

AÇÃO DE HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA: FUNCIONALIDADES E COGNIÇÃO

*ACTION FOR HOMOLOGATION OF FOREIGN JUDGMENT: FUNCTIONALITY
AND COGNITION*

Felipe Fröner

Mestrando em Direito pela PUCRS

RESUMO: Considerando as questões trazidas no contexto da interconexão entre distintos espaços de solução de conflitos, o presente estudo analisa a funcionalidade e a estrutura do juízo cognitivo da ação de homologação de sentença estrangeira. Primeiramente, observa-se a referida ação como instrumento afetado a proporcionar adequada articulação e comunicação entre distintos espaços de solução de conflitos, significando, pela sua só previsão abstrata, possibilidade de reconhecimento de decisões estrangeiras. Após, analisam-se aspectos da técnica cognitiva da aludida ação, para perceber que o juízo de delibação não abstrai completamente, quer garantias processuais, quer questões de mérito vinculadas à decisão alienígena, estruturando sistema de controle concreto do reconhecimento abstrato da legitimidade estrangeira para decidir litígios, segundo profundidades cognitivas diferenciadas em função do grau deste reconhecimento.

PALAVRAS-CHAVE: Ação de homologação de sentença estrangeira; funcionalidades; cognição; delibação.

ABSTRACT: *Considering the questions raised in the context of interconnection between different spaces of conflict resolution, this study examines the functionality and structure of the cognitive judgment of the action for approval of a foreign judgment. First, we observed such action as an instrument affected to provide adequate coordination and communication between different spaces of conflict resolution, meaning, only by its abstract prediction, possibility of recognition of foreign judgments. After, we analyze aspects of the cognitive technique of this suit, to realize that the judgment of delibação do not abstract completely procedural safeguards or substantive issues related to the foreign decision, structuring a system of concrete control of the abstract recognition of the foreign legitimacy to decide disputes, according to different depths of cognition depending on the degree of this recognition.*

KEYWORDS: *Action for approval of a foreign judgment; functionalities; cognition; deliberação.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Modelos de justificação da eficácia extraterritorial da sentença estrangeira; 2 Ação de homologação e possibilidade de reconhecimento; 3 Legitimidade estrangeira para decidir litígios; 4 Técnicas processuais de tratamento de decisões estrangeiras; 5 A técnica cognitiva da deliberação; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Models to justify the extraterritorial efficacy of a foreign judgment; 2 Action for approval and the possibility of recognition; 3 Foreign legitimacy to decide disputes; 4 Procedural techniques for the treatment of foreign judgments; 5 The cognitive technique of deliberação; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

O direito não existe no vácuo. As suas formas, tanto as objetivas quanto aquelas concretizadas em modo de norma subjetiva, são produto e, pois, expressão do modelo de Estado, tal como *constituído*. Este – o Estado –, de sua vez, ganha conteúdo na base de matéria – tangível e intangível – que o suporta, base que o forma e, reciprocamente, é formada pelo Estado como culturalmente – produto humano – estabelecido. Daí que matéria e ideia interagem, no *complexo* espaço de relação entre humanos, segundo esquemas de produção (atribuição de significado) de sentido mais ou menos conscientes. Dizer se algo é ou não o devido em certa hipótese concreta (ou imaginada) é, assim, atribuir sentido a uma *manifestação* qualquer e, pois, regulá-la. Tal atribuição de sentido, entretanto, é mediada por objetivizações possíveis: faz-se *discursivamente*, dentro do espaço do discurso dogmático do direito, que é mediado por muitos pontos de partida (dispositivos de texto normativo escrito, tradição, decisões anteriores), pontos de partida que, por sua vez, estão sempre insertos e são passíveis de percepção (e leitura) dentro dos *contextos* em que ganham sentido e de que são, simultaneamente, expressão. Diz-se, pois, que a complexidade do sistema de interações das humanidades retorna, apesar das restrições (pontos de partida) do discurso do direito, sempre se reinserindo nos esquemas de leitura do significado de dever ser, determinando a produção de sentido e, ao mesmo tempo, tendo o seu próprio sentido construído (ganhando densificação) pelo que se decide de direito, porque o sentido produzido e associado aos textos passa a conformar (e expressar) os *contextos*. Assim, o estudo do significado de um caso não prescinde de pontos de partida argumentativos, bem como de seus contextos culturais; mas, de outro

lado, pode-se compreender contextos culturais – e o único modo de fazê-lo é este – observando expressões unitárias (casuísticas) deste contexto, buscando descrever externa e internamente estas figuras em termos gerais¹.

O grau de complexidade do direito, que se insere e se contextualiza nos espaços materiais e ideais do mundo da cultura, exige, de seu leitor², que estenda a observação aos contextos, mas, paradoxalmente, reclama a simplificação – idealização – destes, a fim, precisamente, de compreender e possibilitar a leitura da complexidade. No presente ensaio, buscamos investigar um específico modo de manifestação, particularmente, de instrumentação do direito, a ação de homologação de sentença estrangeira. Como manifestação deste fenômeno (direito), pode e deve ser explicada – porque se justifica e ganha sentido – nos contextos em que insere tal fenômeno. Ora, esta ação também é produto humano e ideal (não existe no mundo da natureza, como fenômeno necessário em um sentido físico), ganhando *razão de ser* quando conhecida(s), *contextualmente*, as sua(s) funcionalidade(s).

Dentro, pois, do modelo descritivo da *funcionalidade contextual*, busca-se fundamentar, neste estudo, a seguinte proposição, articulada em cinco tópicos: a ação de homologação de sentença estrangeira, (i) pela sua só existência, expressa

¹ Textos e contextos variam, pois, neste envolver de interações, ganhando expressões diversas no espaço e na história. Canotilho, tratando de uma teoria da Constituição temporalmente adequada, diz: “Como quer que seja, dir-se-ia que, numa teoria da Constituição temporalmente adequada, várias ‘instâncias de temporalidade’ deverão ser convocadas. Em primeiro lugar, qualquer constituição é o ‘presente do passado’, pois não deixa de ser ‘memória da história’ mesmo quando propõe rupturas (revolucionárias ou não) com o passado. Em segundo lugar, é o ‘presente do presente’, pois ela dedica sempre uma indispensável *attentio* à conformação da ordem jurídica actual. Pretende ser – nalguns casos, como veremos, de forma utópico-programática –, o ‘presente do futuro’ ao proclamar tarefas e fins para o futuro, mas, sobretudo, ao antecipar expectativas de se converter em lei para as gerações futuras. Neste sentido, a teoria da Constituição tanto localiza lugares filosóficos de esperança (‘horizonte de esperança’) como insiste nos lugares de experiência (‘espaço de experiência’), para nos exprimirmos com palavras que pedimos emprestadas a Kosellek. [...] o modo e a forma de compreensão das questões concretas sobre o Estado e a Constituição apontam para a centralidade do momento das experiências. Vários processos referentes à mudança de funções da estatalidade moderna – a internacionalização/globalização e a europeização – obrigam a um repensamento da ‘constituição aberta ao tempo’” (CANOTILHO, J. J. Gomes. “*Brançosos*” e *interconstitucionalidade*: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2008. p. 26-27).

² “Lendo. É assim que o ser humano se depara com o mundo que o rodeia. É lendo tudo e todos, buscando decifrar sinais a partir de interesses, valores, desejos, gostos, histórias e projetos de vida, que os homens e mulheres apreendem o universo onde se encontram imersos.” (SANTANA JÚNIOR, Gilson A. de; ROXO, Hugo L. C.; SILVA, Jaylla Maruza R. S. A filosofia hermenêutica de Gadamer e o direito: redesenhando horizontes metodológicos. In: ROCHA, Airton Schramm. *Metodologia da pesquisa em direito e a filosofia*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 152)

(significante) a *possibilidade de reconhecimento* (significado) da autoridade – perspectiva subjetiva – e do direito estrangeiro – perspectiva objetiva. Esta dupla perspectiva (ii) – objetiva e subjetiva –, aglutinada, transforma-se na afirmação, mais ou menos implícita na generalidade dos julgamentos de ações tais, de *legitimidade estrangeira para decidir litígios* que, em abstrato, deriva (iii) nas *técnicas processuais* de limitação da cognição – que ganham expressão no juízo de delibação, até ao extremo da eficácia direta da sentença estrangeira. Nessa conexão, pois, em (iv), a cognição na ação de homologação de sentença estrangeira, considerados os requisitos do juízo de delibação na positividade brasileira contemporânea, apesar de expressar em abstrato a possibilidade de reconhecimento de outros espaços de solução de litígios, sempre implica um controle – ainda que rarefeito – de questões materiais e processuais, controle este que varia inversamente em função do reconhecimento em abstrato da legitimidade estrangeira para decidir litígios. A fundamentação desta proposição, entretanto, demanda muitas precisões. A sequência do texto se direciona ao preenchimento destes espaços.

1 MODELOS DE JUSTIFICAÇÃO DA EFICÁCIA EXTRATERRITORIAL DA SENTENÇA ESTRANGEIRA

Desde os séculos XIV e XV, com a doutrina italiana dos Estatutos – esta identificada com o próprio surgimento do direito internacional privado³ –, diversos modelos de justificação do reconhecimento de eficácia a provimentos jurisdicionais estrangeiros foram propostos. Nuclearmente, cada um destes esquemas propõe razões fundamentais – argumentos cerne – que sustentam o seu modo compreensivo da aptidão transnacional de produção de efeitos vinculada às decisões jurisdicionais produzidas em distintos espaços territoriais. Considerados os limites deste estudo, que, por um lado, reclama a compreensão dos fundamentos da possibilidade – e da necessidade – de reconhecer eficácia às decisões estrangeiras, inclusive para o correto dimensionamento contextual da ação de homologação de sentença estrangeira, e, por outro, está restringido em termos de espaço e propósitos, operamos em uma análise não histórica, mas lógica dos principais modelos de fundamentação da aptidão transnacional de efeitos. De fato, no que segue, não observamos integralmente a complexidade e situação temporal e espacial dos diversos esquemas justificativos, mas reduzimos à sua estrutura central, isto é, às razões especialmente significativas que tais

³ STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 225-234.

modelos emprestaram para o dimensionamento do porquê da formalização de meios de proceder à internalização de efeitos derivados de soluções estrangeiras.

Os referidos modelos podem ser agrupados segundo esquema classificatório que remeta a seu conteúdo de fundamentação essencial. Assim, pode-se falar em um sistema justificativo (i) naturalístico, (ii) voluntarista e (iii) relacionista.

Em (i), esquema naturalístico, a fundamentação da aptidão de sentenças proferidas no estrangeiro (relativamente a um Estado qualquer) está sedimentada na aceitação de existência de uma ordem de juridicidade superior e territorialmente ilimitada. Tal aceitação, em seu espaço histórico⁴, é já assunção lastreada em modelos jurracionistas – de modo extremamente simplificado, em regras suprapositivas racionalmente cognoscíveis. Ora, se possível o encontro racional de regras de direito natural, estas regras, fundamentando juízos concretos de dever ser (expressos no dispositivo do provimento jurisdicional estrangeiro), estendem a estes juízos a sua qualidade de intemporalidade e ilimitação territorial. Reconhecer a eficácia, neste modelo de fundamentação, é consequência da cognoscibilidade de um direito comum e universal em termos de tempo e espaço, um arquétipo de direito⁵.

Estruturas justificativas voluntaristas (ii) estão, de seu lado, associadas à progressiva consolidação da soberania ainda como conceito tendente à própria autoafirmação da identidade dos Estados nacionais nascentes. No espaço temporal desta necessária autoafirmação, soberania precisava significar conteúdo consistente, apto a expressar e (simultaneamente) promover a agregação e concentração de poder. Assim, soberania era, internamente, poder de mando em última instância e, externamente, igualdade, e, corolários, reconhecimento, não intervenção. Neste âmbito compreende-se que, se soberanos os Estados, titulares (na forma do domínio eminente), correlatamente de território

⁴ Está vinculada à referida doutrina italiana dos Estatutos, séculos XIV e XV. ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. Coleção Atlas de Processo Civil. Coord. Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Atlas, 2008. p. 13.

⁵ É evidente que múltiplas questões quedam em aberto. De fato, reconhecer a possibilidade de conhecer um direito universal não significa que este tenha sido afirmado em concreto. Assim, essa possível contingência fundamenta somente a *possibilidade* de reconhecer atos emanados em jurisdições territorial e politicamente distintas. A aceitação, pois, de um modelo superior (e acessível) de direito estabelece o dever de reconhecer o ato estrangeiro que é conforme a tal modelo – e essa afirmativa já comporta a possibilidade de reconhecer, que é suficiente para os propósitos da teoria –, mas nada diz a respeito dos diversos atos concretos, os quais mereceram sempre espécies de juízos de verificação de adequação ao modelo universalista que se supõe existir.

delimitado, os atos jurisdicionais – que também expressam soberania – fossem voluntariamente assumidos como eficazes dentro de outro território. Tal voluntariedade pode ser compreendida, fundamentalmente, em dois sentidos. Em um primeiro, é discricionariedade⁶, como liberdade sem razões, exatamente porque compreendida a soberania exclusivamente sob a sua perspectiva (interna) de poder de mando em última instância. É, compreendido neste sentido, que cabem as principais críticas a tal modelo de justificação. Diz-se, com efeito, que “sua adoção submeteria o reconhecimento de decisões estrangeiras ao mero arbítrio ao ‘capricho das soberanias’ estatais, que poderiam praticar ou revogar seus atos de cortesia conforme seus circunstanciais interesses”⁷. Em um segundo sentido, a voluntariedade é fundamentada e, pois, controlável. Este é o modelo mais adequado de justificação do reconhecimento de eficácia. Permite, de um lado, a negativa em casos concretos (fundamentada) da transnacionalização de decisões e, de outro, *prima facie*, exige reconhecimento, especialmente pelo conteúdo relacionista da fundamentação da voluntariedade.

Assim, teses relacionistas (iii) podem ser lidas como tendentes a mitigar o espaço de decisão discricionária que a afirmação da soberania confere aos Estados a que se predica esta qualidade. De fato, como se verá, o seu (das teses relacionistas) conteúdo fala a favor do reconhecimento de decisões estrangeiras, mas somente pode ser lido no contexto de Estados que, contemporaneamente, (ainda) se compreendem como soberanos. Assim, a voluntariedade associada inicialmente ao arbítrio e derivada da nota da soberania é restringida pela fundamentação relacionista que, em princípio, exige o reconhecimento da eficácia das sentenças estrangeiras, podendo, entretanto, ser esta negada, mas isto implica que o negante assuma o ônus de fundamentar – contra esta exigência *prima facie* de reconhecimento – discursiva e racionalmente tal negação.

Argumentos de relacionalidade – que, como dito, estão ligados à afirmação da eficácia de provimento estrangeiro – podem ter dois níveis. Em um primeiro, dão conta da relação entre Estados, isto é, do significado da homologação no plano das interações entre sujeitos tais. Sintetizando o argumento, diz ele que homologar é dar expressão à face externa da soberania, é dizer, denota o reconhecimento de que não apenas o Estado solicitado a homologar é soberano – i. é., pode decidir sobre a internalização da eficácia –, mas que o

⁶ E discricionariedade, de sua vez, pode ter muitos sentidos. Dworking expressa alguns em seu DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 81 e ss.

⁷ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação...*, op. cit., p. 14.

Estado solicitante também o é e, pois, as suas decisões, em princípio, deverão ser reconhecidas para que não haja intervenção no próprio espaço de soberania do solicitante, eis que, externamente, soberania é igualdade⁸. Em um segundo nível, a relacionalidade desloca-se para o plano dos sujeitos atingidos pelo provimento jurisdicional a ser reconhecido. Neste marco, argumenta-se que se devem reconhecer decisões estrangeiras exatamente porque estas estabilizam expectativas normativas de comportamento concreto dos sujeitos envolvidos na dimensão (não natural) de eficácia da decisão estrangeira. De fato, tais sujeitos tem situações normalizadas e esta disciplina concreta, de enunciado prescritivo individual, precisa transformar-se em efetividade. Tais expectativas privadas (ou mesmo públicas) de realização devem ser atendidas; portanto, é necessário, *prima facie*, reconhecer e, conseqüentemente, internalizar a eficácia.

Tal argumentação de relacionalidade, principalmente em seu primeiro nível, de relacionamento entre Estados, vem sendo desenvolvida pelos constitucionalistas da contemporaneidade, que passam a entender necessária a própria reformulação da dogmática constitucional. Canotilho, apoiado em G. Teubner⁹, formula o problema central da temática: “Enquanto o problema central da constituição nacional era a limitação jurídica do poder absoluto, o problema do constitucionalismo global reconduz-se à regulação de outras dinâmicas sociais relacionadas com a digitalização, a privatização e a rede global”¹⁰.

Assim, nesta fórmula, a aproximação relacional de primeiro nível – privada – implica problemas desde a perspectiva do constitucionalismo – que *agora* se adjetiva como global – e que tem valência na relação interestatal. Sem pretensões de esgotar temática vasta e de contornos ainda incertos, cabe breve aproximação ao tratamento que os constitucionalistas vem dando à temática. Esta digressão se justifica porque o fenômeno de incremento da frequência de relações entre sujeitos de direito no plano internacional implica, primeiro (para os propósitos deste estudo), na sustentação da racionalidade da homologação

⁸ Expressão deste modo argumentativo pode ser vista em Savigny com a *Rechtsgemeinschaft der Völker*. Esta comunidade de direito “[...] se lastreava um dever de internalização de atos jurídicos estrangeiros. Essa sociedade era vista por Savigny como resultado natural do próprio desenvolvimento do direito e do adensamento das relações internacionais, os quais geravam uma crescente comunhão entre os diversos Estados independentes” (ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação...*, op. cit., p. 15).

⁹ TEUBNER, Guinter. *Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie*. *ZaöRV*, 1/2001. p. 2.

¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. “*Brançosos*”..., op. cit., p. 286.

de sentenças estrangeiras, mas, de modo paralelo e reciprocamente influente, justifica a própria revisão de teses centrais do constitucionalismo contemporâneo. Ora, sendo consequentes, e assumindo (como a boa doutrina o faz) que a leitura adequada do processo é constitucional, devemos *reconhecer* a influência do que se diz em teoria constitucional a propósito da remodelação da compreensão teórica do Estado e da Constituição, ditos estes que, circularmente, oferecem razões para justificar (em última análise, relacionalmente) o reconhecimento de eficácia às decisões proferidas em outros espaços de soberania. Ressalte-se, mais uma vez, que tal estudo pretende ser apenas indicativo da problemática, de modo nenhum definitivo, quer em face à sua extensão, complexidade e atual indeterminação, quer em razão do direcionamento metodológico desta investigação. Iniciemos compreendendo, em forma de modelos de argumentação, esquemas tradicionais de problema-resposta no espaço da teoria constitucional.

Iniciando: sob ótica liberal-burguesa, o Estado é, primeiro, *formal de Direito*. É dizer: estrutura organicamente regras como a da divisão de poderes, independência dos juízes, a legalidade (em sentido restrito) da atuação administrativa. Este arcabouço compõe e ao mesmo tempo explicita certa *intenção*: limitar o arbítrio do poder e, conseqüentemente, promover a liberdade privada pela *segurança jurídica*. A este modelo estatal, para fins compreensivos da concepção de Estado, deve ser agregado o aspecto *material*. Ocorre que pode haver segurança (como calculabilidade das conseqüências) sem vinculação aos direitos fundamentais. Todavia, o Estado de Direito torna-se material apenas quando estabelece vinculativamente margens de liberdade na esfera privada, que ganham expressão como direito de defesa. Forma, pois, é segurança; matéria é espaço garantido e seguro por direitos de defesa – e seu correlato – obrigações de não ação. Daí que o Estado de Direito é estruturado e, então, formal, mas ganha efetivamente conteúdo quando a segurança proporcionada por esta estruturação está vinculada às obrigações de não intervenção (compreendida como gênero) decorrentes do reconhecimento de direitos fundamentais de defesa. Nesse sentido,

para el Estado de Derecho concebido en términos estrictamente formales, carece de importancia la existencia de derechos fundamentales. La seguridad jurídica, es decir, la calculabilidad de la acción estatal y el respeto a las formalidades a tal fin establecidas, puede ser independiente

*de los mayores o menores márgenes de libertad garantizados al ciudadano.*¹¹

Com evidentes reduções compreensivas, esta é a estruturação básica do Estado de Direito. É, porém, certo que há versões mais débeis de teorias finalistas liberais. Explicitamos, no corpo do texto um teoria forte, tal como diz R. Alexy: “*Una teoría liberal muy fuerte es sostenida por quien ve en la libertad individual de acción o de decisión, en el sentido de la ausencia de intervenciones estatales el único fin o el ‘único bien protegido’*”¹².

O Estado Social, adicionalmente à modelagem de liberdade privada do Estado de Direito, compromete-se com objetivos que podem caber, genericamente, na expressão aberta Justiça social. Evidentemente, os enunciados normativos passíveis de associação a esta cláusula devem ser densificados e, claro, positivamente fundamentados no espaço do discurso dogmático do direito. Asserções típicas relacionadas a teorias materiais dos direitos fundamentais explicitantes de modelos de Estado Social são as que colocam as condições de liberdade fática ao menos no mesmo plano de importância da liberdade jurídica (esta em sentido de não intervenção por parte do destinatário da obrigação jusfundamental). Esta cláusula do Estado Social é visível em nossa (brasileira) Constituição¹³. Pode ser observada como norma objetiva ou na perspectiva de suas inúmeras densificações, como as enumeradas no art. 6º do Texto Constitucional, sendo a sua titularidade ativa sempre passível de recondução individual, implicando tanto prestações positivas (caracteristicamente) quanto negativas. São, pois, fundamentalmente, expressões de certa *intenção* tuitiva e promotora *estatal*, especialmente dentro de um discurso sobre os *pressupostos*

¹¹ BENDA, Ernesto. El estado social de derecho. In: BENDA, Ernesto et al. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 505.

¹² ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. Tradução espanhola: *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 542 (na tradução espanhola).

¹³ Sarlet: “Já no preâmbulo de nossa Constituição, encontramos referência expressa no sentido de que a garantia dos direitos individuais e sociais, da igualdade e da justiça constitui objetivo permanente de nosso Estado. Além disso, não há como negligenciar o fato de que nossa Constituição consagra a ideia de que constituímos um Estado democrático e social de Direito, o que transparece claramente em boa parte dos princípios fundamentais, especialmente no art. 1º, incisos I a III, e art. 3º, incisos I, III e IV. Com base nestas breves considerações, verifica-se, desde já, a íntima vinculação dos direitos fundamentais sociais com a concepção de Estado da nossa Constituição. Não resta qualquer dúvida de que o princípio do Estado social, bem como os direitos fundamentais sociais, integra os elementos essenciais, isto é, a identidade de nossa Constituição [...]” (SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais como “cláusulas pétreas”. *Interesse Público*, 17, p. 56-74, 2003).

para a *realização fática* das liberdades jurídicas e, em grande medida, associável ao enunciado normativo positivo da dignidade pessoal. A concretização (eficácia) destas disposições estrutura-se discursivamente¹⁴. Este modelo de Estado distribuidor está, em muito, associado à ideia de *Constituição dirigente*, que supõe uma constitucionalização fundamental e totalizante do(s) espaço(s) sociais, bem como eficácia e supremacia normativa das normas constitucionais. Neste modelo de dirigismo, a Constituição determina, com eficácia (= aptidão para produção de efeitos), as ações devidas, as quais, usualmente, são funções de discursos de seleção da melhor ação com base em normas da própria constituição e na aplicação da máxima da proporcionalidade. A Constituição determina, também, os limites do espaço de seleção dado ao legislador e estes limites performam o quadro de atuação, mas adicionalmente dirigem a ação do legislador, que sempre deve buscar justificação constitucional nas suas decisões.

¹⁴ Um importante modelo deste discurso é oferecido por Alexy e traduzido, em pequena (e claro, insuficiente para compreensão aprofundada deste modo de pensar), mas elucidativa parcela, no seguinte excerto: “Destarte, focalizando os direitos a ações positivas como princípios, ou seja, como obrigações a serem otimizadas dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, eles exigem *prima facie* o cumprimento de *todas* as ações que favorecem a sua realização. Nesse sentido, os direitos a ações positivas *prima facie* podem ser classificados como mandados de otimização de ações universais. [...]. Os mandados de ordem universais, como princípios que *prima facie* ordenam todas as ações que promovem o objeto da otimização (*Optimierungsgegenstandes*), apresentam a seguinte estrutura teleológica: a) O alcance ou promoção do objetivo Z é ordenado. b) Se o meio M não é utilizado, não é alcançado o objetivo Z ou seu alcance não é promovido. c) A utilização do meio M é ordenada. Aqui, tem de ser solucionada uma aparente contradição: se os mandados de ações universais exigem que todos os meios que promovem a realização do princípio sejam considerados, seria impossível fática e juridicamente executar todas as ações de promoção. Essa aparente contradição deve ser solucionada mediante a diferenciação entre um nível da ponderação (*Abwägungstufe*) e um nível de ação (*Handlungsstufe*). No nível da ponderação, aplicam-se os princípios justfundamentais e é verificado se uma ação de promoção precisa ser executada e, se, qual. Nesse nível, nenhuma ação de promoção pode ser excluída antes da ponderação – eles são, portanto, mandados de ações universais. No nível da ação (*Handlungsstufe*) é aplicado o resultado da ponderação. Este resultado consiste em que ou nenhuma ação é ordenada definitivamente ou uma ação é ordenada definitivamente. Na primeira hipótese, operou-se uma restrição completa do direito de ação positiva, o que impede o surgimento de qualquer mandado de ação definitiva. Na segunda, há um mandado de ação definitiva”. Após discorrer sobre o preceito da proporcionalidade no sentido da proibição de não-suficiência, o autor oferece, como conclusão: “*Em última instância, a questão substancial aponta – tanto no que se refere aos direitos de defesa quanto para os direitos a ações positivas – para a concepção formal dos direitos fundamentais, ou seja, se uma determinada ação positiva é tão importante que sua outorga ou não-outorga não possa ficar em mãos da simples maioria parlamentar*” (grifo nosso) (LEIVAS, Paulo Roberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 74-75). A questão, pois, da justiciabilidade está, primeiro, na importância que atribuímos aos direitos fundamentais e, segundo, na proporcionalidade dos meios, que fundamenta obrigações justiciáveis.

Interrogantes de relevo a respeito destes modelos emergem na contemporaneidade. Estão conexos com o problema central formulado por Canotilho que apresentamos linhas *supra*. Sem pretensões de resolver, nos estreitos limites deste trabalho estes problemas da regulação da contemporaneidade (apoiando-nos em ombros de gigantes), diz-se que:

[...] a rigidificação da ideia constitucional corre o risco de lançar o próprio constitucionalismo para o mundo desaparecido de que falava o Professor Konrad Hesse. Em vez de uma ideia dinâmica, capaz de emprestar a agilidade indispensável para compreender os desafios constitucionais da internacionalização, da globalização e da regionalização, insiste-se num modelo estático carecido de respostas à emergência do constitucionalismo da *good governande*. Hoje, como ontem, as mutações e constâncias do constitucionalismo colocam todos os actores e autores perante a incontornável tarefa de registro das permanências constitucionais e de actualização das interacções regulatórias dinamizadas pelas leis constitucionalmente estruturantes. Se estas considerações preliminares estão certas, então poderemos, desde já, avançar para as *rupturas* paradigmáticas. São elas: (1) a indispensabilidade de superar o esquema referencial Constituição-Estado; (2) a necessidade de ultrapassar as teorias dos “momentos constitucionais” isolados e únicos e apreender o sentido e limites do chamado “constitucionalismo evolutivo”; (3) a substituição do esquema hierárquico-normativo do direito constitucional por um sistema multipolar de *governance* constitucional.¹⁵

Disso: a base material descentra os problemas que a teoria constitucional clássica está apta a discutir. A noção de possibilidade de *leituras objetivas* do mundo, que caracterizou o século XIX, no espaço do século XX, transformou-se em perplexidades e incertezas¹⁶. Em fins, não se consegue discernir uma

¹⁵ Idem, p. 283.

¹⁶ FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas inconclusos*: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 169.

forma mais ou menos consensual de encarar as realidades, é dizer, nos tempos presentes, não se uniformiza – precisamente porque são plurais – as formas primeiras – paradigmáticas¹⁷ – de ler a(s) realidade(s). Neste espaço de incerteza e perplexidade epistemológica, que parece manifestar-se, exatamente porque derivado da desuniformização das leituras paradigmáticas, em todos os campos, sejam ideologias, ciências ou modos de racionalidade, a *crise* parece estender-se também à maneira de compreender o Estado-nação e as suas relações com a Constituição e com a(s) sociedade(s).

Argumenta-se que a modelagem de Estado Social, assente, em alguns contextos teóricos, na figura metanarrativa da Constituição dirigente, sobrecarregou-se exatamente porque o que divisava era ideal. Diz-se haver, de um lado, claro déficit democrático, manifesto pela figura da representação técnico-burocrática¹⁸, e, de outro, intervencionismo irresponsável e atécnico do Estado nas esferas privadas, intervenção esta fundamentada na ideia de Estado Social e instrumentalizada por modelos dogmáticos discursivos. Estas intervenções significariam, então, a perda da neutralidade que a modernidade pretendia predicar ao direito e, adicionalmente, decisões não politicamente fundamentadas – normalmente de juízes solitários –, e não concordes com o que os discursos especializados dentro de diversos espaços da sociedade civil, preponderantemente estruturados segundo lógicas econômicas, prescrevem como solução adequada. Assim, o Estado-nação estruturaria conceitos e um arcabouço teórico – paradigma – não apenas insuficiente, mas inadequado para o equacionamento das questões que a contemporaneidade carrega consigo. Desta perspectiva interna, obrigar-se-ia a reconhecer discursos regionalizados e particularizados, totalmente fora do âmbito de alcance estatal; desde a

¹⁷ “Antes de Kuhn, predominavam as correntes do positivismo lógico de Rudolf Carnap (e do círculo de Viena) e do racionalismo crítico de Karl Popper. Thomas Kuhn, Paul Feyerabend, Imre Lakatos, Stephen Toulmin, etc., fazem parte de uma filosofia da ciência que se contrapõe à anterior. A imagem de ciência proposta por Kuhn revela que o seu desenvolvimento ocorre através de etapas sucessivas? (i) fase pré-paradigmática; (ii) fase da ciência normal; (iii) fase de revolução científica; e (iv) nova fase de ciência normal. Para Kuhn, enquanto um paradigma se mostrar eficiente, as pesquisas e as descobertas científicas serão graduais e cumulativas. As revoluções equivalem a ‘episódios de desenvolvimento não-cumulativos’, quando um paradigma é substituído por outro, incompatível com o anterior.” (FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 169)

¹⁸ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

perspectiva externa, o modelo de Estado-nação confrontar-se-ia com a figura da globalização das relações sociais e da constituição de entidades supranacionais¹⁹.

Observando-se mais de cerca a perspectiva externa – que mais interessa aos propósitos deste trabalho –, note-se que as relações civis se internacionalizaram: os direitos de personalidade são, em muito, humanos; a pessoa jurídica se descentraliza territorialmente; as obrigações e a sua formalização contratual são realidades significativas, inclusive do ponto de vista macroeconômico; a propriedade mobiliária – especialmente na forma de ativos financeiros – difunde-se na velocidade da especulação entre os diversos espaços de mercados e, em segundo grau, em investimentos em companhias que, de sua vez, estão/ são descentralizadas; a propriedade imobiliária pode ter titularidade vinculada à estraneidade; as relações de família são de afeto e este não tem nacionalidade. Os exemplos poderiam ser multiplicados. Veja-se, contudo, que tais relações em sua dimensão de espaço podem ganhar maior significação e não se restringirem a microrrelações entre indivíduos privados. Podem dar-se entre grandes grupos econômicos e, inclusive, entre Estados atuando como atores privados (semipúblicos) e atores privados. Esses diversos modelos de interação, então, carecedores de regulação, reclamam, em maior ou menor²⁰ medida, remissão à normativa de um Estado-nação qualquer, mas o que é certo é que nem sempre o centro de imputação normativa é o Estado nacional e, adicionalmente, nem sempre é este quem decide os conflitos de interesse que se manifestam no âmbito das relações que estão associadas a conexões internacionais.

Tal cenário de internacionalização das relações está inserto em um contexto de crise de tratamento regulatório, porque (i) internamente manifestam-se processos de “particularização de procedimentos jurídicos informais, completamente fora do alcance do Estado”²¹; e (ii) externamente pela apresentação de *poderes* no plano internacional, que regulam situações e decidem

¹⁹ Este modelo de crise interna/externa, com algumas modificações nossas, está em FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 173.

²⁰ As relações internacionais comerciais tendem, *v.g.*, a fazer, sem referência a qualquer regulação estatal, uso da *lex mercatoria* ou remissão a disposições costumeiras ou a normas de direito internacional público formalizadas em atos internacionais, para a coordenação de suas práticas.

²¹ FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 173. Perceba-se que conflitos são compostos pela arbitragem, contratos atípicos, mecanismos de negociação coletiva e este direito “extraestatal” ganha efetividade em empresas, sindicatos, escritórios (o caso das *law firms*).

conflitos. Sinteticamente, há crise de fontes porque o sujeito (Estado) que regulava (e era regulado pela Constituição) não alcança mais todas as esferas em que a interação social está apta a manifestar-se e este sujeito não mais as dirige, mas é por elas dirigido²². Nestas esferas, as expectativas de comportamento são autonomamente estruturadas e conflitos são resolvidos em seu próprio espaço. A tese central é a de que há *perda de eficácia* das normas estatais, vinculada à multiplicidade de *outras fontes* normativas e de *sujeitos* aptos a decidir e, em certos contextos, efetivar as suas decisões. Isso implica, então, afirmar a perda de centralidade do Estado e da Constituição.

Esse modo de argumentação, evidentemente, não é definitivo. Sustenta-se no reconhecimento de bases sociais em transformação, mas parece carregar consigo um sentido prescritivo: confia na força dos atores privados, que estruturam discursos técnicos e extremamente diferenciados, para a tomada de decisão. Autonomia em face à heteronomia. Em certo sentido, remete aos modelos liberais clássicos, mas a ele chega pela via da afirmação do esgotamento da modelagem de Estado Social, acusada de ineficiente. Descritivamente, entretanto, é possível sustentar que ainda afirma-se *soberania* em dimensão interna e externa. Isto é, em que pese a possibilidade de *reconhecimento* de outros atores e outros sujeitos aptos a decidir no plano interno, tal decisão depende sempre – considerada a norma da inafastabilidade do controle jurisdicional – do poder de mando em última instância, o Estado, o qual reconhece (ou não) eventuais sujeitos e decisões proferidas em conflitos internos, como, *v.g.*, decisões de agências reguladoras ou laudos arbitrais. Desde a perspectiva externa, do mesmo modo, outros atores e suas decisões fundadas em outros tipos (de Estado nacionais ou não) de direito objetivo dependem sempre do reconhecimento no interior de um Estado nacional qualquer, exceto quando se trate de esferas que, de *per si*, são dotadas de executividade de suas decisões. Em todas as circunstâncias em que certa decisão de um organismo internacional qualquer depender de efetividade no espaço do território de um

²² A *política econômica* de um Estado não seria função de suas escolhas, mais sociais ou liberalizantes, mas, *v.g.*, completamente dependente de agências privadas de classificação de risco ou dos movimentos do capital especulativo. Decisões *internas outras* – ainda que também sempre indiretamente vinculadas à política econômica – estariam, especialmente nos espaços de regionalização (paradigmaticamente: União Europeia), sempre dependentes das decisões das instituições supranacionais.

Estado soberano, a questão torna-se pragmática e reclama o reconhecimento estatal²³ daquilo que se decidiu.

Assim, pois, sustentar a (i) pluralização de esferas normativas; (ii) e a conexa ineficiência do modelo de Estado Social – que não respeitaria a autonomia de distintos sistemas – não é, ainda que aceita tal argumentação – que tem cunho prescritivo²⁴ –, negar o Estado como partícipe da interação social (exceto em esquemas muito radicais). Daí que, tanto trabalhando em modelos teóricos de Estado Social, que tendencialmente ainda centralizam a soberania, quanto em esquemas teóricos mais recentes e fragmentaristas, a *articulação e comunicação* entre esferas que são *reconhecidas* como diferentes é fundamental. A pergunta subjacente parece rezar: quem coordena²⁵ as relações sociais, considerada a

²³ Assim, se por um lado é relativamente mais fácil aceitar que o papel das normas estabelecidas politicamente – pelo sistema de representação – leis em um sentido amplo – perderam significado na contemporaneidade, exatamente pela metodologia constitucional e pela possível inclusão das exigências sociais dentre os métodos hermenêuticos dos textos – ampliando-se as possibilidades discursivas e de associação válida de normas a dispositivos constitucionais –, é difícil, por outro lado, aceitar que o Estado tenha sido efetivamente esvaziado, isso porque persiste a possibilidade de decisão vinculante.

²⁴ Prescritivo exatamente porque o Estado alcançar ou não (decidindo) sobre intervir ou não em outras esferas sociais, especialmente no plano interno, é uma questão de decisão do próprio Estado. De fato, ele mesmo decide se irá ou não reconhecer e admitir certos espaços e certas decisões proferidas em esferas privadas, ou se intervirá em tais relações para conformá-las. Pode-se, claro, argumentar que não é essencialmente o Estado quem decide, mas que este é manipulado pelas lógicas (especialmente a econômica) interna à sistemática social. De todo, modo, isto não afasta o fato de que o Estado ainda decide vinculativamente sobre as esferas sociais. A orientação desta decisão pode ser liberal ou intervencionista ou, ainda, sistemicamente determinada. Mas a decisão pode existir e vincular. Assim, sustentar ineficiência do modelo de Estado Social é advogar uma tese, confiante na autônoma regulação das esferas sociais. Pode, pois, sempre haver regulação jurídica, ainda que indireta, porque considera demais sistemas e, então, sustentar a não intervenção com base na diferença de sistemas é argumentar (prescrevendo) um modo mais eficiente de atuação do Estado.

²⁵ A coordenação é instrumentada em vários níveis, seja no micro (tipicamente contratual) seja no macro (tipicamente regulatória). Tal relacionamento é proporcionado pela *institucionalização* que pode estar em centros autônomos de decisão, que não os Estados nacionais, mas é, do ponto de vista da efetividade, na generalidade dos casos, reconduzida a estes. O só sistema de preços para a coordenação dos atores privados parece insuficiente, e, pois, demanda certo grau de *institucionalização* das relações privadas, a fim de adequada coordenação, ainda que esta *institucionalização* não seja estatal. Veja-se: “No âmbito das ideias econômicas, a concepção prevalecente que informa esse paradigma provém de uma apropriação dos estudos da nova economia institucional (*nei*), escola oriunda de uma revisão interna dos cânones da teoria econômica de matriz neoclássica, que introduziu as instituições como uma variável da análise econômica. em relação ao *mainstream* neoclássico, os estudos de autores como Ronald Coase ou Oliver Williamson têm sugerido que, no mundo real, as trocas entre os agentes não são necessariamente instantâneas e perfeitas, e tampouco estes atores detêm uma racionalidade ilimitada. diferentemente, os trabalhos da *nei* têm procurado mostrar que nas transações econômicas

complexidade contemporânea²⁶? E, adicionalmente: Quem deve coordená-las? A nós, evidentemente, não cabe tal resposta, tão somente a anotação: efetivação territorial é, de regra, uma questão a ser decidida no espaço de uma soberania. Aí, note-se: pressuposto para a coordenação adequada e, mais, para a coordenação efetiva é *articulação e comunicação*.

É precisamente neste ponto que está a funcionalidade da ação de homologação de sentença estrangeira. De fato, sempre, mas especialmente em contextos plurais, *articulação e comunicação* entre as esferas aptas a tornar real o direito declarado são imprescindíveis. Aceito o fato da internacionalização das relações civis, distintos espaços – especialmente, mas não exclusivamente o do Estado nacional – podem vir a se manifestar a respeito de conflitos de interesse com conexão internacional, isto em frequências cada vez mais significativas. É, pois, ação que expressa, contextualmente e quando provida, o *reconhecimento* de seu autor e do direito que este aplicou, sem descer às minudências e ao juízo sobre o melhor direito objetivo ou de seus critérios de aplicação à situação concreta e (de regra) controvertida. Não faz *juízo* sobre as razões, mas sobre a legitimidade do prolator da decisão, é meio do *reconhecimento* e permite *articulação e comunicação* entre distintos espaços que, cada vez menos, são de fato distintos. Dentro desta complexidade, ganham sentido e expressão as formas de relacionamento entre diferentes espaços (especialmente internacionais) de solução de conflitos.

não só ocorrem fricções (como os custos de transação), como a racionalidade dos agentes é limitada – a sua capacidade de decisão não é plena. em razão disso, esses autores introduzem as instituições em suas análises, argumentando que as relações econômicas são reguladas por aparatos de coordenação, como a propriedade e o contrato. na ausência destes, dada a incerteza, os custos de negociação e a limitação da racionalidade, os negócios podem não se consumar. este é o caso, por exemplo, de uma troca envolvendo produtos específicos e de entrega futura: trata-se de um tipo de transação que envolve um bem singular e traz consigo um componente de imprevisibilidade, de tal modo que a sua viabilização pressupõe a mediação de um contrato de longo prazo, pois do contrário o custo de transação entre os agentes poderia ser muito significativo. apesar de ser essa uma constatação trivial para um estudante de direito, não era para um economista neoclássico, cujos modelos não internalizavam os elementos institucionais – a coordenação entre os agentes era, conceitualmente, uma responsabilidade do sistema de preços (SCHAPIRO, Mario Gomes. Repensando a relação entre Estado, Direito e desenvolvimento: os limites do paradigma *rule of law* e a relevância das alternativas institucionais. *Revista Direito GV*, São Paulo, p. 213-252, jan./jul. 2010, p. 217. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v6n1/11.pdf>>. Acesso em: 28 de maio 2012).

²⁶ Questão conexa: é a Constituição que, normatizando a realidade, coordena a sociedade contemporânea, ou é esta, em sua pluralidade, que se auto-estabelece e, no máximo, utiliza-a como canal? É dizer: a Constituição é determinante ou determinada, dirigente ou dirigida? Dirigente como metanarrativa – promessa de igualdade perfeita – parece não mais se sustentar sua legitimidade. Mas parece subsistir como Constituição aberta para a realidade em relação de mútua imbricação com as socialidades.

2 AÇÃO DE HOMOLOGAÇÃO E POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO

Neste contexto de articulação e comunicação entre as esferas de solução de conflitos, pois, está inserta a ação de homologação de sentença estrangeira. De uma perspectiva mais estrita, pode-se controverter sobre a funcionalidade da referida ação relativamente ao provimento alienígena em termos de conteúdo e eficácia²⁷. Basicamente, duas correntes nesta controvérsia. Uma primeira, que sustenta o *efeito constitutivo* – atuando sobre o provimento estrangeiro – do julgado da homologatória, *transformando* o ato de poder estrangeiro em ato *nacional*. Outra corrente, que afirma ser a sentença de homologação uma *conditio iuris*. Diz-se que a sentença de homologação “[...] não atribui efeitos ao julgado estrangeiro, nem acrescenta novos aos já produzidos por ele; simplesmente autoriza o *decisium* peregrino a irradiar sua eficácia [...]”²⁸. O primeiro modelo teórico parece não se sustentar, face a um especial modo de argumentar: admite-se que os efeitos não previstos no ordenamento do país em que hão de ser produzidos os efeitos do julgado peregrino sejam permitidos pela sentença homologatória; assim, não podem ser tais efeitos *constituídos* pelo direito do Estado solicitado, mas, somente, *autorizados*.

Pois bem. Lido desta maneira – como apto a autorizar a eficácia da sentença estrangeira no Estado solicitado –, o provimento homologatório tem por efeito a *liberação* da eficácia que a normativa e que o *decisium* alienígena continham. A pretensão veiculada na ação deduzida no Estado da prolatação da primeira decisão é de solução da lide material; a pretensão na homologatória é recognitiva, vinculada à liberação da eficácia do julgado estrangeiro. Isso, implicitamente,

²⁷ Com o advento, na ainda Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/1942), da nova redação do art. 15, que, modificado, afirmava não dependerem de homologação “as sentenças meramente declaratórias do estado das pessoas”, afirmou-se: “[...] que no direito brasileiro a homologação seria necessária quando o cumprimento da decisão estrangeira impusesse ‘a prestação de qualquer atividade às autoridades judiciárias ou administrativas brasileiras’ – quer a execução em sentido técnico, quer outros atos, como os de registro; não porém nos casos restantes, inclusive para permitir a invocação da *auctoritas rei iudicatae* da sentença alienígena” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Artigos 476 a 565. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, v. V, 2003. p. 77). Esta contudo, não é a posição do citado autor que, na sequência do mesmo texto, diz: “[...] não pode haver dúvida sobre a necessidade da homologação para que a decisão alienígena surta, no território brasileiro, *quaisquer* efeitos sentenciais, sem principais ou secundários. É *toda* a eficácia da sentença *como ato decisório*, e não apenas o efeito *executivo* [...] que depende da homologação”. Concordamos com este último posicionamento, que condiciona todos os efeitos derivados da eficácia da decisão estrangeira à homologação, tal como desenhada internamente.

²⁸ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação...*, op. cit., p. 82.

implica aceitar que a sentença homologatória – que é a potencialidade da ação homologatória – permite *reconhecer* os *critérios* de decidir, os *efeitos* da decisão e, necessariamente, a *autoridade* daquele que profere a decisão²⁹.

Disto, sinteticamente, o seguinte: o objeto³⁰ da ação de homologação de sentença estrangeira (nesta leitura) pode ser designado como: *liberação ou não da eficácia contida na decisão estrangeira*³¹. Essa especificidade objetiva torna autônoma³² a ação homologatória e permite perceber que esta se desenvolve em jurisdição contenciosa³³. Mas, especialmente, demonstra que é possível *reconhecer*, desde a perspectiva objetiva – tipos de critérios de distribuição dos bens da vida, direito objetivo –, modelos de direito estrangeiro e, desde a

²⁹ Impossível, de fato, o não reconhecimento daquele que profere a decisão. Ora, se este não é legítima autoridade, conforme aos próprios critérios do ordenamento estrangeiro, não poderá ser aceita a decisão – com seus critérios de distribuição de justiça e possibilidade de efeitos – precisamente porque o reconhecimento do sujeito falante é condição para o aceite de sua fala em espaços com conexões internacionais.

³⁰ Mitidiero identifica objeto da ação e pedido. Diz: “Derradeiramente, convém analisar o pedido. Este, segundo Pontes de Miranda, acatado uma vez mais por J. J. Calmon de Passos, constitui o objeto da ação” (MITIDIERO, Daniel Francisco. Por uma nova teoria geral da ação: as orientações unitárias e a orientação dualista da ação. In: MITIDIERO, Daniel Francisco; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Introdução ao estudo do processo civil*: primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 101).

³¹ Diz Barbosa Moreira, a propósito: “A sentença proferida por tribunal estrangeiro tem a eficácia que lhe atribua o ordenamento de origem. De acordo com a concepção predominante e, ao nosso ver, preferível [...], não é o reconhecimento que a torna, *em si*, eficaz; nem lhe acrescenta qualquer *dose nova* de eficácia. A função do reconhecimento é a de permitir que essa eficácia, determinada pelo direito do Estado em que a sentença foi proferida, se produza *no território do Estado que a reconhece*: com o reconhecimento, a eficácia é importada. Pode o reconhecimento, contudo, *limitar*, no território nacional, a eficácia originária da sentença, de modo que esta só produza, nele, *uma parte* dos seus efeitos” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Artigos 476 a 565. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, v. V, 2003. p. 73-74).

³² “[Que seja homologado o julgado forasteiro]. Nesse pedido reside o mérito do juízo de delibação, inconfundível com mérito do processo estrangeiro. Por esse motivo, o processo que tem lugar no Brasil para o reconhecimento da sentença peregrina goza de *plena autonomia* em sua estrutura, seu objeto e sua função, quando comparado com o processo que tem lugar no exterior – ou mesmo no território pátrio para a solução do conflito de direito substancial.” (ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação...*, op. cit., p. 84 – grifo nosso)

³³ Apesar das aproximações contemporâneas entre as figuras da jurisdição contenciosa e voluntária, no sentido de haver identidade de finalidade de pacificação entre os dois modelos, a dicotomia persiste. Embora haja controvérsia, parece adequado, com Greco Filho (GRECO FILHO, Vicente. *Homologação de sentença estrangeira*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 112) sustentar que apesar de horizontalmente limitado o objeto da cognição de mérito em juízo homologatório, este é contencioso, exatamente pelo fato de que é perfeitamente possível que o réu se oponha à demanda por homologação.

perspectiva subjetiva – tipos de autoridades forasteiras aptas a decidir litígios –, instituições alienígenas e os seus representantes aptos a solucionar lides concretas.

3 LEGITIMIDADE ESTRANGEIRA PARA DECIDIR LITÍGIOS

No tópico precedente, buscamos fundamentar a conexão entre a aceitação, em concreto, da eficácia da decisão estrangeira e o reconhecimento da autoridade prolatora da decisão e dos critérios de formação do juízo, bem como do próprio juízo. Em síntese, dar possibilidade de efeitos a um juízo é não só aceitá-lo, mas admitir os seus elementos – sujeito que o profere e critérios utilizados. Porém, de outro lado e *circularmente*, aceita-se a eficácia da decisão estrangeira precisamente *porque* se reconhecem os critérios e a autoridade responsável pela prolatação da decisão. Assim, paradoxalmente, aceitar eficácia interna é, ao mesmo tempo, expressar o reconhecimento do juízo alienígena e utilizar tal reconhecimento como razão para a atribuição de tal eficácia.

Daí que, em *perspectiva concreta*, o pedido – e, correspectivamente, o objeto da ação de homologação de sentença estrangeira – é, imediatamente, de liberação de eficácia vinculada ao provimento estrangeiro e, mediatamente, de reconhecimento deste mesmo provimento – e, consecutivamente, de seus elementos. Todavia, *abstratamente*³⁴, certas autoridades e ordenamentos – especialmente os Estados reconhecidos internacionalmente – são, *prima facie*, considerados como aptos para proferir decisões em situações conflituosas concretas. Esse reconhecimento em abstrato fundamenta, então, uma relação que está no cerne da cognição da ação de homologação de sentença estrangeira: *quando reconhecida certa autoridade como integrante da estrutura de um sistema considerado internacionalmente como apto para a decisão de conflitos envolvendo questões jurídicas, descabe revisar a correção dos padrões objetivos de decisão, bem como a aplicação destes padrões a situações concretas, bastando, para fins de eficácia extraterritorial do provimento alienígena, observações limitadas a questões de grande importância desde a perspectiva do Estado em que se processa a homologatória*. Esta é a fundamentação geral do juízo de delibação e está conectada com a redução da

³⁴ Aceitar, em potência, liberação da eficácia no território brasileiro significa admitir, *prima facie*, que existem *sujeitos e soluções de direito* que, em que pese potencial diferença relativamente aos sujeitos e soluções brasileiras, são reconhecidos como *legitimados e legítimas*, respectivamente. *Assentar, positivamente, uma ação com cognição limitada que tem por objeto possível liberação de eficácia proferida segundo critérios do direito estrangeiro e por autoridade estrangeira é potencialmente, em fins, admitir tais critérios e autoridade*. Tal reconhecimento está conexo com as noções de articulação e comunicação que antes referimos e que estão na base de importantes alterações nos modos do constitucionalismo contemporâneo.

amplitude cognitiva – apresentada pela delibação – em função do reconhecimento, em abstrato, da autoridade que profere a decisão a ser delibada.

A função, pois, é a seguinte: quanto maior o reconhecimento – considerado em geral³⁵ – da legitimidade (dada pelo reconhecimento) de certa autoridade

³⁵ Questões complexas podem, entretanto, surgir na estrutura deste relacionamento quando este é considerado em concreto, é dizer, relativamente a uma ação de homologação deduzida. Neste caso, o reconhecimento da autoridade como legitimada para decidir pode ser graduado, justamente em função da autoridade que profere a decisão homologanda. De fato, nem sempre se é uniforme na negativa de aprofundamento do juízo proferido no estrangeiro, havendo casos em que este é, em verdade, explorado. Primeiro, há que perceber que o reconhecimento tem diferentes dimensões, que, sem pretensão de definitividade, nominaremos dimensão *subjetiva*, *relativa* e *objetiva*. Um exemplo pode esclarecer o ponto. Pode-se supor que certo grupo de beligerantes diga-se autoridade legitimada para a decisão de conflitos de interesse dentro do espaço territorial em que atua. Neste caso, desde a perspectiva *subjetiva* – i. é., o reconhecimento desde a perspectiva de o que o próprio grupo pensa de si – é possível afirmar que há reconhecimento. Todavia, é provável que decisões em conflitos de interesse dados por este grupo não fossem reconhecidas por certos sujeitos de direito internacional, pense-se em um Estado qualquer, como o Brasil. Neste caso, na dimensão *relativa* do reconhecimento não há coincidência entre perspectivas. Finalmente, pode acontecer que tal grupo de beligerantes não seja reconhecido desde o ponto em que suficiente desde a perspectiva do direito internacional, perspectiva esta *objetiva*, considerando as diversas fontes de tal sistema, bem como afirmações de sociedades de Estados, tais como as Nações Unidas a propósito do reconhecimento de tal grupo como sujeito (ou não) de Direito Internacional, derivando, daí, inúmeras consequências, tais como a amplificação da probabilidade de reconhecimento das decisões de conflitos de interesses. Essas dimensões do reconhecimento, então, fundamentam a possibilidade de uma gradação. Efetivamente, haverá situações em que há certeza sobre o fato de ser certa autoridade integrante da estrutura institucional de um sujeito de relações de Direito Internacional Público apta a decidir sobre conflitos de interesse. Segundo, então, as regras de competência interna deste sujeito, a decisão proferida terá sido afirmada por um legitimado reconhecido como tal. Conforme a função acima apresentada, pois, merece juízo meramente delibatório, horizontalmente limitado em suas possibilidades cognitivas e, então, maior probabilidade de trânsito de sua(s) eficácia(s). Todavia, consideradas as diversas dimensões do reconhecimento, não é possível afirmar que, em que pese haver reconhecimento objetivo de certa coletividade como sujeito de direito internacional apto a decidir conflitos de interesse, haja, *v.g.*, reconhecimento *relativo* justamente no Estado em que se pretende a concretização – efetivação – da eficácia do provimento jurisdicional. Apesar de esta incerteza persistir quando considerada a extrema relatividade das relações internacionais, não se deve descuidar do fato de que a presença de reconhecimento objetivo, especialmente quando o órgão que decide o conflito for integrante da estrutura de um Estado soberano, reconhecido na comunidade internacional como tal, e inserido em um contexto cultural relativamente uniforme, haverá maior probabilidade de reconhecimento da legitimidade decisória deste Estado e, conseqüentemente, tendência à redução da cognição pela delibação e efetivo traslado da eficácia do provimento proferido naquele espaço de soberania. Outros casos haverá, entretanto, em que incertezas a respeito do reconhecimento objetivo, bem como circunstanciais conflitos entre espaços de soberania em que o reconhecimento *prima facie*, que, precisamente, fundamenta a redução cognitiva da delibação, é incerto e, então, torna reduzida a probabilidade de eficácia da decisão alienígena no Estado solicitado. Assim, pode-se fundamentar uma gradação em que, em um extremo, (i) coincidem as dimensões do reconhecimento e que, pois, há tendência de cooperação entre Estado solicitante e solicitado. No outro extremo da escala, (ii) haverá divergências nas referidas dimensões e, possivelmente, impossibilidade do trânsito da eficácia,

para decidir conflitos de interesse, menos razões há para aceitar aprofundamento da cognição na ação de homologação de sentença estrangeira, é dizer, na ação que visa à liberação da eficácia do provimento estrangeiro. Tal função justifica-se na evidência: maior o reconhecimento da legitimidade de certa autoridade, maior deverá ser a probabilidade de a eficácia de seus provimentos ser legítima e, pois, merecer, extraterritorialmente, cumprimento. Essencialmente, o que se diz é que é o reconhecimento (ou não) da legitimidade da autoridade que decide no estrangeiro que fundamenta, em abstrato, em um espaço de jurisdição qualquer, a (des)necessidade de aprofundamento cognitivo para a atribuição de eficácia à decisão forasteira. Dessa função derivam, repisando, os diferentes modelos de tratamento das sentenças estrangeiras, desde o ponto de vista da técnica processual cognitiva, que é o cerne da ação de homologação de sentença estrangeira e que aprofundamos na sequência.

4 TÉCNICAS PROCESSUAIS DE TRATAMENTO DE DECISÕES ESTRANGEIRAS

Dissemos que, em concreto, quando, após juízo de delibação, se aceita a eficácia interna de uma decisão qualquer proferida no estrangeiro, está-se afirmando, ainda que mediatamente, que se reconhece aquela autoridade, o seu juízo e os elementos deste juízo como adequados, independentemente de revisão de critérios. Buscamos, igualmente, associar funcionalmente a cognição da ação de homologação de sentença estrangeira, em abstrato, com o grau de reconhecimento da legitimidade alienígena para decidir. Estão estas duas perspectivas conectadas, porque o fundamento – em abstrato – e a declaração – em concreto – da delibação estão, pois, no reconhecimento da alteridade.

Este segundo modo de relação – nomeadamente: em abstrato – entre cognição da ação de homologação e grau de reconhecimento das decisões

levando o pedido de reconhecimento da eficácia, em verdade, a uma reavaliação da autoridade que decidiu o pedido originário, os critérios utilizados para a decisão e a própria aplicação dos critérios, em autêntica revisão de matéria. Entre estes extremos situam-se diversos graus de reconhecimento da legitimidade de certo sujeito para decidir conflitos de interesse. O autor Parece vincular a homologabilidade à pertença a um Estado soberano estrangeiro. Veja-se: “O dado relevante não é, pois, o lugar onde funcione o tribunal, mas o Estado a que este *pertença*, a cuja soberania se vincule” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Artigos 476 a 565. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, v. V, 2003. p. 73). Tal vinculação, contudo, encontra problemas contemporâneos em face a tribunais arbitrais desligados de espaços soberanos e decisões de organizações internacionais solucionando conflitos de interesse que, em tese, poderão ter sua homologabilidade discutida em ação de homologação de sentença estrangeira. Este é um problema contemporâneo que tende a ser mais presente na prática internacional.

estrangeiras está conexo com os diferentes modelos jurídicos de tratamento das sentenças estrangeiras. Em verdade, este modo de relação dá o fundamento das diferenças entre os distintos modelos de tratamento. De fato, as diferenças entre tais modelos *justificam-se* porque o Estado, ao positivar certo instrumento de interação entre diferentes sistemas de soluções de conflitos, *decide*, em *abstracto* – é dizer, considerada a generalidade dos casos –, em função do *quantum* de reconhecimento que atribui a tais atos alienígenas em geral, o *quantum* de intervenção cognitiva sobre a matéria decidida que é factível dentro da ação homologatória. *Quanto maior o reconhecimento, maior a probabilidade (verossimilhança) de correção do julgado peregrino e, então, menor a intervenção cognitiva (e vice-versa)*. Retomada e compreendida esta relação, vejamos diferentes modelos jurídicos de tratamento das decisões alienígenas pelo Estado em que se pleiteia eficácia do *decisium*.

Há, basicamente, três modelos³⁶. Um primeiro (i), em que se manifesta em *completo isolamento* relativamente a outros sistemas de solução de conflitos, impondo ao interessado a necessidade de mover nova demanda *com cognição integral de mérito*³⁷ no espaço do ordenamento em que se pretende a efetivação da providência decidida³⁸.

Segundo (ii), um modelo de *ação*, em que o interessado é obrigado a mover nova ação de conhecimento dentro do Estado em que pretende a liberação da eficácia, porém tal ação não é de cognição integral de mérito, mas estruturada – de modos variados – segundo técnicas de modelação da cognição. Neste grupo há espaço para uma subclassificação. Primeiro, certos sistemas de *ação* permitem a revisão total de mérito³⁹ na ação homologatória, mas, embora a cognição não

³⁶ Abstraindo-se diferenças que são de menor significado na conformação dos modelos de tratamento de decisões estrangeiras, estes são os principais esquemas.

³⁷ Assim, há “os ordenamentos em que se abre ao órgão nacional a ampla *revisão* da causa, reconhecendo-se o julgamento estrangeiro apenas quando se chegue à conclusão de que foi *justo*, isto é, correto no *mérito*: assim, o antigo sistema francês – até o famoso Arrêt Munzer, de 1964, que assinalou um giro de 180° na jurisprudência da *Cour de Cassation* – e, ainda hoje, o belga (*Code Judiciaire*, art. 570), com ressalva do direito comunitário, em cujo âmbito vigora a Convenção de Bruxelas” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Artigos 476 a 565. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, v. V, 2003. p. 55).

³⁸ “Esse foi o caso da antiga União Soviética, da Suécia, da Noruega, da Finlândia e da Holanda.” (ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação...*, op. cit., p. 22)

³⁹ Quando nos referimos a *revisão total de mérito* queremos comunicar que o julgado peregrino é revisado não do ponto de vista dos elementos que compõe a cognição de mérito da homologatória, mas, sim, inclusive, dos elementos, sujeitos, critérios de distribuição de justiça e aplicação destes critérios, pela autoridade decisora estrangeira. Assim, esta expressão (*revisão total de mérito*) não

seja nem limitada nem sumária, a decisão proferida no estrangeiro funciona como *fundamento de presunção* favorável ao demandante. Pode-se nominá-lo modelo de *ação com presunção*. Neste caso, o julgado peregrino desempenha papel de elemento componente da profundidade da cognição⁴⁰. Segundo, a maioria dos sistemas de *ação* utilizam o mecanismo da delibação (*delibazione*)⁴¹. Pode-se designá-lo esquema de *ação com delibação*. Neste modelo, a decisão estrangeira tem a sua eficácia liberada no ordenamento interno mediante a promoção de uma *ação* cognitiva pelo interessado, porém o universo cognitivo sobre a atribuição de eficácia é *horizontalmente* limitado: estabelecem-se elementos específicos sobre os quais há que se concentrar a *ação* cognitiva movida pelo interessado, sendo que o ingresso no cerne do juízo estabelecido no estrangeiro é vedado – exceto em situações aberrantes, de tutela do absurdo, albergadas, de regra, pela cláusula genérica da *violação à ordem pública*. Nesta segunda subclassificação do modelo de *ação*, pois, a identificação teórica do modo cognitivo está associada à cognição parcial e exauriente⁴². Este modelo será aprofundado, desde a perspectiva brasileira, no tópico seguinte, para mostrar quais as questões compõem a cognição da *ação* de homologação de sentença estrangeira. Terceiro,

refere exclusivamente componentes do mérito da homologatória – que analisaremos com maior vagar na sequência – mas denota a integração no espaço cognitivo da homologatória – e, então, em certo sentido, em seu objeto litigioso, mérito – a própria lide material, que compusera o objeto do *decisium* proferido no estrangeiro. Assim, revisão total de mérito, neste trabalho, significa remissão integral à lide material decidida no espaço de outro ordenamento jurídico.

⁴⁰ “Esse sistema, associado à tradição da *common law*, era o adotado no direito inglês até 1933 e vigora, em linhas gerais, nos Estados Unidos.” (ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação...*, op. cit., p. 22)

⁴¹ Assim, com maior ou menor pureza, o direito italiano, o português e o brasileiro. Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*: Lei n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Artigos 476 a 565. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, v. V, 2003. p. 55.

⁴² Watanabe, após citar os exemplos da *ação* de conversão separação judicial em divórcio; do processo de embargos de terceiro; do processo de busca e apreensão na lei de alienação fiduciária, diz: “Essas limitações decorrem de leis processuais e são impostas em função de um determinado objeto litigioso. Outras podem resultar de leis de natureza material, algumas inseridas no Código de Processo Civil, e podem dizer respeito à própria fixação do objeto litigioso ou à amplitude da defesa; [...]. A característica dessa modalidade de cognição está na *limitação no tocante à amplitude, mas ilimitação quanto à profundidade* da cognição voltada ao objeto cognoscível. Vale dizer, quanto aos pontos e questões que podem ser conhecidos e resolvidos, a cognição é exauriente, de sorte que a sentença é dotada de aptidão suficiente para produzir coisa julgada material. Ao estabelecer as limitações, o legislador leva em conta a natureza do direito ou da pretensão material, a sua disciplina no plano substancial (às vezes contida em dispositivos legais localizados em estatuto processual), ou opta pela proibição de controvérsia sobre alguma questão no processo, com o objetivo de simplificá-lo e torná-lo mais célere mas com ressalva do direito de questioná-la em *ação autônoma*” (WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. atual. Campinas: Bookseller, 2000. p. 116-117 – grifos no original).

(iii) há um modelo de incidentes de execução. De fato, é possível modelar certo ordenamento jurídico para estabelecer que a decisão proferida no estrangeiro tem – direta e imediatamente – eficácia executiva extraterritorial. Neste caso, a ação a ser proposta no Estado em que se pretende efetividade é ação de execução, sendo que o título para a propositura desta demanda é a própria decisão estrangeira, independentemente de demanda cognitiva destinada à liberação de sua eficácia. Daí que, note-se, a contradição torna-se eventual, mediante incidente dentro do próprio processar executivo, ou, conforme as exigências do sistema positivo, instrumentada por ação autônoma. O Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para a Ibero-América adota esta solução – nomeadamente, a solução da eficácia executiva extraterritorial direta. Tal Código aceita a eficácia transnacional da decisão estrangeira, admitindo a retroatividade (à data do trânsito em julgado na origem) da coisa julgada estrangeira, e, para a execução – leia-se: efeitos práticos, materiais – do julgado, estabelece um controle prévio, de ofício e incidental do próprio magistrado de primeiro grau⁴³ a respeito dos requisitos que o próprio Código elenca; ainda, admite impugnação⁴⁴ à eficácia de decisão estrangeira, ação autônoma, proposta por aquele que tem interesse jurídico na não manifestação de efeitos do julgado peregrino no Estado requerido⁴⁵. Neste caso, o contraditório é eventual, ainda que haja necessidade implícita de reconhecimento oficioso inclusive na demanda

⁴³ Como o referido Código é modelo, pode desconsiderar, como o faz a centralização constitucional, no Brasil, da competência para o juízo deliberatório no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

⁴⁴ Diz o texto deste Código: “Seção V – Eficácia da decisão estrangeira. Art. 10. Efeito automático da decisão estrangeira. Os efeitos da decisão estrangeira são automáticos e independem de reconhecimento judicial prévio. Art. 11. Requisitos para a eficácia da decisão estrangeira. A eficácia da decisão judicial estrangeira no Estado requerido dependerá da observância dos seguintes requisitos: I – não ser incompatível com os princípios fundamentais do Estado requerido. II – haver sido proferida em processo em que tenham sido observadas as garantias do devido processo legal; III – haver sido proferida por tribunal internacionalmente competente segundo as regras do Estado requerido ou as estabelecidas na Seção IV precedente; IV – não estar pendente de recurso recebido no efeito suspensivo; V – não ser incompatível com outra decisão proferida, no Estado requerido, em ação idêntica ou, em outro Estado, em processo idêntico que reúna as condições para ter eficácia no Estado requerido. Parágrafo único. A eficácia da decisão estrangeira poderá ser aferida de ofício, pelo juiz, em um processo em curso, observado o contraditório, ou mediante impugnação, nos termos dos arts. 42 a 47”. O texto, em fonte confiável, está publicado como COMISSÃO. Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para a Ibero-América. *Revista da Magistratura Regional Federal da 2ª Região*, v. 11, n. 1, mar. 2009. Disponível em: <www.trf2.gov.br/emarf/documents/revistaemarfvol11.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2012.

⁴⁵ Conforme o art. 42 do Código. COMISSÃO. Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para a Ibero-América. *Revista da Magistratura Regional Federal da 2ª Região*, v. 11, n. 1, mar. 2009. Disponível em: <www.trf2.gov.br/emarf/documents/revistaemarfvol11.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2012.

executiva, precisamente porque se presume a executividade, transferindo-se ônus da discussão sobre a eficácia da decisão estrangeira do vencedor desta para o interessado em que estes efeitos não se manifestem⁴⁶. Assim, ausente impugnação, a cognição é semelhante àquela inserta no juízo de delibação, levada a cabo de ofício pelo magistrado, sem a necessidade de promoção de ação recognitiva; quando impugnada a demanda executiva, a cognição é eventual e, então, plena e exauriente⁴⁷.

5 A TÉCNICA COGNITIVA DA DELIBAÇÃO

Desde a perspectiva do ordenamento positivo brasileiro, o sistema adotado para o relacionamento entre decisões peregrinas e eficácia interna é o de *ação com delibação*. É, com efeito, ônus do interessado – provavelmente o vencedor na demanda estrangeira – mover ação de homologação de sentença estrangeira para os fins, já explicitados, de liberar internamente a eficácia inerente à decisão prolatada no espaço de outra territorialidade política. Amarrado a este modelo de ação e vinculado ao grau de reconhecimento, em abstrato, da legitimidade do prolator da decisão peregrina, faz-se suficientemente provável a correção e necessária a interação entre os sistemas, para o efeito de que a cognição da ação a que está obrigado o interessado na eficácia transnacional seja *limitada*, embora se mantendo plenária.

Feitas estas aproximações teóricas, observemos, brevemente, o objeto de cognição na ação homologatória, e, especificamente, desde a perspectiva positiva e brasileira, os elementos que integram a cognição de mérito da referida demanda. Conforme Amílcar de Castro, “nenhum Estado pode pretender que os julgados

⁴⁶ Ovídio: “Fracionaremos a primitiva ação, provavelmente *plenária*, em duas, sendo uma delas *sumária*. Ao desmembrar-se em duas a primitiva demanda única, o princípio provoca uma inversão do ônus de iniciativa do contraditório. Quem obtém a vantagem no sumário, fica dispensado de promover o plenário” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 157). Com algumas adaptações, tal excerto é perfeitamente aplicável à hipótese. Primeiro, a razão do desmembramento de demandas não está na sumariedade da primeira, mas na internacionalidade desta. Assim, ainda que possivelmente demanda *plenária* resolvida no estrangeiro, a internacionalidade dela faz com que persista incerteza na outra jurisdição e, pois, cabe reconhecimento, ainda que mitigado inclusive pela transferência do ônus daquele que pede para aquele contra quem se pede. Na essência, entretanto, ainda que por razão diferente, inverte-se o ônus daquele que afirma para aquele que infirma a pretensão executiva. A contradição faz-se eventual, considerada a probabilidade de correção – dada pelo reconhecimento da legitimidade do prolator – da decisão peregrina.

⁴⁷ Conferir WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. atual. Campinas: Bookseller, 2000. p. 120.

de seus tribunais tenham força executória, ou valor jurisdicional em jurisdição estranha”⁴⁸. Daí que a fonte do sistema das ações destinadas à articulação e comunicação de decisões estrangeiras é, também ela, nacional⁴⁹. Assim, pois, os limites da cognição do juízo de delibação – que compõe a homologatória – são dados pelo direito do Estado em que se pretende a liberação de eficácia⁵⁰. Embora o objeto da cognição⁵¹ não seja, inclusive na ação de homologação de sentença estrangeira, somente vinculado às questões de mérito da demanda, incluindo questões processuais – lidas, tradicionalmente, como pressupostos processuais – e cognição sobre matéria nominada condições da ação⁵². A adoção, no Brasil, do modelo de *ação com delibação* ganha expressão positiva em:

⁴⁸ CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Forense, v. II, 1956. p. 267.

⁴⁹ Há, entretanto, crescente tendência à regulamentação internacional do trânsito de atos decisórios proferidos no estrangeiro. Diz Nádia de Araújo: “Vários convênios internacionais multilaterais uniformizam esta prática e têm auxiliado a maior circulação das decisões. Na União Européia aplica-se a Convenção de Bruxelas, cujo sistema possui procedimento especial para dar reconhecimento e eficácia às decisões proveniente dos Estados-parte. A ONU possui uma Convenção sobre alimentos e sua eficácia, em vigor no Brasil. No âmbito das Américas, além dos Tratados de Montevideu e do Código Bustamante, há a Convenção Interamericana sobre a Execução e Reconhecimento de Laudo Arbitrais e Sentenças Estrangeiras, e a Convenção Interamericana sobre a Competência Internacional” (ARAÚJO, Nádia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 263).

⁵⁰ Observaremos a questão do juízo desde a perspectiva positiva brasileira, sem considerar a regulação internacional que porventura modele diferentemente o juízo de delibação. Isso em razão do espaço e propósitos do presente estudo. Note-se, ainda, que a generalidade dos autores afirma ser o modelo do Código Bustamante o da delibação, com requisitos equivalentes aos que são positivos no Brasil. Nesse sentido, ARAÚJO, Nádia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 263. Também BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. *Homologação de sentença estrangeira e seus efeitos perante o STF*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 19.

⁵¹ Watanabe diz: “[...] a cognição do juiz, no processo de conhecimento, tem por objeto um trinômio de questões, incluindo aquelas sobre a regularidade do processo (*v.g.*, os pressupostos processuais), as que versem sobre as condições da ação e, finalmente, as questões de mérito. O trinômio é válido, em linhas gerais, também para o processo de execução e o processo cautelar, evidentemente com as especificações próprias que os diferenciam do processo de conhecimento” (WATANABE, Kazuo. *Da cognição...*, op. cit., p. 72).

⁵² “Tradicionalmente, o sistema do Código de Processo Civil separa esses requisitos de admissibilidade do julgamento de mérito em quatro grupos: os ‘pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo’, as condições da ação, a inexistência de fatores externos impeditivos desse julgamento (pressupostos negativos) e os requisitos de regularidade de cada ato do *iter* procedimental. A despeito disso, todos eles se conjugam em um mesmo significado sistemático, constituindo exigências para que a sentença de mérito possa ser proferida pelo juiz, a serem apreciadas na qualidade de preliminares” (ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. Coleção Atlas de Processo Civil. Coord. Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Atlas, 2008. p. 96). Exemplo de questão antecedente no bojo da homologatória está expresso no art. 3º: “A homologação de

Art. 15. Será executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro, que reúna os seguintes requisitos:

- a) haver sido proferida por juiz competente;
 - b) terem sido os partes citadas ou haver-se legalmente verificado à revelia;
 - c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida;
 - d) estar traduzida por intérprete autorizado;
 - e) ter sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal.
- [...]

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.⁵³

Não pretendemos analisar minudentemente estes requisitos. Nosso ponto é outro. Dissemos que a ação de homologação de sentença estrangeira é autônoma⁵⁴. Como tal, está subordinada a exigências semelhantes à da

sentença estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações constantes da lei processual, e ser instruída com a certidão ou cópia autêntica do texto integral da sentença estrangeira e com outros documentos indispensáveis, devidamente traduzidos e autenticados” (STJ. Resolução nº 9, de 4 de maio de 2005. Dispõe, em caráter transitório, sobre competência acrescida ao Superior Tribunal de Justiça pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/legislacao/doc.jsp?livre=cartas+rogat%F3rias&&b=LEGI&p=true&t=&l=20&i=1>>. Acesso em: 6 jun. 2012). Assim, de regra, as questões antecedentes objeto de cognição na homologatória são semelhantes (em que pese discrepâncias que aqui não serão aprofundadas) e a decisão estrangeira é documento indispensável à propositura da demanda. Todos estes são componentes da cognição, porém não de mérito, da demanda homologatória.

⁵³ Brasil. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 6 de jun. 2012. Também legitimados formalmente na dicção da citada Resolução nº 9, de 4 de maio de 2005 do STJ, que estabelece: “Art. 5º Constituem requisitos indispensáveis à homologação de sentença estrangeira: I - haver sido proferida por autoridade competente; II - terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia; III - ter transitado em julgado; e IV - estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado no Brasil. Art. 6º Não será homologada sentença estrangeira ou concedido *exequatur* a carta rogatória que ofendam a soberania ou a ordem pública”.

⁵⁴ “Em ambas as hipóteses [procedência ou improcedência da homologatória], trata-se de decisão de *mérito*, proferida em processo autenticamente *jurisdicional* [...], através do qual se exercitou verdadeira

generalidade das demandas, todas conectadas à possibilidade de prolação de juízo de mérito. Assim, está sujeita a questões preliminares. Sabemos, também, que, em princípio, a lide decidida no estrangeiro está subtraída à cognição no juízo homologatório⁵⁵. Observando-se os requisitos que compõem o mérito da demanda homologatória desde a perspectiva brasileira, notam-se algumas peculiaridades: (i) aqueles referidos no art. 15, *a* e *b* (citado *supra*) tem natureza *processual* e estão referidos à *validade do processo no estrangeiro*; (ii) o aludido no art. 15, *c*, tem natureza *processual* e está associado à *definitividade do processo no estrangeiro*; (iii) o estabelecido no art. 15, *d*, tem natureza *ordinatória* e está associado à *adequação ao juízo brasileiro*; (iv) o art. 15, *e*, tem natureza *processual* e está associado à possibilidade (*nulla executio sine titulo*) de demanda – ou fase – executiva⁵⁶ no Brasil; finalmente (v), no citado art. 17, a eficácia do ato peregrino se subordina à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes. Essa subordinação tem natureza *material* e está associada à *validade dos critérios de decidir* e modos de aplicação destes no estrangeiro face a princípios fundantes do ordenamento brasileiro.

Daí dizer-se: a ação de homologação de sentença estrangeira é complexa. Além dos requisitos normais associados a qualquer demanda (como aptidão da inicial, tríplice capacidade), há requisitos – em demanda cognitiva – que são relativos ao documento necessário à propositura da demanda – nomeando o documento: a decisão alienígena – como a definitividade do processo no estrangeiro e a adequação deste ao juízo brasileiro, seja pela tradução ao vernáculo, seja pela tramitação diplomática ou autenticação consular. Mas o ponto de interesse para o juízo delibatório está no seguinte: em (i) e (v), *supra*, há indicação de que, no espaço cognitivo da ação homologatória, conhece-se sobre aspectos fundamentais tanto da relação processual (i), quanto dos critérios e modos de aplicação da decisão alienígena. De fato, verifica-se a competência do prolator e oportunidade de contradição; ainda, olha-se a conformidade do *decisium* com a ordenação pública brasileira. Assim, *forçoso concluir, não se abstrai da cognição na homologatória a integralidade, quer da relação processual, quer da relação*

ação.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Artigos 476 a 565. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, v. V, 2003. p. 93)

⁵⁵ Pelas razões que já apresentamos, vinculadas ao reconhecimento, em abstrato, da legitimidade estrangeira para decidir litígios.

⁵⁶ Por esta razão, pensamos que este requisito está mal colocado. Devem ser elencados os requisitos necessários à homologação e, então, após este evento, os vinculados à execução do ato que teve sua eficácia liberada.

material decidida no estrangeiro, havendo, pois, sempre um controle concreto – ainda que rarefeito – do reconhecimento abstrato da autoridade prolatora, do procedimento seguido e dos critérios decisórios estrangeiros.

Nos casos referidos em (i) e (v), *supra*, há, de fato, razões para que a procedência ou improcedência da homologatória torne-se indiscutível, exatamente porque se analisa a higidez do proceder e dos critérios de decidir, manifestando-se, de uma vez para sempre, sobre a higidez daquela decisão que formava o objeto a ser conhecido na homologatória. Nos demais casos, nomeadamente, itens (ii) e (iii), *supra*, não há, verificada a sua inadequação, razões para supor a definitividade do juízo na homologatória. Assim, ambos não compõem o mérito da homologatória, não formando coisa julgada material a decisão que nega a sua adequação às prescrições da *lex fori* brasileira. Integram, pois, o espaço das questões processuais da homologatória, não o seu juízo objetivo.

Portanto, *competência* e *contradição* no estrangeiro são requisitos fundamentais, desde a ótica processual e brasileira, compondo o que se conhece na demanda por homologação no Brasil⁵⁷. Ainda, *conformidade* à soberania, à ordem pública e aos bons costumes, todos legíveis como *princípios fundantes*, íntegra a composição do juízo, o objeto litigioso apto a formar coisa julgada material relativamente à norma concreta estabelecida na decisão peregrina. Daí que, quanto maior o grau de reconhecimento – brasileiro e internacional de, *v.g.*, certo Estado e de seu sistema de solução de litígios –, menor tende a ser o aprofundamento cognitivo das apontadas questões de matéria e procedimento estrangeiro, que estão no objeto litigioso da homologatória. Inversamente, quanto menor este reconhecimento, maior tende a ser a pesquisa, estribada nas figuras da competência, contradição e ordem pública, a respeito da higidez do procedimento, dos critérios de decidir e da legitimidade da autoridade que proferiu, no estrangeiro, a decisão. Há, pois, uma *relação de proporção inversa entre o grau de reconhecimento da legitimidade estrangeira e a profundidade da cognição*. Estes são os componentes, nesta forma, a serem, em sentido estrito, delibados. Quanto aos demais, designadamente *tradução* e *formalidades executivas*, a ausência

⁵⁷ É, pois, de notar que, por razões processuais, torna-se definitiva a impossibilidade de homologação. Perceba-se, contudo, que tais razões somente tornam indiscutível a lide deduzida na homologatória, não a lide material. De fato, o que se diz é que não se pode dar eficácia, no solo brasileiro, à decisão estrangeira, e isso sim, faz-se inofismável. A questão de matéria poderá ser discutida, observadas as prescrições a respeito de competência internacional, no próprio Brasil, em demanda cognitiva integralmente deduzida aqui.

deles deve ser deslocada para a cognição preliminar, inapta, *per definitionem*, a fazer indiscutível a lide deduzida na ação homologatória, permitindo-se a sua repositura⁵⁸.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise precedente retira-se que quer trabalhando em modelos teóricos de Estado Social, que tendencialmente ainda centralizam a soberania, quanto em esquemas teóricos mais recentes e fragmentaristas, a *articulação* e a *comunicação* entre esferas que são *reconhecidas* como diferentes são fundamentais. Precisamente neste ponto está a funcionalidade da ação de homologação de sentença estrangeira. Em uma perspectiva imediata, esta ação tem por objeto a *liberação ou não da eficácia contida na decisão estrangeira*. Essa especificidade objetiva a torna autônoma e permite perceber que esta se desenvolve em jurisdição contenciosa. Em perspectiva mediata, a previsão de tal ação demonstra, especialmente, que é possível *reconhecer*, desde a perspectiva objetiva – tipos de critérios de distribuição dos bens da vida, direito objetivo – modelos de direito estrangeiro e, desde a perspectiva subjetiva – tipos de autoridades forasteiras aptas a decidir litígios –, instituições alienígenas e seus representantes aptos a solucionar lides concretas. Esse reconhecimento em abstrato da autoridade e critérios de distribuição estrangeiros fundamenta relação que está no cerne da cognição da ação de homologação de sentença estrangeira: quando reconhecida certa autoridade como integrante da estrutura de um sistema considerado internacionalmente como apto para a decisão de conflitos envolvendo questões jurídicas, descabe revisar a correção dos padrões objetivos de decisão, bem como a aplicação destes padrões a situações concretas, bastando, para fins de eficácia extraterritorial do provimento alienígena, observações limitadas a questões de grande importância desde a perspectiva do Estado em que se processa a homologatória. Nesse fundamento, o Brasil adota o sistema de ação com delibação para atribuição de eficácia interna a decisões forasteiras. Da análise

⁵⁸ Muito poderia ser aprofundado a respeito da coisa julgada. Algumas destas profundizações levamos a cabo em outro estudo. Não cabem aqui tais considerações, apenas uma summa de posições que foram desenvolvidas no referido texto. Dissemos: “Coisa julgada é qualidade (ou eficácia, ou garantia constitucional-processual, ou efeito do trânsito) do comando (ou dos efeitos, ou do efeito declaratório) da sentença, que torna imutável e/ou indiscutível seu objeto (o objeto da qualidade), entre as partes, para além das partes ou para todos, em futuras demandas idênticas, produzindo efeito positivo ou negativo relativamente à segunda demanda” (FRÖNER, Felipe. O regime jurídico da coisa julgada material no contexto do paradigma contemporâneo do Direito Constitucional e Processual Civil Brasileiro. *Processos Coletivos*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, 1º abr. 2012. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/ve_artigo.asp?id=103>. Acesso em: 6 jun. 2012).

dos requisitos de direito positivo, componentes do juízo de delibação, pode-se assumir que, neste juízo, verifica-se a competência do órgão prolator da decisão homologanda, bem como oportunidade de contradição e conformidade do *decisium* com a ordenação pública brasileira. Assim, não se abstrai da cognição na homologatória a integralidade, quer da relação processual, quer da relação material decidida no estrangeiro, havendo, pois, sempre um controle concreto – ainda que rarefeito – do reconhecimento abstrato da autoridade prolatora, do procedimento seguido e dos critérios decisórios estrangeiros, sendo que este controle ganha profundidade cognitiva na proporção inversa do grau de reconhecimento da autoridade e dos critérios de decidir estrangeiros.

REFERÊNCIAS

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. Coleção Atlas de Processo Civil. Coord. Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Atlas, 2008.

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. Tradução espanhola: *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ARAÚJO, Nádia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Artigos 476 a 565. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, v. V, 2003.

BENDA, Ernesto. El estado social de derecho. In: BENDA, Ernesto et al. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. *Homologação de sentença estrangeira e seus efeitos perante o STF*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2008.

CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Forense, v. II, 1956.

COMISSÃO. Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para a Ibero-América. *Revista da Magistratura Regional Federal da 2ª Região*, v. 11, n. 1, mar. 2009. Disponível em: <www.trf2.gov.br/emarf/documents/revistaemarfvoll1.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2012.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*. Coimbra: Coimbra, 2007.

FRÖNER, Felipe. O regime jurídico da coisa julgada material no contexto do paradigma contemporâneo do Direito Constitucional e Processual Civil Brasileiro. *Processos Coletivos*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, 1º abr. 2012. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/ve_artigo.asp?id=103>. Acesso em: 6 jun. 2012.

GRECO FILHO, Vicente. *Homologação de sentença estrangeira*. São Paulo: Saraiva, 1978.

LEIVAS, Paulo Roberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MITIDIERO, Daniel Francisco. Por uma nova teoria geral da ação: as orientações unitárias e a orientação dualista da ação. In: MITIDIERO, Daniel Francisco; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

SANTANA JÚNIOR, Gilson A. de; ROXO, Hugo L. C.; SILVA, Jaylla Maruza R. S. A filosofia hermenêutica de Gadamer e o direito: redesenhando horizontes metodológicos. In: ROCHA, Airton Schramm. *Metodologia da pesquisa em direito e a filosofia*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais como “cláusulas pétreas”. *Interesse Público*, 17, p. 56-74, 2003.

SCHAPIRO, Mario Gomes. Repensando a relação entre Estado, Direito e desenvolvimento: os limites do paradigma *rule of law* e a relevância das alternativas institucionais. *Revista Direito GV*, São Paulo, p. 213-252, jan./jul. 2010, p. 217. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v6n1/11.pdf>>. Acesso em: 28 de maio 2012.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STJ. Resolução nº 9, de 4 de maio de 2005. Dispõe, em caráter transitório, sobre competência acrescida ao Superior Tribunal de Justiça pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/legislacao/doc.jsp?livre=cartas+rogat%F3rias&&b=LEGI&p=true&t=&l=20&i=1>>. Acesso em: 6 jun. 2012.

STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000.

TEUBNER, Guinter. Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie. *ZaöRV*, 1/2001.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. atual. Campinas: Bookseller, 2000.