a renúncia ao próprio exercício da jurisdição estatal ou ao órgão investido na jurisdição,⁶⁸¹ com a fixação da convenção arbitral e a renúncia à coisa julgada, conforme verificamos no tópico 1.3., do capítulo III e no tópico 2.3.4., do capítulo V.

⁶⁷⁹ “Temos por *convalidação* a extinção do defeito invalidante dos atos jurídicos por consequência do ato-fato jurídico da prescrição e da decadência, isto é, o aperfeiçoamento do ato jurídico nulo ou anulável *sem atuação volitiva juridicamente relevante*, expressa ou tácita, do interessado”. (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da validade**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 270).

⁶⁸⁰ “Ademais, a convalidação de vícios também ocorre, via de regra, pelo trânsito em julgado da sentença. Pode-se dizer, noutros termos, que, na convalidação, o vício é simplesmente ‘ignorado’, em razão da omissão do interessado, aliada ao decurso do prazo para alegação do defeito”. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Jurisdição e Competência**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 103).

⁶⁸¹ “Por sua vez, somente a existência de órgão estatal investido de jurisdição e o impedimento do juiz são defeitos agudos e que merecem um tratamento processual compatível com a gravidade considerada dentro do sistema processual, que por sinal é atemporal, não variando com o tempo e espaço em que é analisada e nem por razão de política legislativa ou judiciária”. (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Ordem Pública Processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 474).

7.1.4 Sanação e ordem pública processual

A perspectiva do insanável também não encontra sustentação dogmática, pois, como vimos, *sanar* ou *sanação*⁶⁸² possui o sentido de *corrigir, reparar* ou *fazer o correto*. Desta forma, *insanável* seria a possibilidade de *não corrigir, não reparar* ou *não fazer o correto*. Dentre as possibilidades de *sanação* destacamos a *incompetência absoluta*, o *impedimento do juiz*, a *coisa julgada*, a *legitimidade processual*, o *interesse processual*, a maioria dos requisitos recursais etc., inclusive o prequestionamento e a repercussão geral.

Assim, diante da perspectiva do Código de Processo de 2015, o qual adotou o princípio da *sanabilidade dos atos processuais defeituosos*, não há de se falar em questões insanáveis e de ordem pública, até mesmo a perspectiva da *ausência de citação* não perfaz uma questão insanável, mas *sanável a qualquer tempo*, através a ação anulatória, conforme discutido no tópico 2.3.1., do capítulo V.

7.1.5 Negócio jurídico e ordem pública processual

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015 e a introdução da cláusula geral negocial (art. 190), ficou bastante complicado enxergar a limitação de disposição das partes em dispor sobre o processo e o procedimento civil. Inclusive atualmente este perfaz um dos grandes desafios da doutrina processual.⁶⁸³

Desta forma, as questões ditas de ordem pública, ao contrário do que pensam, também não escapam da possibilidade de negócio jurídico, dentre as quais destacamos as situações de fixação da incompetência absoluta do juízo estatal, através da convenção arbitral,

⁶⁸² “A *sanação*, ao contrário, ocorre como resultado de ato de vontade relevante (=negócio jurídico) praticado com o fim de remover o defeito invalidade, o que depende, portanto, de que haja manifestação expressa ou tácita do elemento volitivo. Na *sanação* há a consciência e a vontade de considerar o ato como válido, sabendo-se de sua invalidade”. (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da validade**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 270-271).

⁶⁸³ Sobre o assunto confira: CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016.

o *negócio processual sobre legitimidade extraordinária, negócios processuais coletivos*⁶⁸⁴ e *negócios processuais sobre coisa julgada*, conforme verificado no item 2.3.4. e 2.3.5., do capítulo V.

Assim, não se revela adequada a dogmática de total *indisponibilidade*, a qual a ordem pública está inserida.

7.2 Mudança de paradigma e a adequação dogmática contemporânea

Por tudo aqui tratado, resta comprovada que a dogmática proposta para tutelar a ordem pública no processo merece ajustes e adequações.

Assim, normalmente, quando há uma proposta de virada em determinado paradigma, na maioria das vezes, imprime-se uma nova perspectiva terminológica. Entendemos que, no nosso caso, a necessidade de uma nova nomenclatura para as normas com um grau visível de *cogência* se impõem, e se mostra premente para uma melhor simplificação e percepção metodológica do tema até aqui enfrentado.

Desta forma, como uma maneira de melhor adequar as questões dogmáticas às questões pragmáticas do processo civil contemporâneo, vislumbramos que uma expressão que minimiza a noção indeterminada e ininteligível que a *ordem pública processual* traz consigo, parece-nos que traduzir melhor a sistemática atual a ideia extraída da expressão *norma processual rígida* como percepção de uma *ordem constitucional e democrática processual*.

Explicamos.

Como pretendemos adequar a terminologia ao momento dogmático contemporâneo do processo civil brasileiro, atualmente marcado pela influência do constitucionalismo,⁶⁸⁵ como estabelecido nas premissas do primeiro capítulo, chegamos à referida expressão partindo da compreensão da classificação das Constituições quanto à sua estabilidade, pois envolve justamente o campo de verificação das questões *ditas* de ordem pública. Senão vejamos.

⁶⁸⁴ (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Vol. 1. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 444).

⁶⁸⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **O Processo Civil no Estado Constitucional e os Fundamentos do Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. Revista de Processo. Ano 37. vol. 209. Julho, 2012, p. 351.

Sabemos que neste seguimento as Constituições se classificam, em geral, como imutáveis, fixas, rígidas, flexíveis e semiflexíveis, no sentido de garantir uma maior ou menor supremacia das normas constitucionalizadas.

Ressaltamos, por oportuno, que, na história constitucional brasileira,⁶⁸⁶ a única Constituição que refletiu durante um tempo a imutabilidade foi a Constituição Imperial de 1824 (art. 174),⁶⁸⁷ o que somente exterioriza uma marca do absolutismo monárquico da época, marcado outrossim pela ideia absolutista que a ordem pública impõe.

Assim, como a ordem pública tem como fundamento um juízo de total imutabilidade, o qual não se mostra possível no contexto processual contemporâneo, o contraponto para se garantir segurança jurídica do sistema jurídico se firmaria na rigidez normativa, como demonstrado pela doutrina constitucional,⁶⁸⁸ no desenvolvimento das constituições escritas.

Partindo da premissa de que existem normas que possuem uma carga maior de relevância, porém com a possibilidade, em certos casos, de alterações (*renúncia, convalidação, sanção, preclusão e negócio*), no sentido de adequação às situações jurídicas postas em análise, atribuímos a esse tipo de norma a terminologia de *norma processual rígida*, destacando também a existência, no processo civil contemporâneo, de *normas processuais flexíveis* e de *normas processuais híbridas*, as quais possuem as características das normas *rígidas* e *flexíveis*, dependendo do momento e das circunstâncias que efetivamente possam incidir.

Assim, partindo da premissa estabelecida do tópico 5., do capítulo I, como forma de simplificar o sistema normativo do processo civil contemporâneo, podemos classificar as normas processuais em: a) *normas processuais rígidas*; b) *normas processuais flexíveis*; e, c) *normas processuais híbridas*.

⁶⁸⁶ PINHEIRO NETO, Othoniel. **Curso de direito constitucional**. Vol. I. Curitiba: Juruá, 2016, p. 51-53.

⁶⁸⁷ “Art. 174. Se passados quatro annos, depois de jurada a Constituição do Brazil, se conhecer, que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escripto, a qual deve ter origem na Camara dos Deputados, e ser apoiada pela terça parte deles”. – Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador Dom Pedro I, em 25.03.1824.

⁶⁸⁸ “A rigidez traduz-se fundamentalmente na atribuição às normas constitucionais de uma capacidade de *resistência* à *derrogação* superior à de qualquer lei ordinária. Significa isto que a Constituição (normas constitucionais) só pode ser modificada através de um *procedimento de revisão específico* e dentro de certos limites (formais, circunstanciais e materiais) como se verá no estudo sobre o procedimento de revisão”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 215).

7.2.1 Compreensão e classificação das normas no processo civil

7.2.1.1 Norma processual rígida

A normas processuais rígidas, são compreendidas pelas normas que podem gerar fatos jurídicos que implicam situações jurídicas com grau elevado de tensão e desequilíbrio à higidez posta pelo ordenamento jurídico, com a possibilidade de flexibilização para correção, negócio, preclusão ou regularização.

Ou seja, as normas processuais rígidas, em determinados casos, podem sofrer *sanação*, com a *correção* dos atos, são afetas aos *negócios jurídicos*, bem como são todas passíveis de *regularização*, com a *convalidação* e extinção dos defeitos dos atos. Dentre as quais podemos destacar, a incompetência absoluta, o impedimento do juiz, a ilegitimidade, a ausência de interesse processual, a coisa julgada etc.

7.2.1.2 Norma processual flexível

As normas processuais flexíveis, são compreendidas pelas normas que podem gerar fatos jurídicos que implicam situações jurídicas com baixo grau de tensão e desequilíbrio à higidez posta pelo ordenamento jurídico, com a possibilidade de flexibilização para correção, negócio, preclusão, renúncia ou regularização.

Dentre as quais podemos destacar, os requisitos da petição inicial, capacidade postulatória, capacidade processual, incompetência relativa, incorreção do valor da causa, perempção etc.

7.2.1.3 Norma processual híbrida

As *normas processuais híbridas*, podem apresentar tanto as *características* das *normas processuais rígidas* como das *normas processuais flexíveis*, dependendo do momento e das circunstâncias que efetivamente incidam.

Dentre as quais podemos destacar, a existência de órgão investido na jurisdição, a ausência de citação, a falsidade de documento, a convenção de arbitragem etc.

7.2.2 Da ordem pública processual à ordem constitucional e democrática processual

7.2.2.1 Ordem pública processual

Como vimos, a percepção de ordem pública processual está ligada à norma cogente, à metodologia da instrumentalidade do processo, do publicismo, do protagonismo da jurisdição, do interesse público supremo, que induzem a situações jurídicas inquestionáveis, como a *indisponibilidade*, a *inderrogabilidade*, a *irrenunciabilidade* e a *insanabilidade*.

Por óbvio, o processo civil precisa de *ordem* (coerência, estabilidade, integridade) e dos institutos científicos desenvolvidos desde o *processualismo* à *instrumentalidade do processo*, não podemos negar. Mas, a dogmática contemporânea voltada ao Estado Constitucional, não comporta argumentações com carga absolutista no processo.

Por essa razão, estamos passando para a *era* da *ordem constitucional e democrática*, como forma de revigoramento e adequação da ordem pública ligada exclusivamente as perspectivas de atuação do Ente Público. E, o processo civil contemporâneo, conforme constatado ao longo deste estudo, não comporta dogmaticamente a percepção de ordem pública processual, mas sim a de *ordem constitucional e democrática processual*.

7.2.2.2 Ordem constitucional e democrática processual

Em face da ordem pública não possuir uma compreensão clara, mas uma percepção de que a sua essência está ligada às questões que apresentam um elevado grau de interesse público. Assim, a doutrina processual da instrumentalidade do processo passou a identificar como de ordem pública as situações agudas ao processo civil e que podem ser suscitadas de ofício e a “qualquer tempo”, não havendo preclusão, sanção, convalidação e negócio, identificadas nas “condições da ação”, nulidades absolutas e admissibilidades. Marcando o protagonismo do Estado e do *poder-jurisdição*.

Já a percepção da ordem constitucional e democrática rebate essas questões, em que pese não se negue a existência de interesse público e de certas indisponibilidades, em determinados casos, esse não é o foco. Mas a percepção da “ordem” (legalidade, igualdade, segurança jurídica, confiança legítima e participação) não foge ao diálogo e à atuação democrática, baliza do Estado Constitucional (Democrático e de Direito).

Assim, a ordem constitucional e democrática processual, como corolário do Estado Constitucional, parece-nos que é a melhor forma de revigorar e adequar ao momento dogmático contemporâneo, do que um dia se convencionou chamar de ordem pública processual.

8 Conclusão

Conforme as constatações apresentadas, podemos afirmar que o valor metafísico intitulado de *ordem pública* como uma *situação jurídica processual* dita *inderrogável, insanável, irrenunciável, indisponível, não sujeita à preclusão*, assim pensada desde a tradução francesa do termo, na interpretação e na sua implementação dos textos romanos e replicada em vários sistemas jurídicos do mundo, não encontra sustentação dogmática no processo civil contemporâneo brasileiro.

Pois, independentemente do título de ordem pública que se possa atribuir à determinadas situações jurídicas, as suas consequências jurídicas ocorrerão conforme os preceitos normativos descritos pela norma processual.

Porquanto, como visto, as questões ditas como de ordem pública processual, em que pese possuam lugares comuns à ideia de interesse público ou de Direito Público, constatamos que o sistema normativo processual brasileiro, para própria segurança jurídica, coerência e estabilidade sistêmica, admite a *preclusão*, a *convalidação*, a *renúncia*, a *sanação* e o *negócio jurídico*.

Assim, como forma de adequar o tema à dogmática contemporânea, propomos uma nova classificação das normas processuais, as quais se apresentam sistematicamente de maneira rígida (*normas processuais rígidas*), flexível (*normas processuais flexíveis*) e híbrida (*normas processuais híbridas*). Pois, estas normas, em menor ou maior grau, são afetas as questões acima expostas. Em razão disso, não se tem a pretensão de exclusão, mas de revigoração e adequação sistêmica. Não obstante, por ululante, não podemos e nem pretendemos extirpar a expressão “ordem pública” do sistema jurídico brasileiro, mas quiçá simplificar e minimizar a sua utilização, sob pena de criarmos tautologias desnecessárias, inúteis aos normativos jurídicos postos, que possam ser utilizadas como fundamento retórico para o cometimento de arbitrariedades e abusos dos aplicadores do direito, como podemos constatar durante a pesquisa.

Assim, concluímos que a *era da ordem pública processual*, não encontra guarida dogmática no processo civil contemporâneo e, quiçá, nunca tenha encontrado da forma que a doutrina processual da *instrumentalidade* apresentava, passa a dar lugar a *era da ordem constitucional e democrática processual*, percepção na qual se associa à ideia de *norma processual rígida* e aos fundamentos do Estado Constitucional, exteriorizados na *legalidade, igualdade, segurança jurídica, confiança legítima, liberdade, legitimidade e participação*.

Referências

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 6ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.
- ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a Direito Fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino. **A prescritibilidade das ações (materiais) declaratórias**: notas à margem da obra de Agnelo Amorim Filho. *In* MIRANDA, Daniel Gomes de. [et. al.]. Prescrição e Decadência – estudos em homenagem a Agnelo Amorim Filho. Salvador: Juspodivm, 2013.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem comercial internacional e ordem pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- AMARAL, Jorge Augusto Pais de. **Direito Processual Civil**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem Pública e Processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil**. São Paulo: Atlas, 2011.
- ARAÚJO, Fabio Caldas de. **Curso de Processo Civil: parte geral**. São Paulo: Malheiros, 2016.
- ARAÚJO, Nadia de. **Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça**: comentários à resolução n.º 9/2005. Rio do Janeiro: Renovar, 2010.
- ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Trad. Mauro W. Barbosa. 7ª ed. reimp. São Paulo: Perspectiva, 2013.
- ARIGÓN, Mario Garmendia. **Ordem Pública e Direito do Trabalho**. Trad. Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 2003.
- ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. 8ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- _____. **Processo Civil Brasileiro**. Parte Geral: Fundamentos e Distribuição de Conflitos. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10ª edição, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. **Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 4ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Globo, 2008.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à História do Direito**. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. **Arbitragem e Poder Judiciário**: a definição da competência do árbitro. Salvador: Juspodivm, 2016.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Convenções das partes sobre matéria processual**. In Revista de Processo. Vol. 33/1984, Jan-Mar/1984, p. 182-191.

_____. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. 23ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Notas sobre as recentes reformas do Processo Civil Francês**. In Revista de Processo. Vol. 150/2007. Ago./2007. p 59-69.

BARRAL, Welber Oliveira. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Prefácio: O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público. In SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados**: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROS, Bruno. **Aplicação do princípio da proporcionalidade na prisão processual**. Maceió: Imprensa Oficial Graciliano Ramos, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da Personalidade**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. Vol. I. 22ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. compiladas por Nello Morra. tradução e notas Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BRITO, Ana Maria. [et. al.]. **Gramática comparativa Houaiss – quatro línguas românicas**: português, espanhol, italiano e francês. São Paulo: Publifolha, 2013.

BRITO, Luiz Araújo Corrêa de. **Do Limite à Extraterritorialidade do Direito Estrangeiro no Código Civil Brasileiro**. São Paulo, 1952.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BÜLOW, Oskar von. **La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales**. Traducción Miguel Ángel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Librería El Foro, 2008.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. **A Resolução n.º 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as Convenções Processuais**. In NOGUEIRA, Pedro Henrique; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. **Questões Processuais no Julgamento do Mensalão: valoração da prova indiciária e preclusão para o juiz de matérias de ordem pública**. In *Revista dos Tribunais*. Vol. 933. Ano 102. Julho de 2013. p. 131-150.

_____. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre a continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

_____. **Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Ordem Pública Processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

CADIET, Loïc [et. al.]. **Théorie générale du procès**. 2ª édition mise à jour. Paris: Presses Universitaires de France, 2013.

_____. **Perspectivas sobre o sistema da Justiça Civil Francesa: seis lições brasileiras**. trad. Daniel Mitidiero e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CAHALI, Yussef Said. **Prescrição e Decadência**. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Será o fim da categoria “condição da ação”? Uma resposta a Fredier Didier Junior**. In *Revista de Processo*. Vol. 197/2011. Jul./2011. p. 261-269.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAMPOS, Raymundo Carlos Bandeira. **Estudos de História do Brasil**. São Paulo: Atual, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade**. Vol. I. trad. e notas do Prof. Dr. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário à Lei n.º 9.307/96. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

CHARPENEL, Yves. **L'ordre public judiciaire: La laque et le vernis**. Collection Ordre Public. Paris: Economica, 2014.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica**: fragmentos. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

CORREIA, João [et. al.]. **Introdução ao estudo e à aplicação do Código de Processo Civil de 2013**. Ebook. Coimbra: Almedina, 2013.

COSTA, Eduardo José da Fonseca (arts. 485 e 486). *In* **Comentários ao Código de Processo Civil**. Coordenadores, Angélica Arruda Alvim [et al.]. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Réu revel, vício de citação e querela nullitatis insanabilis**. *In* Revista de Processo. Vol. 164/2008. out./2008. p. 84-108.

COSTA, José Augusto Fontoura; PIMENTA, Rafaela Lacorte Vitale. **Ordem Pública na Lei n.º 9.307/96**. *In* CASELLA, Paulo Borba [et.al.]. Arbitragem – a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional. São Paulo: LTr, 1999.

COSTA, Moacyr Lobo da. **Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura**. São Paulo: RT/Edusp, 1970.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 14ª ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Direito Intertemporal e o novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **O Processo Civil no Estado Constitucional e os Fundamentos do Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. Revista de Processo. Ano 37. vol. 209. Julho, 2012.

_____. *In* **Comentários ao Código de Processo Civil**. Organizadores: Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____.; DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 14ª ed. reform. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____. Normas Fundamentais no novo CPC Brasileiro. *In* **Processo Civil Comparado: análise entre Brasil e Portugal**. Org. João Calvão da Silva [et al.]. São Paulo: Forense, 2017.

_____. **Jurisdição e Competência**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Será o fim da categoria condições da ação? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara**. *In* Revista de Processo. Vol. 198/2011. Ago./2011. p. 227-236.

DANTAS, Ivo. **Novo Direito Constitucional Comparado**. 3ª Ed. revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2010.

DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao projeto do novo Código de Processo Civil**. *In* Revista de Processo. Vol. 197/2011. Jul/2011. p. 256-257.

_____.; ZANETI JR, Hermes. **Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos**. *In* *Civil Procedure Review*. v.7, n.3, p. 59-99, sept.-dec., 2016.

_____. **Fundamentos do Princípio da Cooperação do Direito Processual Civil Português**. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, 2010.

_____. **Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial**. Revista de Processo, vol. 232, jun., 2014.

_____. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Salvador: Juspodivm, 2012.

_____.; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. Vol. 4. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

Digesto de Justiniano, liber primus: introdução ao direito romano – Imperador Justiniano I. trad. Hécio Maciel França Madeira. Prólogo Pierangelo Catalano. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Digestorum Lib. XLI. Tit. I. - Digestorum Lib. L. Tit. XVII. con Indice Delle Istituzioni & Indice Del Digesto, Volume 2, D. 45, Editora Antonelli, 1843, Biblioteca Nacional da Áustria, Digitalizado 7 abr. 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. I. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. **A Instrumentalidade do Processo**. 15ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. Tomo I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. III. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____.; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do novo Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. **Nova era do Processo Civil**. 3ª ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Malheiros, 2009.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DELLORE, Luiz [et. al.]. **Teoria Geral do Processo Contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2016.

DOLINGER, Jacob. **A evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro, 1979. (tese apresentada à egrégia congregação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro para o concurso à Cátedra de Direito Internacional Privado).

_____.; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado**. 13ª ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DUBREUIL, Charles-André (Direction). **L'ordre Public**. (Actes du colloque organisé les 15 & 16 décembre 2011 par le Centre Michel de l'Hospital de l'Université d'Auvergne (Clermont I). Paris: Éditions Cujas, 2013.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa**. Madrid: Real Academia Española, 1994.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Réu revel não citado, “querela nullitatis” e ação rescisória**. In Revista de Processo. Vol. 12, n.º 48. out./dez. 1987. p. 27-44.

FERNANDES, Elizabeth. **Um novo Código de Processo Civil? Em busca das diferenças**. Porto: Vida Económica, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Direito, retórica e comunicação:** subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao Processo Civil:** conceito e princípios gerais à luz do novo código. 3ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

GALVÃO, Vivianny Kelly. **O Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere.** São Paulo: Marcial Pons, 2013.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito.** 7ª edição. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa: 2013.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Proposta de sistematização das questões de ordem pública processual e substancial.** Tese (Doutorado). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2007.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Periculosidade no Direito Penal contemporâneo.** In PACELLI, Eugênio [et. al.] **Direito Penal Contemporâneo.** São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO, Leonardo. **Novas Perspectivas da Efetividade e do Garantismo Processual.** In MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coordenadores). **Processo Civil – estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.** São Paulo: Atlas, 2012.

HESS, Burkhard; JAUERNIG, Othmar. **Manual de Derecho Procesal Civil (Zivilprozessrecht).** 30ª ed. trad. Eduardo Roig Molés. Madrid: Marcial Pons, 2015.

HOMCI, Arthur Laércio; DIAS, Jean Carlos; MOUTA, José Henrique; SILVA, Michel Ferro e. **Curso de Processo Civil:** processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas.** trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 12ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo.** trad. André L. Callegari e Nereu J. Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JAYME, Erik. In Introdução da obra SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema do direito romano atual.** Vol. VIII. trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004.

LACERDA, Galeno. **Teoria Geral do Processo.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **O Código e o Formalismo Processual**. Conferência proferida, na sessão solene de encerramento do Congresso Nacional de Direito Processual Civil, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Porto Alegre, em 15/7/1983.

_____. **Despacho Saneador**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1985.

LEAL, Larissa Maria de Moraes. **A reparação integral por meio de Ação Civil Pública dos danos difusos causados por reiterada prestação errônea de informações nas relações de consumo**. In Revista de Processo. Vol. 239/2015. Jan/2015, p. 263-275.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional**: imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: parte geral**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Direito Civil: famílias**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História**: lições introdutórias. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**: Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. 2ª edição. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2016.

MALAUURIE, Philippe. **L'ordre Public et le Contrat** (Etude de Droit Civil Comparé, France, Angleterre, URSS). T. I. Matot-Braine: Reims, 1953.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MANGONE, Kátia Aparecida. **Prequestionamento e questões de ordem pública no recurso extraordinário e no especial**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MÁYNEZ, Eduardo García. **Introduccion al Estudio del Derecho**. 25ª ed. revisada. México: Porrúa, 1975.

MARINONI, Luiz Guilherme [et. al.]. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Coisa Julgada Inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada e a questão da relativização da coisa julgada**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Claudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MAZZEI, Rodrigo. **Breve história (ou ‘estória’) do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973.** In DIDIER JR., Fredie (Coord.); MACÊDO, Lucas Buril de. [et. al.] (Org.). *Novo CPC Doutrina Seleccionada.* Parte Geral. Vol. 1. 2ª ed. revista e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 41-69.

_____. **Prescrição: alguns temas processuais a partir da sua célula material.** In DIDIER JR., Fredie (Coordenador Geral); MACÊDO, Lucas Buril de. [et. al.] *Procedimento Comum.* Vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 515-546.

MENDONÇA, Otávio. **Aspectos da Ordem Pública em Direito Internacional Privado.** Belém, 1951.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO – comentários à Lei n. 9.868/99.** São Paulo: Saraiva, 2012.

MÉNDEZ, Francisco Ramos. **El Sistema Procesal Español.** 10ª ed. Barcelona: Atelier, 2016.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência.** 15ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Teoria do Fato Jurídico: plano da validade.** 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia.** 1ª parte. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado.** Parte Especial. Tomo III. Negócios Jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Tratado de Direito Privado.** Parte Geral. Tomo I. atualizado por Judith Martins-Costa [et al.]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Tomo VI (arts. 476-495). Rio de Janeiro: Forense, 1975.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Tomo I (arts. 1-45). Rio de Janeiro: Forense, 1973.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Tomo II (arts. 46-153). Rio de Janeiro: Forense, 1973.

_____. **Tratado da Ação Rescisória:** das sentenças e outras decisões. 3ª ed. (corrigida, posta em dia e aumentada). Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 2ª ed. Tomo I e II. Rio de Janeiro: Forense, 1939.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil:** pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Competência no Processo Civil**. 2ª ed. rev. atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 4ª ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010.

ORÚE, José Ramón de. **Manual de Derecho Internacional Privado Español**. Reus, Madri: 1928.

PACHECO, José da Silva. **Evolução do Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **A Ação no Direito Processual Civil Brasileiro (Tese apresentada à Faculdade de Direito da universidade da Bahia, concorrendo à cátedra de Direito Judiciário Civil – 1960)**. In Obras de J. J. Calmon de Passos – Clássicos. Salvador: Juspodivm, 2014.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do Precedente e Segurança Jurídica**. 2ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

PINTO, Rui Gonçalves. **Notas ao Código de Processo Civil**. 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

PINHEIRO NETO, Othoniel. **Curso de direito constitucional**. Vol. I. Curitiba: Juruá, 2016.

PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di Diritto Processuale Civile**. 3ª ed. Napoli: Jovene Editore, 1999.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O princípio do devido processo legal substantivo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PERELMAN, Chaïm. **Tratado da Argumentação: a nova retórica**. trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

_____. **Ética e Direito**. trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do direito**. trad. Vera Barkow. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 7ª ed. anotada e atual por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. **Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímole Esteves. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REDENTI, Enrico; VELLANI, Mario. **Diritto Processuale Civile – Nozioni e Regole Generali**. 5ª ed. Milano: Giuffrè Editore, 2000.

RIBEIRO, Elmo Pilla. **O Princípio da Ordem Pública em Direito Internacional Privado**. Porto Alegre, 1966.

RIZZARDO, Arnaldo; RZZARDO FILHO, Arnaldo; RIZZARDO, Carine Ardissonne. **Prescrição e Decadência**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ROCHA, Márcio Oliveira. **O contraditório efetivo do autor versus a improcedência liminar do pedido (art. 332, §1º, do CPC/15)**. In DIDIER JR, Fredie (Coordenador Geral); MACÊDO, Lucas Buril de. [et. al.] *Procedimento Comum*. Vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 155-166.

RODRIGUES, Fernando Pereira. **O novo processo civil: os princípios estruturantes**. Coimbra: Almedina, 2013.

ROSS, Alf. **Tû-Tû**. trad. Edson L. M. Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Fundamentos: La estructura de la teoría del delito**. Tomo I. trad. Diego-Manuel Luzón Pena; Miguel Díaz y García Conlleco y Javier de Vicente Remensal. Madrid: Civitas, 1997.

SAEZ, Guy [et. al.]. **L'État sans qualités**. France: Presses Universitaires de France – PUF, 1982.

SARMENTO, Daniel. **Interesses Públicos vs. Interesses Privados na perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional**, p. 116-117, In SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio de Supremacia do Interesse Público*. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema do direito romano atual**. Vol. VIII. trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004.

SILVA, Luis Antonio da Gama e. **A Ordem Pública em Direito Internacional Privado**. Monografia de concurso à docência-livre de Direito Internacional Privado, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1944.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional n.º 53, de 19.12.2006. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOARES, Pe. Matos. **BÍBLIA SAGRADA**. 6ª Edição. versão segundo os textos originais. Porto: TIP Sociedade de Papelaria LDA, 1956.

TALAMINI, Eduardo. **A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória)** – versão atualizada para o CPC/15. *In* Revista de Processo. Vol. 264/2017, p. 83-107, fev. 2017.

_____. (art. 430 ao 433) *In* **Comentários ao Código de Processo Civil**. Organizadores: Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 615-622.

TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. **Teoria Geral do Processo**: em conformidade com o novo CPC. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THAMAY, Rennan Faria Krüger; ANDRADE, Vinícius Ferreira de. **Comentários sobre a fungibilidade recursal: do código de 1939 ao novo Código de Processo Civil**. *In* Revista de Processo. Vol. 248/2015. Out./2015, p. 185-205.

TIBURCIO, Carmen. **A ordem pública na homologação de sentenças estrangeiras**. *In* FUX, Luiz [et. al.]. **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado**. Introdução e Parte Geral. Vol. I. 5ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de Personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006.

VENTURI, Elton. **Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

VERDE, Giovanni. **Diritto Processuale Civile – Parte Generale**. 3ª ed. Torino: Zanichelli Editore, 2012.

VILANOVA, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos in Sobre o conceito de direito**. Vol. I. São Paulo: Axis Mundi Ibet, 2003.

VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação Jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas**. trad. Susana Elena Dalle Mura. 2ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 7ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.