

ORDEM PÚBLICA, ORDEM PRIVADA E BEM COMUM. CONCEITO E EXTENSÃO NOS DIREITOS NACIONAL E INTERNACIONAL

*Jussara Cristina Marques**

SUMÁRIO: 1. Sentidos da expressão "ordem"; 2. Ordem Pública; 3. Convenção de Havana; 4. Ordem pública interna e internacional; 5. Considerações sobre o conceito de ordem pública; 6. Ordem privada; 7. Bem comum; 8. Finalidade da ordem pública; 9. Conclusões; 10. Referências.

1. SENTIDOS DA EXPRESSÃO “ORDEM”

Para uma melhor compreensão de trabalho ora demonstrado, insta considerar, desde logo, o vocábulo “ordem”.

Ordem vem do latim *ordo*, e etimologicamente falando, significa: colocação, plano, simetria, série, regularidade, disciplina, organização, boa disposição e equilíbrio entre partes de um todo¹.

Conforme observado por Silvio de Macedo², o espírito humano tem horror ao caos e, a partir desse contexto, afirma-se que o conceito de ordem projeta-se sobre todas as coisas, materiais e espirituais.

De acordo com as espécies de lei, sejam eterna, natural, humana ou divina, se tem as ordens correspondentes. E com base numa dessas leis podemos "construir" as diversas ordens: cósmica, social, moral, jurídica, etc.

Com tais observações, tenha-se que a palavra "ordem" possui diferentes sentidos, porém, tendo em vista o âmbito do tema em estudo, sua análise resta limitada.

Desse modo, nas sociedades, a ordem implica estado geral de segurança e coexistência indispensáveis à vida social, no que concerne às nações, na ordem internacional e na ordem interna, podendo-se entender o

* Aluna do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá (CESUMAR), Diretoria de Pós- Graduação, Pesquisa e Extensão. Professora na disciplina Processo Civil de Conhecimento pelas Faculdades Nobel - Maringá. Participante do grupo de estudos realizado pelo PET (programa especial de treinamento) pela Universidade Federal de Santa Catarina, coordenado pelo Profº Dr.º José Rubens Morato Leite. Pesquisadora do CNPq pela Universidade Federal de Santa Catarina.

¹ Ordem. In: *Dicionário técnico jurídico*. Guimarães, D. T. São Paulo; Riddel, 1995. p. 425

² Macedo, S. Ordem - 11. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, n.º 56, p. 216-225, 1977

progresso e o desenvolvimento daquelas, observando a ordem em movimento: eis uma sombra de ordem pública.

Diante do teor da afirmação feita acima, vale dizer, que a ordem pública encontra-se intimamente ligada à ordem jurídica, confirmando tal situação a jurista Maria Helena Diniz³, quando mencionando a dificuldade de se conceituar a expressão "ordem pública", e afirma que, não obstante essa dificuldade, os juristas "são unânimes no entendimento de que é o reflexo da ordem jurídica vigente em dado momento, numa determinada sociedade".

2. ORDEM PÚBLICA

2.1. Considerações gerais

Confirmando o escrito acima e analisando a questão conceitual de "ordem pública" segundo vários doutrinadores, denota-se que sua conceituação não passa de um desafio à intelectualidade e à perspicácia dos juristas pela sua complexidade, sendo inclusive discutido, até quem teria sido o jurista ao qual foi atribuída a primazia do tratamento do tema, à Savigny⁴, que sobre ele escreveu em 1849, ano a primeira edição de sua obra, ou à Joseph Story⁵, em 1834 quando assim dissertou:

*Nacion alguna puede ser justamente requerida a ceder sus conveniências políticas e instituciones fundamentales em favor de lãs de outra nación. Muchoo menos puede nación alguna ser requerida a sacrificar sus intereses a favor de outra, ó a practicar doctrinas que, em un concepto moral ó político sean compatibles com su seguridad ó felicidad, ó con su conciencia de la justicia y del deber*⁶.

³ Diniz, M. H. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 7. ed. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2001. p. 364.

⁴ Conferir, Savigny, F. C. von. *Sistema dei diritto romano attuale*. Tradução de Vittorio Scialoja. Torino, 1886. v. 8

⁵ Story, J. *Comentários sobre el conflito de lãs leyes*, 1834, v. 1, p. 32-3. *Apud* Dolinger, J. *Direito internacional privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1993. p. 325.

⁶ Nenhuma nação pode ser justamente compelida a ceder suas conveniências políticas e instituições fundamentais em favor das de outra nação. Muito menos pode alguma nação ser requerida a sacrificar seus interesses em favor de outra, ou a praticar preceitos que, em seu conceito moral ou político sejam incompatíveis com sua segurança ou felicidade, ou com sua consciência de justiça e de dever.

Diante disto, confirma-se a dificuldade em questão, pois obras datadas daqueles anos até os dias atuais⁷, por óbvio, com evolução, falam de tais circunstâncias dificultosas.

Assim, sem embargo a tais observações, constatou-se que a ordem pública interessa à vida, à incolumidade da prosperidade da comunidade, à organização da vida social, sendo, por isso, oficialmente reconhecida pela ordenação jurídica. Como sinônimo de ordem social, para alguns⁸, a ordem pública abrange todas as manifestações sociais relevantes, sobretudo a soberania nacional e os bons costumes. A ordem social é a relativa ao interesse geral da sociedade, regido por normas jurídicas, tradições, concepções morais e religiosas, ideologias políticas e econômicas, etc.

Com isso, tem-se que a noção de ordem pública conduz à não aplicação da lei alienígena, que, em virtude de desajustamento às concepções legais territoriais, possa prejudicar o Estado onde deveria ser aplicada.

Aberta, assim, a questão da aplicação em um país, de leis estrangeiras, justamente em razão da extraordinária contactação mundial no século XX, intensificada pelos meios de comunicação, tornando vizinhos os pontos mais distantes do planeta, quebrando preconceitos, e fazendo com que as relações humanas, sejam de ordens pessoais, familiares, econômicas, culturais, multipliquem-se cada vez mais entre as pessoas de origens diversas, de nações, de Estados, de províncias, de lugares, de religiões, de raças e de costumes diferentes, fez surgir à necessidade de uma codificação para que essas nações continuem a se relacionarem sem a presença de conflitos legais.

Compreende-se tal necessidade, pois, em cada país, Estado, ou nação, as leis determinam os direitos das pessoas e a situação jurídica dos bens. E, essas leis variam de um Estado para o outro, sendo tal diversidade um fato natural e inevitável.

Assim, da diversidade de legislação, surge o conflito de leis, porquanto cada vez que se hesita na aplicação de leis dos diversos países, põe-se em movimento o direito internacional privado, a fim de determinar em que condições legais, pode o problema ser resolvido.

⁷ Conferir, Barroso, L. R. *Interpretação e aplicação da constituição*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 1999. p. 45; Diniz, M. H. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 7. ed. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 364.

⁸ Editora Saraiva, 2001, p. 364; Lorenzetti, L. R. *Fundamentos do direito privado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. [s.l.J. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 128 e 243; Macedo, S. Ordem - 11. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, nº 56, p. 216-225, 1977.

Afirme-se então, que o direito internacional privado nasce do desenvolvimento tomado pelas relações de ordem privada entre os diferentes povos⁹.

Rodrigo Octávio¹⁰, faz críticas a tal entendimento, afirmando que muita gente ignora o que significam essas três palavras *Direito Internacional Privado*, quais são as questões cujo estudo compreende o domínio dessa disciplina; e se for buscar a solução desse problema no entendimento lógico das expressões, ainda assim, nada alcançará saber, sendo induzida em erro pela impropriedade dos termos. Nesse sentido, esclarece que:

Sendo o direito internacional, ou das gentes, aquele que se refere às relações dos Estados, entre si, naturalmente, direito internacional privado ou direito privado internacional, como outros dizem, seria aquele que se refere às relações de ordem privada dos Estados. Assim não é, entretanto.

A disciplina por esse modo impróprio denominada é constituída pelo conjunto de regras tendentes a definir o efeito exterritorial das leis de ordem privada, isto é, a sua aplicabilidade fora do território nacional para a qual elas foram decretadas.

São, pois, os princípios dessa disciplina que regulam a vida daquela sociedade internacional de indivíduos nas suas relações jurídicas de ordem privada, pois que é, sob o benefício desse efeito exterritorial, decorrente do princípio da personalidade das leis, que vive e se desenvolve aquela sociedade.

De forma bastante precisa, observa Irineu Strenger¹¹, que a finalidade do direito internacional privado "é estabelecer equilíbrio entre as pessoas estrangeiras que residem em outros países e precisam ter a tutela de seu direito."

2.2. Antiguidade da disciplina Direito Internacional Privado

Mais uma vez, o eminente jurista Rodrigo Octavio¹², com muita propriedade, esclarece, que da existência da sociedade moderna e da sua coexistência com as diversas sociedades nacionais, deflue, naturalmente, o problema da discriminação da aplicabilidade da lei territorial e das diversas leis nacionais, fixando-se a competência de uma ou de outra, segundo a finalidade da própria lei ou a natureza da própria relação jurídica.

⁹ Strenger, I. *Curso de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978. p. 06.

¹⁰ Octávio, R. *Manual do código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho - Editora, 1932. v. 1 - parte 2 - Direito internacional privado, p. 09

¹¹ Strenger, I. *Curso de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978. p. 470.

¹² Octávio, R. *Manual do código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho - Editora, 1932. v. 1 - parte 2 - Direito internacional privado, p. 10-1

Afirma àquele, que esse problema, que coloca uma lei em face de outra, cria a situação de *conflito de leis no espaço*, para cuja solução intervêm as regras e princípios do direito internacional privado. E mais, a seu tempo, que é bem certo, que isso é novo, mas tão somente no terreno das relações internacionais. Aqueles princípios e regras, a cujo conjunto se dá o nome de *direito internacional privado*, são velhos e esses é que foram sendo criados, sob diversas denominações, pelas vicissitudes da vida dos povos, através dos séculos.

Considera Rodrigo Octavio¹³, que *conflitos de leis no espaço* sempre existiram e, conseqüentemente, existiam também as regras para resolver, mas em tempos passados, esses conflitos se suscitavam entre os princípios dos grandes corpos gerais de lei, como Direito Romano¹⁴, Direito Canônico, Direito Germânico, por épocas, em grandes zonas do mundo, e os princípios particulares das leis dos diversos Estados sob a ação daqueles grandes corpos de Direito; e, ainda, e principalmente, tais conflitos ocorriam entre os diversos estatutos, *costumes, forais stadtrecht*, leis locais, direito fragmentário, em suma, vigente dentro de um mesmo Estado. E, ainda afirma que, tão freqüentes eram tais conflitos de leis que, na rica literatura jurídica dos séculos anteriores ao século XIX, desde Bartolo¹⁵, o trato e estudo desses princípios constituem a parte que mais avulta em quantidade e em merecimento.

Assevera, que o que há de novo nessa matéria, é apenas que, tais conflitos de lei, a partir do começo do século XIX, com a unificação das leis nacionais de cada Estado, mudaram de cenário, desapareceram de dentro de um mesmo território nacional, passando para a vida internacional, desde que, com os progressos da civilização, foi se tornando possível, seguro e fácil, o fenômeno da imigração.

Por fim Rodrigo Octávio, demonstrando a traços largos, o que seja, em que consiste, e a que se destina o direito internacional privado, deixa bem clara a importância transcendental da disciplina, principalmente em relação aos países de emigração, pela extensão e fertilidade de seus territórios, como pelo iniciante desenvolvimento de sua vida econômica. E encerra, destacando ser estas as condições dos Estados da América, e especialmente, o do Brasil.

¹³ *Ibid.* p. 11

¹⁴ No mesmo sentido, se manifesta o jurista Ruggiero, R. de. *Instituições de Direito Civil*.

Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Editora Bookseller, 1999. v. 1. p. 246.

¹⁵ Conferir, Bartolo. *Conflito de leis*. Tradução do professor Haroldo Valladão. Rio de Janeiro, 1938.

3. CONVENÇÃO DE HAVANA

Diante da necessidade de se estabelecer uma codificação internacional, pelo menos entre países que mantenham constantes relações de várias ordens, para se atingir não só a uniformidade das leis como também a harmonia legislativa, e também provando o quanto tal matéria é preocupação antiga, temos como exemplo, a Convenção de Havana, filiada à tendência harmonizadora, também denominada Código de Bustamante ou Código de Direito Internacional Privado. Tal estatuto, contendo 437 artigos, foi assinado naquela cidade em 20 de fevereiro de 1928, sancionada pelo Decreto n.o 5.647, de 8 de janeiro de 1929, ratificada pelo Brasil a 25 de junho de 1929, depositada a ratificação brasileira em Washington em 3 de agosto de 1929, promulgada pelo Decreto n.o 18.871, de 13 de agosto de 1929.

São quinze os países que permaneceram vinculados a esse tratado: Brasil, Bolívia, Chile, Costa Rica, República Dominicana, Cuba, Equador, Guatemala, Haiti, Honduras, Nicarágua, Panamá, Salvador, Guatemala. Haiti, Honduras, esses países participaram da Convenção de Havana e, portanto, obrigaram-se a respeitar as disposições contidas no Código Bustamante.

O Código de Bustamante tornou-se lei vigente no Brasil, e é tratado ainda não denunciado, embora tenha pouca aplicação jurisprudencial, depois da Lei de Introdução ao Código Civil¹⁶, conflitando muitos dos artigos desta, com disposições do Código Bustamante.

A verdade, porém, é que estudos realizados antes da vigência da Lei de Introdução ao Código Civil, demonstraram que o Código Bustamante teve pouca eficácia no Brasil, como lei, e, verdadeiramente, preferiram nossos juizes adotar regras e princípios que constavam de leis nacionais, de leis internas, e no caso, antes de 1942, a Lei de Introdução ao Código Civil de 1916.

Os estudos relacionados com aplicação do Código Bustamante constataram que nestes anos todos de vigência, o mesmo pouco uso e pouca utilidade teve, como lei imperativa, isto é, com força de obrigar as decisões que se referiam a problemas relacionados com os países contratantes.

¹⁶ Decreto-Lei n.º 4.657, de 04 de setembro de 1942, publicado no Diário Oficial da União, de 9 e retificado em 17 de setembro de 1942. Entrou em vigor no dia 24 de outubro de 1942, em razão do disposto no Decreto-Lei n.º 4.707, de 17 de setembro de 1942. A Lei de Introdução ao Código Civil alude à aplicação de todas as normas jurídicas, sejam elas da seara do direito privado ou do direito público. Ressalte-se que a referida lei perfaz-se a entrada em vigor da Lei n.º 10.406 de 10.01.2002 (Novo Código Civil).

Mas, conforme observado por Irineu Strenger¹⁷, é claro que muita coisa foi feita no sentido de aprimorar na Lei de Introdução ao Código Civil certas regras de aplicação de normas para a solução de conflitos, fundadas nas disposições do Código Bustamante. Por outro lado, a aplicação específica do referido Código, é muito restrita. Porém, nem por isso, pode-se ignorar a existência do mesmo e deixar de considerá-la, porque realmente tem importância fundamental, não só no Brasil, como em todos os países que hoje admitem ainda o Código Bustamante como lei interna.

Nota-se que o Código de Bustamante, assume o termo "ordem pública" como fundamento integrante das leis e das decisões judiciais e administrativas, e, o faz com dois sentidos, conforme a hipótese emergente: o positivo e o negativo. O positivo, para significar a obrigatoriedade da prática de determinados atos. O negativo, para orientar as autoridades a não permitirem a realização ou anularem a de certos atos.

Preconizou o sentido negativo, quando dispõe na segunda alínea do seu art. 1.º "que cada Estado contratante pode, por motivos de ordem pública, recusar ou sujeitar a condições especiais o exercício de determinados direitos civis aos nacionais dos outros, e qualquer desses Estados pode, em casos idênticos, recusar ou sujeitar a condições especiais o mesmo exercício aos nacionais do primeiro".

Preconizou o sentido positivo, ao estabelecer no n.º II do seu art. 3.º que "são de ordem pública internacional as leis que obrigam por igual a todos os que residem no território, sejam ou não nacionais".

Nesse ponto, surge uma questão que já foi bastante controvertida, mas desde o início cogitou-se do posicionamento que hoje predomina.

Há casos em que a lei declara expressamente tratar-se de ordem pública, inclusive na Convenção de Havana, que é lei, são expostos princípios gerais com relação ao conteúdo da expressão "ordem pública", como são declaradas aquelas leis que têm esse caráter. Vejamos:

Princípios gerais são mencionados no art. 3.º ao dispor que:

Para o exercício dos direitos civis e para o gozo das garantias individuais idênticas, as leis e regras vigentes em cada Estado contratante consideram-se divididas nas três seguintes categorias:

I - As que se aplicam às pessoas em virtude do seu domicílio ou da sua nacionalidade e as seguem, ainda que se mudem para outro país denominadas pessoais ou de ordem pública interna;

II - As que obrigam por igual a todos os que residem no território, sejam ou não nacionais, - denominadas territoriais, locais ou de ordem pública interna;

¹⁷ Strenger, I. *Curso de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978. p. 202.

III - As que se aplicam somente mediante a expressão, a interpretação ou a precunção da vontade das partes ou de algumas delas, - denominadas, voluntárias, supletórias ou de ordem privada.

E inclusive, vem previsto no Código em questão, em seu art. 6.º, o direito que tem cada Estado de qualificar leis de ordem pública e o direito que fica reservado aos poderes de cada Estado de dar esse atributo a algumas leis: "Em todos os casos previstos por esse Código, cada um dos Estados contratantes aplicará a sua própria definição às instituições ou relações jurídicas que tiverem de corresponder aos grupos de leis mencionadas no art. 3.ºm (já descrito acima).

Não obstante a tais previsões, há casos em que o caráter de ordem pública nem sempre vem descrito expressamente, mas sim de forma implícita. E nesses casos, a ordem pública invoca o poder valorativo do juiz para descobrir nos negócios jurídicos o ponto em que a ordem pública chamada fundamental está sendo violada. E aqui, perfaz-se um argumento que desde muito tempo é utilizado pela doutrina.

Assim, como por ordem pública se entendem os quadros jurídicos e sociais básicos sobre os quais repousa a sociedade humana, para encontrá-la, o juiz considera os casos expressos de ordem pública estabelecidos pelas leis, considera, de outro lado, os bons costumes, e então cria para determinada disposição o ambiente de ordem pública. Sob esse ponto de vista, tira a consequência da sua inderrogabilidade do preceito pelas partes, ou da impossibilidade da sua renúncia, ou da nulidade dos atos praticados pelos particulares ou pelas autoridades contra as suas disposições a ser decretada pelo juiz quando a encontrar. Por óbvio, que este, não deve arbitrariamente construir noções de ordem pública, mas há uma certa latitude na apreciação, que fica sem arbítrio.

Como se pode constatar, também há grande divergência, naturalmente, em relação à quais leis são consideradas como de ordem pública por cada Estado.

Arminjon¹⁸, entende que "são pois, de ordem pública internacional, as leis de direito constitucional, de direito administrativo, de polícia, de processo e de execuções civis e penais, a maior parte das leis penais e das leis fiscais, as leis relativas aos imóveis, as regras de qualificação, etc. Pelo que, diz Arminjon, quase a totalidade das leis de um país são de ordem pública internacional".

Inclusive alguns estudiosos chegam a estender seu entendimento à tal ponto, observando que é de essência da lei prover o interesse público e não há uma só lei que não interesse à ordem pública.

¹⁸ Arminjon, P. *Apud* Oliveira Filho, J. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Editor 8orsoi, [s.d.]. p. 255.

Colin e Capitane¹⁹, juristas franceses, entendem que as leis que possuem caráter de ordem pública são:

a) as que têm por objeto assegurar o respeito à ordem material e impedir que uma pessoa cause, injustamente, um prejuízo a outrem; é, pois o princípio de ordem pública o que estabelece que todo aquele que cause um prejuízo a outrem seja obrigado à reparação do dano; b) as leis de direito de família, porque, segundo uma frase que se tornou banal, a família é a base da sociedade; assim são de ordem pública a organização das relações de família, as obrigações que delas decorrem, os direitos de poder que elas estabelecem entre pessoas; c) as leis de direito patrimonial, quais as referentes aos direitos que o homem pode ter sobre as coisas, a organização da propriedade, do crédito fundiário e mobiliário, a publicidade das transmissões imobiliárias e da cessão dos créditos, o direito de alienar os bens, a interdição da indivisão de bens, etc. e) as leis de sucessão, se bem que todas sejam de caráter supletivo da vontade individual, também podem ser de ordem pública, quais: as que proibem as substituições, as que se referem à reserva hereditária, etc.

Beviláqua²⁰, porém, "achava que leis relativas à ordem pública e aos bons costumes vêm definido belamente em uma sentença famosa da corte de Veneza, em 1894, isto é, são as leis destinadas a garantirem a organização social, sob o ponto de vista político, econômico e moral, filmando assim a noção, até então vaga, do que fossem leis de ordem e bons costumes."

4. ORDEM PÚBLICA INTERNA E INTERNACIONAL

A ordem pública tem um conceito controvertido em direito internacional privado. Para o doutrinador Irineu Strenger²¹, o conceito de ordem pública nada tem a ver com lei de ordem pública em direito interno. Afirma que uma lei é de ordem pública interna sempre que o acordo entre as partes não pode afastar suas consequências, sempre que estas sejam inarredáveis ainda que as partes diretamente interessadas no litígio o desejem. Assevera, em tempo, que, são freqüentes as leis dessa natureza, mas isso nada tem a ver com ordem pública em direito internacional privado onde tem sentido diverso.

¹⁹ Colin e Capitane, *Apud* Oliveira Filho, J. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, [s.d.]. p. 254

²⁰ Beviláqua, C. *Princípios elementares de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: [s.l.], 1938 *Apud* Oliveira Filho, J. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, (s.d.). p. 253.

²¹ Strenger, I. *Curso de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978. p. 510

Para demonstrar seu entendimento, considera que para se verificar a diferença entre os dois conceitos é preciso considerar que eles não têm a mesma extensão. São frequentes as leis de ordem pública interna em direito civil, por exemplo, como é o direito de família; ninguém pode validamente renunciar ao direito de receber alimentos de quem de direito.

Assevera Strenger²², que, o conceito de ordem pública em direito internacional privado não tem a precisão que tem o conceito de ordem pública em direito interno. Entende por ordem pública em direito internacional privado toda aquela base social e política de um Estado.

Confirmando a controvérsia inicialmente citada, tem-se, por exemplo, Maria Helena Diniz e Luiz Roberto Barroso, entendendo de forma diversa de Irineu Strenger. A primeira afirma que "ordem pública é o conjunto de normas essenciais à convivência nacional; logo não comporta classificação em ordem pública interna e ordem pública internacional, mas tão-somente a de cada Estado"²³. O segundo, se manifesta da seguinte maneira:

Fundados em distinção formulada por Brocha, os autores costumam fazer referência à ordem pública interna e à ordem pública internacional. No fundo, a ordem pública constitui princípio único, que irradia seus efeitos em planos diversos. Internamente, ele opera no sentido de limitar a autonomia de vontade das partes em domínios nos quais devem prevalecer, cogentente, os comandos estatais.

No plano internacional, que é o que interessa aqui, o princípio se manifesta de forma dúplice: (a) ora envolve a aplicação direta da lei estrangeira indicada pela regra de conexão; (b) ora envolve a aplicação indireta da lei estrangeira, pelo reconhecimento de direitos adquiridos e de situações constituídas no exterior. Nas duas hipóteses, a ordem pública opera no sentido de impedir a eficácia dos atos jurídicos contrastantes com os valores do foro, embora sua aplicação seja mais rígida no primeiro caso²⁴.

5. CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONCEITO DE ORDEM PÚBLICA

Antes de mais nada, tenha-se que a expressão ordem pública, tomou consistência política, depois do período revolucionário da França, quando a Assembléia Constituinte criou a guarda nacional

²² *Id.*

²³ Diniz, M. H. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 7. ed. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 366.

²⁴ Barroso, L. R. *Interpretação e aplicação da constituição*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 1999. p. 46

com o fim especial de garantir os direitos do povo, a estabilidade de sua liberdade, mantendo a ordem pública, isto é, a obediência às leis, o respeito às pessoas e à propriedade, bases fundamentais, sem as quais não se poderia conceber a existência de um Estado.

Em todos os países civilizados, portanto, a ordem pública é indispensável à tranquilidade de todos para o progresso e o engrandecimento nacionais.

Após estas considerações atinentes à conceituação de ordem pública, a observação feita por Eduardo Espínola²⁵ assume caráter muito valioso, pela peculiaridade. Veja-se:

Reconhece Espínola que o conceito de ordem pública requer o mais cuidadoso exame. Nesse ponto aparece a inconveniência de unir no mesmo dispositivo de lei a regra de direito civil, relativo ao respeito que devem as disposições e convenções particulares às normas legais de ordem pública, e a regra de direito internacional privado relativo à inadmissibilidade de aplicação de leis, estrangeiras, que ofendem aos nossos princípios de ordem pública.

Note-se então, que a ordem pública tem conteúdo diferente, conforme se trate de um caso ou de outro. E daí provém a distinção de Brocher²⁶, aceita pela maioria dos modernos internacionalistas, entre "ordem pública interna" e "ordem pública internacional"²⁷.

A ordem pública interna dita todas as normas coativas do país, sejam imperativas ou proibitivas, são todas aquelas que não tenham caráter meramente supletivo ou dispositivo, ou seja, têm império absoluto e coativo sobre os cidadãos e às quais não se admite derrogação²⁸. Já a ordem pública internacional, refere-se a uma outra série de normas que respeitam ao mesmo tempo a nacionais e estrangeiros e que, sendo regra comum aos povos cultos, são um obstáculo ao reconhecimento do direito estrangeiro²⁸. Já a ordem pública internacional, refere-se a uma outra série de normas que respeitam ao mesmo tempo a nacionais e estrangeiros e que, sendo regra comum aos povos cultos, são um obstáculo ao reconhecimento do direito estrangeiro²⁹.

De tudo se conclui então, que se é nítida a distinção entre ordem pública interna e internacional, se, mesmo, uma convenção internacional (Convenção de Havana), deu-lhe definição precisa, e que é lei entre os

²⁵ Espínola, E. *Elementos de direito internacional privado*, 1925, Apud Oliveira Filho, J. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*.

²⁶ Brocher. *Cours de droit international privé*. V. 1, Apud Oliveira Filho, J. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, [s.d.], p. 252.

²⁷ *Supra*, Cap. 4, p. 11-2.

²⁸ Ruggiero, R. de. *Instituições de Direito Civil*. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Editora Bookseller, 1999, v. 1. p. 254.

²⁹ *Id.*

Estados contratantes, o que não está ainda precisado, muito menos definido é o conceito da ordem pública.

Por isso, nota-se, conforme, inclusive, estabelecido no artigo 6.º da Convenção de Havana, que cabe a cada Estado estabelecer sua concepção de ordem pública de acordo com as leis que assim considerarem, conforme já observado em linhas passadas. E, por conseguinte, justamente em razão dessa circunstância, entende-se que a questão conceitual de ordem pública continuará por muito tempo a ser uma agonia aos juristas, pois cada Estado de acordo com sua ideologia política, econômica e social, adotará diferentes critérios em razão de viverem realidades diferentes.

Em outros tempos, já foi sugerido inclusive por juristas, que para evitar as dificuldades inerentes a esse problema, mais conveniente seria tentar uma catalogação das leis de ordem pública, embora o conceito de ordem pública não fosse possível conseguir³⁰.

5.1. Noção de ordem pública segundo juristas de vários países

Savigny³¹, jurista alemão, em 1849, publicou o seu famoso *Sistema Atual do Direito Romano* onde nos expõe doutrina diversa acerca do império das regras de direito sobre as relações jurídicas; de modo a estabelecer uma divisão muito importante: os limites espaciais e os limites temporais. Exerceu influência na Inglaterra, em Westlake, e no Brasil, em Teixeira de Freitas³².

Na sua teoria da comunidade dos direitos entre os povos, Savigny ressalta o princípio do domicílio. Veja-se passagem de sua obra³³:

Quanto mais numerosas e ativas se tornam as relações entre os povos, tanto mais nos devemos persuadir que é oportuno não manter aquêlê princípio rigoroso, e substituí-lo pelo princípio contrário. Assim sendo, melhor se atenderá a desejável reciprocidade no tratamento das relações jurídicas e a conseqüente igualdade dos estrangeiros e nacionais perante a justiça, com vantagens para os indivíduos e para as coletividades. Essa igualdade, para ser perfeita deve conduzir, não só a se dar, em cada Estado, ao estrangeiro, numa posição que não seja inferior à dos nacionais, mas, ainda, assegurar às relações jurídicas, no caso de conflito de leis, a mesma decisão, seja a sentença proferida num ou outro Estado. O

³⁰ Oliveira Filho, J. Ordem Pública. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, [s.d.]. p. 253

³¹ Conferir, Savigny, F. C. von. *Sistema dei diritto romano attuale*. Tradução de Vittorio Scialoja. Torino, 1886. v. 8

³² Strenger, I. *Curso de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978. p. 131

³³ Savigny, F. C. von. *Sistema dei diritto romano attuale*. Tradução de Vittorio Scialoja. Torino, 1886. v. 8 *Apud* Oliveira Filho, J. Ordem Pública. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, [s.d.]. p. 250.

princípio. a que nos conduzem tais considerações, é o de uma comunhão de direito internacional entre os povos, que mantém relações entre si, princípio este que, com o correr dos tempos, tem sido reconhecido cada vez mais, em parte pela influência da civilização cristã comum, em parte pelas reais vantagens que dele resultam para todos. Havendo, assim, um conflito entre o direito local e o direito estrangeiro, o critério a seguir será o mesmo já estabelecido para os conflitos entre regras particulares de um mesmo Estado: determinar, para cada relação jurídica, o domínio do direito ao qual, por sua natureza própria, ela pertence ou está submetida. Em outras palavras: cada relação jurídica deve ser regulada pela lei mais conforme com a sua natureza.

Aparece, então, o notável jurista italiano, Mancini, por volta de 1851, com a sua doutrina nacionalista, demonstrando a importância que tinha a nacionalidade para o direito internacional privado, preconizando a coexistência das nacionalidades. Influenciou enormemente a legislação italiana³⁴, afirmando, citado por João de Oliveira Filho³⁵, que:

A ordem pública, diz Mancini, em todos os países, compreende, também, na mais larga acepção da palavra, o respeito aos princípios superiores da moral humana e social, tais como são estabelecidos e praticados no país, os bons costumes, os direitos primitivos inerentes à natureza humana e as liberdades aos quais, nem as instituições positivas, nem qualquer governo, nem os atos da vontade humana, poderiam impor derrogações válidas e obrigatórias para os Estados. Se as leis positivas de um Estado, um julgamento estrangeiro ou os atos e os contratos feitos no estrangeiro violam estes princípios ou estes, cada soberania, longe de aceitar estas ofensas à natureza e à moralidade humanas, poderá, a justo título, recusar qualquer efeito e toda execução sobre o seu território. Pode-se regular, não somente as instituições incompatíveis com a ordem econômica estabelecida em determinada sociedade, ordem econômica que se compreende na ampla acepção da ordem pública³⁶.

Segundo H. Saint-Albin³⁷, "A verdadeira ordem pública, é aquela que assegura em todos os sentidos o desenvolvimento pacífico da liberdade, o surto natural de todas as inteligências e que faz caminhar a sociedade de uma forma regular para o nobre fim que ela deve alcançar".

³⁴ Strenger, I. *Curso de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978. p. 132.

³⁵ Oliveira Filho, J. *Ordem Pública. Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, [s.d.], p. 250-1

³⁶ Haroldo Valladão, a grande figura mundial do direito internacional privado diz, com acerto, que não há, nessa matéria, qualquer teoria que tenha ultrapassado a obra de Carl Frederich von Savigny e de Pasquale S. Mancini

³⁷ *Apud* Oliveira Filho! J. *Ordem Pública. Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, [s.d.], p. 252.

Os juristas franceses Colin e Capitant³⁸, entendem que as leis de ordem pública são inderrogáveis pela vontade do particular. Afirmam que, quando um ato jurídico se realiza, violando-as torna-se ele ineficaz, nenhum efeito produzindo, mesmo que a lei não tivesse, de expresso, imposto tal sanção. Entendem que tais leis são territoriais, isto é, obrigam a todos que habitam o território do Estado, sejam nacionais ou estrangeiros. Por estas razões definem ordem pública como a ordem no Estado, isto é, o arranjo das instituições, a organização das regras que são indispensáveis ao exercício e ao funcionamento do Estado. Para àqueles, a expressão ordem pública indica, com efeito, a idéia de uma disposição lógica, de uma subordinação que dá ao conjunto unidade e vida.

Lê Vicomte Poulet³⁹, jurista belga, é da opinião que a ordem pública se caracteriza por certos princípios de direito, consagrados ou não por um texto formal de lei, que constituem um obstáculo para a aplicação da lei estrangeira normalmente competente para reger uma relação jurídica competente com elementos estrangeiros.

Thomas H. Healy⁴⁰, entende que a ordem pública é o princípio que autoriza o soberano territorial a aplicar em todo tempo e para todos os indivíduos presentes em seu território, sem se inquietar do que possam dispor suas leis pessoais ou outras, todas as determinações que considera como essenciais para a segurança, a moral e o bom governo do seu território.

Depois de se observar todas essas disposições conceituais, conclui-se juntamente com Machado Vilela⁴¹, jurista português, que, de tudo se vê que a noção de "ordem pública" é mais ou menos sinuosa e, por isso, a determinação das leis que ela torna limite das leis estrangeiras normalmente competentes para regular as relações jurídicas, escapa a um critério rígido e dogmático.

Não se admite, pois, que uma lei de ordem pública seja determinada como tal, através de um simples critério de orientação, o qual no entender do citado jurista português, resulta da aproximação dos elementos que aparecem dispersos em vários critérios, como o do caráter absolutamente imperativo, ou do interesse da comunidade como conteúdo da lei imperativa, ou ainda da

³⁸ Apud Oliveira Filho, J. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, [s.d.]. p. 254.

³⁹ Poulet, L. V. *Manuel du droit international prive belge*, Bruxelas, 1947 Apud *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, [s.d.]. p. 255.

⁴⁰ Healy, T. T. *Théorie générale de l'ordre public*, in *Recueil des Cours*, 1925. v.9 Apud *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, (s.d.). p. 255.

⁴¹ Vilela, M. Apud Oliveira Filho, J. *Ordem Pública*. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, (s.d.J.). p. 255.

divergência fundamental entre a lei estrangeira e *lex fori*. Pois, quando esses elementos se reúnem num caso, pode afirmar-se, sem receio de errar, que se trata de uma lei de ordem pública aquela que o rege.

5.2. Situação atual do conceito de ordem pública

Admite-se hoje, que o conceito de ordem pública é antigo e de trânsito universal. Assumem-no como uma cláusula geral, de conteúdo elástico e variável, que, inclusive, tem levado os doutrinadores a se referirem a ela como um conceito indeterminado *a priori*, e mesmo indefinível⁴².

Não obstante, entende-se que, melhor de todas as sugestões doutrinárias, temos aquela que considera possível identificar a ordem pública como um princípio geral de preservação de valores jurídicos, morais e econômicos de determinada sociedade política⁴³.

De forma mais clara ainda, Irineu Strenger⁴⁴, define a ordem pública como "um conjunto de princípios implícita ou explicitamente conhecidos na ordenação jurídica que, considerados fundamentais, excluem a aplicação do direito estrangeiro. E em tempo, destaca que são mais implícitos que explícitos."

Quais são então, os princípios considerados intocáveis que excluem a aplicação do direito estrangeiro?

Conforme já observado em linhas anteriores, a determinação deles quase sempre cai nas mãos do juiz. Este não deve arbitrariamente constatar noções de ordem pública, mas há uma certa latitude na apreciação, que fica sem arbítrio. E não raro a discriminação desses princípios em casos concretos pode sofrer influência dos próprios preconceitos do juiz. Esse inconveniente, de certa maneira, todos os direitos sofrem. Essa determinação dos princípios que excluem a aplicação do direito estrangeiro em última análise repousa no entendimento reiterado dos tribunais, na jurisprudência. No direito brasileiro, a jurisprudência é rara e flutuante. Rara devido à escassez de verdadeiros conflitos, e flutuante, devido ao quase total desconhecimento da matéria, por todo o País.

Essa noção de ordem pública serve, portanto, para guardar a base considerada fundamental, que é subjacente a cada ordenamento jurídico nacional. A doutrina assinala que esse conceito de ordem pública preenche duas funções:

⁴² A respeito, conferir, Machado, J. B. *Lições de direito internacional privado*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

⁴³ Barroso, L. R. *Interpretação e aplicação da constituição*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 1999. p. 46.

⁴⁴ Strenger, I. *Curso de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978. p. 512.

1. impedir que seja feridos os sentimentos de nacionalidade. Unanimemente essa exceção serve para que se recuse no território nacional a aplicação do direito estrangeiro cujas soluções aberrem em sentimentos, tradições, constantes de cada povo;
2. não são raros os que acham que essa exceção de ordem pública atua para defender uma orientação política ainda que o sentimento nacional não seja compacto.

Tenha-se que, por óbvio, o conteúdo desses princípios é impreciso. Se é nas mãos do juiz que repousa o princípio, é preciso dizer que o processo determina quais sejam os princípios que o juiz deve levar em conta: em primeiro lugar, os princípios informadores da Constituição Federal. Este é um documento solene e principal, onde cada povo fixa as linhas gerais do seu poder. A Constituição Federal não é apenas um texto jurídico, mas também uma decisão sobre o que cada povo pretende que seja o seu futuro. Esse o motivo que explica sem justificar as regras que não são imediatamente aplicadas, mas um roteiro para o legislador.

Depois de indagar ou examinar a Constituição, deve-se procurar reduzir o princípio da ordem pública a cada país em cada legislação positiva. Na Constituição e leis, o juiz deve identificar os princípios básicos que excluem a aplicação do direito estrangeiro. Essa exceção de ordem pública é mais rigorosa contra a aquisição do direito no Estado, que contra o gozo de direitos adquiridos fora desse Estado.

Gama e Silva⁴⁵, acompanhando a opinião de vários autores admite a duplicidade dos efeitos da ordem pública, isto é: "a ordem pública tanto pode afastar a lei estrangeira como, afastando-a pode substituí-la pela *lex fori*."

Ainda, Gama e Silva⁴⁶, procurando determinar os caracteres das leis de ordem pública em direito internacional privado, embora considere impossível uma classificação dessas leis, apresenta três versões:

1) As leis de ordem pública são excepcionais, porquanto reconhece como regra a extraterritorialidade das leis; 2) As leis de ordem pública são territoriais, porque aplicáveis em todo o território do Estado, com exclusão de qualquer outra lei competente; 3) As leis de ordem pública são móveis e atuais. Tais qualidades resultam do fato de serem variáveis no tempo e no espaço, ante a divergência dos critérios legislativo e judiciário de cada país.

⁴⁵ Silva, L. A. G. e. *A ordem pública em direito internacional privado*. Apud Strenger, I. *Curso de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978. p. 512-3.

⁴⁶ *Ibid.* p. 514.

6. ORDEM PRIVADA

No dizer de João de Oliveira Filho⁴⁷, "a ordem privada é aquela orientação que permite aos particulares praticarem um ato, legitimado pela expressão, ou pela interpretação ou pela presunção de corresponder à vontade das partes".

Note-se então que às leis de ordem privada correspondem à liberdade individual. É a esfera que abarca as chamadas normas dispositivas, em que nenhum interesse social existe a proteger, sendo assim derogáveis pelas partes. A relação é dominada pela vontade privada, que pode dispor de modo diferente do previsto pelo legislador, segundo seja mais conveniente ou oportuno para os interessados, a lei é apenas supletiva.

7. BEMCOMUM

A noção de bem comum remonta, em nossa cultura, à filosofia grega. Ela aparece no momento em que se colocou a questão da natureza da sociedade humana agrupada em Estados que podem e/ou devem proporcionar um bem a seus membros, que seja a todos, igualmente acessível.

Formalmente falando, o conceito de bem comum possui contexto amplo e irrestrito, o que, mais uma vez, acarreta concepções variadas.

Inclusive, Maria Helena Diniz⁴⁸, se manifesta da seguinte maneira:

A noção de "bem comum" é bastante complexa, metafísica e de difícil compreensão, cujo conceito dependerá da filosofia política e jurídica adotada. Esta noção se compõem de múltiplos elementos ou fatores, o que dará origem a várias definições. Assim se reconhecem, geralmente, como elementos do bem comum, a liberdade, a paz, a justiça, a segurança, a utilidade social, a solidariedade ou cooperação. O bem comum não resulta da justaposição mecânica desses elementos, mas de sua harmonização em face da realidade sociológica.

A tradição escolástica costuma ver no bem comum o direito fundamental da sociedade, de modo análogo aos direitos fundamentais da pessoa, com os quais se relaciona como sua garantia e realização.

Nesta linha de pensamento, observa Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁴⁹,

⁴⁷ Oliveira Filho, J. Ordem Pública. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Editor Borsoli, [s.d.]. p. 248.

⁴⁸ Diniz, M. H. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 7. ed. atual. São Paulo: Editora Saraiva, p. 165.

⁴⁹ Ferraz Júnior, T. S. Bem comum. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, n.º 10, p. 397-400, 1977.

que a noção de bem comum tem uma dignidade ética e representa a presença inequívoca de um fundamento moral para o direito. O bem comum, assim exige certos requisitos que condicionam uma vida digna para todos os cidadãos.

Mas, antes de má interpretação, tenha-se que não se trata de uma pura repartição harmônica das mesmas vantagens materiais, mas de uma harmonia e estabilidade que são próprias de toda a sociedade como tal.

Tem-se dessa maneira, que o conceito de bem comum visa solucionar problemas que surjam entre o indivíduo e a sociedade. E é justamente aqui que a diversificada ideologia sobre a matéria, nos coloca mais uma vez diante de uma indefinição.

Essa diversidade se apresenta no modo como se concebe o próprio todo social, que pode ser entendido como a soma de todos os seus membros, caso em que a realidade social é apenas uma projeção da realidade dos indivíduos (ideologias individuais) ou como um *plus* em relação aos membros, caso em que a realidade social não se confunde com a dos indivíduos que a compõem (ideologias socialistas).

Assim, entre estas ideologias, ora tem-se uma prioridade individual, ora, social, alinhando-se às mesmas uma série de concepções que, ou se conciliam, ou assumem extremos. Em conformidade com àquelas, variam o grau de importância dado a determinado bem considerado comum, como a liberdade, a solidariedade, a igualdade, a ordem, a justiça, a paz, a utilidade social, a segurança, etc.

Tenha-se que, além disso, todos esses termos constituem, eles próprios, conceitos de textura aberta⁵⁰, e mesmo quando presentes em diversas concepções do bem comum não podem ser abstraídos da situação nem proclamados como constitutivos da noção de modo universal, salvo num sentido altamente abstrato e de impossível precisão.

Dentro de uma concepção mais individualista, Miguel Reale⁵¹, entende que o bem comum, a rigor, é a ordenação daquilo que cada homem pode realizar sem prejuízo do bem alheio, uma composição harmônica do bem de cada um com o bem de todos.

Modernamente, o bem comum tem sido visto, como uma estrutura social na qual sejam possíveis formas de participação e de comunicação de todos os indivíduos e grupos.

Muito importante ressaltar, é que entre o bem comum e a ordem

⁵⁰ Expressão utilizada por Hart, r1. L. A. *The concept of law*. Oxford University Press, 1961.

Apud Ferraz Júnior, 1. S. Bem comum. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, n.º 10, p. 398, 1977.

⁵¹ Reale, M. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998. p. 59.

pública há um estreitamento tão grande que para alguns, chega a se confundirem, como por exemplo para Vareilles-Sommières⁵², quando declara que "é de opinião que as palavras "ordem pública", na linguagem prática e jurídica, significam o bem público, o bem comum, o interesse geral, o interesse de todo o povo, o interesse social, sendo todas essas expressões sinônimas" .

7.1. O bem comum no direito vigente

O termo "bem comum" aparece, no art. 5º da Lei de Introdução do Código Civil⁵³, que é de 1942⁵⁴. Apesar de todas as ambigüidades, é possível, no contexto, fornecer-lhe ao menos as qualidades positivas (possibilidade de dizer que é o caso, ainda que seja difícil dizer quando não ocorre). O texto legal fala em exigências do bem comum. Estas exigências estão ligadas, em nosso direito, primeiramente ao respeito aos direitos individuais que constam da Constituição Federal. Além disso, elas excluem a possibilidade de se invocar a razão de Estado, expressamente proscrita pelo texto constitucional.

Observa Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁵⁵ que:

*O espírito neo-liberal do nosso direito nos faz pensar que o bem comum não é o bem do Estado, mas da coletividade de pessoas livres, solidárias, onde delas não se pode exigir, individualmente, mais do que se exige da sociedade como um todo, nem de um indivíduo, nas mesmas condições, mais do que de outro. Incorpora, assim, ideais de justiça e de interesse público, de acordo com a idéia de comunidade como um todo. No mesmo espírito, exige-se a independência política do Poder Judiciário, o único capaz, em última instância, de conferir-lhe um sentido no caso concreto*⁵⁶.

Consideração que bastante contribui para o entendimento de bem comum, é a realizada por Orozimbo Nonato⁵⁷ quando entende:

(...) que a invocação do bem comum é indicativa das tendências frenadoras dos abusos do individualismo, ao qual se opõem os imperativos da democracia social. Entende que a noção do bem comum é considerada

⁵² Vareilles-Sommières *Apud* Oliveira Filho, J. Ordem Pública. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, [s.d.]. p. 256.

⁵³ Arl. 5.º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

⁵⁴ *Supra*, Capó 3, p. 07.

⁵⁵ Ferraz Júnior, T. S. Bem comum. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, n.º 10, p. 399, 1977.

⁵⁶ No mesmo sentido se manifesta, Diniz, M. H. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 7. ed. atual. São Paulo: Editora Saraiva, p. 165.

⁵⁷ Nonato, O. *Aspectos do modernismo jurídico*. In: *Pandectas brasileiras*. V. 8. *Apud* Diniz, M. H. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 7. ed. atual. São Paulo: Editora Saraiva, p. 165

pelos juristas e moralistas em prismas diversos, mas como quer que seja ela aparece no art. 5º da Lei de Introdução como sinal de tendências socialistas. O bem comum está longe de ser a soma bruta dos interesses individuais, como queria o individualismo, mas é a coordenação do bem dos bens dos indivíduos, segundo um princípio ético. Todo sistema jurídico se inspira numa concepção do bem comum, isto é, nos fins pelos quais a sociedade optou, porque ela os considerava bons. (grifo nosso).

Como isso, tem-se que todo ato interpretativo deverá fundar-se no objetivo do bem comum, que respeita o indivíduo e a coletividade, mediante um perfeito equilíbrio, tão necessário ao direito, pois o bem comum consiste, sobretudo, na preservação dos valores positivos vigentes na sociedade, que dão sustento a determinada ordem jurídica.

8. FINALIDADE DA ORDEM PÚBLICA

Conforme já se percebeu, a idéia de ordem pública conduz à não-aplicação da lei alienígena, que, em virtude de desajustamento às concepções legais territoriais, possa prejudicar o Estado onde deveria ser aplicada. Assim, como já afirmado, é evidente que ao juiz do foro competirá a difícil tarefa de qualificar o conceito em apreço, com a finalidade de salvaguardar interesse público, afastando a norma estrangeira apontada com aplicável pelo direito internacional privado se contrariar a ordem pública. A ordem pública poderá ser ofendida por ato praticado em outra jurisdição, e se defenderá, como logo mais veremos, por meio de normas imperativas, sendo resguardada pela proibição de se dar juridicidade a leis, atos e sentença de outro Estado.

A ordem pública, por ser um critério axiológico, caracteriza-se pela sua apreciação de conformidade com o *fórum* no momento atual. Como a noção de ordem pública é ambígua, imprecisa e variável no tempo e no espaço, ao órgão judicante, caberá, caso por caso, averiguar se a ordem pública está ou não em jogo. Será necessário verificar se há entre a lei nacional e a estrangeira a ser aplicada um mínimo de equivalência. Se não houver, impossível será aplicar a norma alienígena. As circunstâncias fáticas deverão ter, portanto, algum liame com o país do *fórum*.

Por isso, para uma grande parte dos estudiosos, como por exemplo Pasquale Fiore⁵⁸, o problema da ordem pública é o da concorrência entre a lei local e a estrangeira, cabendo a solução de conflito, de acordo com os princípios gerais de direito internacional privado, à fixação das normas relativas à autoridade preponderante de uma das duas leis, tendo por base a

⁵⁸ Fiore, P. *Apud* Diniz, M. H. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 7. ed. atual. São Paulo: Editora Saraiva, p. 365.

competência legislativa de onde elas promanam, aplicando-se, então, em regra a *lex fori* em lugar da lei estrangeira contrária à ordem pública.

Assim, a ordem pública é um limite à aplicação das leis estrangeiras, mas, apesar de ser um critério justificador da aplicação exclusiva da lei substancial do *j6rum*, em lugar da que seria competente para regular a relação jurídica, têm prevalecido a competência cumulativa da lei pessoal e da *lex fori* e a competência da lei pessoal com a ressalva da ordem pública.

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 da ordem pública. Exemplificativamente, se um árabe, transferindo-se para um Estado que não aceita a poligamia, aí pretendesse legalmente seus direitos de marido sobre suas mulheres, ou, se tendo três, pretendesse casar-se pela quarta vez, negar-se-lhe-ia nos país do foro quaisquer desses direitos, inclusive os efeitos pretendidos relativamente à vida em comum as várias esposas, mas não se poderia deixar de reconhecer a legitimidade de filhos nascidos dessa união poligâmica, 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 comum com as várias esposas, mas não se poderia deixar de reconhecer a legitimidade de filhos nascidos dessa união poligâmica.

8.1. Ordem pública no direito vigente

A Lei de Introdução ao Código Civil, traz o dispositivo mais explícito no que tange a presença expressa da ordem pública no nosso ordenamento jurídico. Veja-se:

Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

8.2. Limites à extraterritorialidade da lei

Determinada a aplicação de uma lei estrangeira no Brasil, num dado caso concreto, por força de imposição de norma de direito internacional privado, o órgão judicante deverá averiguar se sua aplicabilidade não ofenderá os princípios de nossa organização política, jurídica e social, ou seja, a soberania nacional, a ordem pública ou os bons costumes.

Assim sendo, a ofensa à soberania nacional, à ordem pública ou aos bons costumes constituirão uma restrição à aplicação de lei estrangeira regularmente aplicável a certo caso, cup competência normal será então

afastada.

O magistrado está obrigado a aplicar a norma de direito internacional privado, não podendo deixar de curvar-se ante o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Logo, leis, atos e sentença de outro Estado, que não ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes, terão eficácia no Brasil. Reconhecidos e respeitados estarão os direitos adquiridos no estrangeiro, pois serão acatados, considerando-se ineficazes somente leis, atos e sentenças de outro país que ofenderem a ordem pública, a soberania nacional e os bons costumes. Haverá, portanto, uma submissão dos atos alienígenas aos princípios da soberania nacional, da ordem pública e dos bons costumes.

Não se deverá, ao caso *sob judice*, aplicar a lei estrangeira se ela vier a contrariar o direito público do Estado ou o direito privado decretados, tendo em vista o interesse econômico e político, a moral, constituindo base da sociedade. Essa não-aplicação de norma alienígena traz como consequência a aplicação da *lex fori*. Deverá haver uma tomada de consciência do Poder Judiciário para que haja prestação jurisdicional adequada nos casos que requerem aplicação de lei estrangeira, sem ferir a ordem social, aplicando-se a lei substancial interna, ou melhor, a lei do *fórum*.

Saber se há motivo ou não para deixar de aplicar no *fórum* norma alienígena, por ofender a ordem social, dependerá do momento em que o órgão julgante irá apreciar o caso, baseado em norma constitucional, leis e decisões do país, considerando o meio social. O magistrado terá o poder-dever de afastá-la, ou seja, o art. 17 da Lei de Introdução confere ao juiz uma espécie de poder de polícia, não sendo uma norma de direito de exceção à regra de que o fato deve ser apreciado segundo a norma estrangeira. A soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes são, então, aspectos de um mesmo fenômeno: a ordem social. Constituem limites que visam assegurar a ordem social, ao considerar ineficaz lei, ato ou sentença estrangeira que ofender a ordem pública, a soberania nacional e os bons costumes.

9. CONCLUSÕES

O presente trabalho consegue demonstrar o quão importante é a matéria tratada, e, ao mesmo tempo, o quanto é proporcionalmente, complexa e controvertida.

Não obstante tal observação, foi possível assumir alguns entendimentos.

Inicialmente, constata-se que o tema em tela é de extrema

importância na atualidade, sobretudo, pelo intercâmbio de pessoas no globo, que acabam por se estabelecer em territórios alienígenas.

Por conta destas circunstâncias, o Direito Internacional Privado acaba sendo nodal para regular os direitos destas pessoas. Porém, ainda que se tenha este ramo do Direito para equilibrar o conflito de leis de nações diferentes que regulam os direitos privados dos estrangeiros, tem-se que o critério vetor para determinação da lei aplicável, qual seja, a "ordem pública", dependendo de sua compreensão, perfaz-se mais como um obstáculo para solução do que está propriamente dita.

Ocorre que tal expressão é dotada de significado aberto, para alguns, tida como indefinível, e, sendo assim, dificulta a opção pelo aplicador, de qual será a lei aplicável, uma vez que em regra, aplicar-se-á aquela que preze pela ordem pública do país onde o estrangeiro se encontra, porém sem saber o que seja o conteúdo do vocábulo "ordem pública". Dúvida não restou de que a ordem pública é fundamental para a existência da sociedade, da vida civilizada entre povos de nações diferentes, para a manutenção de um Estado e seus elementos caracterizadores.

Assim, tem-se como mais adequada para a solução do problema, o entendimento de Luiz Roberto Barroso, que considera a ordem pública como um princípio geral de preservação de valores jurídicos, morais e econômicos de determinada sociedade política, que conseqüentemente deve ser aplicado pelo juiz no caso concreto. Por óbvio, que este não o fará de forma arbitrária, mas sim discricionária, o que sabemos muito bem, se tratam de coisas diferentes, zelando pela base fundamental do ordenamento jurídico ao qual se submete, qual seja, os preceitos contidos na Constituição Federal.

10. REFERÊNCIAS

- AZAMBUJA, D. *Teoria Geral do Estado*. 4. ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1968. BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da constituição*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.
- BEM COMUM. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. Coordenação do Prof. R. Limongi França. São Paulo: Editora Saraiva, 1977. v. 10, p. 397-400.
- BONA VIDES, P. *et al. As tendências atuais do direito público. Estudos em homenagem ao Prof Afonso Arinos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1976.
- DINIZ, M. H. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 7. ed. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.
- LORENZETTI, R. L. *Fundamentos do direito privado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

- MELO, F. das C. *Instituições de direito público*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1969.
- OCTAVIO, R. *Manual do código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho Editora, 1932. v.1 - parte 2 - Direito internacional privado.
- ORDEM. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. Coordenação do Prof. R. Limongi França. São Paulo: Editora Saraiva, 1977. v. 56, p. 216-225.
- ORDEM. In: REPERTÓRIO ENCICLOPÉDICO do Direito Brasileiro. Por J. M. de Carvalho Santos. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, [s.d.]. v. XXXV, p. 222.
- ORDEM PÚBLICA. In: REPERTÓRIO ENCICLOPÉDICO do Direito Brasileiro. Por J. M. de Carvalho Santos. Rio de Janeiro: Editor Bm'soi, [s.d.]. v. XXXV, p. 246-264.
- PERLINGIERI, P. *Perfis do direito civil - Introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Marina Cristina De Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1997. *Profilli Del Diritto Civile*.
- REALE, M. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- RUGGIERO, R. de. *Instituições de direito civil*. Tradução de Paolo Capitania. Campinas: Editora Bookseller, 1999. v. 1.
- SILVA, I. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 1999.
- STRENGER, r. *Curso de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978.