

# Ordem Social

AMILCAR DE CASTRO

1 — O direito estrangeiro não deve ser imitado, quando gravemente ofensivo da ordem social. Isto é regra incontestada de exercício da função jurisdicional, pois “não se concebe autoridade, elemento principal de que dispõe a sociedade para atingir seus fins, senão a serviço do bem comum” (RENARD).

Mas que vem a ser ordem social? Trata-se de conceito que ultrapassa o direito, sendo, como é, relativo à natureza e à constituição da sociedade. *Ordem*, nessa expressão, significa “coexistência, ou sucessão, regular de coisas, ou de fatos” (WAUTRAIN CAVAGNARI), ou a própria sociedade em todos os seus elementos constitutivos: “as condições normais, que se deseja sejam conservadas por quantos tenham interêsse de manter inalterada certa harmonia de situações reais e pessoais” (LEVI); ou, no dizer de ZANARDELLI, “o bom arranjo e o regular andamento do viver civil”. *Social*, porque está sendo apreciada, não a situação singular dêste, ou daquele, súdito, mas a vida social em tôda a sua extensão; opondo-se, assim, ordem *social* a ordem *individual*, para o fim de dizer-se que o uso jurídico estrangeiro deve ser afastado quando gravemente ofensivo de interêsse geral da sociedade, e não pode ser repellido quando lesivo apenas de interêsse particular.

Ê que as normas jurídicas são funcionais relativamente a determinada sociedade. COGLIOLO já havia notado que o direito de qualquer povo, em certa época, forma *consensus* com tôdas as outras várias manifestações da atividade social, pois as condições econômicas, físicas, políticas, morais, religiosas, científicas e jurídicas se correspondem convenientemente, com recíproco revérbero de umas sôbre as outras; e

SCHINDLER mostrou também correspondência interna entre todas as manifestações da mesma vida social, uma das quais é a jurídica.<sup>1</sup> O direito, produto psíquico, em grande parte resultante de fatores que lhe são estranhos, não é domínio isolado; não é ilha; é antes península, em estreita relação com o viver comum. Persiste em interação permanente com o conjunto da realidade social, como parte integrante desta. Influi em outras manifestações vitais, enquanto estas também o influenciam, pois a atmosfera social, que circunda determinada ordem jurídica, orienta sua formação, sua manutenção, e suas alterações, favorecendo certas instituições e aniquilando outras. Acontece, porém, que a ordem social é mantida, que a vida social é orientada, *não apenas pelo direito*, sim também por outros numerosos fatores, tais como costumes, tradições, concepções morais e religiosas, ideologias políticas e econômicas; e até por circunstâncias puramente objetivas, como a situação geográfica, a densidade da população, ou o vulto de equipamentos técnicos (SCHINDLER). Por conseguinte, o *ius specialis* organizado no *forum*, por imitação de uso jurídico estranho, deve ser adequado a todos os fatores sociais e psíquicos informativos da vida, ou do bem comum, do grupo; ou melhor: não deve ser considerado em restrita contraposição ao *ius communis*, mas principalmente visto como incapaz de interromper aquele *consensus* estabelecido entre todos os fatores informativos da vida de um povo. Nunca se deve pretender ligar o conceito de ordem social, como obstáculo à imitação de uso jurídico estranho, exclusivamente à idéia de lei, de direito, ou de norma jurídica, sim em geral, à de "bom arranjo" ou de "regular andamento do viver civil".

Neste capítulo, pois, o que se chama *ordem social* são todas as manifestações sociais relevantes, jurídicas, ou não, da

---

(1) Alessandro LEVI, *Teoria Generale del Diritto*, Padova, 1950, pag. 46-47; Adolfo ZERBOGLIO, *Delitti contro l'ordine pubblico*, Milano, pag. 1-8; Pietro COGLIOLO, *Filosofia del diritto privato*, Firenze, 1891, pag. 84; Dietrich SCHINDLER, *Facteurs sociologiques et psychologiques du droit international*, in *Recueil des Cours*, vol. 46, pag. 237.

vida de uma nação. Não se trata de noção jurídica, sim social; e não há confundir ordem social com ordem jurídica, porque a vida abrange mais que o direito. A ordem social não é compreendida pelo direito; ao contrário: abarca-o. Transcende os confins da dogmática jurídica, atinge as condições de vida, envolvendo todos os fins sociais, não apenas regras jurídicas desta, ou daquela, espécie. Ordem social são os preconceitos informativos do viver de um grupo, ou patrimônio espiritual inquebrantável de um povo, como reflexo de seus costumes e suas tradições, de suas idéias políticas, econômicas, morais, religiosas, jurídicas, em determinada época. É o bem comum.

Ordem *pública* é outra denominação por que é chamada a ordem social, no mundo inteiro. A mesma realidade acima descrita é designada por dois modos: ordem *social* ou ordem *pública*. Esta última expressão está consagrada pelo uso, mas para empregá-la é preciso certa cautela, porque é ambígua. Aparece, por exemplo, no artº 141 § 11 da Constituição Federal: “todos podem reunir-se sem armas, não intervindo a polícia senão para assegurar a ordem pública”; e aí é o mesmo que paz, tranquilidade, sossego e segurança da população, garantidos pela inexistência de arruaça, rixa, tumulto popular, motim de rua, algazarra, intervindo a polícia para acabar com a desordem. Outras vêzes, equivale à imperiosidade das normas jurídicas; assim surge nestas frases, muito comuns: leis *de ordem pública*, disposição *de ordem pública*, a significar leis, ou disposição de natureza imperativa; da classe, ou da categoria, daquelas que são rigorosamente obrigatórias, isto é, não podem ser afastadas pela vontade dos particulares. Aliás, a êste respeito, o artº 6º do Código Civil Francês, com melhor técnica, estabelece que “não podem ser derogadas por convenções “particulares as leis que interessam à ordem pública”; e também corretamente o artº 2 § 2º do nosso Decreto nº 6.982 de 1878 refere-se a “leis rigorosamente obrigatórias, fundadas “em motivos de ordem pública”, sendo, então, a significação a mesma de ordem social. Com esta advertência, nada desaconselha seja empregada a locução *ordem pública* como sinônimo perfeito de ordem social, tal

como o é, por exemplo, no artº 17 da Lei de Introdução ao Código Civil, no artº 792 do Código de Processo Civil, e no artº 781 do Código de Processo Penal.

A expressão *ordem pública* sempre foi assim vaga, oscilante, contraditória na doutrina, na jurisprudência e na legislação de todos os povos, com significações diversas. E além de lhe serem atinentes as leis imperativas de direito privado, informa necessariamente as de direito público reguladoras, não só da organização e das atribuições dos três poderes e seus agentes, como das obrigações e direitos dos cidadãos na esfera política: eleições, impostos, serviço militar (PLANIOL & RIPERT). Diante disso, BROCHER, notável professor suíço, em louvável esforço por bem rotular os conceitos, com base nos arts. 3º e 6º do Código Civil Francês, e servindo-se da expressão *ordem pública internacional*, lançada pelo jurista francês Boulay de La MEURTHE, contrapôs *ordem pública interna* a *ordem pública internacional*, não, pretendendo dividir a ordem pública em duas partes, mas tentando distinguir duas realidades completamente diferentes, que vinham sendo indicadas pela mesma denominação. No seu entender, tanto o que chama de ordem pública *interna*, como o que denomina ordem pública *internacional*, liga-se à existência da sociedade e à sua finalidade; mas enquanto a ordem pública *interna* refere-se aos nacionais, estabelecendo relações do governo com seus súditos, a ordem pública *internacional* tanto se impõe aos nacionais, como aos estrangeiros, disciplinando relações internacionais. Esta clássica distinção, entretanto, diante da magistral impugnação do eminente professor GAMA E SILVA, da Faculdade de Direito de São Paulo, não pode deixar de ser abandonada.<sup>2</sup> E até pode-se acrescentar que, de bem demorada reflexão, em mais profundo reexame do assunto, sai-se com a impressão de que aquilo que BROCHER percebeu, e não soube articular, foi isto: a ordem pública, ou ordem social, pode ser ameaçada, ou ofendida, por atividade desenvolvida

---

(2) Luís Antônio da GAMA E SILVA, A ordem pública em direito internacional privado, São Paulo, 1944, p. 175 a 185.

exclusivamente na jurisdição indígena, e o govêrno a defende por meio de leis imperativas; pode também ser ameaçada, ou ofendida, por leis, atos e sentenças de outro país, bem como por declarações de vontade feitas no estrangeiro, e o govêrno a resguarda, proibindo se atribua valor jurídico a essa atividade alienígena. A ordem social, ou ordem pública, entretanto, *considerada em si mesma*, é una e indivisível; mas como pode ser agredida de dois modos, por ataques provenientes de situações diversas, é sempre defendida por duas formas. A terminologia empregada por BROCHER deu lugar a supor-se haver *duas espécies de ordem pública*, quando isto é inconcebível. Diferença se encontra *nos meios de defesa* da ordem pública, *não nesta em si mesma*, que não pode deixar de ser uma só, sempre original, ímpar e indivisível, porque tôdas as manifestações sociais que a compõem se influenciam recíproca-mente, como acima foi demonstrado. Não há, pois, distinguir entre ordem pública *interna e internacional*, razão pela qual esta adjectivação deve ser abandonada, como imprestável, desnecessária e equívoca.

A denominação *ordem social*, registada por ARMINJON, inegavelmente é bem melhor, mais expressiva, que *ordem pública*. É certo que esta, há longo tempo, se encontra, no mundo inteiro, tão arraigada na legislação, na jurisprudência e na doutrina que, só por isso, será bem difícil abandoná-la. Entretanto, não é com a veleidade de inovar que está sendo empregada a expressão *ordem social*, mas precisamente com o intuito didático de despertar a atenção do estudante para o sentido exato da elocução *ordem pública*, que frequentemente é encontrada nos tratados, nos julgados, ou nas leis, com significações diversas.

Substituindo-se as palavras *règles légales*, que DESPAGNET empregou em sua definição, pela palavra *principes*, pode-se conseguir explicação razoável de ordem social: "*l'ensemble des PRINCIPES qui, étant données les idées particulières admises dans tel pays déterminé, sont considérées comme touchant aux intérêts essentiels de ce pays*", assim livremente traduzida: o conjunto de princípios, conforme o pensamento predomi-

nante, considerados como concernentes aos interesses essenciais de determinado povo. Tem-se aqui conceito *puramente formal*, a dizer o que seja ordem social, fora do tempo e do espaço; em todos os países, em qualquer ocasião. Substancialmente, porém, não se pode saber *a priori* qual seja êsse pensamento predominante (idéias particulares), nem podem ser determinados êsses *interesses essenciais*, porque o conteúdo da coisa definida é tão movediço como o complexo das relações humanas em constante alteração. Trata-se de razões, muitas vêzes vagas, inconsistentes, vacilantes, de não imitação do uso jurídico estrangeiro, indicado como padrão a ser reproduzido: o Poder Legislativo, por certos motivos, indica, para o caso hipotético, direito estrangeiro, sem saber qual seja, porque o aponta em abstrato, e o Poder Judiciário, depois de conhecê-lo bem, no momento de apreciar o caso *sub iudice*, por motivos diferentes, em defesa de elevados interesses nacionais, rejeita-o como ofensivo da ordem social.

2 — A função específica do direito internacional privado é indicar direito objetivo pra ser apreciado o fato anormal: o *ius communis*, ou então *ius specialis*; e êste, sempre modelado por uso jurídico estrangeiro, poderá ser profundamente ofensivo da ordem social, se êsse uso for reproduzido. Ê que o funcionamento da norma de direito internacional privado independe do sentido da regra de direito primário. Faz-se sempre *em abstrato* a indicação da ordem jurídica que deva ser imitada na apreciação do fato anormal, sem exame preliminar, sem qualquer contrôle, do sentido de suas regras. Sempre, depois de indicado o direito estranho que vai servir de modelo, depois de provado êsse direito, é que se vai ver quais são as suas disposições, para bem reproduzi-las. E então, no momento de examinar o conteúdo do direito primário estrangeiro, o juiz, se considerar sua adoção ofensiva à ordem social do *forum*, deverá rejeita-lo.

Vai-se tratar, portanto, da rejeição, da não-imitação do direito estranho ao *forum*, pelo órgão do Poder Judiciário que esteja cuidando de apreciar o fato anormal. A regra de direito internacional privado indica direito especial, modelado em uso

jurídico estrangeiro, como adequado à apreciação do fato anormal, mas o juiz declara que a ordem social do *forum* seria gravemente ofendida se se reproduzisse êsse uso jurídico recomendado. De tal sorte, em defesa da ordem social, o juiz não permite o que a regra de direito internacional privado ordena. Não admite, em caso concreto, a imitação do direito primário estrangeiro que, em abstrato, essa regra manda imitar. Por exemplo: estabelece o sistema de direito internacional privado que os impedimentos matrimoniais sejam apreciados pelo direito do domicílio comum dos nubentes; se o direito dêsse domicílio comum proibir casamentos de brancos com pretos, e um branco e uma preta que aí tenham domicílio pretenderem casar no *forum*, será o casamento *proibido* pela exata observância do sistema de direito internacional privado, mas poderá ser *permitido*, se fôr considerada aquela proibição ofensiva da ordem social do *forum*, onde seja visto como intolerável o preconceito da côr, ou da raça. Em tais condições, o direito estrangeiro, *que deve ser imitado por fôrça do sistema indígena de direito internacional privado*, deixa de o ser, por ofensivo à ordem social. Em proteção desta, levanta-se no *forum* um anteparo à imitação do direito estranho.

E isso acontece, porque o direito internacional privado contempla os direitos primários em abstrato, isto é, fazendo abstração de suas disposições, tomando-os como símbolos, sem examinar o sentido, ou o efeito, de seus dizeres. Por essa razão é que, em caso concreto, a imitação do uso jurídico estrangeiro, o qual, pelo direito internacional privado indígena, só foi considerado em abstrato, pode ser insuportável, inconvenientíssimo ao meio social nacional, contrário à moralidade média do povo, ao seu sentimento religioso, à sua economia, ou à sua organização política, e para contrôle de efeitos do direito especial, modelado em uso jurídico estrangeiro, mantém-se essa *válvula de segurança*, êsse meio de defesa da sociedade, que é o poder de rejeitá-lo confiado ao juiz. Assim como não é permitida a entrada de estrangeiros doentes de moléstias infecto-contagiosa no território nacional, assim também não se permite no meio social indígena a penetração de usos jurídicos

que lhe sejam política, econômica, moral, religiosa ou socialmente prejudiciais. Pode-se dizer que a autorização para rejeitar direito estrangeiro ofensivo da ordem social é modalidade do poder de polícia: o Poder Judiciário cuida preventivamente de afastar o que pode ser nocivo ao povo que se encontra sob sua jurisdição.

É que o direito internacional privado está para o direito primário como a álgebra está para a aritmética: refere-se aos direitos primários como símbolos, sem atenção a seus valores qualificados. "A noção de quantidade algébrica é distinta da que se adquire em aritmética, apenas pela consideração das propriedades do número. Os números são coleções de unidades; portanto, exprimem pluralidade concreta. Qualquer que seja o número e qualquer que seja a operação de que provém, sempre se considera nêle uma série de unidades iguais, um valor determinado e concreto, uma relação que se refere exclusivamente às vezes que nêle entra a unidade. A quantidade algébrica *perde êste caráter concreto*; nela se faz abstração de todo valor numérico, porque a álgebra estuda as propriedades e relações da quantidade, *sem considerar a unidade a que se refere*".<sup>3</sup> Semelhantemente, as normas de direito internacional privado referem-se aos direitos primários em abstrato, isto é, abstração feita de seus valores concretos, sem consideração a qualquer de seus elementos. Como se sabe, toda expressão algébrica tem uma infinidade de valores numéricos, que dependem dos que forem atribuídos aos símbolos que a constituem. Denomina-se *valor numérico* de uma expressão

---

(3) PEREZ Y MARIN, Elementos de álgebra, nº I, pág. 7; WEBSTER'S, New International Dictionary: "A essencial diferença entre a aritmética e a álgebra "é que a primeira joga com quantidades concretas, enquanto a última serve-se de símbolos, cujos valores podem ser quaisquer, estranhos a um dado número qualificado". Por isso mesmo, pode-se dizer que, sendo os sinais algébricos mais gerais que os aritméticos, com êles são representadas quantidades desconhecidas ou incognitas; e assim também em direito internacional privado as expressões *direito do domicílio* ou do *lugar do contrato*, por exemplo, são *símbolos*, porque representam direitos desconhecidos.

algébrica aquêla que, depois de feita a operação, se obtém pela substituição das letras por números qualificados, efetuando-se os cálculos. Ora, como na álgebra, em direito internacional privado, quando se fala, por exemplo em direito do domicílio, direito nacional, direito do lugar onde o ato vai ser realizado, ou do lugar do pagamento, têm estas expressões *uma infinidade de valores*, dependentes da posterior substituição dos símbolos. Estes são os direitos primários, enquanto abstratamente indicados por circunstâncias de conexão; ao passo que os valores numéricos são os direitos primários em vigor, no estrangeiro, ou no *forum*. As normas de direito internacional privado são expressões algébricas; as normas de direito primário são expressões aritméticas; e assim como, depois de concluída a operação algébrica, é que se faz a substituição dos símbolos por números qualificados, e se efetuam os cálculos aritméticos, assim também, depois de concluída a tarefa do direito internacional privado, é que se substitui o direito primário, abstratamente indicado por uma circunstância de conexão, pelo direito primário positivo correspondente. E, então, se êsse direito primário positivo fôr estrangeiro, o juiz deverá rejeitá-lo como modelo de confecção de direito indígena especial, se verificar que é ofensivo da ordem social.

3 — A conservação da ordem social pode, pois, obstar a imitação de direito estrangeiro. Isto se sabe com segurança. Entretanto, tem sido problema longo e difícil dizer quais sejam os princípios fundamentais que devem impedir a imitação do direito estrangeiro, pois tal depende de motivos variáveis no tempo e no espaço. Essa é a questão crucial que, no expressivo dizer de BARTIN, é *um enigma*. Só as circunstâncias de cada caso concreto, e o pensamento dominante no momento de se imitar o uso jurídico estrangeiro, poderão fornecer as razões de rejeitar-se êsse uso, em defesa da ordem social. Por conseguinte, na maioria das vêzes, não se pode dizer *a priori* o que lhe seja contrário, nem se pode estabelecer qualquer *standard* legal para aferir essa noção, porque, como agudamente notou HEALY, nela “muito se encontra de arbitrário, de

político e de sentimental".<sup>4</sup> Evidentemente, nunca se pode prever quais sejam os direitos estrangeiros que vão deixar de ser imitados no *forum*, por serem gravemente ofensivos à ordem social, porque isso vai também depender da mentalidade dos juizes no momento de apreciarem êsses direitos, em confronto com a noção que tenham de profunda ofensa à ordem social. Além disso, o direito muda despercebidamente como a água viva de um rio, aliás não cessa de mudar: é sempre outro, sendo sempre o mesmo. E se os direitos de tôdas as jurisdições, de todos os meios sociais, variam constante e imperceptivelmente, não pode haver fixação do que seja contrário à ordem social. Quase tudo depende do critério do Poder Judiciário, no momento de apreciar o fato anormal, o que, na verdade, não é la muito seguro, pois, no dizer de ARMINJON, a ordem social é razão obscura, elástica, de onde se tira tudo quanto se queira na opinião; de AUBRY, presta o mesmo serviço que os nervos, na medicina: explica o que ninguém sabe, ou não quer explicar; e no entender de CALEB é idéia cambiante em que os tribunais encontram expediente cômodo para aplicar o *ius communis*, quando seja difícil conhecer o uso jurídico estrangeiro. Há algum exagêro nessas afirmativas, mas é certo que prevalece, porque não pode deixar de ser assim, o critério ocasional, mais ou menos arbitrário, e chauvinista, dos magistrados, preponderando em larga escala o coeficiente pessoal do julgador, ou seja: perigoso subjetivismo. Diante disso, a jurisprudência norteamericana pretendeu colocar a questão em têrmos restritos, dizendo:

"A ordem pública de um Estado (bem comum) deve ser deduzida da Constituição, leis e decisões dêsse Estado, e não de considerações gerais, de supostos interêsses públicos, e de sua atividade política, além do que tais fontes de informação levam ao conhecimento do tribunal".

Entretanto, nenhuma garantia existe de que na prática as coisas se passem por essa forma. *Teòricamente*, a noção

---

(4) Thomas Henry HEALY, *Théorie générale de l'ordre public*, in *Recueil des Cours*, vol. 9, pags. 474, 480, 491, 534 e 536.

de ordem social não deve ser arbitrária, sim deduzida sempre de circunstâncias objetivas, alheias a tendências e preconceitos individuais dos julgadores, mas o que se afirma é que, *na prática*, inevitavelmente as coisas se passam de modo diferente. Veja-se, por exemplo, esta interessante decisão do Tribunal do Sena, no ano de 1930, a respeito de autorização marital. Uma atriz francesa, casada com jovem americano, depois de haver residido com o marido em Chicago, voltou a Paris, para retomar sua antiga profissão, conquanto lhe houvesse prometido não mais se exhibir em palco. O marido proibiu, então, ao diretor do *music-hall* tolerar a atividade teatral de sua espôsa, e acabou acionando-o por indenização, pelo dano moral que havia sofrido. O tribunal deu-lhe ganho de causa, pelos seguintes motivos: pouco importa seja a capacidade da mulher casada regulada por direito estrangeiro, no caso o americano, que lhe concede plena capacidade; a ordem social francesa proíbe que a mulher, mesmo estrangeira, ofenda na França publicamente a autoridade marital consagrada pelo Código Civil, e isto não no interêsse particular de seu marido distante, sim no interêsse geral de todos os maridos franceses.<sup>5</sup> Mas, sendo sabido que a idéia de poder marital vai desaparecendo do direito moderno,<sup>6</sup> torna-se difícil explicar como êsse poder fôsse, na França, em 1930, tão resguardado. São singularidades de cada país, nem sempre, caso por caso, facilmente explicáveis, mas, em geral, respeitáveis e justificáveis.

4 — A singularidade dos motivos de rejeição do uso jurídico estrangeiro é resultante de haver a humanidade vivido sempre repartida em grupos, que se formaram e se desenvol-

---

(5) Kurt KRONHEIM, *Les Conflits de Lois en Matière de Contrat de Travail*, págs. 43-44.

(6) Theodor KIPP & MARTIN WOLFF, *Derecho de Familia*, vol. I, págs. 186-187; Marcel PLANIOL & Georges RIPERT, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, vol. I, n° 923, p. 314. Pelo poder marital, a mulher, *equiparada ao menor*, deve obediência ao marido; chegando êste ao ponto de poder castigá-la impunemente, e de recorrer à força pública para que seja obrigada a acompanhá-lo.

veram diferentemente influenciados por tradições, costumes, hábitos, religiões e até preconceitos diversos. Por essa razão, no correr do tempo veio-se produzindo certo sedimento, ou substrução, de nacionalismo, originário de cada povo, ou melhor, em cada agrupamento veio se formando uma consciência social própria e variável, ajustável a tôdas as condições que lhe são peculiares. Pode-se dizer que o viver separado é que espontâneamente forma uma índole, certa mentalidade autóc-tone, ou êsse sentimento de independência, de egoísmo, de amor-próprio, de *pundonor nacional*, sem qualquer laivo de hostilidade aos estrangeiros; e aí se encontra a razão de ser dessa proteção à ordem social, ou bem comum, pela rejeição do uso jurídico estrangeiro que lhe seja ofensivo. E é absolutamente impossível definir, em qualquer tempo ou lugar, essa mentalidade ou *pundonor* existente em cada meio social; daí as incertezas e vacilações que acompanham o critério de ofensa à ordem social. Mas dessa incerteza não se pode tirar a conclusão de que sua defesa deve ser abolida. STORY, o grande juiz norte-americano, mostrando a sua razão de ser, dizia que “nenhuma nação pode ser forçada a abandonar sua política, nem suas instituições fundamentais. Menos ainda pode-se exigir de um país que sacrifique seus próprios interesses em favor de outro, ou que adote doutrinas que, do ponto de vista moral ou político, sejam incompatíveis com sua segurança, sua felicidade, ou seu respeito à justiça e ao dever”. E notava que há inúmeras diferenças de direito resultantes de circunstâncias locais e acidentais, que não podem ser enxertadas nas instituições e nos costumes de outro povo. No seu dizer, “muitas leis, perfeitamente adaptadas a nações pagãs, repugnariam aos sentimentos e à idéia de justiça de povos que abraçaram o cristianismo. Uma nação pagã pode justificar a bigamia, o incesto, a prostituição ou a prática de crueldades despóticas, que repugnariam aos princípios elementares do dever cristão”. E seria intolerável em seus efeitos extremos o pátrio poder do antigo tipo romano, “que dava direito de vida e de morte sôbre os filhos”.

De tal sorte, a noção de ofensa à ordem social é espontânea, indefinível, inconstante no tempo e no espaço: a êsse

respeito, cada jurisdição tem, em certa época, o seu critério, como tem o seu direito, a sua autonomia, resultantes de suas próprias condições de existência. Entre o interesse público de organizar direito adequado à apreciação do fato anormal e o interesse público maior de satisfazer as exigências do bem comum, prevalece este. E veja-se claramente que a rejeição do direito alienígena não importa hostilidade à nação de que emana o uso jurídico rejeitado, pois os interesses em jôgo são os dos litigantes e os do *forum*, e nunca os da nação estrangeira, que não participa da relação de direito internacional privado. Por isso mesmo, em qualquer jurisdição, a rejeição do direito forasteiro ofensivo à ordem social, é levada a efeito soberana e ilimitadamente. É certo que o tribunal não deve rejeitar a imitação do uso jurídico estranho por motivo fútil, mas não é menos certo que “o direito internacional privado não poderá jamais impor a um tribunal uma lei estrangeira capaz de causar escândalo em seu meio social”.<sup>7</sup>

5 — Muitos equívocos tem ocasionado a noção de ofensa à ordem social, e convém desfazê-los. Em primeiro lugar, veja-se bem que não se trata de questão de direito internacional privado, mas que aparece na esfera de aplicação do direito primário. Só se manifesta a respeito de uso jurídico estrangeiro, e este só pode ser contemplado por força da norma indígena de direito internacional privado; mas o que acontece é que, em defesa da ordem social, ou bem comum, o juiz entra a agir, por assim dizer, *depois* de haver funcionado a norma de direito internacional privado e de se haver esgotado a função desta. Sempre depois que esse direito funcionou, e já se esgotou em sua função, indicando direito estrangeiro, é que o juiz pode cuidar de rejeitar a imitação de uso jurídico estranho como ofensiva da ordem social.

Certos juristas, como WOLFF, consideram esse poder jurisdicional como *cláusula de reserva* ou *ressalva* inserta em todos os sistemas de direito internacional privado. Mas este

---

(7) Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, Précis de Droit International Privé, n° 264, pág. 338.

modo de dizer não é bem exato, porque a ordem social, em si mesma, não é uma regra jurídica, não é uma instituição, é sim um conjunto móvel de interesses essenciais de uma nação, e ao juiz confere-se o poder de não organizar direito especial ofensivo desses interesses. A norma de direito internacional privado, quando continente de referência a direito estrangeiro, nunca é tolhida de efeitos, pois contra a imitação do uso jurídico estrangeiro é que o juiz se levanta. Em defesa da ordem social, o julgador opõe-se à moda jurídica estrangeira (direito primário), e não à norma indígena de direito internacional privado, com a qual aquela nada tem a ver. Tanto assim que, se fôr alterado o direito estrangeiro já uma vez rejeitado no *forum*, o novo direito estrangeiro, do mesmo país, noutros casos, poderá ser imitado, sem que seja modificada a norma indígena de direito internacional privado. E até a imitação do *mesmo uso jurídico estrangeiro* pode ser rejeitada numa ocasião, e acolhida noutra. Tudo se passa além da norma, e portanto fora do sistema, de direito internacional privado.

Outros autores, como ARMINJON, chegam a suscitar a questão de saber se, em defesa da ordem social, o que se deixa de observar é a regra de direito internacional privado, ou o direito estrangeiro. Mas parece claro que só mantendo e observando a regra de direito internacional privado é que o Poder Judiciário pode encontrar-se na necessidade de rejeitar a imitação do uso jurídico estrangeiro; e êste só pode ser repellido, como modêlo, precisamente, porque foi aplicada a regra de direito internacional privado. O juiz deixa de imitar o direito estrangeiro, porque observou fielmente a regra de direito internacional privado. E se esta regra *foi observada*, e esgotou-se, porque funcionou perfeitamente, não se pode considerar a defesa da ordem social, como exceção a ela oposta, nem como cláusula de reserva nela inserta.

Os tratadistas, em sua quase totalidade, afirmam que a defesa da ordem social apresenta-se *como exceção*; mas, ao que parece, não se trata de exceção a qualquer regra. Não há razão para admitir-se direito especial ofensivo a interesse público relevante do *forum*, e ao juiz confere-se o poder dever de afastá-lo. Como já foi exposto, depois de verificado, pela

observância da norma de direito internacional privado, que o fato anormal deve ser apreciado à moda estrangeira, é que entra o juiz a agir em defesa da ordem social, ou bem comum, declarando que êsse uso não pode ser admitido. Trata-se de modalidade do poder de polícia. Não se trata de instituição jurídica, nem de regra de direito excepcional, ou de exceção à regra de que o fato deve ser apreciado à maneira estrangeira: trata-se de mais um poder-dever conferido à autoridade jurisdicional, pelo direito processual. Considerada a imitação do uso jurídico estrangeiro como resolução tomada pelo legislador, a defesa da ordem social deve ser vista como resolução contrária tomada pelo julgador.

6 — Consequência da incerteza e mobilidade da ordem social é que só o juiz, e nunca o legislador, pode defini-la, para considerá-la na iminência de ser ofendida pela imitação de direito estranho. Há, portanto, sofisma de confusão, onde falam certos autores em *leis de ordem pública internacional*, empregando esta expressão como sinônima de ordem social. Pode haver *leis de ordem pública*, no sentido de leis *que interessam* à ordem pública, ou *fundadas em motivos* de ordem pública, não pode, entretanto, haver leis de ordem pública *internacional*, ou de ordem social, no sentido de leis que impedem a observância de direito estrangeiro *indicado pela norma de direito internacional privado*. Como a ordem jurídica não deve conter partes em colisão, se determinado assunto fôr regulado diretamente por lei, com total afastamento do direito estrangeiro, é claro que norma de direito internacional privado, a respeito dêsse assunto, não poderá fazer referência a direito estrangeiro, e onde não haja possibilidade de se tomar em consideração direito estranho, a imitação deste não poderá ser encontrada na iminência de ofender a ordem social. Como, então, falar-se em *leis de ordem pública internacional*?

Ponto frio na doutrina é que o critério de ofensa à ordem social deve ser sempre o da época do julgamento; sempre atual, porque no correr do tempo a composição da ordem social se altera, e seu âmbito, ora se alarga, ora se contrái.

7 — Ponto de convergência entre todos os autores é que o centro de gravidade da ordem social está invariavelmente no *forum*. Os motivos por que é recusada a imitação do uso jurídico estrangeiro são exclusivamente locais. Qualquer jurisdição tem seu critério próprio de afastar direito estranho, e por isso é que se fala em ordem social francesa, argentina, ou brasileira. Cada autoridade jurisdicional tem seus motivos de considerar intangível êste ou aquêle interêsse social relevante, e para cada qual essa consideração é discricionária. Não há acima das ordens sociais locais uma ordem social universal: a ordem social é sempre local, peculiar de cada jurisdição. CALEB salienta que acidentalmente pode haver justaposição de ordens sociais semelhantes, surgindo coincidência ocasional entre a base da que é mantida por uma jurisdição e o alicerce da que é sustentada por outra, mas essas ordens sociais semelhantes *nunca se fundem*, como componentes de outra maior, geral, uniforme, sim guardam sempre o cunho de quantidades heterogêneas.

Deve-se distinguir entre ordem social e leis que interessam à ordem pública, ou leis de ordem pública; estas são as normas imperativas de cada ordem jurídica, aquela o conjunto de manifestações sociais relevantes, políticas, econômicas, jurídicas, morais, religiosas, da vida de uma nação. As leis de ordem pública nada têm a ver com direito estrangeiro, já que apenas constituem a parte imperativa da ordem jurídica nacional. A ordem social é sempre oposta à imitação de direitos estrangeiros que lhe sejam nocivos. Mas tanto a ordem social como as leis de ordem pública são sempre próprias de cada jurisdição individualmente considerada. Note-se, todavia, que a ordem social e as leis de ordem pública nada terão a ver com a divisão do direito em público e privado se, para esta divisão, for adotado o critério de MONTESQUIEU; de resto, já ficou visto em o nº 27 que, por sua origem e por sua destinação, todo direito é público, no sentido de *oficial*, isto é, proposto, anunciado, ou ordenado, pelo govêrno. Podem ser de ordem pública tanto as disposições de direito público, como as de direito privado, se forem diferenciadas pelas relações

sociais a cuja apreciação se destinam; e a ordem social pode obstar a imitação de direito estrangeiro, público ou privado, imperativo ou facultativo.

8 — O juiz pode considerar a ordem social na iminência de ser ofendida, tanto ao apreciar fatos acontecidos no *forum*, como por ocasião de julgar fatos ocorridos no estrangeiros; e há certa diferença nos dois casos. No primeiro, o magistrado deixa de imitar direito objetivo estrangeiro, no segundo, deixa de atribuir efeitos a fatos ocorridos, ou a atos praticados, fora de sua jurisdição. Neste último caso, há maior possibilidade de injustiça, porque os fatos, ou atos, às vezes, já produziram efeitos na jurisdição estranha; está-se diante de fato consumado, de ato realizado *fora do país*; e podem não ser tão escandalosos os efeitos da instituição alienígena. Haja vista o casamento dos divorciados. Talvez por essa razão, o certo é que sempre há menos intolerância quanto à atribuição de efeitos a fatos ocorridos, ou a atos praticados, no estrangeiro. E, de modo geral, em tôda parte, os casos em que os tribunais têm deixado de imitar direito estrangeiro, por ofensivo à ordem social, têm-se reduzido progressivamente. Afirma PILLET, BARTIN e MACHADO VILELA que não se pode prever o desaparecimento próximo, ou remoto, dos motivos de rejeição do uso jurídico estranho; entretanto é fato demonstrado pela estatística que, em todo o mundo, se tem operado redução crescente dos casos em que o uso urídico estrangeiro deixa de ser imitado por ofensivo à ordem social. A tendência é minguante, no sentido de uso mais moderado da defesa, pelos tribunais de todos os países. No entender de ARMINJON, essa tendência deverá acentuar-se à medida que os povos forem se conhecendo melhor, forem entretendo relações mais frequentes e abandonando prevenções recíprocas, isto é, forem, no dizer de LEPAULLE, adquirindo *espírito internacional*.

9 — Alguns autores atribuem à defesa da ordem social dois efeitos: positivo e negativo. Êste vem a ser o que determina a rejeição do direito estrangeiro, como modelo a ser imitado, enquanto aquêle é o que impõe a observância do *ius communis* em lugar de *ius specialis*, cujo modelo foi rejeitado.

Por exemplo: a lei do Estado de Virgínia, na América do Norte, prescreve que todos os casamentos entre pessoas de raça branca e preta sejam declarados absolutamente nulos e inexistentes, sem necessidade de sentença de divórcio, ou de qualquer processo judicial, e ainda impõe aos nubentes a pena criminal de dois a cinco anos de prisão. Se um preto e uma branca, domiciliados nêsse Estado-membro norte-americano, pretenderem casar-se em país, cujo sistema de direito internacional privado mande apreciar os impedimentos matrimoniais pelo direito do domicílio comum dos nubentes, o juiz de casamentos deverá apreciá-los pelo direito civil do Estado de Virgínia, mas, se considerar o preconceito da raça contrário à ordem social de seu país, deixará de imitar êsse direito (efeito negativo) e, além disso, fará o casamento (efeito positivo), imitando o uso jurídico estrangeiro onde não seja ofensivo. LAINÉ sustenta que a defesa da ordem social só tem efeito negativo, pois o denominado positivo já não é mais consequência sua. Vedada a imitação do direito estrangeiro, mantida está a ordem social; e se o caso passar a ser apreciado por imitação de direito estrangeiro inofensivo, ou pelo *ius communis*, não será isso por fôrça, ou por efeito, da defesa da ordem social, mas porque o caso não pode ficar sem solução; havendo necessidade de se fazer justiça, e não se podendo imitar direito estrangeiro nocivo, nem devendo ser arbitrária a apreciação do fato anormal, passa-se a imitar o uso jurídico estranho onde não seja inconveniente, ou o *ius communis*, como única solução justa e útil. Para GOLDSCHMIDT, "não se deve falar de efeito positivo, ou negativo, da ordem pública internacional, pôsto que sempre tenha os dois. Fala-se corretamente do resultado positivo, ou negativo, da referida instituição".<sup>8</sup> Mas isto é questão de lana-caprina, destituída de qualquer interêsse prático, ou teórico.

10 — Os romanos não tiveram noção de defesa da ordem social. Os mais antigos estatutários *a entreviram*, quando

---

(8) Werner GOLDSCHMIDT, *Sistema y Filosofia del Derecho Internacional Privado*, vol. I, pág. 285.

tocaram em estatutos odiosos e favoráveis. Notando diferença entre proibições legais favoráveis e odiosas, ou prejudiciais, para estabelecerem que as primeiras eram extraterritoriais, e as últimas territoriais, tiveram *noção vaga* do que agora denominamos defesa da ordem social. DESPAGNET afirma que o holandês Johannes VOET já formalmente tocava no assunto, entretanto de antes do século XVIII não se tem notícia de rejeição de direito estrangeiro por ofensivo da ordem social. Só o estatutário BOUHIER, da escola francesa, em 1787, conseguiu apresentar noção clara, perfeita, onde em sua obra intitulada *Observations sur la coutûme du duché de Bourgogne*, considerou a necessidade de temperar-se o rigor da territorialidade das leis, “quando a polícia da nação não fosse ofendida”. E quem acabou de definí-la foi SAVIGNY, apresentando-a como limite à observância de direito estrangeiro.

11 — Em boa doutrina, tudo aquilo que é contrário à soberania nacional, à ordem pública, ou aos bons costumes, é por isso mesmo contrário à ordem social; e, como já ficou visto, pode haver direito estrangeiro contrário a leis que interessam à ordem pública, ou ordem social, sem que haja de ser afastado por êsse motivo. É que tudo está na profundidade, ou intensidade, da ofensa. A lei definidora da capacidade, por exemplo, interessa à ordem social, é, sem dúvida, lei de ordem pública, no sentido de lei fundada em motivo de ordem pública, e, no entanto, é frequente a imitação de direito estrangeiro continente de disposição que lhe seja contrária. Por conseguinte, o artº 17 da Lei de Introdução ao Código Civil, com técnica menos recomendável, faz distinção puramente verbal, insuficiente, desnecessária e inconveniente, entre o que é ofensivo à soberania nacional, à ordem pública, e aos bons costumes, quando estas três realidades ofensíveis são faces de um mesmo poliedro: a ordem social. Aí o que houve foi inércia legislativa, pois convinha corrigir, em lugar de repetir, o que nas leis anteriores já vinha sendo mal enunciado. E não é aconselhável distinguir setores na ordem social, porque a distinção pode não ser exaustiva, tal como aconteceu com a ordem econômica, por exemplo, que ficou

fora da especificação do artº 17, assim redigido: “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”. Se se disser que a ordem econômica está compreendida na expressão *ordem pública*, tornar-se-á, então, inexplicável a individuação da soberania nacional e dos bons costumes. Ordem pública, como sinônimo de ordem social, abrange tôdas as manifestações sociais relevantes, inclusive a soberania nacional e os bons costumes.

Evidentemente, nenhum país pode admitir a imitação de direito estranho, nem atos, sentenças, ou declarações de vontade, ofensivos à soberania nacional: se cada jurisdição mantém livremente sua ordem social, deve por isso mesmo afastar tudo o que contrarie o regular exercício do poder público de que dispõe. A igualdade, o respeito mútuo e a autonomia que o direito das gentes assegura a todos os governos, mostram que se deve ter como intolerável qualquer ofensa à soberania nacional.

A expressão *bons costumes* é equivalente a ordem moral. No dizer de CLÓVIS BEVILÁQUA, trata-se de “regras objetivas de proceder nas relações domésticas e sociais, em harmonia com os elevados fins da vida humana, cuja ofensa mais direta e profundamente fere os nossos sentimentos de honestidade, recato e estima recíproca”. Entretanto, para que o uso jurídico estrangeiro seja visto como contrário aos bons costumes indígenas, não precisa ser infringente de disposição de lei, uma vez que é ilícito não só o que é ofensivo ao estatuído por lei, como o que é afrontoso a bons costumes não escritos. O critério, para considerá-lo ofensivo, “deve ser baseado nos fatos, e não em teoria” (COVIELLO), sendo por isso mesmo um dos mais perigosos poderes de que dispõem os tribunais. Neste sentido, PLANIOL & RIPERT apontam a possibilidade de ser exercido por homens apaixonados, por moralistas severos, ou espíritos sectários, para lembrar que a liberdade individual pode, nesses casos, correr perigo. Afirmam que o único contrapêso possível, em tal hipótese, é a opinião pública, a corrente geral das idéias, que estabelece o nível moral de um

povo e cria uma espécie de tolerância necessária. Por outras palavras: a jurisprudência deve ser adequada ao grau médio de moralidade do povo. O que ensinam os melhores autores é que nem tudo o que se afasta dos rigorosos preceitos da moral cristã deve ser tido como imoral, para o efeito de ser juridicamente inadmissível; e sim somente aquilo que foge à prática considerada moral na opinião comum, ou opinião média do povo (RIPERT).

Afinal, a expressão *ordem pública*, empregada pelo artº 17 da Lei de Introdução ao Código Civil só pode ser tida como sinônima de *ordem social* e precisamente por isso são superfluas as referências a soberania nacional e a bons costumes.