

SOBRE A INFLUÊNCIA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO NA IDÉIA DE ORDEM PÚBLICA INTERNACIONAL

Paul Hugo Weberbauer¹

Aprovado em dezembro de 2010

Resumo: Trata-se de uma breve abordagem sobre a influência do processo de constitucionalização do Direito privado no campo de um dos institutos basilares do Direito internacional privado contemporâneo, a ordem pública. Breves considerações que procuram alertar o leitor sobre as questões que emergem em ramos jurídicos associados quando se promove uma profunda transformação principiológica em um ramo correlato, bem como alertar os problemas de se manter uma visão nacionalista de fenômenos internacionais.

Palavras chaves: ordem pública internacional, constitucionalização, aplicação de Direito estrangeiro, Estado.

Introdução

Todavia, ainda hoje, algumas das noções mais elementares do Direito Internacional Privado não se apresentam com uma concepção idêntica nem nas obras de doutrina, nem nas leis internas, nem mesmo, nas convenções internacionais até hoje elaboradas entre os povos.

Controvérsias, quase inextrincáveis, separam-n'as, distribuem-n'as, por teorias tão diversificados, tão antagônicas, que, um espírito menos avisado, que nelas medite, poderá, mesmo, vacilar em aceitar, como de feição científica, uma disciplina que, às vezes, parece tão desprovida de certeza e de fixidez de princípios. (LORETO FILHO, 1962, p.508)

O fato extranacional constitui hoje num dos objetos de estudo mais complexos da Ciência Jurídica. Desafiante desde a consolidação do modelo de organização nacional de Estado, em meados do século XIX e cada vez mais complexo diante do fenômeno da integração regional, a ciência jurídica se digladiava na tentativa não só delimitar conceitualmente, como também estabelecer padrões para a sua correta regulamentação.

¹ Paul Hugo Weberbauer é Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

O momento atual verifica-se uma crescente necessidade de se estabelecer um estudo criterioso no Direito Internacional Privado, dada o revigoramento da idéia de Estado Social e a conseqüente socialização do Direito baseado na Constituição.

Com o advento das legislações nacionais protecionistas do consumidor, também os efeitos jurídicos de relações de consumo com conexão internacional mereciam uma reavaliação sob a perspectiva da nossa disciplina, o direito internacional privado. (RECHSTEINER, 2005, p.96)

É nos lindes desse objeto que o presente ensaio procura esclarecer e delimitar as implicações do fenômeno da constitucionalização do direito privado sobre um dos institutos principais do Direito Internacional Privado: a ordem pública (internacional).

Em vista deste objetivo, o ensaio se divide em três partes: (1) a classificação da ordem pública em internacional e interna; (2) uma visão geral do processo de constitucionalização do Direito Privado e (3) a influência do fenômeno da constitucionalização sobre a idéia de ordem pública.

2. O instituto da ordem pública

Os Estados territorialistas jamais admitiram que quaisquer outras leis, que não as suas, fossem aplicadas pelos seus juizes. A isso se apóia a feição de territorialismo absoluto de seu Direito. (LORETO, 2002, p.417)

O instituto da ordem pública surgiu juntamente com os conceitos de soberania, moral e bons costumes como fundamentos, pilares da sociedade organizada na forma de Estado nacional. É nesse rol inicial de igualdade que fora concebida e positivada no ordenamento jurídico brasileiro, onde o artigo 17 da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) positivou que “as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”.

Cinquenta anos depois, os institutos irmãos acabaram sendo englobados no conceito de ordem pública, tornando-a uma variável de difícil limitação, tanto no campo do direito internacional como no campo do direito localizado nacional, mantendo somente o seu caráter: medida de exceção.

Sem embargo da tríplice referencia do dispositivo, é certo que a soberania nacional e os bons costumes expressam variações da ordem pública. O conceito é antigo e de transito universal. Trata-se de uma cláusula geral, de conteúdo elástico e variável, que tem levado os autores a se referirem a ela como um conceito indeterminado a priori,, e mesmo indefinível. Não obstante, é possível identificar a ordem pública como um princípio geral de preservação de valores jurídicos, morais e econômicos de determinada sociedade política. (BARROSO, 2003, p.45-46)

Ora concebida como princípio conceitual, ora como cláusula geral, o desenvolvimento dos estudos do Direito, tanto na esfera nacional como na esfera internacional, acabaram por implicar uma série de concepções distintas levando uma miríade de conceitos e institutos ramificados, em sua maioria, ficções jurídicas de conteúdo questionável.

Chegando a conclusão de tratar-se de um conceito jurídico indeterminado, dotada das características da mutabilidade espaço-temporal, bem como a conferir determinada carga de discricionariedade ao aplicador da lei em seu uso e ao consenso. É "a válvula de escape que pode auxiliar a dar ao sistema de conflito de leis a flexibilidade necessária à sua própria manutenção" (ARAUJO, 2004, p.96).

O único consenso doutrinário, (leia-se, onde existe um menor grau de divergência) é classificar a ordem pública como de direito internacional privado e a ordem pública de direito interno, assunto de suma importância, especialmente quando relacionado aos contratos internacionais.

Apesar de não aparentar uma maior dificuldade, a classificação da ordem pública em de direito internacional (privado) e de ordem pública interna (nacional) costuma gerar uma confusão na hora de se estabelecer a função e o sentido de cada uma

É salutar compreender que ordem pública, a nosso entender, é uma resposta jurídica a um fenômeno ligada à tentativa de estabelecimento de verdades sociais, isto é, uma representação jurídica (ficção jurídica) que expressa àqueles valores considerados como existentes dentro de cada indivíduo de determinado corpo social, formando os pilares daquela sociedade e da organização política que ela assume.

Tal conceituação de ordem pública de direito internacional privado a doutrina resume como sendo “toda aquela base social, política de um Estado, que é considerada inarredável para a sobrevivência desse Estado” (STRENGER, 2003, p.431).

Seguindo esse modo de pensar, não há uma possibilidade de, cientificamente, classificá-lo sem inserir certa dosagem de subjetividade. Assim, a divisão entre ordem pública de direito internacional privado e a ordem pública nacional é uma divisão mais didática, do que científica.

Ordem pública de direito internacional privado foi delimitada como sendo aquela ordem pública que impedia a aplicação do direito estrangeiro, isto é, quando o aplicador da lei, diante da lide derivada de um fato extranacional, averigua se aquela lei (direito) estrangeira a ser aplicada hipoteticamente afronta algum valor basilar da sociedade ou do Estado, desconsiderando-a no caso de uma conclusão positiva e, em seu lugar, aplicar o direito nacional. A ordem pública de direito internacional privado seria então uma excludente de aplicação de direito estrangeiro, hoje consagrada no artigo 17 da LICC'42.

Esse entendimento, com menor grau de variabilidade, é pacífico entre aqueles que aceitam a distinção ordem pública de direito internacional privado e ordem pública interna na doutrina brasileira.

Se neste aspecto, existe certa confluência de entendimento sobre a função da ordem pública no direito internacional privado, o mesmo não se pode afirmar quando o assunto adentra na questão da ordem pública no direito interno: a denominada ordem pública interna, ou nacional.

A concepção da ordem pública no campo do direito nacional depende em muito do modo como o jurista classifica o Direito Internacional Privado como ramo da Ciência Jurídica. Onde, resgatando a antiga, e atualmente confusa, divisão do Direito em Público e Privado, determina sua concepção de ordem pública interna.

A visão mais comum é a de considerar a ordem pública interna como uma barreira a manifestação da vontade das partes, ou nas palavras de STRENGER (2003,

p.431): "Uma lei é de ordem pública interna sempre que o acordo entre as partes não pode afastar suas conseqüências; sempre que estas são inarredáveis, ainda que as partes diretamente interessadas no litígio o desejem".

É óbvio o conteúdo privatista, ou melhor, civilista dessa concepção de ordem pública de direito interno, derivada diretamente da idéia de que o Direito Internacional Privado é pertencente ao ramo do Direito Privado, ou da convicção da existência de uma ligação especial com o Direito Civil, como bem denota CASTRO:

A opinião de que o direito internacional privado é o mesmo direito privado a determinar seu próprio campo de aplicação importa renascença da doutrina estatutária hoje inteiramente abandonada como insustentável. Entre nós, Clóvis Beviláqua era de parecer que o direito internacional privado é "um composto de ramos do direito privado", é simplesmente o direito privado: é o direito privado internacional, isto é, o direito privado aplicado as relações individuais da sociedade internacional"; e frisava bem que "o direito internacional privado é o mesmo direito privado nacional, aplicado às relações internacionais de ordem privada". Mas a autoridade de Clóvis Beviláqua é tão grande e a tese é tão insubsistente, que essas dogmáticas afirmações só podem ser atribuídos a um surto de civilismo, calamidade ou praga, que tem entravado o progresso de os ramos do direito. Civilismo é a corruptela consistente em transportar as regras e técnicas do direito civil para os outros setores da ordem jurídica. (...) Assim nasceu o civilismo como parasita, cipó-de-chumbo, erva-de-passarinho de todos os ramos do direito (CASTRO, 2004, p.87-88).

A rigor, ordem pública interna é um gênero que se decompõe em uma gama variada de espécies de ordem pública. Isto é, ela assume um significado conforme o ramo do Direito que se adentra, onde no Direito Civil traduz-se numa barreira a manifestação da vontade, no processo civil a matéria a ser conhecida de ofício pelo juiz, no Direito do Consumidor como sendo a inderrogabilidade da lei pelos acordos privados, entre outras definições.

Esta posição decorre da constatação de que as normas de direito internacional privado não se enquadram na classificação de Direito privado e público, já que possui tanto normas de direito público como normas de direito privado sob sua tutela, no sentido que pego emprestado do prof. Dr. Sylvio Loreto, no DIPr. se lida com o fato, não com a norma.

No rastro desse pensamento, basta a existência de um fato estranacional para existir a incidência do Direito internacional privado, não importando se o fato é de

direito penal ou de direito civil, basta existir a possibilidade da aplicação de dois ou mais ordenamentos jurídicos para regulamentá-lo.

Em suma, tem-se que a ordem pública interna é uma expressão abstrata das diversas ordens públicas existentes dentro do direito nacional, assumindo forma conforme o ramo do direito nacional a ser aplicado/analísado.

2. Uma visão geral do processo de constitucionalização do Direito Privado

A Constituição, que no paradigma burguês era desinteressada quanto às relações sociais, passa a preocupar-se com elas, incorporando os valores que, ao mesmo tempo, vão sendo expressos no ordenamento. A Lei fundamental então é que positiva os direitos concernentes à justiça, à segurança, liberdade, igualdade, propriedade, herança, etc., que antes estavam no Código civil... A Constituição, que já era encarada como lei fundamental, fruto da modernidade política e do racionalismo iluminista, todavia considerada somente com o estatuto da vida política do Estado, passou a expressar essa supremacia também no campo normativo.(SARTI, 2006)

A consolidação do Estado nacional trouxe consigo uma nova concepção do ordenamento jurídico, onde se baseando na autoridade Estado como legítima representante do espírito de determinada sociedade e no positivismo, conferindo a norma jurídica o status de unidade fundamental do sistema jurídico, nasceu à teoria do sistema normativo hierarquicamente organizado.

Abandonando o critério tão-somente de incidência normativa, a teoria hierárquica trouxe a necessidade de se estabelecer um ponto central e, ao mesmo tempo, inaugural do sistema jurídico baseado na idéia de Estado nacional.

Ganhou força nesse pensamento a idéia de uma norma jurídica que retirava seu fundamento de validade de um ente pressuposto, qual alcunha mais conhecida é criada pelo jurista austríaco Hans Kelsen em sua Teoria pura do Direito: a norma fundamental (Grundnorm).

Estabelecido a base teórica sobre a qual o sistema deveria ser hierarquizado, surgiu a necessidade de se elaborar uma norma jurídica que retirasse seu fundamento de validade, sua legitimidade dessa norma fundamental, e como o Estado incorporava a idéia do contrato social iluminista, os juristas de pronto admitiram que a norma

jurídica cujo campo de regulamentação era, inicialmente, a estrutura e organização do Estado nacional, viesse a se tornar uma projeção jurídica do contrato social como proposto inicialmente por Jean Jacques Rousseau.

É nesse sentido que a Constituição foi incorporada ao sistema jurídico como ponto focal, isto é, não só como nascedouro do sistema, mas como a norma mãe que serve de fundamento para a “construção” do sistema jurídico localizado nacionalmente: é a pirâmide de primazia do direito nacional.

Destarte nasceu na ciência jurídica a premissa para a lenta ascensão do Direito Constitucional perante os demais ramos jurídicos e com ela advém o fenômeno de constitucionalização.

A locução constitucionalização do Direito é de uso relativamente recente na terminologia jurídica e, além disso, comporta múltiplos sentidos. Por ela se poderia pretender caracterizar, por exemplo, qualquer ordenamento jurídico no qual vigorasse uma Constituição dotada de supremacia. Com este é um traço comum de grande número de sistemas jurídicos contemporâneos, faltaria especificidade à expressão. (...) A idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológica se irradia, com força normativa, por todo sistema jurídico. (BARROSO, 2005).

A constitucionalização do Direito, apesar do nome pomposo, nada mais consiste que num processo de centralização do Direito em torno do texto constitucional, este abandonando a tentativa de estabelecer limites objetivos no texto da lei, parte para elaboração de textos legislativos flexíveis, promovendo maior liberdade aos aplicadores da lei em estabelecer o conteúdo da mesma. É o que se pode resumir como sendo a de passagem da figura do Estado legislador (Liberal de cunho formalista) para a figura do Estado judicial (Social de cunho intervencionista).

A constitucionalização do Direito, como não poderia de ser, parte para uma ofensiva de fragmentar e judicializar o Direito Privado, em especial o Direito Civil, qual era o último campo jurídico fora da Constituição.

Em sua primeira etapa, as Constituições questionaram fundamentalmente, a organização do governo, e seus destinatários eram os governantes. Não obstante, imediatamente, incluíram direitos do cidadão diante da organização estatal, e, posteriormente, direitos socioeconômicos, disposições sobre organização da economia e, em geral, normas vinculadas ao Direito Privado. A norma constitucional deixa de ser exclusivamente uma regra que unicamente

continha elementos de Direito Público para se referir também às relações entre os particulares.(LORENZETTI, 1998, p.254)

É uma estranha fórmula, onde um documento que nasce para delimitar o poder da autoridade central da sociedade se transforma no principal instrumento de intervenção desta mesma autoridade nas relações privadas. O que garantia o direito do cidadão, agora é instrumento de seu controle.

Assim como produz uma mudança de mentalidade, a constitucionalização trás consigo um novo método de elaboração legislativa: a utilização no campo do direito privado dos denominados conceitos jurídicos (legais) indeterminados, essência das ditas normas principiológicas.

13. Conceitos legais indeterminados. Definição. Conceitos legais indeterminados são palavras ou expressões indicadas na lei, de conteúdo e de extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos, e por isso mesmo esse conceito é abstrato e lacunosos. Sempre se relacionam com a hipótese de fato posta em causa. Cabe ao juiz, no momento de fazer a subsunção do fato à norma, preencher os claros e dizer se a norma atua ou não no caso concreto. Preenchido o conceito legal indeterminado (unbestimmte Gesetzbegriffe), a solução já está preestabelecida na própria norma legal, competindo ao juiz apenas aplicar a norma, sem exercer nenhuma função criadora. (NERY JURNIOR & NERY, 2002, p.5)

Em suma, com a transformação da Constituição da representação do contrato social iluminista para fonte legitimadora da intervenção estatal, passa a figura do Estado legislador a abarcar a figura do Estado juiz, implicando numa incorporação dos institutos de Direito Privado ao texto constitucional, ou como a “melhor” doutrina define da necessária observação dos valores e princípios constitucionais nas relações e institutos do Direito Privado (como se isso fosse algo inovador!), criando o chamado Direito Privado Constitucional.

Não se confunda a idéia de Direito Privado Constitucional com a idéia de Direito Civil Constitucional, o primeiro é gênero que não só engloba a idéia do Direito Civil Constitucional (e comercial dada à fusão legislativa do Código Civil de 2002) como também o Direito do Consumidor, não sendo necessária relembrar a figura do Direito do Trabalho, uma vez que por sua natureza já se encontra uma legislação de forte cunho intervencionista.

Neste escopo, o Direito Privado Constitucional se assenta na premissa teórica da defesa do “vulnerável”, o que quer que isso signifique. E como consideramos que o Direito Internacional Privado também abarca questões de Direito Privado, não poderia sair ileso desse fenômeno.

3. A influência do fenômeno da constitucionalização sobre o instituto da ordem pública

Denega-se, no Brasil, efeito ao direito estrangeiro que choça concepções básicas do fôro, que estabelece normas absolutamente incompatíveis com os princípios essenciais da ordem jurídica do fôro, fundados nos conceitos de justiça, de moral, de religião, de economia e mesmo de política, que ali orientam a respectiva legislação. É uma noção fluída, relativíssima, que se amolda a cada sistema jurídico, em cada época, e fica entregue à jurisprudência em cada caso. (VALLADAO, 1968, p.502)

O problema de uma legislação recheada de conceitos jurídicos indeterminados e sujeita ao casuísmo jurisprudencial não é uma novidade no Direito Internacional Privado, mas essa constatação não afasta os problemas que a constitucionalização do Direito nacional, pois, em primeiro plano, a constitucionalização implica numa mudança de comportamento do principal agente delimitador da idéia de ordem pública: o juiz.

O juiz deve, ao ser chamado a aplicar o direito estrangeiro (especialmente nos casos que afetam a personalidade jurídica da pessoa e os direitos de família) ter em conta os direitos fundamentais protegidos pela Constituição, e pelas Convenções Internacionais. A ordem pública transforma-se em uma barreira à penetração de regras estrangeiras, ainda que indicadas pela regra de conexão, se em flagrante oposição aos valores fundamentais que o Direito interno quer garantir. (ARAUJO, 2004, p.116)

Esse posicionamento implica diretamente na inserção dos valores do direito interno ao nível constitucional não só ao nível da aplicação, mas também ao nível legal, pois se tende a uniformizar as disposições infraconstitucionais com as disposições constitucionais, gerando a idéia de ao afrontar uma lei federal, estadual ou municipal, automaticamente se infringe uma norma constitucional, está de caráter abstrato-principiológico e, no fundo, indeterminado.

A ordem pública interna acaba incorporando a idéia de que os princípios de determinado ramo (do Direito privado, no caso) são, ao mesmo tempo, princípios gerais do Direito nacional, estes, abraçados pela Constituição.

Fica demonstrada assim a tese de que a aplicação do princípio da ordem pública baliza-se pelos princípios gerais de um sistema jurídico, nos quais estão incluídos os direitos fundamentais, que – na acepção de Léna Gannagé – compõem o bloco constitucional, integrado não só pela constituição, como também pelos direitos humanos garantidos por tratados internacionais. (ARAUJO, 2004, p.122)

Ocorre, porém duas implicações que parecem estar sendo ignoradas pela doutrina contemporânea, a primeira se refere a atual natureza do tratado internacional no sistema jurídico brasileiro e a segunda se refere a natureza da norma constitucional dentro da teoria da ordem pública, mais precisamente da concepção de ordem pública internacional que se substanciou no art.4º do Código de Bustamante.

A Constituição de 1988 é considerada bastante nacionalista no que diz respeito á dificuldade estabelecida para a vigência e aplicação dos tratados internacionais no Brasil. O texto constitucional brasileiro é lacônico e evasivo em relação ao direito internacional e ao direito da integração. (GALINDO, 2006, p.277)

Antes da promulgação da Emenda Constitucional n.º 45, o sistema brasileiro adotava uma postura dualística sui generis no que tangia a inserção das normas jurídicas internacionais ao sistema jurídico interno. Essa afirmação necessita de um esclarecimento, dado que a doutrina brasileira costuma insistir que o Tratado internacional é inserido no Brasil como lei ordinária, porém essa afirmação não condiz com o texto constitucional, onde se lê no §3º do art. 5º CRFB: “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

A Emenda Constitucional n.º45 somente dá tratamento aos tratados internacionais de direitos humanos, porém é omissa quanto aos demais tipos de tratados, nestes o entendimento predominante são os proclamados pelo Supremo Tribunal Federal na ADINMC 1.480, onde destacamos o voto do relator Min. Celso Melo:

Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em conseqüência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. (BRASILIA, STF - ADI 1480-MC - Rel. Min. Celso de Mello, 2001)

Há de se notar, que os tratados internacionais que não se inserem na incidência da Emenda 45 não possuem tratamento legislativo, pois em nenhum lugar se encontrará a afirmação de serem leis ordinárias ou complementares, somente se lerá que possuem o status de lei ordinária ou, nos dizeres do Tribunal Regional Federal da 1ª Região: “os tratados internacionais, quando promulgados e referendados pelo Congresso Nacional, possuem força de lei”(BRASÍLIA, TRF 1º Região, AC 38000031280 - PROC. 200138000031280-MG - 6ª T. - Rel. Des. Daniel Paes Ribeiro, 2004). Daí a dualidade do sistema jurídico brasileiro, pois uma coisa é a lei e outra é a que possui status de lei.

Essa curta exposição, qual ignora outra problemática que é a decorrente do art. 98 do Código Tributário Nacional, teve somente o intuito de demonstrar que dificilmente se irá conceber uma idéia de ordem pública derivada de Tratados e Convenções, pois estes, seguindo o princípio da supremacia da Constituição, sempre terão de se sujeitar a idéia de ordem pública na concepção brasileira.

O tratado celebrado na vigência de uma Constituição e que seja com ela incompatível, do ponto de vista formal (extrínseco) ou material (intrínseco), é inválido e sujeita-se á declaração de inconstitucionalidade incidenter tantum, por qualquer órgão judicial competente, sendo tal decisão passível de revisão pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário. (BARROSO, 2003, p.33)

Outro ponto a considerar é que, apesar do problema em sede legislativa pode ser resolvida com três pinceladas do legislado como já constatou o jurista alemão

Julius Von Kirchmann (1848, *passim*), a mentalidade jurídica por trás destes postulados é mais difícil de se lidar, mas essa é uma questão a ser abordada em outro momento.

Prosseguindo a análise, chega-se a conclusão que o texto constitucional, na classificação das ordens públicas referidas no início do trabalho, é considerado como ordem pública internacional, esse é o mesmo entendimento que possibilitou o nascimento da previsão do art. 4º do Código de Bustamante.

Conforme redação do Código de Bustamante considera-se as normas constitucionais como sendo normas de ordem pública internacional, ou seja, quando um determinado elemento de conexão é aplicado e determina a incidência de um Direito estrangeiro este, mesmo não ofendendo eventualmente a ordem pública interna, se confrontar com o texto constitucional, este Direito não deverá ser aplicado.

Destarte, a ordem pública de direito constitucional é ordem pública de direito internacional.

E nesta lógica, o processo de constitucionalização do Direito interno acaba por inserir no conceito de ordem pública constitucional as concepções das ordens públicas daqueles ramos do Direito que estão sendo constitucionalizados.

Em suma, a incorporação dos textos infraconstitucionais à sistemática constitucional, tem o efeito reflexo de tornar àquelas ordens públicas específicas do Direito interno em ordem pública internacional, tornando a classificação entre internacional x interna sem sentido.

Além de tornar sem sentido a classificação entre ordem pública interna e internacional, o processo de constitucionalização possui outro efeito considerável sobre o instituto da ordem pública: as denominadas leis de aplicação imediata.

A diferença entre ordem pública e norma de aplicação imediata foi bastante discutida pela doutrina francesa, influenciando os juristas de outros países, e a elaboração de convenções internacionais sobre conflitos de lei. Para os franceses, a ordem pública é considerada uma exceção quando, após determinação da lei aplicável pela regra de conexão, deixa-se de aplicá-la para solucionar a questão, porque contrária à concepção do foro a esse respeito. Já as regras consideradas como de aplicação imediata (lois de Police) são aquelas cujo conjunto é considerado como do domínio de regulamentação

estatal e que por todos deve ser seguido, para salvaguardar a organização política, social ou econômica do país. Dispensa a mediação normal da norma de conflitos geral, por definirem elas próprias seu âmbito de aplicação no espaço. (ARAÚJO, 2004, p.97-98)

Em regra as leis de aplicação imediata, com bem salienta Aurélio Bôaviagem, eram denominadas pela doutrina clássica do DIPr. como sendo lei de ordem pública, aquele conjunto de leis onde o legislador optou em exercer a temeridade de inserir a expressão ordem pública dentro da norma jurídica, isto é, buscando incorporar a natureza imperativa da mesma.

Simplificando, as leis de aplicação imediata seriam aquelas que, de plano, afastariam a incidência do Direito estrangeiro, tornando desnecessária por parte do aplicador da lei em adentrar na teoria dos elementos de conexão e nem no Direito estrangeiro eventualmente indicado para regulamentar o fato sob sua tutela jurisdicional. Um exemplo clássico dessa modalidade de norma jurídica é o art.1º do CDC, o qual determina aquele “código” ser uma lei de ordem pública e de interesse social.

E, justamente, no âmbito do direito do consumidor que nasce a maior necessidade de uma maior delimitação entre as normas de aplicação imediata e normas de ordem pública.

Já a doutrina consumerista geralmente desconhece a teoria das leis de aplicação imediata em DIPr. E defende – de lege ferenda – a aplicação da lei local do domicílio ou a residência do consumidor, se a oferta for feita no Brasil, ou que as normas do CDC são de ordem pública internacional. Data maxima venia a este esforço louvável de proteção dos contratantes mais fracos, o uso excessivo da ordem pública internacional, se bem que comum nos países latino-americanos (veja-se o Código de Bustamante), traz sérias perturbações ao sistema de DIPr., o resultado seria de que qualquer lei estrangeira indicada aplicável em qualquer questão de consumo passaria a ofender a nossa ordem pública internacional (art. 17, LICC), simplesmente por não ser igual a lei brasileira, descaracterizando a ordem pública em DIPr. como uma exceção ao sistema, em que se aplica a Lex fori (no caso, lei brasileira) em face do resultado concreto da aplicação da lei estrangeira, o qual, este sim, ofenderia aos pilares e valores básicos de nosso ordenamento jurídico. Esta solução radical e genérica só pode ser aceita se considerarmos que as regras materiais do CDC seriam (algumas) de ordem pública internacional por se caracterizarem ou positivarem direitos fundamentais (art. 4º do Código de Bustamante). Sendo assim, o melhor é atualizar as nossas regras de DIPr., ou – pelo menos – reinterpretando-as para incluir as normas do CDC como leis de aplicação imediata, como tem feito a jurisprudência. (MARQUES, 2004, p.135-136)

A importância dessa modalidade de norma jurídica advém do modo de onde ela retira sua legitimidade e sua aplicação. Atualmente, ela retira sua fonte de legitimidade da figura do Estado e é aplicada não só como instrumento de intervenção, mas também excludente do Direito estrangeiro.

Ou seja, essa nova modalidade de classificação de normas jurídicas simplesmente possibilita ao aplicador da lei ignorar o direito estrangeiro e somente trabalhar com o silogismo padrão da aplicação do direito nacional, onde deparado diante de um fato (lide) que considere sob a incidência dessas normas de aplicação imediata não necessitará utilizar das regras de DIP, mas somente aplicar a lei nacional.

Em suma, uma simplificação para que o juiz, já deficiente na formação em sede do Direito Internacional, continue a ignorar o Direito internacional e mantenha os parâmetros tradicionais da primazia do Direito nacional.

Considerações finais

O que se sobe concluir destas breves linhas é que a principal implicação do fenômeno da constitucionalização sobre o direito (privado) sobre a idéia de ordem pública é a total indeterminação que este fenômeno está trazendo para um assunto já complicado.

Além de tornar a classificação quase secular entre ordem pública nacional e internacional sem sentido, adiciona uma nova classe de normas jurídicas que praticamente isolam o sistema jurídico nacional em sede de aplicação. A disciplina do fato extranacional e, até certo ponto, do movimento comunitário se torna cada vez mais difícil diante dessa invasão de incertezas.

A centralização do ordenamento jurídico na Constituição, principalmente tomando-se a realidade brasileira, acaba por tornar a receptividade internacional do ordenamento sujeita a conveniências de ordem interna. Pois bem lembra o jurista Bruno Galindo, a Constituição de 1988 é nacionalista e lacônica quando assunto é Direito Internacional e integração comunitária (GALINDO, 2006, p.275 e ss).

Mas nem tudo são nuvens negras para o Direito Internacional, pois o horizonte da constitucionalização ainda está em formação, assim como seus efeitos, tornando difícil prever o que pode resultar, somente servindo estas breves linhas como alerta, pois do modo que está se desenvolvendo a previsão seria de chuva intensa não só no campo do Direito, como também das relações privadas internacionais.

Referências

ARAUJO, Nádía de. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BRASILIA. TRF1ª R. - AC 38000031280 - PROC. 200138000031280-MG - 6ª T. - Rel. Des. Daniel Paes Ribeiro - DJU 28.06.2004, p. 65

_____. STF - ADI 1.480-MC - Rel. Min. Celso de Mello - DJU 18.05.2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, no.851, 01 nov. 2005. Disponível online em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>. Acesso em 17 dez. 2007.

CASTRO, Amílcar de. **Direito internacional privado**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004

GALINDO, Bruno. **Teoria intercultural da Constituição: a transformação paradigmática da teoria da Constituição diante da integração interestatal na União Européia e no MERCOSUL**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

KIRCHMANN, Julius von. **Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft: ein Vortrag, gehalten in der juristischen Gesellschaft zu Berlin**. 3 ed. Berlin: Verlag Julius Springer, 1848.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos do direito privado**. [Trad. Vera Maria Jacob de Fradera]. São Paulo: Editora RT, 1998.

LORETO, Sylvio. O direito internacional privado e a autonomia da vontade. Seu estudo na Faculdade de Direito do Recife na primeira metade do século XX. ADEODATO, João Maurício [coord.] In: **Anuário dos cursos de pós-graduação em direito**. Nº 10. Recife: UFPE: Edição do PPGD da UFPE, 2002.

LORETO FILHO, Sergio. **Os problemas do direito internacional privado: separata do vol.II dos estudos em honra de Soriano Neto**. Recife: Faculdade de Direito, 1962.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4 ed. São Paulo: Editora RT, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria de Andrade. **Novo Código Civil e legislação extravagante anotados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado: teoria e prática**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SARTI, Amir José Finocchiaro. A constitucionalização do direito civil. In: **TJES Biênio 2004/2005: legislação, jurisprudência, doutrina e comentários**. Vitória: Datadez, n.6, CD-ROM, 2006.

STRENGER, Irineu. **Direito internacional privado**. 5 ed. São Paulo: LTr, 2003.

VALLADÃO, Haroldo. **Direito internacional privado: introdução e parte geral**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1968, vol. I.