

Gustavo Ferraz de Campos Monaco

Professor Associado do Departamento de Direito Internacional e Comparado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (DIN-FD-USP). Procurador Geral da USP, Doutor e Livre-Docente pela FD-USP. Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTRANGEIRA

Editora Quartier Latin do Brasil

Empresa Brasileira, fundada em 20 de novembro de 2001

Rua Santo Amaro, 316 – CEP 01315-000

Vendas: Fone (11) 3101-5780

Email: quartierlatin@quartierlatin.art.br

Site: www.quartierlatin.art.br

Editora Quartier Latin do Brasil
São Paulo, inverno de 2013
quartierlatin@quartierlatin.art.br
www.quartierlatin.art.br

19. Constatou-se que o controle de constitucionalidade da lei estrangeira pode ser realizado por via procedimental segundo os ditames do foro. Haverá, no entanto, espaço para essa verificação? Ou ela já não terá se realizado em decorrência de mecanismos outros colocados à disposição do magistrado quer na esfera preconflictual, quer no desenrolar do método conflitual ele próprio? Em que medida o instituto das normas de aplicação imediata, também chamadas normas de aplicação necessárias ou *lois de police*⁷⁷, e o princípio da ordem pública não se prestam exatamente ao mesmo papel que aqui se pretende atribuir ao controle intrínseco de constitucionalidade: o de verificar a adequação da norma material estrangeira aos valores do sistema constitucional vigente no foro? Ainda que não haja um mesmo escopo na incidência desses três mecanismos (normas de aplicação imediata, princípio de ordem pública e controle intrínseco de constitucionalidade) e ainda que os momentos de incidência dos mesmos sejam metodologicamente diversos (preconflictual, conflitual e pós-conflitual, respectivamente), urge verificar se os objetivos de cada qual não poderiam ou deveriam convergir de forma a simplificar o procedimento no já intrincado método próprio ao Direito Internacional Privado.

É, justamente, na busca dos limites de atuação de cada qual desses institutos que se centrará atenção nesse passo da pesquisa, a fim de bem apartá-los ou de fazê-los convergir para um escopo único: o de averiguar a adequação da norma estrangeira aplicável aos valores constitucionais do sistema jurídico que a aplica. Mas, apenas se isso for teórica e conceitualmente recomendável.

Para tanto, esse Segundo Capítulo esforçar-se-á na delimitação do que seriam, quais os momentos de sua incidência, quais seus objetivos e, principalmente, quais as funções que esses institutos visam desempenhar. Tal investigação será realizada autonomamente para, no Capítulo terceiro, buscar quer a delimitação, quer a convergência de cada um ou de todos.

20. Se o Direito Internacional Privado, como queria Savigny, deveria se incumbir da formação de uma comunidade jurídica de nações, ou de uma

77

Phocion Francescakis, autor de origem grega a quem se deve a doutrina moderna das normas de aplicação imediata, alterou a nomenclatura do instituto ao longo de seus estudos. Assim, em 1958 (*La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris: Sirey), chamou-as *régles d'application immédiate*. Em 1966 chamou atenção para o fato de ser o termo "improvisé et uniquement descriptif" (Quelques précisions sur les "lois d'application immédiate" et leurs rapports avec les règles de conflits de lois. *Revue Critique de Droit International Privé*, Paris, n. 1, pp. 1-18, jan.-mar. 1966, pp. 2 e 9). Em 1968, passou a utilizar a expressão *lois de police*, com a intenção manifesta de fundir num único conceito o conteúdo das expressões *lois de police et de sûreté* e *lois d'ordre public* (*Répertoire de droit international*. Verbetes "Conflits de lois (principes généraux)", Paris: Dalloz, 1968, pp. 470 e seguintes). Por fim, em 1974 (*Lois d'application immédiate et droit du travail: l'affaire du comité d'entreprise de la Compagnie des wagons-lits. Revue Critique de Droit International Privé*, Paris, t. 63, n. 2, pp. 273-296, avr.-juin, 1974), voltaria a valer-se quer da expressão "lois de aplicação imediata", como de "lois de aplicação necessária".

comunidade de Direito, já o mesmo Savigny admitia hipóteses em que essa comunidade não deveria se sobrepor aos interesses locais. Referia-se, assim, às leis (internas) de natureza rigorosamente positiva, coativa, as chamadas “leis absolutas”, ditadas por motivos de interesse geral⁷⁸ e origem quer no caráter moral, político, de ordem pública ou de economia política vigentes no local. E concluiu que “todas as leis dessa espécie se enquadram nos casos excepcionais (...), de modo que, com relação à sua aplicação, cada Estado deve ser considerado como absolutamente isolado”⁷⁹.

Esclarecia, com isso, ser perfeitamente aceitável, em hipóteses específicas e excepcionais, admitir que o Estado, na defesa de seus próprios interesses, chegasse a obstar a incidência do método clássico do Direito Internacional Privado, abstendo-se, o juiz do foro, de buscar a melhor localização da relação *sub iudice* que passava a ser a ditada por uma conexão especial⁸⁰, contentando-se, assim, pelas razões que o autor elencou, com a incidência imediata e necessária da lei material do foro⁸¹. Saber quais seriam essas hipóteses específicas e excepcionais é tarefa que hoje se denota assaz sofisticada, como já o era no período em que escrevera o autor. Não é o caso de guardar atenção às hipóteses nessa pesquisa⁸². Do que se ocupará é da análise abstrata do instituto e de suas implicações ou interseções no controle de constitucionalidade da lei estrangeira.

78 Sobre as funções do legislador e do magistrado na construção desse conceito, veja-se: MATHIEU, Bertrand. Les rôles du juge et du législateur dans la détermination de l'intérêt général. *Archives de Philosophie du Droit*. Paris, v. 50, pp. 261-276, 2006.

79 SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema do Direito Romano atual* [System des Heutigen Römischen Rechts]. Trad. Ciro Mioranza. v. 8. Ijuí: Unijuí, 2004, pp. 54-55.

80 Essa noção, como se verá a seguir, decorre principalmente do posicionamento da doutrina portuguesa. Aparentemente tal construção procura salvar a posição do direito internacional privado e de suas funções que se fragilizam com o reconhecimento das normas de aplicação imediata. Em um primeiro momento da pesquisa ocorreu-me retórica construção e sustentar que as normas de aplicação imediata efetivamente obstavam o método conflitual de forma absoluta. No entanto, uma melhor reflexão mostrou-me que a engenhosidade da conexão especial era útil não apenas para a salvaguarda da disciplina, mas, também, para tentar demonstrar que o controle intrínseco de constitucionalidade mantém sua autonomia procedimental, ainda que possa haver interseções substanciais em algumas dadas situações.

81 Adoto, assim, a distinção que fez a doutrina minoritária, no sentido de não incluir as normas protetivas de grupos em situação de hipossuficiência dentre as normas de aplicação imediata, justamente porque aquelas se utilizam do método clássico do direito internacional privado de alguma forma, enquanto estas últimas obstat a sua incidência. Concebo as normas protetivas como normas de direito internacional privado substancial, que são todas aquelas que visam, ao prevenir conexões alternativas, cumulativas, sucessivas ou esteadas na ideia de “lei mais favorável”, proteger interesses específicos, com o que se afastam de uma lógica clássica, baseada na justiça conflitual e se aproximam da realização de uma justiça material que favoreça a parte mais fraca em dada relação plurilocalizada. Veja-se, GAUDEMET-FALLON. Le pluralisme en droit international privé..., *Revue*, cit., pp. 232 e seguintes. Ainda: VASSILAKAKIS, Evangelos. Recent private international law codifications. *Revue Hellénique de Droit International*. Atenas, v. 63, n. 1, pp. 103-12, 2010, pp. 107-108.

82 LOUSSOUARN, Yvon; BOUREL, Pierre. *Droit international privé*. 6. ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 134, informam ser impossível encontrar uma categoria homogênea de normas de aplicação imediata e que não resta ao intérprete nenhuma outra opção que não o estudo caso a caso.

O modo de atuação contemporânea das normas de aplicação imediata nos diversos sistemas nacionais de Direito Internacional Privado tem variado conforme os objetivos que se visa atingir, mas, de uma maneira geral, é sempre possível perceber que o mecanismo presta-se, especialmente, para a vinculação material ou substancial de determinada questão a determinado sistema jurídico, grandemente o do foro⁸³⁻⁸⁴. É tal modo de proceder justifica-se, normalmente, por razões de salvaguarda dos valores ali vigentes.

Ora, se é da proteção dos valores vigentes naquela sociedade que se trata, e se tais valores devem haurir suas origens na própria raiz do sistema de regulação social, é de se perguntar em que medida essas mesmas normas de aplicação imediata, ao estabelecerem os parâmetros de não submissão do sistema local aos valores de outra sociedade – estrangeira – não se confundem, de forma cotidiana, com eventual averiguação da constitucionalidade das normas alienígenas, em cotejo com a Constituição do foro, que se pretendesse fazer.

Ao reconhecer a estatuição das normas de aplicação imediata, o Direito Internacional Privado assume funções de garantia e proteção de “uma determinada organização social” afaçando “a solidez da organização estadual de que as leis internas que não podem em caso algum deixar de ser actuaadas são pilares fundamentais”⁸⁵. E o faria como que a impedir a manifestação da internacionalidade presente na hipótese⁸⁶, não fosse certo posicionamento doutrinário, muito comum entre os autores portugueses, no sentido de reconhecer na situação uma conexão especial e exclusiva que vincula a hipótese à *lex fori*.

Tenta-se, assim, fazer com que essa internacionalidade não abespine ou não se mostre intoléravel para o sistema. A razão assenta-se na matéria subjacente à relação jurídica e à necessidade de proteger os valores ali presentes que, por tão importantes e caros para a higidez do sistema, não merecem, na visão do ordenamento local, sequer correr o risco de este ser regido, concretamente, por

83 O que levou FOYER, Jacques. L'égalité en droit international privé. *Archives de Philosophie du Droit*. Paris, v. 51, pp. 179-93, 2008, p. 187, a afirmar que as leis de aplicação imediata e as *lois de police* apresentam caráter “franchement inégalitaires et donnent par principe compétence à la loi” do foro. Ainda sobre igualdade, mas, agora, em geral: FRANK, Alexis. Les critères objectifs et rationnels dans le contrôle constitutionnel de l'égalité. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*. Paris, n. 1, pp. 77-98, jan.-fév. 2009.

84 Não me aterei, aqui, relativamente às normas de aplicação imediata estrangeiras, sejam essas pertencentes ao sistema da *lex causae*, sejam essas provenientes de Estados terceiros. A questão, interessante, aparecerá na segunda parte da obra, de maneira pontual.

85 MOURA RAMOS. *Direito Internacional Privado e Constituição*, cit., p. 122.

86 MOURA RAMOS. *Direito Internacional Privado e Constituição*, cit., p. 121, fala em “manifesto dano da sua obrigação – até aqui hipostasiada à condição de fim último – de promoção da cooperação internacional”.

um Direito estrangeiro, mormente nas hipóteses, cada vez mais comuns, de publicização das relações típicas de Direito Privado, campo fértil – mas não exclusivo – para a incidência de tais normas de aplicação imediata.

E isso passa-se independentemente do conteúdo da norma estrangeira, que poderia ser aplicada caso o método do Direito Internacional Privado fosse chamado a atuar, e caso o elemento de conexão indicado pela norma de conflitos fosse preenchido, no caso específico, por um elemento estrangeiro.

É por saber que há hipóteses – raras – em que o Estado pode não querer sequer correr o risco de abrir-se a um ordenamento estrangeiro, que o Direito Internacional Privado prevê o instituto das normas de aplicação imediata. “As *lois de police* traduzem uma atuação particular do Estado sobre as situações de Direito Privado de extrema importância. O fenômeno é legítimo: os objetivos perseguidos são perfeitamente justificáveis”⁸⁷.

Como salienta Moura Ramos, “a *publica utilitas* do foro prevalece assim, por meio do emprego desse tipo de normas, sobre o dever de cooperação internacional e o princípio da paridade de tratamento que caracterizam o DIP clássico. O DIP aparece agora a salvaguardar as exigências da coletividade, a garantir a segurança e a estabilidade sociais nas formas previstas pelo legislador interno e a conservar aqueles valores que na óptica deste devem presidir ao desenvolvimento da vida”⁸⁸ em sociedade. E o faz justamente pela construção dessa conexão especial de cariz unilateral.

As normas jurídicas encarnam (sempre) e traduzem (para o jurisdicionado) uma determinada política legislativa e sua importância, que acaba estabelecida por um processo interpretativo teleológico⁸⁹. Tal processo é o que garante, em situações plurilocalizadas, a natureza de norma de aplicação imediata. Quer isso significar que uma norma qualquer erigida pelo legislador interno e que se mostra importante no arcabouço legislativo do Estado possivelmente assumirá ares diferenciados diante de relações jurídicas com elementos estrangeiros. Mas, certamente não poderá ser essa uma *regalia* garantida a toda e qualquer norma. Será grande o risco de se verificar um desarrazoado nacionalismo caso esse procedimento se torne ordinário e atinja um sem número de normas jurídicas internas, todas elas expressão de determinada política legislativa, mas que não

se mostram efetivamente⁹⁰ aptas a resguardar as **exigências da coletividade e a garantir a segurança e a estabilidade sociais**, a que Moura Ramos se referiu.

Quais, então, os parâmetros para o reconhecimento das normas de aplicação imediata? Já se referiu, aqui, que não se trata de estabelecer um rol de exemplos e situações em que se tenha reconhecido a certas normas esse *status*. O que se busca, até como forma de percepção de traços autorizadores de eventual convergência entre as normas de aplicação imediata e o controle intrínseco de constitucionalidade, é a delimitação de critérios que permitam distinguir tais normas das outras, normas vulgares, corriqueiras.

Certamente, configura-se como forte indicio o assento constitucional que a matéria tenha merecido, quer pelo estabelecimento de normas plenamente eficazes no bojo da Constituição do foro, quer, ainda, pelos comandos ali estabelecidos e dirigidos ao legislador ordinário no sentido de fazê-lo cumprir programa traçado pelo Poder Constituinte para a matéria, por ser relevante socialmente. Nesse caso, a construção de normas ordinárias constitucionalmente ancoradas e capazes de concretizar referido programa é medida que se impõe e denota a importância a que se refere. A relevância da situação para aquela dada sociedade é patente na medida em que o exercício do Poder Constituinte eleva a matéria ao texto constitucional.

No entanto, será suficiente que a matéria tenha assento constitucional em dada sociedade? Essa não é, certamente, uma *conditio sine qua non* para a configuração de uma norma de aplicação imediata. Haverá outras que só de forma muito mediata referem-se à Constituição vigente em dado Estado. Também não será uma *conditio per quam*, justamente porque, se assim o fosse, todas as normas mereceriam a qualificação de normas de aplicação imediata, capazes de afastar o método conflitual, jogando por terra a própria disciplina do Direito Internacional Privado. E isso porque todas as normas do sistema encontram abrigo hierárquico na Constituição, referindo-se – ainda que indiretamente – a um dos eixos axiológicos por ela fundados⁹¹. A função das normas hierarquicamente inferiores à Constituição é justamente de traduzir, concretamente, um dos valores nela contidos. Persistir nessa direção, apenas, será autorizar um particularismo de todo condenável.

90 Sobre a importância que a abordagem sociológica da ordem pública assume no direito internacional privado em razão da pluralidade de métodos, veja-se: DÉPREZ, Jean. *Droit international privé et conflits de civilisations. Recueil des Cours*. Martinus Nijhoff Publishers. Dordrecht/Boston/London. v. 211, pp. 217-309, 1988, pp. 252-260.

91 Entre nós, COELHO, Sacha Calmon Navarro. Por uma justiça eficaz – controle de constitucionalidade. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n. 3, pp. 62-65, 1993, p. 64, afirma que “o entrelaçamento do direito infraconstitucional com a Lei Maior é total e abrangente”, o que, inclusive, desaconselharia “a separação dos conteúdos jurídico e constitucional”.

87 GAUDEMET-FAILLON. *Le pluralisme en droit international privé...*, *Recueil*, cit., p. 263.

88 MOURA RAMOS. *Direito Internacional Privado e Constituição*, cit., p. 121.

89 AUDIT, Bernard. *Le droit international privé en quete d'universalité. Recueil des Cours*. Martinus Nijhoff Publishers: Dordrecht/Boston/London, n. 305, pp. 9-488, 2003, p. 248.

Será preciso, assim, jungir outra condicionante a esse cenário: aquela que reconheça ser insuportável para o sistema jurídico do foro não a aplicação de eventual norma estrangeira à relação *sub judicé*, mas, antes, a própria possibilidade de que a questão venha a ser regulada por outro ordenamento que não o local. É essa, aqui, a insuportabilidade que releva. E para atacá-la, a norma material delimita seu âmbito de aplicação, circunscrevendo-o ao foro, valendo-se para tanto da conexão unilateral e específica de que fala a doutrina portuguesa.

Com efeito, se fosse intolerável a aplicação do Direito estrangeiro, em razão da incompatibilidade de suas disposições relativamente aos valores do foro, a situação seria resolvida com o recurso, metodologicamente orientado, ao princípio da ordem pública, que determinaria o afastamento da norma estrangeira chamada a atuar, mas que, por seu conteúdo, discrepa de forma intolerável dos valores locais. Tudo isso para bem preservar a axiologia do sistema.

No caso que se está a analisar, a questão há de ser outra. O método clássico não se iniciou. Constatada a presença do elemento estrangeiro, não se cogita qual lei aplicar. Sabe-se que a questão só poderá ser deslindada com recurso à *lex fori*, incidente em consequência de seu caráter de norma que deve ter sua aplicação garantida de modo imediato, sem sequer se cogitar qual seria, em tese, a lei aplicável para depois, e eventualmente, cotejá-la com os valores locais. Não há, portanto, espaço para o método tradicional. Só há espaço para a norma local, de aplicação obrigatória, cogente, imediata, circunscrita ao foro⁹². E tal circunscrição se faz por meio da construção de uma norma de conflitos unilateral dotada de conexão específica. “Esta regra de conflitos é **privativa** da norma de aplicação imediata, tão **privativa** como a própria **previsão** de que depende a correspondente **estatuição**. (...) Na norma de aplicação imediata, a regra de conflitos é **peça acessória** ao serviço de cada regra material. **Variará**, pois, ao **sabor de seus designios**”⁹³.

Nesse sentido, não se há falar em controle de constitucionalidade da lei estrangeira. Se uma norma de aplicação imediata se configurar (julgada que estará a essa conexão específica), for reconhecida e incidir sobre a *questio juris*

decidenda, a solução material para o litígio será ditada pelo Direito local, do foro e, assim, é essa norma que será, eventualmente, cotejada com a Constituição local.

De outra parte, a incidência da norma de aplicação imediata deveria decorrer de uma análise do grau de proximidade que a situação da vida plurilocalizada guarda relativamente ao sistema jurídico do foro, a fundamentar essa conexão especial e *ad hoc*, de que fala Ferrer Correia⁹⁴. Com efeito, em situações limite, pode bem ocorrer de a decisão tomada no foro não produzir nele mesmo qualquer efeito, uma vez que sua execução esteja vocacionada a ocorrer em sistema jurídico outro, estrangeiro, funcionando o juízo local, muitas vezes, como foro de necessidade⁹⁵.

Em casos como esses, é de se indagar se haveria interesse legítimo do Estado local em fazer incidir sua norma de aplicação imediata, que aborta a aplicação do método clássico do Direito Internacional Privado e pode, com isso, impedir a subsunção do fato a um conjunto normativo que se mostra, em tese, o mais adequado por ser mais próximo das partes e de sua relação⁹⁶. Quer-se, com isso, defender a não incidência das normas de aplicação imediata (ainda que legitimamente configurada) em casos em que se pode saber, de antemão, ser inexecutível a decisão, na sede do foro.

A situação, embora se aproxime, não é a mesma vivenciada quando se toma em consideração o conceito de ordem pública por proximidade. Quanto mais não seja pelo momento de incidência ideal da norma de aplicação imediata que se quer evitar, em razão da ausência de liame efetivo entre a questão posta em juízo e o sistema jurídico institucional do foro.

Tal consideração – a de que a norma de aplicação imediata poderia (deveria) ser afastada, dando origem ao método do Direito Internacional Privado sempre que a situação da vida não se mostrasse efetivamente próxima ao foro

94 “Trata-se, pois, de normas cuja aplicação escapa ao controlo do direito de conflitos geral do sistema jurídico; normas que querem ser aplicadas sempre que entre o caso e o respectivo ordenamento jurídico exista uma conexão estreita – e justamente a conexão *ad hoc* que elas próprias definem ou que derive do seu escopo. Não lhes é, portanto, alheia a necessidade de uma conexão; simplesmente, a conexão requerida (e suficiente) não coincide com a fixada pela norma de conflitos relativa à matéria em causa: é uma conexão específica”. FERRER CORREIA. *Lições...* cit., p. 161. Também em FERRER CORREIA, António. O método conflitual em direito internacional privado e as soluções alternativas. *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*. Rio de Janeiro, n. 1, pp. 1-24, jul. 1982, p. 19.

95 RÉTORNAZ, VOLTERS. Le for de nécessité... cit., p. 235.

96 PINHEIRO. *Direito internacional...* cit., v. 1, p. 609, entende que normas constitucionais que consagram direitos básicos de todo o ser humano configuram-se como normas de aplicação imediata (universal, na linguagem do autor) “a situações transnacionais, independentemente de qualquer laço com o Estado português”, mas esclarece, logo em seguida, que nesses casos a norma se aplica por tratar-se de direitos tutelados pelo direito internacional público geral que se configura como limite autónomo à aplicação do direito estrangeiro.

92 Sobre as normas de aplicação necessária, em geral: MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. Las normas materiales de Derecho internacional Privado. *Revista Española de Derecho Internacional*. Madrid, v. 16, pp. 425-457. 1963.

93 PISSARRA, Nuno Andrade. Normas de aplicação imediata e direito comunitário. In: PISSARRA, Nuno Andrade; CHABERT, Susana. *Normas de aplicação imediata, ordem pública internacional e direito comunitário*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 29.

que se julgara competente – haverá de ser empreendida também com cautela. Havendo a possibilidade de execução da decisão no território do foro, mostra-se conveniente a incidência da norma de aplicação imediata ali estatuída.

Seja como for, percebe-se que a incidência da norma de aplicação imediata, nas estritas hipóteses em que elas se configuram, abortará a verificação do controle intrínseco de constitucionalidade da norma estrangeira. Assim, ainda que não se consiga configurar uma norma de aplicação imediata – por qualquer razão que seja – quando seria cabível tal reconhecimento e se, em consequência, se der espaço para o método do Direito Internacional Privado, com eventual aplicação de norma estrangeira, um controle intrínseco de constitucionalidade que se realizar afinal poderá alcançar os mesmos resultados práticos visados pelas normas de aplicação imediata: **salvaguardar as exigências da coletividade, garantir a segurança e a estabilidade sociais.**

21. No que tange o princípio da ordem pública, também sua precisão mostra-se dificultada⁹⁷ quer pela dessemelhança enfrentada por seu conteúdo ao longo do tempo, quer pela disparidade de valores que são postos em jogo nos diversos Estados. Luiz Olavo Baptista caracteriza-a por sua “dinâmica histórico geográfica”⁹⁸.

Os valores mencionados decorrem de certa filosofia político-jurídica imanente às diversas legislações nacionais⁹⁹. Essa filosofia corporifica as necessidades de cada Estado em determinada época, e é tida como um patamar abaixo do qual não pode haver concessão à legislação estrangeira¹⁰⁰. Essa lei

estrangeira, “que choca, que é incompatível, que escandaliza, esta lei é distante, foge completamente da idéia básica de proximidade, e por isto, não pode ser aplicada”¹⁰¹. Ferrer Correia adverte, no entanto, que, algumas vezes, “a ordem pública internacional é invocada como meio de defesa de uma política legislativa que não visa a tutela daqueles valores mas que é adotada por motivos de oportunidade. A recusa de aplicação da lei estrangeira justifica-se aqui pelo receio de que a aplicação da norma contrária àquela política possa ter um efeito subversivo”¹⁰².

Tal qual sucede com as normas de aplicação imediata, também a ordem pública internacional¹⁰³ corre o risco de ser invocada, assim, indevidamente e utilizada de forma arbitrária. Daí porque as mais recentes convenções de direito internacional privado, mormente aquelas decorrentes da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, tenham deixado assente que a não aplicação de um Direito estrangeiro mandado aplicar pelas normas de conflito locais só poderá decorrer de uma incompatibilidade manifesta entre a norma estrangeira e os valores ou a política legislativa do foro¹⁰⁴.

O expediente reserva a conveniência de, pelo menos, exigir uma bem fundamentada exposição dos motivos que levaram à incidência do princípio no caso concreto¹⁰⁵. Além disso, deve imperar a atualidade do princípio, ou seja, “a disposição da lei estrangeira sobre a qual a questão se coloca deve ser confrontada com o estado atual da ordem pública internacional do foro”¹⁰⁶.

4-5. BAPTISTA, O direito estrangeiro..., cit., p. 96 afirma tratar-se, “à evidência, de um mecanismo defensivo e é essa a sua finalidade”.

101 DOLINGER, Jacob. *Contratos e obrigações no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 544.

102 FERRER CORREIA. *Lições...*, cit., p. 409.

103 A expressão, mais usada na literatura portuguesa, refere-se ao segundo e ao terceiro nível de incidência da ordem pública. Veja-se, além da obra de Dolinger citada duas notas acima, também: DOLINGER, Jacob. A ordem pública internacional em seus diversos patamares. *Revista dos Iribunais*, São Paulo, v. 93, n. 828, pp. 33-42, out. 2004, especialmente as páginas 33-37. Não confundir o conceito, entretanto, com o conceito de ordem pública mundial, posto ser o primeiro (em sua tripla nívelação) de ordem interna, ao passo que o segundo é de origem verdadeiramente internacional, comum à comunidade jurídica internacional, podendo, por isso, ser “caracterizada como o interesse comum da Humanidade”. Assim: DOLINGER, Jacob. Ordem pública mundial: ordem pública verdadeiramente internacional no direito internacional privado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 23, n. 90, pp. 205-232, 1986, p. 210.

104 “A ordem pública internacional funcionaria, por isso, como limite transversal à relevância jurídica do direito estrangeiro, mesmo estando em causa a aplicação de tais normas, cuja densidade valorativa não poderia representar um atropelo aos valores do foro” (CHABERT, Susana. Ordem pública internacional e direito comunitário. In: PISSARRA, Nuno Andrade; CHABERT, Susana. *Normas de aplicação imediata, ordem pública internacional e direito comunitário*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 163).

105 No mesmo sentido, e citando Von Overbeck e Vitta, veja-se PINHEIRO. *Direito internacional...*, cit., v. 1, p. 587.

106 GAUDEMET-IALLON. Le pluralisme en droit international privé..., *Recueil*, cit., p. 273. No mesmo sentido: CHABERT. *Ordem pública...*, cit., p. 162.

97 “O problema não se resolve com uma definição, pois a ordem pública é indefinível conceitualmente, como indefinível é o estilo ou a alma de uma ordem jurídica” (BAPTISTA MACHADO, João. *Lições de direito internacional privado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 259). Relativamente ao conceito no direito como um todo, também ali indefinível, veja-se: FLOCRE, D’Aquino. *Revisita à ordem pública*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 184, pp. 131-47, out.-dez. 2009.

98 BAPTISTA, Luiz Olavo. O direito estrangeiro nos Tribunais brasileiros. *Revista Iberoamericana*, Rio de Janeiro, v. 355, n. 97, pp. 89-99, maio-jun. 2001, p. 95.

99 Repetindo, em parte, as ideias que deiixei consignadas em minha tese de doutorado, cumpre lembrar que as necessidades que se refletem na vontade da maioria e restam consignadas nas leis de cunho material podem apresentar certa aproximação principiológica nos diversos Estados nacionais, e por vezes essa aproximação encontra mesmo assento na legislação de cada Estado. Isso se deve ao fato de que as sociedades (mormente as ocidentais) apresentam certa identidade cultural, ideológica, política e econômica, se bem que, apesar disso tudo, algumas diversidades radicais (TENÓRIO, Oscar. *Direito Internacional Privado*. 11. ed., t. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976, p. 321) estejam presentes e impeçam a uniformização e a harmonização legislativas. A esse propósito, veja-se CASELLA, Paulo Borba. Modalidades de harmonização, unificação e uniformização do direito: o Brasil e as convenções interamericanas de direito internacional privado. In: CASELLA, Paulo Borba; ARAUJO, Nadia. *Integração jurídica interamericana: as convenções interamericanas de direito internacional privado (CIDIPs) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, pp. 77-105, 1998).

100 DOLINGER, Jacob. *A evolução do direito público no direito internacional privado*. Tese apresentada à Congregação da UFRJ para o concurso à Cátedra de Direito Internacional Privado, 1979, pp.

Nos dizeres de Paulo Borba Casella, a “ordem pública nacional corresponde ao conjunto de valores imperativos que se encontram permeados no ordenamento jurídico, e que devem preponderar no exercício da jurisdição”¹⁰⁷. Em que, então, diferem das normas de aplicação imediata de que há pouco se tratou¹⁰⁸? A resposta, além de procedimental, deve perscrutar também traços substanciais, a fim de bem se sustentar.

Do ponto de vista do procedimento de atuação, a doutrina é unânime ao apontar a incidência aposteriorística do princípio da ordem pública, muito embora se saiba que, no passado, autores como Mancini tenham procurado sustentar uma concepção apriorística¹⁰⁹ ao defenderem a existência de leis de ordem pública.

Tal modo de ver o princípio, no entanto, não vingou. Como salienta Jacob Dolinger, “não sendo as leis propriamente ditas de ordem pública, não há como falar de leis de ordem pública interna e leis de ordem pública externa. Existe o princípio da ordem pública, algo abstrato que é aplicado às leis quando o juiz entender que determinada regra jurídica deve contar com a proteção, com o reforço desse princípio”¹¹⁰. Fosse aplicada *a priori*, a ordem pública reconstituir-se-ia em categoria autônoma de conexão, como ressaltado por Luis de Lima Pinheiro¹¹¹, e nisso se aproximaria das normas de aplicação imediata. Incidindo *a posteriori*, ou seja, após a constatação de que a solução material indicada para a hipótese *sub iudice* se mostra intolerável face aos princípios e normas da ordem jurídica do foro, afasta-se de forma veemente daquela categoria e assume o seu papel de fase do método conflitual clássico¹¹².

Além disso, confessa ser necessária a comparação dos efeitos que sobre a situação fática desencadeariam quer a aplicação da *lex causae* estrangeira, ofensiva à ordem pública local, quer a aplicação da norma que haverá de lhe substituir, porém, sem ofender substancialmente os valores do foro¹¹³.

107 CASELLA, Paulo Borba. A ordem pública e a execução de cartas rogatórias no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 98, pp. 563-571, 2003, p. 568.

108 ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2008, pp. 104 e seguintes apesar de reconhecer tratar-se de institutos diversos, existem.

109 Defendendo, ainda hoje, essa possibilidade, veja-se: BENTO ILLA, Juan José. Los límites del derecho internacional privado clásico en un caso multicultural. *Investigación y Docencia*, Rosario, n. 39, pp. 41-46, ene.-dic. 2006, p. 41.

110 DOLINGER. *A evolução...*, cit., pp. 40-41.

111 PINHEIRO. *Direito internacional...*, cit., v. 1, p. 589.

112 FRANCESCAKIS. Quelques précisions..., cit., p. 2, deixa claro que a ordem pública internacional é completamente indissociável do método conflitual.

113 JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours*, Dordrecht/Boston/Lancaster: Martinus Nijhoff Publishers, v. 251, pp. 9-268, 1995, pp. 227 e seguintes.

Note-se que não se advogou, acima, o afastamento peremptório e imediato do ordenamento estrangeiro *tout court*, mas tão somente da norma ofensiva da ordem pública do foro que pertença àquele sistema. Isso porque não se mostra inviável que, afastando-se a norma contrária aos valores locais, o sistema de Direito Internacional Privado do foro preveja mecanismo de busca de: (i) outra norma do mesmo sistema, passível de aplicação por analogia ou com recurso a qualquer outro método de integração do sistema, o que, aliás, decorre da própria concepção de recepção do Direito estrangeiro *tout court*; (ii) recurso a uma conexão subsidiária desde logo indicada pela norma de conflitos; ou, ainda, (iii) recurso à *lex fori* que, todavia, não se mostra a mais coerente das soluções, apesar de seguida pela praxe brasileira. Justifica-se esse posicionamento com a invocação do chamado princípio do **mínimo dano** à lei estrangeira. Quer isso significar que a ofensa que a lei estrangeira causaria à ordem pública do foro pode e deve ser extirpada, mas ela deve ser afastada de forma cirúrgica¹¹⁴, pontual, evitando-se a maneira atabalhoada com que se exclui de forma integral o sistema estrangeiro sempre que a ordem pública é encarada como exceção à aplicação do Direito estrangeiro.

Defende-se essa metodologia no Direito brasileiro como forma de se garantir o funcionamento habitual das normas de conflito de nosso sistema. No entanto, como essas não preveem mecanismos de conexão subsidiária, resta ao intérprete buscar, no restante ordenamento da *lex causae*, outra forma de solucionar legitimamente a questão que demanda intervenção do órgão jurisdicional do foro. Optar imediatamente pela *lex fori* é golpear, para falar com Susana Chabert, “a estatuição da norma de conflitos nacional”¹¹⁵.

O fato de a ordem pública atuar *a posteriori* da verificação da lei aplicável permite que a defesa dos valores caros ao foro ocorra de modo mais equilibrado do que ocorre com as leis de aplicação imediata, as quais obstatam a verificação do conteúdo da lei material estrangeira aplicável desde logo. Isso porque, no âmbito da ordem pública, é possível conferir-se a ofensa aos valores do foro se efetiva ou não. Contrariamente, as normas de aplicação imediata nem sequer permitem

114 CHABERT. *Ordem pública...*, cit., pp. 170-171. No mesmo sentido, BADIALLI. Il ruolo del giudice..., cit., p. 635; BUCHER, Andreas. L'ordre public et le but des lois en droit international privé. *Recueil des Cours*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, n. 239, 1993, p. 30. Entre nós e sustentando sua conclusão no último autor citado, ARAUJO. *Direito internacional privado...*, cit., pp. 106-107. Mas muito antes desta, a ideia já podia ser antevista em DOLINGER. *A evolução...*, cit., p. 258. Também: BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed., 2. tir., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 50. Capítulo dessa obra foi publicado autonomamente: A Constituição e o conflito de normas no espaço. *Direito Constitucional Internacional. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 4, pp. 201-30, 1996.

115 CHABERT. *Ordem pública...*, cit., p. 172.

essa investigação, tomando como fato consumado a ofensa mencionada (que, em verdade, poderia mesmo não ocorrer).

Além disso, no âmbito da incidência da ordem pública, duas possibilidades iniciais são abertas¹¹⁶. De um lado, quando a lei estrangeira ofende em tese os valores do foro, e essa ofensa se configura também na prática, o princípio incidirá no segundo nível de sua atuação, tolhendo das partes uma legítima expectativa de que sua pendência fosse resolvida por aquela norma estrangeira. E, aqui, outra pléiade de possibilidades resta aberta.

Com efeito, quando os laços de vinculação da situação fática relativamente ao sistema são tênues, o intérprete pode optar por uma incidência atenuada do princípio, tolerando a aplicação da norma em tese ofensiva na medida em que a afronta, que na prática brotará, somente produzirá resultados sensíveis em outros foros, em que a decisão venha a irradiar seus efeitos¹¹⁷. Trata-se da chamada “ordem pública por proximidade”¹¹⁸.

Outra possibilidade, atrás já referida, é de que exista no próprio sistema estrangeiro outra norma apta a transformar o litígio e que não seja ofensiva aos valores fundamentais do foro. De outro lado, quando a lei estrangeira não ofender em tese os valores do foro, mas essa ofensa se verificar na prática, o princípio incidirá também no segundo nível de sua atuação, muito embora parecesse, a primeira vista, que a ordem pública do foro viesse a ser preservada com a atuação da norma estrangeira isoladamente considerada¹¹⁹.

Substancialmente, o princípio de ordem pública guarda estreita preocupação com a justiça material¹²⁰, com o resultado que se produzirá no foro pela aplicação da lei estrangeira e os riscos de que essa aplicação venha a abalar “os próprios fundamentos da ordem jurídica interna (pondo em causa interesses da maior transcendência e dignidade)”¹²¹.

Mais uma vez insta refletir até que ponto essa preocupação com a justiça material pode ser informada pelos ditames constitucionais e com eles se confundir¹²². Com efeito, “tende hoje a entender-se que as normas e princípios constitucionais, principalmente os que tutelam direitos fundamentais, não só informam mas também conformam a ordem pública internacional”¹²³. E nesse diapasão, a confusão entre os meios de incidência dessas normas e princípios precisa ser evitada. Como já se disse nesse Capítulo, urge verificar se os objetivos perseguidos pela incidência do princípio da ordem pública não poderiam convergir relativamente aos objetivos visados pelo controle intrínseco de constitucionalidade. Ou se, por outro lado, o melhor é que cada qual siga seu caminho, por cumprirem funções diversas e perseguirem objetivos diferentes¹²⁴.

22. Antes, porém, e longe de tentar precisar ou mesmo de fazer estaque o que seja ou como substancialmente se manifeste a ordem pública, gostaria de me valer de dois textos que me chegaram às mãos em momentos diversos e que já àquelas alturas, parecera-me, viriam a ter extrema utilidade. Um, intitulado *Tolerância, intolerância, intolerável*, de Paul Ricœur¹²⁵, o outro, intitulado *As razões da tolerância*, de Norberto Bobbio¹²⁶, cumprem, no meu entender, importante papel para a compreensão do princípio da ordem pública, sua construção, seus limites e suas funções.

Tendo como tema central a tolerância religiosa, o texto de Ricœur traz importantes reflexões sobre as instituições e as tradições culturais, e constrói uma concepção da tolerância enquanto abstenção, que é o seu sinal negativo, de percepção de que, diante de algo que poderia afrontar o interlocutor, gerando nele o desejo de interditar a conduta que afronta, é, ao contrário, tolerada, abstendo-se de uma reação mais veemente que, todavia, se ocorresse, não poderia ser alvo de censura. Nesse contexto, a intolerância apresenta-se, por sua vez, como uma “disposição hostil à tolerância eclesialística ou civil”¹²⁷.

116 O que no texto segue decorre substancialmente da reflexão do autor a partir de GAUDEMÉTALLON. Le pluralisme en droit international privé... *Recueil*, cit., pp. 272-273, n.ºs 278 e 279.

117 “Um determinado resultado pode ser manifestamente intolerável quando a ligação com o estado do foro for mais intensa e já não o ser quando a ligação for menos intensa”. PINHEIRO. *Direito internacional*... cit., v. 1, p. 594.

118 Por todos, GAUDEMÉTALLON. Le pluralisme en droit international privé... *Recueil*, cit., pp. 424 e seguintes.

119 Veja-se o caso Patino, citado por GAUDEMÉTALLON. Le pluralisme en droit international privé... *Recueil*, cit., pp. 272-273.

120 MARQUES, Cláudia Lima. O direito internacional privado solucionando conflitos de cultura: os divórcios no Japão e seu reconhecimento no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 41, n. 162, pp. 91-113, 2004, p. 107, conclui na mesma direção que vai expressa no texto ao reconhecer que “os divórcios religiosos são mais controlados no que se refere aos direitos fundamentais das mulheres e à ofensa eventual à nossa ordem pública”.

121 BAPTISTA MACHADO. *Lições*... cit., p. 263. Mais adiante o autor menciona “chocar a consciência e provocar uma exclamação”.

122 “A Constituição se torna referência básica e estratégica para que o direito estrangeiro não seja invocado pela norma de conflito sem a devida fundamentação constitucional”. BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Atlas, 2009.

123 PINHEIRO. *Direito internacional*... cit., v. 1, p. 588.

124 Assim é que, na decisão da Corte Constitucional alemã, de 1971, antes referida, “Le tribunal critique explicitement, au nom de la primauté de la Constitution, la conception de la jurisprudence selon laquelle les droits fondamentaux ne peuvent développer leurs effets en droit international privé que dans la mesure où le système de conflits de lois (y compris l'exception d'ordre public dans son acception traditionnelle) le permet”. LABRUSSE. *Droit constitutionnel et droit international privé*... cit., p. 37.

125 In: RICŒUR, Paul. *Leituras r: em torno ao político* [Lectures 1: autour du politique]. Trad. Marcelo Penné. São Paulo: Loyola, 1995.

126 In: BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos* [L'età dei Diritti]. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

127 RICŒUR. *Leituras*... cit., p. 175.

Ricœur explica que esse conteúdo, essa definição da (in)tolerância é institucional. No âmbito individual, por sua vez, a tolerância manifesta-se por meio não da abstenção, mas da admissão. Admite-se no outro uma maneira de agir, de pensar, de conduzir a situação que é substancialmente diversa daquela que seria sua própria forma de atuação diante das mesmas circunstâncias. E a intolerância, para o indivíduo, mostra-se pela condenação da opinião ou da conduta do outro, já que ele não as suporta.¹²⁸

Bobbio, por sua vez, expressa que, no plano individual, a tolerância apresenta uma razão moral consubstanciada no respeito à pessoa alheia: "(...) creio firmemente em minha verdade, mas penso que devo obedecer a um princípio moral absoluto: o respeito à pessoa alheia"¹²⁹.

Institucionalmente, o Estado manifesta-se de forma tolerante e justifica positivamente a liberdade que concede aos jurisdicionados por meio da ideia de justiça, que assume, assim, "o reconhecimento do direito de existência das diferenças e do direito às condições materiais de exercício de sua livre expressão"¹³⁰. Todavia, como "as esferas de liberdade são competitivas e a expansão de cada uma tende a se sobrepor às dos outros", tal atitude abre flanco para a intolerância institucional, confundindo as searas da justiça (material, diria eu) e da verdade (ou da pretensão da verdade, como salienta Ricœur; a minha verdade, diria eu), com o que não resta ao Estado nenhuma alternativa a não ser o estabelecimento de uma forma de proteção das liberdades que se constrói a partir daquilo que J. Rawls, citado pelo autor, chamou de "regras de ordem", que nada mais é que a tentativa de defesa da ordem pública local. Aquilo que for intolerável – e por isso temível – deve ceder diante das regras de ordem pública¹³¹.

Nesse passo de sua reflexão, Ricœur procura construir o elo entre as esferas institucional e individual da tolerância/intolerância e procura responder à seguinte pergunta: "por que não existe o Estado absolutamente neutro?"¹³² A pergunta justifica-se na medida em que se compreende que o valor da justiça é crucial para a compreensão do *modus operandi* do Estado que visa "impedir que a expressão da liberdade de um se sobreponha à expressão da liberdade do

outro"¹³³. Bobbio, por sua vez, vai afirmar que "a tolerância absoluta é uma pura abstração" e que "a tolerância histórica, real, concreta, é sempre relativa"¹³⁴. E isso, em uma sociedade naturalmente não igualitária, em que grupos mais fortes têm uma tendência natural a fazer sobrepor a sua concepção de liberdade, a atuação positiva do Estado é, muitas vezes, indispensável para que tal meta possa ser atingida. Não sem razão, Bobbio vai afirmar que a tolerância, enquanto uma exigência, "nasce no momento em que se toma consciência da irreducibilidade das opiniões e da necessidade de se encontrar um *modus vivendi* (uma regra puramente formal, uma regra do jogo), que permita que todas as opiniões se expressem"¹³⁵. No entanto, não sendo o Estado completamente neutro, fica prejudicada essa atuação ideal. Daí porque a indagação de Ricœur acerca das causas que impedem a plena neutralidade do Estado, de vez que sejam essas as razões para o convívio com o temível intolerável no seio do Estado.

E a resposta que o autor oferece é simples: "porque ele [o Estado] não nasce no vazio, mas se liga a uma cultura que, ao mesmo tempo, ele exprime e protege"¹³⁶. Didier Boden, por sua vez, esclarece que a "tolerância não é nem incondicional, nem ilimitada, e a decisão de ser ou não ser tolerante depende das circunstâncias"¹³⁷. Bobbio, por sua vez, é mais direto e afirma que "a tolerância é, evidentemente, conscientemente, utilitaristicamente, o resultado de um cálculo e, como tal, nada tem a ver com o problema da verdade"¹³⁸. Com aquela constatação, Ricœur parte em direção da esfera individual de manifestação da tolerância. E nela reconhece haver espaço mais qualificado para a conformação do **consenso conflitual**, marcado pelo equilíbrio entre as tolerâncias individuais, "no qual cada campo renuncia a fazer interditar o que não pode impedir", emergindo, "a duras penas uma tolerância positivamente conflitual, que consiste no direito de existir do adversário e, no limite, numa vontade expressa de convivencialidade cultural"¹³⁹.

O autor francês não negligencia que a tolerância é um fenômeno tardio na História da humanidade e dos Estados. Atribui esse retardo ao traço intolerante de que se revestem as convicções. No mesmo grau que minha convicção intolerante se dirige em determinado sentido, haverá a expressão de outra convicção, também ela intolerante, que se dirigirá no sentido inverso. E, mui-

133 RICŒUR. *Leituras...*, cit., p. 179.

134 BOBBIO. *A era...*, cit., p. 211.

135 BOBBIO. *A era...*, cit., p. 213.

136 RICŒUR. *Leituras...*, cit., p. 181.

137 BODEN. *Le pluralisme juridique...*, cit., p. 307.

138 BOBBIO. *A era...*, cit., p. 207.

139 RICŒUR. *Leituras...*, cit., p. 183.

128 BODEN. *Le pluralisme juridique...*, cit., p. 303. afirma que prevalece na literatura sobre moral e ética a abordagem institucional, em detrimento da individual.

129 BOBBIO. *A era...*, cit., p. 208.

130 RICŒUR. *Leituras...*, cit., p. 180.

131 "Le rôle primaire de la clause d'ordre public consiste en la sauvegarde des valeurs essentielles de justice, qui sont à la base de l'ordre juridique. Ces valeurs sont consacrées dans des principes sur lesquels repose la loi interne de l'Etat du for". BUCHER. *L'ordre public...*, cit., *Recueil*.

132 RICŒUR. *Leituras...*, cit., p. 181.

tas vezes, a intolerância aqui existente denota mero capricho intelectual: se a minha convicção é detentora da verdade, a do outro está evitada de erro. Foi preciso que se percebesse, por meio de uma presunção difícil de assumir, “que a adesão do outro às suas crenças é, ela mesma, *livre*” para que as convicções se flexibilizassem e a tolerância emergisse. “Só essa presumida liberdade situa a crença sob a categoria da pessoa e não da coisa e, ao mesmo tempo, a torna digna de respeito”¹⁴⁰, pois o outro tem o direito de errar.

A violência existente na convicção, então, dissipada e a tolerância deixa de ser difícil. Torna-se indiferença, na medida em que tudo se equivale. Para falar com Bobbio, “entra em jogo o princípio da reciprocidade, sobre o qual se fundam todas as transações, todos os compromissos, todos os acordos, que estão na base de qualquer convivência pacífica (toda convivência se baseia ou sobre o compromisso ou sobre a imposição): a tolerância, nesse caso, é o efeito de uma troca, de um *modus vivendi*, de um *do ut des*, sob a égide do ‘se tu me toleras, eu te tolero’”¹⁴¹. Aquela forma violenta de convicção ressurge, todavia, em novos moldes, sempre que a diferença se aprofunda, e passa a não mais merecer respeito, que é a virtude da tolerância no plano cultural, dos valores.

Abre-se espaço para nova forma intolerável, a que o filósofo francês chama de **objeto**, que não mais se confunde com o objeto de nossa própria e individual intolerância, da violência de nossa pessoal convicção. “Esse intolerável é o que não poderia ser incluído no pacto do consenso conflitual sobre o qual repousa o equilíbrio do viver-em-comum”. O objeto deve ser “claramente identificado pelo consenso dos que nós respeitamos, precisamente porque são a nossos olhos os guardiães do respeito mútuo”¹⁴². E reconhece que há, para cada indivíduo, para cada comunidade, para cada **coletividade nacional**, espaço para esse intolerável.

Esse **objeto** de que fala Ricœur deve ser a exceção na medida em que encerra o espaço para a reciprocidade de que nos fala Bobbio e que está na base da aceitação, no foro, da diferença que uma lei guarda relativamente a lei local sempre que tal diferença não for abjeta. Tudo o mais pode e deve ser tolerado. Segundo Michael Walzer, há diversas possibilidades de se tolerar as diferenças enquanto atitude ou estado de espírito: (i) uma resignada aceitação da diferença, com o intuito de preservar a forma pacífica de convivência, (ii) uma passividade indiferente à diferença, como que um fechar de olhos para o que difere, (iii) um reconhecimento dos direitos, mesmo que eles sejam exercidos de modo antipático, (iv) uma posição ativa e interessada diante da diferença, esperando

haurir algo de positivo nesse contato e (v) uma forma entusiasmada de endosso relativamente à diferença¹⁴³.

23. Traçado esse pano de fundo, é chegada a hora de avançar na tentativa de delimitar certo conteúdo substancial para o princípio da ordem pública. Tratando-se de um princípio que, seguindo-se a construção de Jacob Dolinger, incide sobre todo o ordenamento, em três diferentes níveis (na vida juridicamente relevante, de forma indistinta, nas relações privadas internacionais, especificamente, e na recepção de decisões estrangeiras, em hipóteses limite) e com o potencial de limitar ou tolher três diferentes situações juridicamente relevantes (a vontade regulatória nas relações juridicamente relevantes que pode ser limitada ou mesmo suprimida, a legítima expectativa de direito consistente na perspectiva de ver a situação plurilocalizada regulada por uma lei estrangeira e o exercício de direitos legitimamente adquiridos no exterior, sob o influxo de uma lei estrangeira), é inegável que a Constituição do foro mereça ser vista como um de seus focos irradiadores.

Em verdade, acredita-se que devam ser as normas constitucionais seu principal molde, especialmente aquelas normas substanciais contidas na Constituição, como são as que reconhecem os direitos e garantias fundamentais do ser humano e estabelecem, em sede constitucional, as condições ou o modo preferencial de seu exercício¹⁴⁴. Mas não pode ser só essa a conformação substancial do princípio. Como salientou Luis Roberto Barroso, a exogenia da ordem pública relativamente às leis traz como consequência a percepção de que “aspectos inerentes à ordem pública” sejam encontráveis “fora do texto constitucional. Será possível, assim, negar aplicação à norma estrangeira por afronta à ordem pública brasileira, mesmo que ela não se confronte, direta ou indiretamente, com a Constituição”¹⁴⁵. Nesse cenário, também o Direito Penal, por exemplo, por sua propalada função de *ultima ratio* do ordenamento jurídico, de forma normativa excepcional a incidir para a regulação das relações sociais, procurando impedir o que a sociedade não tolera na conduta humana, mostra-se um conveniente limite para a ordem pública¹⁴⁶.

143 WALZER. *Da tolerância*, cit., pp. 16-17.

144 GAUDEMET-TALLON. Le pluralisme en droit international privé..., *Recueil*, cit., p. 394. Entre nós, e apoiando-se na construção dogmática de Moura Ramos, veja-se ARAUJO. *Direito internacional privado*, cit., p. 11, especialmente quando afirma que “com isso se quer prevenir resultados institucionais na aplicação da lei estrangeira, tal como ocorre com a aplicação das leis em geral no plano interno”. Em que pese o acerto da autora, no sentido de o resultado prático da aplicação do princípio da ordem pública poder prevenir resultados institucionais, a posição aqui defendida é um tanto diversa: presta-se, sim, a esse fim, mas não só. Além disso, não é o único mecanismo apto a gerar a desejada prevenção.

145 BARROSO. *Interpretação e aplicação*..., cit., p. 51 e BARROSO. A Constituição e o conflito..., cit.

146 Essa, inclusive, a solução propalada por Teixeira de Freitas, em seu *Esboço de Código Civil*, art. 5º: “não serão aplicadas as leis estrangeiras: 1º) quando sua aplicação se opuser ao direito público

140 RICŒUR. *Leituras*..., cit., p. 183.

141 BOBBIO. *A era*..., cit., p. 207.

142 RICŒUR. *Leituras*..., cit., p. 185.

Da mesma forma, disposições ordinárias de natureza civil, empresarial, trabalhista, não podem ser alijadas *a priori*, de sua modelagem.

De outro lado, nem toda disposição constitucional presta-se como conteúdo desse importante instituto do Direito Internacional Privado¹⁴⁷. Como salientou Moura Ramos, “se a lei fundamental de um país puder pois ser reconduzida (...) ao conjunto de regras de organização do Estado e à enumeração dos limites à ação deste no mundo privado dos indivíduos, não se vê realmente como é que ela poderá vir a influenciar o DIP (...). A Constituição, assim – quase um mero estatuto de organização do aparelho do Estado – não teria nada a dizer ao domínio das relações interindividuais”¹⁴⁸. Mas o próprio autor reconhece que os termos com que delinea a situação nunca fora posta em prática em termos tão radicais e que o modelo de Constituição vigente no mundo contemporâneo longe está de se reduzir aos mínimos termos anteriormente descritos.

Nesse contexto, o Estado assume novas funções, interventivas, e é sua tarefa, ainda, zelar pela estabilidade desse sistema, mantendo-o a salvo de interferências perturbadoras ao mesmo tempo em que deve se aproximar dos seus iguais na medida em que, cada vez mais, a cooperação e o reconhecimento mútuo dos esforços entre os Estados são medidas que se impõem para a própria sobrevivência do Estado enquanto ente que assume importantes tarefas.

Da mesma forma, passa-se a reconhecer como sendo também da Constituição a incumbência de regulamentar as relações jurídicas entre as pessoas privadas, seja por meio da incidência direta das normas constitucionais, seja pela influência que essas passaram a ter na interpretação das normas ordinárias e na colmatagem das lacunas eventualmente existentes no sistema jurídico ordinário, em um movimento que ficou conhecido, no Brasil, como “efeito horizontal dos direitos fundamentais”, a respeito do qual não há espaço, nessa pesquisa, para maiores digressões além da menção que se acaba de fazer.

No âmbito específico do Direito Internacional Privado, Moura Ramos sugere ser chegada a hora de se “traçar o campo de validade espacial das normas constitucionais”¹⁴⁹. Para aquilo que interesse a essa pesquisa, insta

deixar registrado que as normas constitucionais desempenham um triplo papel, todos importantes, e que não devem ser negligenciados para uma bem-sucedida proteção do sistema de valores essenciais forjado no foro pela Constituição. Assim, no que tange às normas de aplicação imediata e ao princípio de ordem pública, é necessário reforçar a ideia de que esse papel não está reservado a todas as normas constitucionais, antes somente a algumas, mas também não somente a elas, podendo-se colher subsídios para a sua conformação casuística em normas ordinárias de vital importância para a manutenção da organicidade do sistema nos termos antes demonstrados. Já o controle intrínseco de constitucionalidade só pode ser desempenhado com recurso às normas constitucionais, sejam elas de natureza formal (?) ou material, essencialmente essas últimas.

24. O controle intrínseco de constitucionalidade, da forma como é aqui concebido, atua, tal qual o princípio de ordem pública, *a posteriori*, ou seja, depois de verificada a conexão e escolhido o Direito a aplicar. No entanto, sua função precípua é a de “negar aplicação à norma estrangeira que esteja em confronto com a Constituição” local¹⁵⁰. Nesse sentido, o “poder de controle tende a garantir (...) a integridade da esfera de valores que tutela”¹⁵¹. Com efeito, se de controle da constitucionalidade se trata, tudo que transborda à Constituição e que impregnou o princípio de ordem pública, deixa agora de desempenhar qualquer influência. De outro lado, tudo que encontra abrigo meramente formal no seio da Constituição do foro e que, por essa razão, não impregnou a extensão material do princípio da ordem pública deixa a penumbra e passa a ter aplicação.

Tal posicionamento encontra como sustentação a distinção – efetiva – das normas que se vestem com o manto constitucional, mas que não têm, no entanto, a necessária dignidade para encimar o sistema jurídico de um Estado. Por vezes, matérias são enxertadas na Constituição em decorrência de sua rigidez, com perfeita consciência do Legislador Constituinte (que muitas vezes confessa o seu intento). Essa rigidez dota as Constituições, não raro, de maior estabilidade, dadas as condições qualificadas que precisam estar presentes para sua reforma, por via da edição de emendas constitucionais. Com isso, os interesses que motivaram a inserção ficam mais bem resguardados do que estariam se a matéria estivesse em sua sede própria: a das leis ordinárias. Nessa roupagem,

147 Em sentido contrário: BARROSO. *Interpretação e aplicação...*, cit., pp. 51-52 e BARROSO. A Constituição e o conflito..., cit. Também, reproduzindo o pensamento de Luis Roberto Barroso, veja-se VARGAS, Alexis Gallias de Souza. *Direito internacional privado e Constituição. Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, v. 9, n. 35, pp. 24-50, abr.-jun. 2001, p. 43. Além do que segue no texto, essa temática será retomada no Capítulo III.

148 MOURA RAMOS. *Direito Internacional Privado e Constituição*, cit., pp. 171-172.

149 MOURA RAMOS. *Direito Internacional Privado e Constituição*, cit., p. 177.

150 BARROSO. *Interpretação e aplicação...*, cit., pp. 51-52 e BARROSO. A Constituição e o conflito..., cit. Em sentido contrário, porém com fundamentação confusa e conceitualmente equivocada: PELLANDA, Osiris Vargas. O controle de constitucionalidade no direito internacional privado. *Revista Virtual da Advocacia Geral da União*. Brasília, n. 61, fev 2007. Último acesso: 15 de janeiro de 2012. Endereço virtual: <http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_VII_2007/control_e_cons...Osiris%20pellanda.Pdf>

151 CARBONE. *Sul controle...*, cit., p. 693.

“correriam o risco de não resistir às mutações de opinião do eleitorado e ao seu reflexo na composição das câmaras legislativas”, como escreveu Moura Ramos¹⁵², referindo-se ao sistema português. Entre nós, diríamos, talvez não sem razão, que em leis ordinárias as normas só formalmente constitucionais correriam o risco de não resistir às mutações de opinião do mandatário de plantão e da subserviência, que muitas vezes se verifica, do Poder Legislativo.

Mas, também, é capaz de suster esse posicionamento a percepção de que o princípio da ordem pública, por melhor que cumpra o seu papel, estará sempre, e por culpa de sua própria natureza, submetido aos designios de seus aplicadores que são, ao fim e ao cabo, donos e senhores de sua conformação para o caso concreto, por mais que se possa reconhecer como legítimo o manejo dos recursos processuais cabíveis (agravo de instrumento ou apelação, conforme o momento em que, no *iter* processual, o magistrado tenha optado pelo afastamento da lei estrangeira mandada aplicar pela norma de conflitos), bem como e a consequente reanálise do problema pela instância recursal.

25. Procedimentalmente, seria de todo conveniente que o magistrado tomasse a decisão a respeito da lei a aplicar no despacho saneador, até como forma de se evitarem **surpresas desagradáveis**¹⁵³, quando seria cabível o recurso de agravo de instrumento. Essa decisão deveria levar em conta, já, quer a existência de uma norma de aplicação imediata no sistema que forçasse a aplicação da *lex fori*, quer o conteúdo do Direito estrangeiro e a configuração de eventual ofensa que ele pudesse causar à ordem pública do foro¹⁵⁴. Nesse último caso, também no despacho saneador, o magistrado deveria indicar as razões que o levaram a entender configurada tal ofensa.

Assim agindo, o magistrado permitiria que as partes provassem suas alegações tendo em vista o conteúdo do Direito material aplicável. E, isso, sem que o juiz tivesse, naquela ocasião, indicado como iria aplicá-lo ou interpretá-lo.

152 MOURA RAMOS, *Direito Internacional Privado e Constituição*, cit., p. 178, nota 15.

153 SYMEONIDES, Symeon C., *Choice of Law in the American Courts in 2009: Twenty-Third Annual Survey*, *The American Journal of Comparative Law*, Baltimore, v. 58, n. 2, pp. 227-306, 2010, p. 286.

154 “Savigny’s method is called *jumping into the dark* method because the governing law is to be determined without knowing the contents of the law in advance. In order to safely adopt this method, a safeguard mechanism is necessary. The public policy clause serves this function. (...) Without this built-in safeguard, the Savigny’s method would be too dangerous to be adopted. Conversely, if [public policy] is invoked too often then the entire system for determining the governing law could be impaired. Of course, the choice-of-law rules are based on the presumption that in appropriate circumstances foreign laws should be applied. Thus, it is expected that the application of different foreign laws will yield different results. Application of a foreign law should be excluded on public policy grounds only after careful deliberation”. DOGAUCHI, *Four-Step Analysis...*, cit., *Recueil*, p. 93.

Já o controle intrínseco de constitucionalidade deveria ter lugar por ocasião da prolação da sentença, quando os fatos estivessem provados, o Direito interpretado e cotejado com a Constituição do foro e uma análise mais profunda das consequências que a aplicação da norma estrangeira tivesse sido empreendida¹⁵⁵. Essa distinção será feita no Capítulo III, dentro em pouco.

26. A liberdade atribuída aos magistrados para a designação do que faz ou do que não faz parte do princípio da ordem pública guarda relação com a ideia de atualidade com que forçosamente o princípio deve ser conformado. Além disso, força o reconhecimento de que “o análogo da exceção de ordem pública em Direito Internacional Privado é o limite da tolerância ativa enquanto virtude interindividual, e não enquanto atitude do Estado (ou da sociedade)”¹⁵⁶. Ademais, a subjetividade, propalada por toda a doutrina do Direito Internacional Privado quanto a essa conformação, abre flanco a críticas como a que é endereçada aos internacionalistas em geral por Luis Roberto Barroso, acusando-nos de, em razão de nossa formação, tentarmos “minimizar as restrições à aplicação do Direito estrangeiro”¹⁵⁷.

Apesar de, pessoalmente, não concordar com a crítica do autor, é forçoso reconhecer que a possibilidade existe e deve ser evitada. Não concordo com a crítica porque é possível fazer, como fiz na Introdução, com que os cultores do Direito interno também se vejam diante do mesmo espelho, a fim de reconhecerem certa ojeriza que possam ter (alguns, mas certamente não todos) diante da simples possibilidade de terem de aplicar o Direito estrangeiro e que, por isso, recorram a uma agigantada conformação substancial da ordem pública na esperança de que ela, em seu gigantismo, consiga fazer frente à lei estrangeira (de forma intolérante, diga-se), para o fim de afastá-la.

Daí a posição aqui defendida, que procura apartar o princípio da ordem pública do controle intrínseco de constitucionalidade. Assim procedendo, o **Direito Internacional Privado pode garantir à ordem pública o papel que lhe cabe nesse enredo, muito embora substancialmente ela vá, por vezes, se**

155 “Cio significa che non il vizio di incostituzionalità in sé, ma la decisione comminatoria di inefficacia - pronunciata dal giudice a seguito dell'accertamento di tale vizio in virtù del potere di controllo costituzionale - ha la capacità di produrre la caducazione degli effetti della norma imperfetta. In questo senso la decisione del giudice ordinario che accerta la incostituzionalità di una norma ha efficacia costitutiva perché determina un mutamento nella situazione giuridica preesistente abolendo gli effetti giuridici della norma incostituzionale relativamente alla fattispecie”. CARBONE, *Sul controllo...*, cit., pp. 691-692. Quanto a outros ordenamentos, inclusive quanto ao ordenamento de que provém (*lex causae*), a norma mantém-se hígida. No mesmo sentido: BADIALLI, *Il ruolo del giudice...*, cit., p. 615.

156 BODEN, *Le pluralisme juridique...*, cit., p. 315.

157 BARROSO, *Interpretação e aplicação...*, cit., p. 51 e BARROSO, *A Constituição e o conflito...*, cit.

intercalar com essa forma de controle. A situação é típica do arco-íris utilizado como metáfora por Hélène Gaudemet-Tallon, no curso tantas vezes citado: *Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel)*.

Com efeito, assim como o limite entre as diversas cores do arco-íris são imperceptíveis, as fronteiras de atuação de um e outros dos institutos já não são mais tão nítidas, nem tão estanques. Essa construção que aqui é defendida garante que a Constituição do foro cumpra seu papel e controle a adequação constitucional das normas jurídicas que ali são aplicadas não relativamente aos valores (intangíveis, fluidos, mutáveis) que na sociedade encontram guarida, mas, sim, ao arcabouço principiológico e normativo que se exprime por meio da Constituição e que se espalha por toda a regulação social (válida) vigente no foro¹⁵⁸. E que o faça, como frisou Juenger, não para censurar os “comandos jurídicos da lei designada mas, pura e simplesmente, a prevenção dos resultados inconstitucionais que poderiam resultar da sua aplicação, à semelhança do que aliás acontece com as normas de Direito interno”¹⁵⁹.

Ademais disso, havendo “distância entre a *Weltanschauung* em que uma comunidade política efetivamente se reconhece e aquela que serve de suporte à sua Constituição em sentido formal”¹⁶⁰, ambas poderiam ser cotejadas, nessa construção, com a norma estrangeira que foi mandada aplicar pela norma de conflitos, restando saber, apenas, se as normas formalmente constitucionais merecem atuar na seara do Direito Internacional Privado – pergunta a que se procurará dar uma resposta no Capítulo subsequente.

De outro lado, com esse modo de atuar, o magistrado não estaria mais que se abstendo de concretizar, em seu sistema, um ato que se mostra substancialmente contrário aos comandos fundamentais estabelecidos por sua própria Constituição. Nesse ponto, concordo integralmente com Moura Ramos quando este informa que esse modo de encarar a questão acomoda-se a uma solução autônoma relativamente ao método conflitual¹⁶¹.

Dai porque tenha feito questão de esclarecer que o momento procedimental oportuno para essa atuação constitucional é o da sentença, quando a atuação do método do Direito Internacional Privado já se tornou rarefeita, e o raciocínio jurídico que nela se deve encerrar não difere estruturalmente de qualquer outra sentença, salvo, talvez, pelo relato do caminho percorrido para se chegar à norma estrangeira e, ocasionalmente, as razões de tê-la afastado, parcial ou integralmente.

A subsunção do fato à norma aplicável, a sua interpretação, o limite de sua incidência na hipótese, tudo o mais se passa como se passa em qualquer outra situação meramente interna. Apenas os fatos são plurilocalizados, e a norma que é aplicada é estrangeira, interpretada conforme o sistema recepcionado pelo Direito do foro. Já os limites de sua incidência são os mesmos: a impossibilidade de contrariar os comandos fundamentais estabelecidos pela Constituição local.

Nesse passo, todavia, insta deixar um alerta: assim como as normas de aplicação imediata não devem se multiplicar, obstando outra solução que não a aplicação da *lex fori*, assim como o princípio da ordem pública não deve inflar a ponto de abarcar todo e qualquer concepção valorativa, criando em consequência uma plêiade de situações intoleráveis, também o controle de constitucionalidade deve ser exercido com cautela e parcimônia. Ou, como Moura Ramos concluiu o estudo daquilo que nessa obra se chamou de “controle de constitucionalidade intrínseco pela consideração destes dois vectores – os valores de certeza e segurança do tráfico internacional e as exigências básicas da ordem constitucional – haverá de passar assim a solução de cada caso concreto de modo a, com o menor dano do primeiro, se garantir a integral realização do segundo”¹⁶².

158 BARCELLOS, Ana Paula de. Separação de poderes, maioria democrática e legitimidade do controle de constitucionalidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*. Curitiba, vols. 08/09/10, pp. 281-312, 2000-2001-2002, pp. 306-307.

159 Apud MOURA RAMOS. *Direito Internacional Privado e Constituição*, cit., p. 228. No mesmo sentido, PINHEIRO. *Direito Internacional...*, cit., v. 1, p. 610, para quem “a semelhança do que acontece com o controle de constitucionalidade das normas internacionais, a desconformidade da norma estrangeira com a Constituição portuguesa só determina a ineficácia dessa norma na ordem jurídica interna”.

160 MOURA RAMOS. *Direito Internacional Privado e Constituição*, cit., p. 219, nota 82, em que analisa a posição de Barile.

161 MOURA RAMOS. *Direito Internacional Privado e Constituição*, cit., p. 228.