

DA ORDEM PÚBLICA

JOSÉ DA SILVA PACHECO

SUMÁRIO: 1. Do novo estímulo à prescrutação da “ordem pública”. 2. Na esfera constitucional brasileira. 3. Evolução do conceito em nosso País. 4. No direito comparado. 5. Nas Convenções internacionais. 6. Na Declaração Universal. 7. Considerações Gerais. Notas finais.

1. Do novo estímulo à prescrutação da “ordem pública”

Quando a Lei nº 8.078, de 11.09.90, ao instituir o Código de defesa do consumidor, proclama, em seu artigo 1º, ser aquele integrado por normas de ordem pública e de interesse social, nos termos dos arts. 5º, XXXII, 170 inciso V, da Constituição Federal e art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, volve-se, sob o influxo do instigante enunciado, a perquirir a respeito da caracterização de tais normas e, por conseguinte, da ordem pública.

Dos dispositivos constitucionais, referidos pelo art. 1º da Lei nº 8.078/90, infere-se que o princípio da defesa do consumidor, ínsito na ordem econômica (art. 170, V da C.F.), insere-se no título dos direitos e garantias fundamentais, que deve ser promovido pelo Estado na forma da lei (art. 5º, XXXII da CF), de cuja elaboração incumbe-se o Congresso (art. 48 do ADCT), impondo-se o esclarecimento do consumidor acerca dos tributos existentes sobre os produtos e serviços (art. 150, § 5º, C.F.).

Sendo, pois, a defesa do consumidor princípio fundamental, promovido pelo Estado na forma da lei, e vindo esta, regularmente, a estabelecer que suas normas são de ordem pública e interesse social, estimula-se a rediscussão da natureza, compreensão e abrangência de tais normas e, conseqüentemente, da caracterização da “ordem pública”, (1) “ordem social”(2) e “ordem jurídi-

ca”(3). Limita-se este esboço a extrair da legislação interna e externa, os dispositivos atinentes à “ordem pública”, como preliminar delineamento a ulterior estudo. Serve, todavia, desde logo, de subsídio à interpretação teleológica e sistemática do aludido estatuto do consumidor.

2. Na esfera constitucional brasileira

No plano constitucional, fala-se em preservação da ordem pública, como objetivo da segurança pública, que é dever do Estado, através, principalmente, de suas polícias, assim como direito e responsabilidade de todos (art. 144). Por esse motivo, autorizam-se: a) medidas interventivas para sustar seu grave comprometimento (art. 34, III); b) estado de defesa na iminência de grave perigo (art. 136); c) estado de sítio, em face de comoção grave a perturbá-la (art. 137). Ademais, admite-se seja garantida pelas Forças Armadas, por iniciativa de um dos poderes constituídos (art. 142).

Concebe-se, ainda, nesse plano, a ordem social como a baseada no primado do trabalho com o objetivo de bem-estar e justiça sociais (art. 193). Embora sob este ângulo já se possa ficar satisfeito com os elementos caracterizadores apontados no art. 193 da CF., não se pode dizer o mesmo com relação à ordem pública, visto que a Constituição apenas dá relevo ao dever de mantê-la, sem definí-la ou fornecer elementos para a conceituação. Há, pois, que buscá-los em outros círculos jurídicos, principalmente no direito internacional privado, no direito internacional público e no direito interno dos países civilizados, a começar pelo nosso.

3. Evolução do conceito em nosso País

No plano do direito internacional privado, o art. 17 da atual Lei de Introdução nega eficácia às leis, atos, sentenças de outro País, bem como às disposições e convenções particulares, quando ofenderem a soberania, a ordem pública e os bons costumes, seguindo, neste ponto, integralmente, o que dispunha o texto original de 1917. O projeto de Nabuco de Araujo propunha a invalidade desses atos contrários “às leis de ordem pública, ou ao direito público do Brasil, ou às suas leis proibitivas” (art. 61). O projeto de Felício dos Santos, igualmente, taxava-os de inválidos se contrariassem “as leis proibitivas ou interesse e ordem pública”. O Esboço de Teixeira de Freitas e o Projeto de Coelho Rodrigues não contemplava tais expressões. Leis imperiais, tais como a Lei nº 2.615, de 1875 e o Decreto nº 6.982, de 1878 diziam não

ser exequíveis as sentenças contrárias “à soberania nacional, às leis rigorosamente obrigatórias fundadas em motivos de ordem pública, às leis que regulam a organização da propriedade territorial e às leis da moral”. A Lei nº 221, de 1894 e o Decreto nº 3.084, de 1898 vedavam a homologação de sentença estrangeira “contrária à ordem pública ou ao direito público interno da União”.

A “Nova Consolidação das Leis Civis” de Carlos Augusto de Carvalho, vigente em agosto de 1890, fazia expressa referência à ordem pública, nos arts. 25, § 3º; 31 e 43. O Projeto Bevilacqua previa, nos arts. 14, 17 e 18, explicitamente, a ordem pública, estabelecendo: a) a inderrogabilidade das leis que interessam à ordem pública (art. 14); b) o não-reconhecimento da lei estrangeira que importasse em ofensa à ordem pública (art. 17) e c) a inaplicabilidade de lei estrangeira incompatível com lei federal brasileira fundada em motivo de ordem pública (art. 18).

O CPC de 1939 vedava, no art. 792, a homologação de sentença estrangeira contrária à ordem pública. No CPC de 1973 faz-se referência ao regime do STF que, no seu art. 211, veda a homologação de sentença que atente contra a ordem pública.

O anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas, de Haroldo Valladão, no art. 12, fornece a regra de que seriam ineficazes as declarações de vontade que ofendessem a ordem pública, a equidade, a moral e os bons costumes, e no art. 79 explicita que seriam ineficazes as leis, atos, declarações de vontade e sentenças de outro país, quando ofendessem a ordem pública.

4. No direito comparado

No direito comparado há normas semelhantes a do art. 17 da nossa Lei de Introdução. Aponta-se, na Alemanha, Revisão do EGBCB de 1986, cujo art. 6º, fala em incompatibilidade aos princípios essenciais da lei germânica e direitos fundamentais. O parágrafo sexto da Lei de DIP da Áustria, consigna que não será aplicada a lei estrangeira se da aplicação resultar incompatibilidade com os valores fundamentais da ordem jurídica austríaca.

Na Argentina, o art. 21 do Código Civil estabelece que as convenções particulares não podem deixar sem efeito as leis, cuja observância interesse à ordem pública e os bons costumes. O art. 502 considera ineficaz a obrigação fundada em causa ilícita, que ocorre quando é contrária às leis ou à ordem pública. O art. 872, segunda parte, veda a renúncia a direitos concedidos com vista à ordem pública.

No Canadá, o Código Civil de Quebec, de 1991, torna saliente, no art. 3.080, a exclusão da aplicação de lei estrangeira se ela conduzir a um resultado incompatível com a ordem pública, tal como é entendida nas relações internacionais. O Código da China, com a atualização de 1986, em vigor a partir de 1987, preocupa-se em que a aplicação de lei estrangeira não atente contra os interesses públicos e sociais da República Popular da China, no art. 150. O Código Civil espanhol, revisto em 1974, apregoa, no art. 12, § 3º, que em nenhum caso será aplicada lei estrangeira contrária à ordem pública. O 2º Restatement of Conflict of Laws, de 1971, preconiza, no art. 187, exceção à aplicação da lei de outro Estado, e no art. 482, veda o reconhecimento da sentença estrangeira que repugnar a ordem pública (*public policy*).

Na França, há o art. 6º do Código Civil (*in verbis*: *On ne peut déroger pas des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs*"); o art. 1.133 (*in verbis*: *“La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public”*) e o art. 3º (*in verbis*: *Les lois de police et de sureté obligent tous ceux qui habitent le territoire*”).

O Código Civil da Grécia, de 1940, realça, no art. 33, a inaplicabilidade de lei estrangeira ofensiva à ordem pública. A Lei de DIP de 1979 da Hungria descarta no art. 7º a aplicação da lei estrangeira incompatível com a ordem pública e, no art. 73, o reconhecimento de sentença de outro país, conflitante com a ordem pública.

Na Itália, o art. 31 das Disposições sobre a Lei em geral, em introdução ao Código Civil de 1942 proclama que “em nenhuma hipótese a lei e os atos de um Estado estrangeiro, os ordenamentos e os atos de qualquer instituição ou entidade ou as disposições privadas e convenções podem ter efeito no País, quando sejam contrários à ordem pública ou aos bons costumes” e o art. 941 do CPC adverte que não poderá ser dada força executória à sentença estrangeira contendo disposições contrárias à ordem pública e ao direito interno do País.

A Lei de DIP de 1982 da ex-Iugoslávia indicava, no art. 4º a inaplicabilidade de lei estrangeira cujos efeitos fossem contrários à ordem social fixada na sua Constituição.

No Japão, o art. 30 ressalva a não aplicação de lei estrangeira contrária à ordem pública ou aos bons costumes.

O Código Civil do México, com a revisão do Decreto de 11 de dezembro de 1987, dispõe no art. 15, a inaplicabilidade de direito estrangeiro, cujas disposições ou o resultado de sua aplicação, sejam contrários aos princípios e às instituições fundamentais de ordem pública.

O Código Civil do Paraguai de 1985, no art. 22, condiciona a aplicação de lei estrangeira a que não se oponha às leis de ordem pública. O Código Civil do Peru, de 1984, assinala, no art. 2.049, a exclusão da lei estrangeira incom-

patível com “a ordem pública internacional ou com os bons costumes” e o art. 2.104, item 7, exclui a sentença que contrariar tal ordem.

O Código Civil de Portugal de 1966 dispensa, no artigo 22, a aplicação quando envolver ofensa dos princípios fundamentais “da ordem pública internacional do Estado português”. O Código Civil de 1964 da ex-URSS a apontava no art. 568, o óbice da ofensa aos fundamentos do regime. A Lei de DIP de 1987 da Suíça exclui no art. 17, a aplicação que leve a resultado incompatível com a ordem pública.

A Lei de DIP de 1982 da Turquia alinha, no art. 5º a exceção de ordem pública turca para a inaplicação do direito estrangeiro. O Código Civil do Uruguai, no art. 2.404, enuncia que não se aplicam, em caso algum, leis estrangeiras oponentes a princípios essenciais da ordem pública.

5. Nas Convenções internacionais

O Tratado de Lima, de 1878, para estabelecer regras uniformes de direito internacional privado, aliás, não ratificado, estabelecia, no art. 54, a legitimidade da recusa à aplicação de leis, atos, sentenças e contratos provenientes do exterior, incompatíveis com a ordem pública.

O Código de Bustamante, em seu art. 1º, prega a igualdade de direitos civis, no interior de cada Estado signatário, salvo se, por motivo de ordem pública, for imposta exceção, recusando ou impondo condições, ao exercício de direitos pelos nacionais dos outros Estados. Para o exercício dos direitos civis e para o gozo das garantias individuais idênticas divide as leis e regras de cada Estado contratante em categorias. De conformidade com o disposto em seus arts. 3º, 4º e 5º, considera-se que:

1º) as leis ou regras aplicáveis às pessoas, em virtude do seu domicílio ou de sua nacionalidade, e as seguem, ainda que se mudem para outro país, chamam-se leis “pessoais ou de ordem pública interna” (art. 3º);

2º) as que obrigam todos os residentes no território de cada Estado, sejam ou não nacionais, denominam-se leis “territoriais, locais, ou de ordem pública internacional” (art. 3º);

3º) as que se aplicam somente mediante a declaração de vontade, a interpretação ou a presunção de vontade das partes ou de algumas delas, são as leis “voluntárias, supletivas ou de ordem privada” (art. 3º);

4º) os preceitos constitucionais são de ordem pública internacional (art. 4º);

5º) as regras de proteção individual e coletiva, estabelecidas pelo direito político ou administrativo são, também, de ordem pública internacional, salvo a hipótese de dispor o contrário (art. 5º).

No art. 6º da Convenção de Haia sobre vendas de bens móveis, de 1955, e no art. 7º da Convenção idêntica de 1958, pode-se rechaçar a lei estrangeira por motivo de ordem pública. No art. 5º da Convenção de Haia sobre a competência no caso de venda de caráter internacional de móveis, de 1958, exige para que a sentença seja respeitada, que não seja contrária à ordem pública do Estado em que é invocada. No art. 6º da Convenção de 1955, para regular conflitos entre a lei nacional e a do domicílio, faculta-se rejeitá-la por motivo de ordem pública. No art. 8º da Convenção sobre personalidade jurídica, de 1956, igualmente, admite-se seja repelida por motivos de ordem pública. Idênticos dispositivos encontram-se na Convenção relativa às obrigações alimentícias de 1956, art. 4º; na Convenção sobre sentenças em matéria de alimentos, de 1958, art. 2º, item 5; na Convenção sobre a Proteção de menores de 1961, art. 16; na Convenção sobre conflitos de leis relativas a testamento, de 1961, art. 7º; na Convenção sobre competência e reconhecimento de decisões em matéria de adoção, de 1965, art. 15; na convenção sobre divórcio, de 1970, art. 10; na Convenção sobre acidentes rodoviários, de 1971, art. 10; na Convenção sobre sucessões, de 1973, art. 17; na Convenção sobre responsabilidade de fabricação de produtos, de 1973, art. 10; na Convenção sobre reconhecimento de decisões sobre alimentos, de 1973, art. 5º; na Convenção sobre obrigações alimentícias, de 1973, art. 11; na Convenção sobre a lei aplicável aos regimes matrimoniais, de 1978, art. 14; na Convenção sobre validade de casamentos, de 1978, art. 5º; na Convenção sobre os contratos de intermediação, de 1978, art. 17; na Convenção relativa ao Trust e seu reconhecimento, de 1985, art. 18; na Convenção sobre contratos de venda de mercadorias, de 1986, art. 18; na Convenção sobre lei aplicável às Sucessões causa mortis, de 1989, art. 18.

6. Na Declaração Universal

De conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 que constituiu o relicário dos princípios universais básicos do mundo civilizado, em cada Estado: 1) “todo homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais, e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade” (art. 22); 2) “todo homem tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos do homem possam ser plenamente realizados” (art. 28);

3) “Todo homem tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível”. “No exercício de seus direitos e liberdades, todo homem estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática”. “Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos objetivos e princípios das Nações Unidas” (art. 29).

Daí decorre, resumidamente, que deve haver, em cada Estado: a) direito à segurança social; b) direito à realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, indispensáveis à dignidade do homem e ao livre desenvolvimento de sua personalidade, para o que deve assegurar a organização de cada Estado, com a contribuição do esforço nacional, cooperação internacional e recursos internos; c) direito à ordem social, em que os direitos possam ser plenamente realizados; d) dever de cada homem em relação à comunidade; e) limitações determinadas pela lei, exclusivamente, com o fim de reconhecer e assegurar o direito de outrem e de satisfazer as justas exigências da ordem pública e, além disso, da moral e do bem-estar da sociedade democrática.

De acordo com o Pacto Internacional relativo aos direitos civis e políticos, de 1966, o art. XII, item 3, estabelece não poder haver restrição nos direitos de ir e vir, em cada Estado, a não ser para proteção da segurança nacional, da ordem pública, da saúde ou moral públicas. O pacto relativo aos direitos econômicos, sociais e culturais, por seu turno, prevê, no art. IV que as limitações, estabelecidas por lei, devem compatibilizar-se à natureza desses direitos e visar, exclusivamente, o bem-estar geral de uma sociedade democrática. No art. XXVII da Declaração dos Direitos do Homem da IX Conferência Internacional dos Estados Americanos, “os direitos do homem estão limitados pelos direitos do próximo, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem-estar geral e do desenvolvimento democrático”.

7. Considerações gerais

Embora venha a “ordem pública”, em todos os atos internacionais e leis internas, associada à idéia de segurança pública ou segurança social, e seja, amiúde, mencionada, ao lado da soberania, da moral e dos bons costumes, não se confunde com eles, nem com interesse estatal ou direito público.

Verifica-se que o tema reduz-se: a) a enunciados excludentes de normas,

sentenças ou atos, cujo acolhimento implicaria em adversidade à “ordem pública”; e b) a enunciados impeditivos de contrariedade, renúncia ou livre disposição de direitos ou obrigações, decorrentes de normas, tidas como de “ordem pública”.

Daí a sua assimilação, por muitos doutores, no curso da história do direito, às leis coativas. Partindo-se da divisão da lei em coativas ou absolutas (jus cogens) e supletivas ou dispositivas (jus dispositivum), passou-se a identificar aquelas como sendo de ordem pública, embora não fossem todas de direito público. Apresentando-se com o caráter positivo ou negativo, distinguiam-se em imperativas ou proibitivas.

Dentro desse enfoque, concentravam-se os estudos, especialmente, no direito internacional privado, com vista a elidir a aplicação de norma reputada contrária à ordem pública; no direito internacional público, com o mesmo objetivo; e no direito privado internacional de cada Estado (4).

Quando se fala em ordem, tem-se a idéia da conveniente disposição dos meios, para obter os fins. Nas sociedades contemporâneas, dentro do Estado democrático e social de direito, nesta fase da civilização, objetiva-se o pleno desenvolvimento pessoal, social, econômico, ético e cultural, com respeito recíproco e do meio ambiente, para o que devem as instituições, inclusive jurídicas, adequar-se. As normas ou atos que infringjam esse objetivo são contrárias à ordem pública.

Daí a ressalva elididora de aplicação ou acolhimento de norma, cuja aplicação contrarie aquela finalidade.

No plano internacional, quanto mais harmonia houver entre os ordenamentos jurídicos dos povos civilizados, constituído cada um de normas propiciadoras do desenvolvimento pessoal, social, econômico, ético, cultural, com respeito recíproco e do meio ambiente, menos oportunidade, por certo, ocorrerá de ressalva de ordem pública, que permanecerá, todavia, como válvula eliditiva de efeitos de leis estrangeiras às relações a que, normalmente, se aplicariam.

No que concerne ao Estatuto do consumidor, tendo em vista o seu art. 1º, não se pode deixar de reconhecer o intuito de explicitar o caráter cogente de suas normas, insuscetíveis de serem elididas por ato individual das partes, por convenção ou renúncia, o que não impede, porém, que leis posteriores o façam.

NOTAS

1. Sob diversos aspectos, ver Guido Fernando da Silva Soares, A ordem pública nos contratos internacionais, in Rev. Dir. Merc. Ind. Econ. Fin., vol. 55, pág. 122; José

Augusto Delgado, Ordem pública como fator de segurança, in *Rev. Trib.*, vol. 584, pág. 18; Jacob Dolinger, Ordem pública verdadeiramente internacional no direito internacional privado, in *Rev. Inf. Leg.*, n. 90, pág. 205; idem, A evolução da ordem pública no Direito internacional privado, Rio, 1979; Miguel Seabra Fagundes, Instrumentos excepcionais de preservação da ordem pública e segurança nacional, in *Rev. de Dir. Público*, ano 7, n. 30, de 1974, pág. 93; Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Revisão doutrinária dos conceitos de ordem pública e segurança pública, uma análise sistêmica, in *Rev. Inf. Leg.*, vol. 97, pág. 133; Otavio Mendonça, Aspectos da ordem pública no Direito Int. Privado, Belém, 1951; João de Oliveira Filho, Do conceito de ordem pública, SP., 1934; idem, Ordem Pública, in *Repertório Enc. Dir. Bras.*, vol. 35, pág. 246; Elamo Pilla Ribeiro, O princípio da ordem pública em Direito Int. Privado, Porto Alegre; Luiz Antonio da Gama e Silva, A ordem pública em *Dir. Int. Privado*, S.P. 1944; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Internacional Privado*, tomo I, Rio, 1935, pág. 271 e seg.; idem *Com. à Constituição de 1946*, tomo I, n. 77 e 78; idem, *Com. à Constituição de 1967*, tomo I, pág. 124; Oscar Tenório, *Dir. Int. Privado*, 6ª ed., 1960, vol. I, n. 461 a 484; Amílcar de Castro, *Dir. Int. Privado*, vol. I, RJ, 1956, pág. 329 a 348; Paul Lagarde, *Recherches sur l'ordre Public en Droit international Privé*, Paris, 1959; Mircea Moldovan, *L'ordre public en Droit international Privé*, Paris, 1932; Philippe Pascanu, *La notion d'ordre Public par rapport aux transformations du droit civil*, Paris, 1937; Eugênio Osvaldo Cardim, *El orden Publico*, Buenos Aires, 1959.

2. Cesarino Junior, A Ordem Social na Constituição, in *Rev. de Dir. do Trab.*, ano 4, n. 22, de 1979, pág. 36; Otavio Bueno Pagano, Por uma ordem social mais justa, in *Rev. Forense*, vol. 301, pág. 303; J.J. Calmon Passos, A constitucionalização dos direitos sociais, in *Noções atuais de Dir. do Trabalho*, ed. L. Trab., S.P., 1955, pág. 76. Walfgag Abendroth, *El estado de Derecho democratico y social como proyecto politico*, en *El Estado Social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 15.

3. Silvio Macedo, A ordem jurídica é mais que ordem imposta pelo Estado, in *Rev. Fac. Dir. Uberlandia*, vol. 19, n. 1, 1990, pág. 303; João Batista Cordeiro Guerra, O Ministério Público e a defesa da ordem jurídica, in *Rev. for.*, vol. 265, pág. 13; Walter Campaz, Em que medida os direitos humanos podem legitimar uma ordem jurídica, in *Justitia*, ano 45, n. 121, pág. 144; Amílcar de Castro, Direito e a ordem jurídica, in *Rev. For.*, vol. 223, pág. 5; Caio Mario da Silva Pereira, Reformulação da ordem jurídica, in *Rev. For.*, vol. 201, pág. 20; Carlos de Araujo Lima, A ordem jurídica e a ação do advogado, in *Rev. da OAB*, vol. 2, n. 3, pág. 169; Carlos Roberto Martins, Da ordem jurídica e sua defesa, in *RT*, vol. 358, pág. 26; Aurelio Wander Bastos, A ordem jurídica e os documentos de pesquisa no Brasil, in *Arq. do Min. Justiça*, vol. 159, pág. 73; Tarcisio Burity, Reflexões sobre o direito e o fato na ordem jurídica, in *Justitia*, n. 79, pág. 131 e in *Arq. do Min. Justiça*, vol. 125, p. 13; Alfredo Buzaid, A renovação da ordem jurídica, in *Arq. do Min. da Justiça*, vol. 118, pág. 1.

4. Cf. p. ex.: Eduardo Espinola, *Sistema do Dir. Civ. bras.*, I, n. 48, p. 102; Vicente Rao, *O Direito e a vida dos direitos*, I, pág. 235 e segs.; Caio Mário da Silva Pereira, *Inst. de Dir. Civil*, I, pág. 102.