

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Osiris Vargas Pellanda
Advogado da União
Especialista em Direito Público pelo
Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

- Resumo

O presente artigo apresenta as formas de controle de controle de constitucionalidade sobre o direito internacional privado como instrumento adequado para a manutenção da ordem pública no que tange à eficácia dos direitos fundamentais. Enquanto categorias positivadas de direitos humanos reconhecidos internacionalmente, os direitos fundamentais, ao serem utilizados como parâmetros de controle de regras de conexão em conflitos de leis e de jurisdições, contribuem também para a formação de uma cultura jurídica internacionalista e para a legitimação de uma ordem pública universal a ser respeitada pelas soberanias estatais.

Palavras-chaves: direito internacional privado, controle de constitucionalidade, ordem pública, teoria do estado.

- Introdução.

O mundo encontra-se hoje organizado em estados nacionais, cada qual com seu ordenamento jurídico autônomo, ao que se agrega ainda a ordem jurídica internacional e ordens jurídicas comunitárias. Independentemente de partirmos de uma concepção monista ou dualista do direito internacional, estes sistemas jurídicos se comunicam, na medida em que a realidade mundial assim passou a exigir.

Não é raro nos depararmos com situações de conflito de normas entre estes sistemas jurídicos, de tal sorte que apenas um deles será o direito aplicável ao caso concreto. Para resolver estes conflitos, o direito de cada país estabelece em seu ordenamento regras de conexão que denominamos direito internacional privado. Em se tratando de ramo do direito público interno, o direito internacional privado, por regular conflitos de leis e de jurisdições no plano internacional, estabelece normas de ordem pública, apesar de se ocupar de conflitos normalmente relativos a questões de ordem privada. E na medida em que seu objeto imediato é a solução de tais conflitos, costuma-se denominá-lo sobredireito¹.

Neste contexto, as soluções dadas pelo direito internacional privado para conflitos internacionais de normas merecem especial atenção, pois podem vir a

¹ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: Parte geral*. 7^a ed. ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 7

ferir direitos fundamentais ou a ordem constitucional de um ou de outro país ao serem aplicadas, dando margem à violação da ordem pública vigente e à conseqüente subversão dos valores que norteiam o direito em cada uma das sociedades envolvidas.

O presente artigo busca apresentar soluções na utilização das regras de direito internacional privado quando implicarem em aplicação do direito estrangeiro contrário à Constituição brasileira, ou quando implicarem em conflitos negativos que afrontem direitos fundamentais. Para tanto é necessário definir os meios pelos quais seria garantida a tutela de tais direitos fundamentais. Para uma utilização adequada e eficaz dos parâmetros de solução de conflitos de direito internacional privado e dos seus instrumentos de controle, far-se-á necessário o enfoque dos direitos fundamentais como direitos tutelados constitucional e internacionalmente, a fim de que se possa moldar um conceito básico de ordem pública que informe as regras de conexão em matéria de conflitos de leis e jurisdições.

Como o conceito de ordem pública é fluido e variável de nação para nação, não se poderia propugnar uma uniformidade absoluta do direito internacional privado, consolidado exclusivamente em normas internacionais. Além de utópico, isto poderia ferir a soberania e autodeterminação de cada país na elaboração de regras para definir, em última análise, a aplicação ou não de seu próprio direito interno. No entanto, a tendência à universalização e à internacionalização das normas relativas a direitos humanos leva a supor que, ao menos em um determinado núcleo, seria possível estabelecer um conceito de ordem pública internacional que norteasse a aplicação das normas de direito internacional privado em determinado nível, desde que fundadas em uma norma internacional. E é com esta proposta que este artigo visa à elaboração de uma hermenêutica constitucional que prime pela manutenção da ordem pública vigente, seja ela em plano nacional ou internacional.

- O direito internacional privado.

O direito internacional privado constitui *“ramo do direito público interno que indica o ordenamento jurídico aplicável às relações de direito privado que apresentem pontos de contato com ordenamentos de mais de um país”*². Trata-se de um metadireito, que determina quando e como as normas de direito substantivo são ou não aplicáveis no caso de a relação jurídica em jogo ser atingida por legislações de outros Estados, o que implica, por vezes, abdicar da legislação nacional em prol da aplicação de uma legislação estrangeira. Embora as regras de sobredireito tenham origem no próprio direito interno – o que daria ao sistema integridade e coerência –, há de se considerar que a aplicação do direito internacional privado poderá eventualmente resultar em violação da ordem pública nacional, já que o legislador nacional não tem controle sobre o conteúdo das leis estrangeiras às quais se remete no momento da elaboração de regras de conexão.

² BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de Direito Internacional Privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977, p. 11.

Nestes casos, a própria Lei de Introdução ao Código Civil prevê a ineficácia das leis, atos jurídicos e decisões judiciais estrangeiras, ainda que fundadas legitimamente em normas de direito internacional privado, quando, nos dizeres do seu art. 17, “*ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes*”. Definir quando está caracterizada uma violação à ordem pública, todavia, é tarefa penosa que exige a fixação de certos parâmetros para evitar a ineficácia da tutela jurídica que o direito internacional privado provê.

Não se pode incluir todas as normas de direito público no conceito de ordem pública. Uma coisa são as leis de direito público em geral, que abrangem todas as normas que representam algum interesse para o Estado. Outra, sensivelmente mais restrita são aquelas leis e princípios de direito público considerados como “de ordem pública” em função de sua importância para a preservação da própria existência do Estado e à manutenção das instituições em que este se fundamenta. Sendo assim, até leis de direito privado podem ser de ordem pública, dependendo de sua importância para a manutenção da paz social.

MARIA HELENA DINIZ afirma que a ordem pública “*é o reflexo da ordem jurídica vigente em um dado momento, numa determinada sociedade*”³. Para WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA (1976, p. 264), “*os supremos critérios morais, religiosos, políticos, sociais e econômicos formam um conjunto de estimativas fundamentais que, devidamente ponderadas e apreciadas pelo juiz, cortam efeitos à incidência de leis estrangeiras*”, sendo, portanto, a ordem pública, um conjunto de princípios de ordem moral, filosófica e com caráter relativo, que formam um critério axiológico e ponderativo para a aplicação de normas alienígenas. Neste contexto, cada Estado possui sua própria ordem pública, como conceito fluido e indefinível em razão da relatividade e mutabilidade dos preceitos de ordem moral em cada sociedade, de acordo com sua história, sua cultura e seus valores éticos, sendo incabível falar-se em ordem pública internacional (DINIZ, 2004, p. 402).

Em parte, esta concepção decorre da percepção da ordem pública não como um princípio, mas como expressão mesma das regras de ordem pública existentes em um ordenamento jurídico. Com efeito, as leis de ordem pública são categorias jurídicas que nos permitem identificar os contornos da ordem pública de um determinado Estado, mas a principiologia moral e ética que constitui a ordem pública de uma nação nunca se encontra positivada em sua inteireza, assumindo caráter supralegal. Não seria implausível afirmar que certas normas principiológicas que informam o conceito de ordem pública podem ser erigidas a um status universal, de tal sorte que a necessidade de preservá-las suplantaria a finalidade de preservação do Estado para colocar-se como meio de respeito mútuo pela ordem pública de todas as nações e, por conseguinte, de manutenção da ordem internacional.

Neste aspecto, é importante a lição de MARIA HELENA DINIZ sobre a prevalência de certos valores fundamentais ainda que da aplicação de uma norma estrangeira possa resultar violação da ordem pública:

³ DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 10^a ed. adap. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 400.

Como todo direito adquirido de modo regular, em razão de lei internacionalmente competente, deve ser reconhecido e protegido por todos os países, embora haja limitação de ordem pública. Exemplificativamente, se um árabe, transferindo-se para um Estado que não aceita a poligamia, aí pretendesse exercer legalmente seus direitos de marido sobre suas mulheres, ou, se tendo três, pretendesse casar-se pela quarta vez, negar-se-lhe-ia no país do foro quaisquer desses direitos, inclusive os efeitos pretendidos relativamente à vida em comum com as várias esposas, mas não se poderia deixar de reconhecer a legitimidade de filhos nascidos dessa união poligâmica.⁴

O não reconhecimento de filhos adulterinos ou havidos em casamentos poligâmicos pode não representar séria violação à ordem pública sob determinados aspectos em certas sociedades. Entretanto, ainda que tal comportamento não seja chocante do ponto de vista sócio-cultural, pode ser reprovável do ponto de vista ético. E MARIA HELENA DINIZ dá a entender acima que há certos valores que, reconhecidos internacionalmente, não sofrem a limitação da ordem pública. Neste exemplo, ainda que os casamentos poligâmicos posteriores ao primeiro não fossem reconhecidos como válidos no foro exclusivamente por uma questão de ordem pública, os filhos havidos nestes casamentos deveriam ser reconhecidos como legítimos.

É certo que hoje se tende para a não distinção entre filhos legítimos e ilegítimos. Muitos ordenamentos jurídicos já aboliram esta distinção, ou ao menos os seus efeitos jurídicos. Entretanto, pode-se afirmar também que esta tendência à adoção de um princípio de tratamento igualitário entre os filhos tem origem em preceito internacional, estando presente na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que em seu artigo XXV estabelece que *“todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social”⁵*. Por se tratar de norma internacional, uma vez reconhecida por determinado Estado, tal norma de caráter fundamental passa a constituir a ordem pública deste Estado, ainda que antes pudesse não ser considerada como tal. Isto leva a supor que existam certos princípios de ordem fundamental que integram a ordem pública de uma nação não em função de valores morais sócio-culturais, mas em função de valores que por uma questão ético-filosófica estão arraigados a uma ordem universal de valores humanos.

Diante das características que nos permitem reconhecer os valores de ordem pública em determinado Estado, podemos identificá-los com certos institutos essenciais à existência do próprio Estado e da sociedade. O já citado art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil coloca a **soberania nacional** e os **bons costumes** ao lado da ordem pública como fatores limitadores da aplicação de uma lei estrangeira no país, ainda que tenha sido declarada a lei competente.

Todavia, não há como se distinguir estes conceitos, que em última análise desembocam todos em princípios de ordem pública. Os bons costumes são definidos pela moralidade média de uma dada sociedade; a noção de

⁴ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.* p. 402.

⁵ ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Resolução 217 A, de 1948.

soberania transmite a idéia de não sujeição da ordem política nacional às injunções externas de qualquer natureza. Logo, a soberania representa o viés político da ordem pública, a integridade da nação perante a comunidade internacional, enquanto que os bons costumes representariam seu viés moral.

Definida em certa medida a extensão do que se entende por ordem pública, podemos delimitar com alguma precisão as normas jurídicas erigidas a esta categoria. Conforme já mencionamos acima, não serão todas as normas de direito público que poderão ser classificadas como normas de ordem pública. Podemos afirmar com segurança, no entanto, que o requisito de ordem pública é corolário das normas de hierarquia constitucional, entendidas como “*ordem jurídica fundamental de uma comunidade ou o plano estrutural para a conformação jurídica de uma comunidade, segundo certos princípios fundamentais*”⁶. Violar uma norma constitucional é, em última análise, violar a ordem pública, uma vez que é na Constituição que se encontram os princípios e regras que refletem os valores mais importantes para uma nação.

O Código Bustamante – código de direito internacional privado resultante de tratado internacional do qual o Brasil é Estado-parte – estabelece em seus arts. 4º e 5º quais as normas que por natureza são consideradas de ordem pública, e inclui entre estas as administrativas e políticas de proteção individual e coletiva, bem como as constitucionais. CARLA PINHEIRO⁷ afirma que a noção de ordem pública se ajusta à noção mesma de direitos fundamentais, uma vez que se trata de um reflexo da ordem social naquilo que lhe é essencial à sua existência e à manutenção do bem-estar e da paz social.

Assim, sendo os direitos fundamentais de ordem pública, constituem parâmetros de controle da validade das regras de conexão de direito internacional privado, não só por força da Lei de Introdução ao Código Civil, mediante os tradicionais critérios hermenêuticos da lei civil, mas também, e principalmente, por uma questão de constitucionalidade, tendo em vista que os direitos fundamentais seriam fundamento de validade das normas de direito internacional privado, via de regra infraconstitucionais. Assim, podemos dizer que, no que tange a direitos fundamentais, a ordem pública pode ser aferida por meio do controle de constitucionalidade, tendo em vista que pode ser entendida enquanto preceito fundamental, cuja violação importa em inconstitucionalidade.

JOSÉ AFONSO DA SILVA assevera que preceito fundamental não é sinônimo de princípio fundamental, pois “*abrange a estas e todas prescrições que dão o sentido básico do regime constitucional, como são, por exemplo, as que apontam para a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e especialmente as designativas de direitos e garantias fundamentais*”⁸. Ora, a ordem pública nada

⁶ HESSE, Konrad, *apud* COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de Teoria da Constituição e de Interpretação Constitucional. In COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1ª ed. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2002, p. 34.

⁷ PINHEIRO, Carla. *Direito Internacional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 125.

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros. 1998, p. 530.

mais é do que a subsistência da ordem jurídica nacional manifestada pela soberania nacional, pela ordem política e social, pelos direitos e garantias individuais; enfim, manifesta-se como preceito fundamental decorrente da própria Constituição.

- Formas de controle de constitucionalidade no direito internacional privado.

Pelo que se pode vislumbrar de cada um dos meios de controle de constitucionalidade existentes no Brasil, percebe-se que o controle do sobredireito melhor se amolda ao modelo difuso, tendo em vista que as normas conflituais, em si, não veiculam diretamente um comando normativo material, mas apenas indicam de que país será a norma aplicada numa situação de conflito interestadual. Assim, a princípio, somente poderão ter sua constitucionalidade aferida no momento em que surge um conflito intersubjetivo que dê origem a um processo, que demandará uma verificação *in concreto* da constitucionalidade de uma norma ou ato, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade. Este resultado somente pode ser obtido por meio de uma fiscalização concreta, o que até recentemente somente era possível pela via incidental, que era monopólio da jurisdição difusa. Com isto, tais questões jamais chegavam ao STF, exceto por meio de recurso extraordinário, visto que em sede de ADIN e de ADC o controle é sempre abstrato.

Sempre houve no Brasil uma correspondência entre a via incidental (de exceção) e a fiscalização difusa de constitucionalidade, assim como entre a via de ação e o controle concentrado, embora tal correspondência não fosse um imperativo lógico necessário. À exceção da ação direta interventiva, também se pode dizer que a fiscalização concentrada por via de ação foi sempre abstrata, ao mesmo tempo em que o controle concreto sempre foi exercido de forma difusa, ao contrário do que ocorre em outros países, como Áustria, Alemanha, Itália e Espanha (CLÉVE, 1995, p. 61). Na Alemanha, *e.g.*, o art. 93 da *Grundgesetz*, que trata das competências do *Bundesverfassungsgericht*, prevê a utilização da *Verfassungsbeschwerde* como via judicial à disposição de qualquer pessoa para submeter à apreciação daquela corte as lesões a direitos e garantias fundamentais, incluindo aí o direito de resistência e o de sufrágio, entre outros. Trata-se, pois, de uma espécie de controle concreto por via de ação, exercido de forma concentrada por uma corte constitucional.

Com o advento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, em 1999, abriu-se espaço também no Brasil a uma forma de controle concentrado por via de exceção, assim como uma nova forma de controle concreto por via de ação, pois a ADPF pode assumir duas formas, a de arguição autônoma (ação principal) e a de arguição incidental (incidente de inconstitucionalidade). É o que se depreende da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que dá ao instituto uma feição ambivalente, ao dizer que ele tem por objeto “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”, e complementa em seguida afirmando ser cabível também “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os

anteriores à Constituição”.

Sendo a ADPF uma ação de competência do STF, ao se instituir esta forma de controle *principaliter* ou *incidenter tantum* em face de casos concretos que dêem origem a controvérsias constitucionais, o sistema brasileiro voltou a admitir uma fiscalização concreta de constitucionalidade por via de ação e de modo concentrado – esquecida desde o tempo da representação interventiva –, inclusive sobre atos não normativos, a exemplo da *Verfassungsbeschwerde* alemã. Entretanto, foi mais além, ao permitir o exercício de um controle incidental concentrado pelo STF, inclusive sobre direito municipal e direito pré-constitucional, com efeitos vinculantes e *erga omnes*, suprimindo a proliferação de recursos extraordinários existentes até então⁹.

Diante disso, ao lado do controle difuso, a ADPF, em sua modalidade incidental, parece ser instrumento adequado no papel de proteger a ordem pública quando da aplicação de regras conflituais de direito internacional privado, tendo em vista que foi criado justamente para permitir levar ao STF, em sede de controle concreto, as questões constitucionais referentes a direitos fundamentais.

Todavia, deve-se ter em mente que a natureza jurídica da decisão proferida em ADPF, incidental ou não, é de sentença com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, o que limita seu uso (por se tratar de controle concreto) a situações de excepcional relevância¹⁰, em que se verifica a possibilidade de extensão dos efeitos da sentença além das partes envolvidas. Como salientamos há pouco, o controle difuso é mais apto a solucionar a maioria das questões constitucionais referentes ao sobredireito, tendo em vista que somente podem ter sua constitucionalidade aferida *in concreto*, no momento em que surja um conflito intersubjetivo que origine uma lide. É que neste tipo de controle o julgador procede um duplo controle de proporcionalidade, na medida em que não só a lei em que se fundamenta um ato lesivo a direitos fundamentais, mas também os atos da Administração e da Justiça baseados em tal lei, submetem-se ao controle de proporcionalidade; ou seja, o ato lesivo também deve estar compatível com o princípio da proporcionalidade, no caso concreto¹¹.

Entretanto, como a ADPF também passou a permitir um controle concreto concentrado, pode-se partir do pressuposto de que existam questões constitucionais que, embora somente possam ser decididas mediante um controle de proporcionalidade *in concreto* em virtude de não versarem sobre a constitucionalidade da lei *in abstracto*, ainda assim podem dar ensejo a decisões com eficácia *erga omnes*, dada a generalidade não da questão de fato vertida na argüição, que pode ter várias nuances, mas da questão constitucional nela

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Argüição de descumprimento de preceito fundamental (I). In *Revista Jurídica Virtual: revista da Presidência da República*, Brasília, DF, n° 7, dez. 1999. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Indice_Artigos/indice_artigos.htm. Acesso: 10 mai. 2005.

¹⁰ Art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.* p. 272.

contida e que cabe ao STF julgar, bem como da relevância que exista em se fixar um modo de interpretação dos preceitos constitucionais envolvidos. Deste modo, à corte suprema caberia determinar, no seu juízo de ponderação *in concreto*, “as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental”¹², com eficácia contra todos e efeito vinculante.

Em âmbito de direito internacional privado, questões relativas à aplicação ou inaplicação de normas jurídicas por questão de ordem pública podem render campo fértil para a utilização da ADPF sempre que envolverem a efetividade de direitos fundamentais, pois julgar em sede de controle concreto uma causa referente a colisão de direitos fundamentais pode levar a uma decisão definitiva sobre as condições de aplicação da cada direito fundamental em situações idênticas, que se amoldem à hipótese analisada em concreto no processo.

Certamente o controle difuso pode também oferecer prestação jurisdicional adequada a qualquer pessoa que se encontre nesta situação. O essencial é que tal tipo de inconstitucionalidade somente pode ser verificada em concreto, já que não é a lei em tese, abstratamente considerada, a fonte de onde emana a inconstitucionalidade, senão a consequência decorrente de sua aplicação no caso concreto, que implicou na adoção de uma lei estrangeira em específico. Assim, somente poderá ser declarada a inconstitucionalidade da medida adotada nos casos concretos em que se verificar que a lei estrangeira afronte os direitos fundamentais mencionados. O diferencial do controle concreto concentrado, proporcionado por meio da ADPF, está em que a decisão terá eficácia em todos estes casos concretos idênticos, e vinculará todo juiz ou tribunal que se depare com a causa em sede de controle difuso, sendo que qualquer nova aplicação de prisão civil com base em norma estrangeira representaria descumprimento da decisão do STF, podendo ensejar reclamação perante a corte suprema, na forma de seu regimento¹³.

Contudo, para lançar mão do instituto da ADPF na defesa dos direitos fundamentais em certos conflitos de direito internacional privado, abjurgando de seu exame o controle difuso, a dificuldade em se avaliar a relevância do fundamento da controvérsia constitucional que se estabelece em tais lides talvez seja maior do que a dificuldade em se definir com precisão o que seja preceito fundamental, cuja lesão ou ameaça de lesão é pressuposto de admissibilidade. Com efeito, a noção mesma de preceito fundamental confunde-se com a de ordem pública onde ela tange com direitos e garantias fundamentais, conforme já visto. O desafio maior que se apresenta aos atores deste novo cenário jurídico, diante deste novo e importante instituto no modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, é atuar com discernimento e parcimônia para não desprestigiar o controle difuso exercido por todo o Judiciário, nem tampouco o Supremo com a exacerbação do controle concentrado que lhe foi atribuído agora também na fiscalização concreta.

Além disso, há de se ter em mente também que a ADPF, da forma como o legislador a concebeu, somente é cabível contra ato do Poder Público, o que acaba por limitar consideravelmente sua aplicação no direito internacional

¹² Art. 10 da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

¹³ Art. 13 da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

privado, em que as relações jurídicas envolvidas são tipicamente de direito privado, apesar do caráter público deste ramo jurídico. Nestes casos, resta o controle difuso, sempre concreto.

- O controle de constitucionalidade do sobredireito.

Há consenso na doutrina de que a aplicação das regras de direito internacional privado não poderá resultar em aplicação de direito alienígena quando este violar direito fundamental interno, pois os direitos fundamentais haurem o conceito de ordem pública, que por sua vez é fator limitador da aplicação de regras jurídicas externas. Abstraindo-se a discussão acerca da universalidade dos direitos humanos e sua eficácia internacional na formação de uma ordem pública mundial, a Constituição nos fornece um parâmetro objetivo para aferição de violação à ordem pública interna, não somente pela violação de direitos fundamentais nela expressos ou implícitos, como também de todo seu conteúdo dotado de eficácia plena ou contida, dentro das restrições legais. Isto não significa que as normas constitucionais de eficácia limitada ou mesmo as programáticas não regulem matéria de ordem pública, mas a medida de sua importância a tal ordem somente é detectável em nível infraconstitucional, e apenas por via oblíqua podem servir de parâmetro de controle concreto de constitucionalidade.

Seja como for, a norma estrangeira – tanto quanto a internacional – não se aplica na jurisdição nacional senão por determinação do próprio direito interno, por uma questão de soberania nacional. Assim, ao se constatar que uma norma estrangeira em tese aplicável pode ferir a ordem pública nacional a tal ponto que sua aplicação deva ser afastada, não se estará restringindo a eficácia da lei estrangeira propriamente, já que por si só ela não possui vigência senão em seu território. Ao contrário, está-se restringindo a eficácia da norma interna de sobredireito, isto é, da regra de conexão que ordena a aplicação da lei estrangeira. Nos casos de violação à ordem pública por inconstitucionalidade, tal medida pode efetivar-se pelo controle de constitucionalidade *in concreto*, conforme já visto. Neste sentido registra CLÊMERTON MERLIN CLÈVE:

O direito estrangeiro não pode ser objeto de fiscalização da constitucionalidade. Não é impossível, entretanto, “proceder a um juízo de validade das normas nacionais de sobredireito...”. É preciso lembrar que os Estados, em virtude de princípio geral de direito internacional, podem recusar-se a aplicar o direito estrangeiro para a solução de um caso concreto, quando a norma invocada seja ofensiva à “ordem pública”. É indubitoso que a cláusula de ordem pública deve ser compreendida também à luz das normas constitucionais. A lição de Canotilho e Vital Moreira aplica-se também ao direito brasileiro: “quando a Constituição seja invocada para recusar a aplicação de direito estrangeiro este não é rejeitado por ser inconstitucional, mas sim por ser contrário à ordem pública, constitucionalmente informada. Por isso, não pode haver lugar

*para os recursos próprios da inconstitucionalidade”.*¹⁴

Segundo o autor, sobre estas normas estrangeiras não se pode exercer controle de constitucionalidade propriamente, visto que não são normas originadas e subordinadas à nossa Constituição, mas aplicadas em função de uma norma nacional de direito interespaçial. Entretanto, é importante frisar que a ordem pública é constitucionalmente informada, de modo que, para se negar vigência a determinada norma de sobredireito e aplicar o art. 17 da LICC, a interpretação sistemática acaba passando por um juízo de constitucionalidade *in concreto* da norma de sobredireito que se pretende deixar de aplicar. Isto significa, em última análise, que, embora não se possam admitir os remédios próprios da inconstitucionalidade contra normas alienígenas, a norma de sobredireito poderia ser atacada por inconstitucionalidade, pois para aplicar-se o art. 17 da LICC é necessário interpretar restritivamente algum outro dispositivo de direito internacional privado. É o que ocorre na Alemanha, como observa GILMAR MENDES:

*Normas integrantes de direito alienígena não dispõem, enquanto tal, de qualquer eficácia na República Federal da Alemanha. Eventual vigência pode decorrer de remissão expressa contida em norma jurídica formalmente promulgada pelos órgãos legislativos alemães. Nesse caso, o objeto do controle de constitucionalidade de normas não é, propriamente, o direito alienígena, mas a cláusula de remissão com o conteúdo que resulta da vinculação ao direito estrangeiro.*¹⁵

No Brasil, como visto, tal controle se efetiva, por excelência, através do controle difuso, por meio de incidente de inconstitucionalidade, ou ainda pelo controle concentrado, através da argüição de descumprimento de preceito fundamental, especialmente em sua modalidade incidental. Trata-se, pois, de controle concreto. Em qualquer caso, a decisão servirá de parâmetro hermenêutico no momento de decidir-se que norma de sobredireito prevalecerá: se aquela que contém a cláusula de remissão ao direito estrangeiro ou aquela que manda não aplicar a norma contrária à ordem pública.

- O controle de constitucionalidade do direito alienígena.

Conforme dito acima, o controle de constitucionalidade é exercido sobre as normas de sobredireito, e não sobre as normas alienígenas. A primeira conclusão que se infere desta premissa é a de ser incabível questionar a constitucionalidade de uma norma estrangeira. Contudo, há de se observar que esta impossibilidade advém da circunstância de ser a norma estrangeira pertencente a outro ordenamento jurídico autônomo. Isto é, não se pode questionar a constitucionalidade de uma norma estrangeira em face da nossa Constituição, visto que ela não é direito dentro de nosso ordenamento jurídico, por si só considerada.

¹⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 143

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. Op. cit. p. 121.

Em parte, esta conclusão – que não está incorreta, mas é apenas parcial – provém da falsa concepção do direito alienígena como fato, e não como direito propriamente. E diz-se que é apenas parcial porque somente vislumbra o problema do questionamento da norma estrangeira perante o ordenamento nacional onde ela será excepcionalmente aplicada.

A discussão acerca da natureza jurídica da norma estrangeira é importante para efeitos processuais, tendo em vista que, se considerada como mero fato, as partes têm a obrigação de provar-lhe o teor e a vigência, ao passo que, se considerada como direito incorporado pelo direito nacional, o juiz tem o dever de aplicá-la de ofício, segundo o princípio *jura novit curia*, ainda que não alegada pelas partes. O art. 14 da LICC diz que o juiz pode exigir prova do direito estrangeiro, o que de início denota uma posição do legislador brasileiro de considerar o direito estrangeiro como mero fato. Entretanto, tal regra apenas vem mitigar o dever funcional do juiz de conhecer o direito alienígena, pois não significa que pode ignorá-lo, mesmo o conhecendo, se as partes não o argüirem.

Enfim, se mesmo no Brasil o direito estrangeiro não é mero fato, mas direito incorporado pelo direito nacional, dentro de seu próprio ordenamento jurídico, o direito estrangeiro é direito *de per sí*, podendo ter sua constitucionalidade aferida no contexto deste sistema.

Pode acontecer de a regra de conexão nacional fazer remissão a uma norma estrangeira questionável do ponto de vista da constitucionalidade dentro de seu próprio sistema. Assim, uma norma em tese aplicável no Brasil – antes de se entrar no mérito de sua compatibilidade com a ordem pública nacional – poderia vir a ter sua constitucionalidade questionada dentro de seu próprio ordenamento jurídico. Ao verificar a aplicabilidade do direito estrangeiro, o juiz nacional pode perfeitamente fazer um juízo de constitucionalidade sobre a norma alienígena, mas deve fazê-lo com base na Constituição que a fundamenta, buscando a finalidade daquela norma, interpretando seu alcance dentro do ordenamento jurídico em que foi criada, pois é com base neste sistema que tal norma existe. Interpretar uma norma estrangeira com base na Constituição nacional ou nos princípios gerais do direito nacional não seria, afinal de contas, aplicar direito estrangeiro. Para buscar o sentido de uma norma estrangeira, o juiz deve haurir-se da jurisprudência e dos princípios que informam o ordenamento jurídico estrangeiro, isto é, as fontes daquele direito. E a Constituição é a fonte de maior hierarquia de qualquer ordenamento jurídico.

Assim, pode-se deixar de aplicar uma norma estrangeira à qual o sobredireito faz remissão se o juiz entender que aquela norma seria inconstitucional naquele país. A rigor, o juiz estaria efetivamente aplicando o direito estrangeiro, entendendo este como o sistema jurídico estrangeiro como um todo. Em outras palavras, entenderia que o direito estrangeiro a ser aplicado seria uma norma diversa da norma tida como inconstitucional dentro daquele sistema. Em outras palavras, o juiz poderia exercer um controle difuso *in concreto* sobre o direito estrangeiro, da mesma forma que faria com relação a uma norma nacional, podendo deixar de aplicá-la por ser inconstitucional no

próprio país de origem.

Pode-se argumentar que se não existir controle difuso no país de origem da norma estrangeira aplicável, o juiz não poderia exercer tal competência, limitando-se a aplicar a norma, e o único fator que afastaria sua aplicação seria a posterior verificação de violação à ordem pública interna. Entretanto, há de se considerar que as normas de direito processual sempre se referem a situações regidas pelo direito interno, sem possibilidade de conflito de leis. O processo de cada país sempre é realizado pela jurisdição de seu próprio país. Como a jurisdição estaria sendo exercida no país de destino da norma, e não no de origem, as normas processuais deste país sempre incidirão sobre seus processos, independentemente da questão material envolver conflito de leis no espaço. Em matéria processual sempre se aplica a lei nacional, pois o objeto do direito processual é o direito de ação, e não o direito material envolvido na lide. O direito de ação é sempre originário no país em que a ação se desenvolverá, ou seja, o fato tutelado pelo direito processual jamais poderá eventualmente estar sob o pálio de um direito processual estrangeiro. Seria ofensivo à soberania nacional submeter o judiciário de um país às normas processuais de outro, no exercício interno de sua jurisdição. Apenas se o processo fosse realizado no outro país seria cabível tal assertiva. Mas como nenhum juiz tem jurisdição fora de seu território, resta apenas a conclusão de que normas processuais – e aí se incluem as de competência – sempre terão eficácia em seu território nacional, não se sujeitando a regras de conexão. Daí, deflui a assertiva de que, no exercício de sua competência constitucional, o juiz pode exercer controle difuso de constitucionalidade de norma alienígena em face de sua Constituição.

Enfim, reconhecida a inconstitucionalidade da norma estrangeira dentro de seu próprio ordenamento, não se pode considerá-la como norma válida e vigente. E por não ser realmente expressão do direito estrangeiro, não seria aplicável por força de norma de remissão nacional, mesmo porque as normas de remissão contêm cláusulas genéricas ao direito alienígena, e inaplicar uma norma estrangeira inconstitucional seria simplesmente aplicar o direito estrangeiro como ele verdadeiramente deve ser considerado, isto é, como um sistema jurídico. Somente depois de superada esta etapa, e constatado que a norma realmente seria aplicável por força da regra de conexão, é que o juiz deve proceder à verificação dos pressupostos de validade desta norma dentro do ordenamento nacional, averiguando se viola a ordem pública interna, inclusive por meio do controle de constitucionalidade do sobredireito, conforme já mencionado.

Certamente é difícil imaginar uma situação em que a aplicação do direito estrangeiro não implica em violação da ordem pública brasileira, por não violar direito fundamental algum, e ainda assim não ter passado pelo crivo de constitucionalidade com base em seu próprio ordenamento jurídico. Assim, seria inócuo proceder à verificação de validade da norma estrangeira sob o enfoque exclusivo de respeito aos direitos e garantias fundamentais, visto que o sistema brasileiro contempla inúmeros direitos fundamentais, inclusive de modo implícito. Afinal, qualquer norma que afetasse um direito fundamental acabaria sendo rechaçada no momento do crivo da ordem pública nacional,

independentemente de já poder ter sido rechaçada antes sob o crivo de constitucionalidade pelos parâmetros do país de origem.

Entretanto, tais hipóteses não são impossíveis. Registre-se novamente a possibilidade de prisão civil por dívida, que sempre foi mantida pela jurisprudência do STF, em detrimento do disposto no Pacto de San Jose da Costa Rica, sob o argumento de que a Constituição brasileira a autoriza expressamente e a legislação infraconstitucional correspondente não teria sido até hoje revogada. Sob o ponto de vista de violação à ordem pública brasileira, diante da autorização constitucional, uma decretação de prisão civil por juiz brasileiro seria possível com base em norma estrangeira de país que autorizasse tal medida, contra alguém que tivesse contraído uma obrigação neste país e se tornasse inadimplente. No entanto, se neste mesmo país esta norma, embora vigente formalmente, já estivesse em condições de ter sua validade impugnada em face da Constituição daquele país, o juiz teria o dever de declarar-lhe a inconstitucionalidade, deixando de aplicá-la aqui, por não ser expressão fiel do direito estrangeiro que a LICC manda aplicar. Assim, uma lei que em tese seria aplicável no Brasil, por não violar sua ordem pública, deixa de sê-lo porque não pode ser considerada direito válido na origem.

Ademais, há de se considerar que a inconstitucionalidade de uma norma estrangeira dentro de seu próprio sistema não precisa decorrer necessariamente de violação de direitos fundamentais, de modo que o crivo da ordem pública no país de aplicação da norma nem sempre substitui o crivo de constitucionalidade intrínseca da norma estrangeira.

Por fim, é importante salientar que uma Constituição estrangeira somente pode servir de parâmetro de constitucionalidade das normas de seu próprio ordenamento, nunca das normas de sobredireito nacionais de outro país. Significa dizer que a ordem pública sempre será aferida com base nas normas do país onde se exerce a jurisdição, não se podendo utilizar a Constituição estrangeira como parâmetro de verificação da ordem pública nacional – daí dizer-se que toda ordem pública é interna.

Uma norma estrangeira não deve ser aplicada se ofende a ordem pública do país onde for aplicável. A inconstitucionalidade é parâmetro de aferição da violação da ordem pública. Porém, esta inconstitucionalidade tem como parâmetro a Constituição do país a cuja jurisdição a causa está sujeita. Assim, uma sentença estrangeira em conflito de leis que deixe de aplicar norma brasileira de direito fundamental por questão de ordem pública neste país estrangeiro não poderia vir a ser executada no Brasil, onde tais direitos são reconhecidos constitucionalmente, porque sua execução resultaria violação da ordem pública brasileira, por inconstitucionalidade em face da nossa Constituição. Ou seja, ainda que constitucional lá, seria inconstitucional aqui, se aplicada aqui. A Constituição estrangeira nunca poderá servir de parâmetro para fins de controle de constitucionalidade do sobredireito ou de ordem pública nacional, mas apenas com relação à própria norma estrangeira à qual a direito nacional fizer remissão.

É importante inverter o vetor que até hoje tem direcionado o direito internacional privado no que diz respeito à aplicação de direito estrangeiro em função da ordem pública, e que tem voltado a hermenêutica das regras de sobredireito para o enfoque infraconstitucional da ordem pública pura e simples do direito civil. O que se busca aqui é justamente ressaltar o viés constitucional do conceito de ordem pública de modo que os direitos fundamentais não sejam considerados como meras diretrizes desprovidas de eficácia plena e veiculadas por meio da cláusula infraconstitucional de ordem pública da LICC. Ao contrário, no que tange a direitos e garantias fundamentais, é necessário reconhecer neles próprios o substrato de ordem pública que tem o condão de inibir a aplicação do direito estrangeiro, mediante ponderação em concreto da proporcionalidade das normas de sobredireito, proporcionando-lhes eficácia plena e direta sobre as relações de direito público e privado surgidas em um conflito de leis ou de jurisdições, sem a necessidade de reportar-se antes ao conceito aberto de ordem pública da lei civil. Ao se proceder desta maneira, propicia-se inclusive uma delimitação objetiva deste conceito indeterminado, com a força e a imperatividade de uma norma fundamental.

- Proporcionalidade e colisão de direitos fundamentais em foros diversos.

Não resta dúvida de que o rol e direitos fundamentais previstos na Constituição não é fechado e comporta a ampliação dos direitos considerados fundamentais, quer por princípios implícitos na própria carta política, quer por tratados internacionais que sejam adotados com força constitucional. Também é assente que a colisão destes direitos, qualquer que seja sua origem ou substrato, se resolve por meio de critérios ponderativos, por se tratar de direitos originados em princípios, e não em regras.

Por outro lado, é preciso considerar que os sistemas jurídicos de outros países também funcionam da mesma maneira, e se fundam em direitos e garantias individuais que se comportam também como princípios conformadores de suas próprias ordens públicas internas. Em se tratando de conflitos de leis próprios do direito internacional privado, vimos que não há espaço para o controle de constitucionalidade de normas alienígenas, senão daquelas de sobredireito, pela via concreta. Porém, vimos também que, antes de proceder a uma análise da violação à ordem pública nacional, inclusive no que tange à constitucionalidade, o julgador de um conflito de leis no espaço, pelo princípio *jura novit curia*, pode verificar a constitucionalidade de uma norma estrangeira – à qual nosso direito faça remissão – dentro de seu próprio sistema jurídico, verificando se naquele sistema a norma invocada é válida e aplicável ao caso em espécie.

Mediante tal técnica, podem-se obter soluções hermenêuticas para maximizar a efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, ainda que se trate de direito ou garantia não considerada fundamental pela Constituição nacional. Afinal, para aplicar o direito estrangeiro, deve o juiz verificar se a norma aplicada ao caso concreto está realizando os direitos fundamentais consagrados na Constituição daquele ordenamento jurídico. Esta peculiaridade do direito internacional privado torna possível que um direito

considerado fundamental apenas no exterior colida com outros direitos fundamentais consagrados na Carta Magna nacional. A maior questão seria considerar esta uma colisão entre princípios constitucionais propriamente ditos ou se o direito alienígena, ainda que considerado fundamental no exterior, devesse ser considerado mero direito infraconstitucional perante o princípio fundamental nacional em jogo, sempre cedendo a este.

A rigor, tal situação constitui, nada mais nada menos, um conflito de leis no espaço regulado por uma norma de sobredireito que remete a solução ao direito estrangeiro. As normas de sobredireito são, no Brasil, normas infraconstitucionais. Se a norma estrangeira aplicável remete-se, é informada ou constitui-se de um princípio fundamental constitucional em seu sistema jurídico, isto não significa que esta será recepcionada como tal em nosso ordenamento, pois a cláusula de remissão é infraconstitucional no sistema jurídico receptor, e infraconstitucional também é a norma de direito substantivo ao qual o fato de subsume.

Só se poderá falar em colisão de direitos fundamentais em foros diversos, portanto, se ambos os direitos fundamentais em jogo forem assim considerados no ordenamento jurídico receptor. Caso contrário, deixar de dar eficácia a um direito ou garantia fundamental previsto na Constituição em favor de um direito estrangeiro, sob o argumento de que este seja fundamental lá, seria ofensivo à ordem pública pelo simples fato de que uma norma de sobredireito estaria limitando a eficácia de um direito fundamental. Tal eficácia, ainda que restringível por lei, somente o é quando a própria Constituição assim estabelece, o que se consubstancia por normas materiais, não através do sobredireito. Em última análise, poderia haver restrição com base no princípio da proporcionalidade se houvesse colisão real de direitos fundamentais.

É verdade que o recurso aos direitos fundamentais estrangeiros em sua dimensão objetiva ou eficácia horizontal no momento de aplicação do direito estrangeiro em conflitos de leis constitui importante ferramenta para a efetivação de direitos humanos em nosso ordenamento, ainda que não contemplados como fundamentais. O que não se pode perder de vista, porém, é que isto não pode implicar em colisão com outros princípios, direitos e garantias consagrados em nossa Constituição, acarretando evidente violação da ordem pública nacional.

Situação diversa ocorre quando ambos os direitos em jogo são considerados fundamentais no país onde a norma estrangeira deverá ser aplicada. Neste caso, a aplicação ou não da regra de conexão – e, por conseguinte, da norma estrangeira – dependerá de uma ponderação dos princípios constitucionais envolvidos, podendo implicar na não aplicação da norma estranha se o direito fundamental em que ela se esteia ceder em favor do outro, de tal sorte que a sua prevalência se torne imperativo de ordem pública. Em tais hipóteses, como nas tradicionais colisões de direitos fundamentais existentes na ordem jurídica exclusivamente interna, é preciso atenção apenas para que se preservem os núcleos essenciais (*Wesengehalte*) dos direitos fundamentais envolvidos. No direito brasileiro, esta tutela pode ser exercida com fundamento no princípio da proporcionalidade, o que leva a

concluir que a ordem jurídica brasileira está mais voltada a adotar uma teoria relativa dos núcleos essenciais de direitos fundamentais.

- Ordem pública internacional ou universal.

Já se mencionou aqui que o conceito de ordem pública é relativo e varia conforme o país em que se resolve um conflito de leis. O princípio da ordem pública, aplicado ao direito internacional privado, consiste justamente na adoção de critérios para evitar a aplicação de leis estrangeiras que contrariem a soberania e os bons costumes de um determinado Estado nacional, de tal sorte que não faria sentido falar em uma ordem pública senão aquela inerente a cada Estado, cada nação.

A doutrina tradicional, ao estabelecer distinções, costuma defini-la como ordem pública interna ou internacional conforme ela se volte contra a autonomia da vontade dos particulares em relação às leis de ordem pública ou contra a aplicação do direito estrangeiro na aplicação do direito internacional privado, em relação à ordem jurídica, à moral, à soberania nacional¹⁶. O que se nota, no entanto, é que mesmo as concepções dicotômicas da ordem pública não deixam de reconhecer que se trata de um conceito restrito ao direito interno de cada nação, isto é, de cada sistema jurídico autônomo.

JACOB DOLINGER esclarece que a ordem pública é uma em cada Estado, mas que se manifestaria em até três níveis. Num primeiro nível a ordem pública é imperativo que funciona no plano do direito interno para limitar a autonomia da vontade dos particulares, caracterizando-se pelas normas de “*publicização do direito privado*” (DOLINGER, 2003, p. 404). Num segundo nível, a mesma ordem pública impede que leis estrangeiras indicadas por regras de conexão sejam aplicadas no território nacional, de tal sorte que, dentre aquelas leis que não podem ser derogadas pela vontade das partes por questão de ordem pública, algumas ainda não poderão sequer ser substituídas por lei estrangeira quando o próprio sobredireito assim indicar. Significa que a mesma ordem pública serve de freio não só para o direito privado, mas também, em uma escala menor, para o sobredireito, que é direito público. E, num terceiro nível, também refreando o sobredireito, mas já numa escala ainda menor, pois referente a valores mais elevados do ordenamento jurídico, erigidos à categoria de direito fundamental, a ordem pública, também em sua característica de preceito fundamental, contrapor-se-ia aos direitos adquiridos no exterior, assim como aos atos jurídicos perfeitos e coisas julgadas estrangeiras.

A ordem pública internacional apregoada pelos doutrinadores, portanto, não guarda relação com o fenômeno da internacionalização dos direitos humanos que tem propiciado a uniformização dos direitos fundamentais nas Constituições estatais. Se a ordem pública é sempre interna, pois visa à manutenção do Estado e da sociedade, estando intimamente ligada à soberania nacional e aos bons costumes de cada nação, então não se poderia falar que, em seu nível internacional, ela deva guardar consonância com o

¹⁶ DOLINGER, Jacob. *Op. cit.* p. 402.

direito internacional uniformizado.

Contudo, não se pode negar que a comunidade internacional pugna cada vez mais fortemente pela internacionalização dos direitos humanos, mediante tratados que adentram os ordenamentos jurídicos nacionais, podendo incorporar-se às suas Constituições. É nítida a interferência que o direito internacional dos direitos humanos possui hoje sobre a soberania dos Estados, de modo a consolidar direitos fundamentais comuns a todas as ordens jurídicas. A tendência à uniformização dos direitos fundamentais por meio do direito internacional dos direitos humanos acaba, assim, por permitir a identificação de elementos de ordem pública comuns em toda a comunidade internacional. Isto significa que o conceito de ordem pública, por reflexo da uniformização dos direitos constitucionais, acaba assumindo feições universais, de modo a permitir uma aplicação mais coesa do direito internacional privado.

Esta característica das ordens públicas estatais modernas se assemelha ao que JACOB DOLINGER (2003, p. 425) denomina *ordem pública universal*, e que agora vem ganhando espaço no contexto da internacionalização dos direitos fundamentais. Ela se caracteriza basicamente pelos direitos suprapositivos consolidados nos direitos humanos internacionais e positivados como direitos fundamentais. Reconhecer a existência de um fundamento jusnaturalista universal nos direitos fundamentais leva ao reconhecimento dos direitos humanos fundamentais como preceitos internacionais de ordem pública, uma vez que estariam presentes na cultura jurídica de todas as sociedades civilizadas.

Uma ordem pública internacional nesta perspectiva pressupõe um direito internacional que conte com uma estrutura de jurisdição internacional aplicável nos sistemas jurídicos internos dos estados nacionais, isto é, oponível aos Estados em detrimento de sua soberania nacional. Todavia, não se percebe na atualidade tal conformação da ordem jurídica internacional. É necessário que a *vontade de Constituição* aludida por HESSE seja transportada para o contexto internacional, no sentido de se formar um “direito constitucional internacional”, em que a noção de soberania estatal cederia a uma soberania internacional. A discussão acerca da eficácia dos direitos fundamentais não ultrapassa atualmente os limites do constitucionalismo, de modo que a repercussão internacional destes direitos somente se discute de modo reflexo.

Em última instância, dar validade positiva ao direito internacional por meio de uma teoria constitucional internacional que reconheça as limitações das soberanias estatais não em relação umas às outras, mas em relação a uma ordem jurídica supra-estatal, representa a consolidação do ideal monista kelseniano¹⁷. Assim, a doutrina monista endossa a primazia do próprio direito suprapositivo, na medida em que direitos fundamentais fossem reconhecidos com validade internacional, conformando a própria noção de norma hipotética fundamental kelseniana. Certamente, este monismo, com primado no direito internacional, não poderia ser aquele monismo radical preconizado pelo mestre da Escola de Viena em sua primeira fase, mas um monismo moderado em que

¹⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 345.

“o conflito entre uma norma de Direito interno e outra de Direito internacional não implica na invalidação da primeira, podendo apenas gerar sua ineficácia ou responsabilidade internacional dos Estados”¹⁸, de tal sorte que as soberanias estatais não sejam totalmente afastadas, mas se mantenham como esferas normativas dentro de suas competências autônomas enquanto ordens jurídicas representativas das nações, que sempre manterão suas identidades culturais, étnicas, sociais e políticas.

A nova ordem constitucional brasileira que permite o reconhecimento de tratados com força de norma constitucional não esgota totalmente o problema do primado do direito interno causado pela falta de legitimidade inerente ao direito internacional. KELSEN nos aponta as razões para este aparente impasse, afirmando que se trata de uma decisão soberana dos estados a de reconhecer uma soberania supranacional, mas revela não haver solução pré-determinada¹⁹.

PAULO BONAVIDES ressalta que a legitimidade das constituições democráticas se assenta em elementos formais que consistem basicamente no reconhecimento dos dissensos inerentes à sociedade, no princípio majoritário para a solução destes conflitos e no reconhecimento de que “o conflito sobre as bases e a forma da Constituição é imanente à própria Constituição”, mas que há elementos materiais que igualmente concorrem para a legitimidade constitucional, compondo um rol de direitos e garantias fundamentais que não se exaurem em um *numerus clausus*²⁰.

Para JÜRGEN HABERMAS, a legitimação de uma ordem constitucional democrática “deve ser buscada num procedimento discursivo de formação do direito positivo, realizado sem coerções, no qual todos os afetados tenham iguais possibilidades de participar, e de serem assim, simultaneamente, autores e destinatários das normas elaboradas”²¹. Considerando o direito como fruto do agir comunicativo, o HABERMAS transporta sua ética discursiva para o âmbito da normatividade, fazendo uso do *princípio da universalização*, pelo qual as normas que não satisfazem os pressupostos de validade do discurso de formulação de normas são inaceitáveis. Certamente também no âmbito internacional a normatividade é fruto do agir comunicativo e resulta de consensos comunicacionais possíveis nas condições exigidas por uma teoria do discurso²².

Diante destes pressupostos de legitimidade pode-se concluir pela possibilidade de um direito internacional supranacional, desde que a chamada *vontade de constituição* também se manifeste em âmbito internacional, seja em nível universal ou ao menos comunitário. A questão toda cinge-se, pois, à

¹⁸ RIBEIRO, Patrícia Henriques. *As relações entre o direito internacional e o direito interno: conflito entre o ordenamento brasileiro e normas do Mercosul*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 67.

¹⁹ KELSEN, Hans. *Op. cit.* pp. 359-360.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. 4ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 283.

²¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 180.

²² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 144.

legitimidade conferida a um processo de internacionalização que justifique não uma supressão total, mas o abrandamento das soberanias estatais.

Em virtude da globalização, há uma tendência nítida à relativização do conceito moderno de soberania, o que se verifica na área do direito humanitário, do direito internacional de guerra e em matéria ambiental, especialmente. A Comunidade Européia, com a promulgação da primeira Constituição comunitária da história, representa o maior avanço na consolidação do direito internacional e na formação de um novo conceito de Estado, em que a perda de parcela da soberania resulta na superação do constitucionalismo em prol do internacionalismo.

Estas mudanças no direito internacional acarretam mudanças também nas estruturas de direito internacional privado, pois reduzem as hipóteses de conflitos de leis e, nas hipóteses remanescentes, reduzem a prevalência de uma soberania sobre outra por meio da universalização da ordem pública ao menos no que tange a direitos humanos. Neste contexto, não se poderia afastar a aplicação válida de uma norma estrangeira por questão de ordem pública interna ou soberania nacional quando direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição comunitária estivessem em discussão.

A perda de parcelas da soberania não faz com que o Estado perca sua autonomia ou independência, pois é este que, em última análise, congrega as instituições jurídicas básicas de tutela do cidadão, além de ser *“o principal instrumento de que os cidadãos dispõem atualmente para controlar a globalização em razão de seus valores e interesses”* (CASTELLS, 1999, p. 165). Todavia, o estado nacional como é conformado desde o início da era moderna não mais se apresenta como instrumento adequado para a tutela dos valores e interesses atuais da sociedade, o que constitui o grande desafio da teoria da constituição: moldar o conceito de Estado, seus fins e suas funções, transpondo competências para entes supranacionais, adequando-o às demandas de um mundo integrado, o que excede o contexto dos direitos humanos²³. Neste processo, é importante não perder de vista apenas que a tendência à internacionalização das soberanias não pode pretender aniquilar as soberanias estatais, pois estas representam as próprias soberanias populares locais, com suas identidades étnicas, sociais, culturais. Assim, a ética dos direitos humanos deve estar centrada exclusivamente em uma cultura política que transcenda as fragmentariedades das culturas locais.

Isto não representa uma supressão ou uma ameaça de supressão das soberanias locais; ao contrário, representa a superação da ilusória busca de unidade do direito por meio do direito internacional em prol de uma busca de compatibilidade entre sistemas jurídicos autônomos, mas conectados. Aceitar a possibilidade de constituições comunitárias não significa deixar de compreender o direito global como um direito fragmentado em decorrência da fragmentação dos sistemas de racionalidade em diferentes culturas. Tal

²³ CASTELLS, Manuel. Para o Estado-rede: globalização econômica e instituições políticas na era da informação. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes. *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: UNESP/ENAP, 1999. pp. 163-164.

percepção vai ao encontro da idéia de que os sistemas jurídico-constitucionais autônomos devem ser conectados de modo a se compatibilizar entre si por meio de um direito internacional privado uniforme, e o *medium* pelo qual o direito internacional privado pode atingir esta máxima compatibilização é o próprio direito internacional.

Compreendendo a globalização nesta perspectiva de compatibilização, o direito internacional privado passaria a haurir-se do direito internacional como sua principal fonte, integrando os sistemas onde não fosse possível unificá-los pela positivação de um direito suprapositivo transnacional. Um cenário que demonstra a dualidade do direito quanto a sua natureza, sincrônica e diacrônica ao mesmo tempo, movido pela história mas alicerçado nas estruturas elementares do homem e do mundo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de Direito Internacional Privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.
- CASTELLS, Manuel. Para o Estado-rede: globalização econômica e instituições políticas na era da informação. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes. *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: UNESP/ENAP, 1999.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.
- COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1ª ed. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2002.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 10ª ed. adap. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. 7ª ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar: 2003.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (I). In *Revista Jurídica Virtual: revista da Presidência da República*, Brasília, DF, nº 7, dez. 1999. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Indice_Artigos/indice_artigos.htm. Acesso: 10 mai. 2005.
- _____. *Jurisdição Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- PINHEIRO, Carla. *Direito internacional e direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2001.
- RIBEIRO, Patrícia Henriques. *Relações entre o direito internacional e o direito*

interno: conflito entre o ordenamento brasileiro e normas do Mercosul. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 23^a ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.