

## Parâmetros para a incidência da ordem pública nas relações contratuais privadas

Rafael da Silva SANTIAGO\*

**RESUMO:** Por expressa previsão legal, todas as relações contratuais privadas devem respeitar preceitos de ordem pública, que constituem uma das principais limitações à autonomia privada. Considerando a abertura e indeterminação do conceito de ordem pública, o trabalho busca analisar o instituto a partir de diversos ramos jurídicos e de decisões judiciais, com a finalidade de estabelecer parâmetros para sua incidência no caso concreto, de modo a auxiliar o intérprete no preenchimento de seu conteúdo. A partir de pesquisa qualitativa e documental, será demonstrado que a ordem pública é uma diretriz mutável, transitória e indisponível de utilização excepcional pelo Poder Judiciário para tutelar interesses fundamentais, superiores e não taxativos da coletividade à luz do caso concreto.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ordem pública; contratos; normas cogentes; autonomia privada.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; – 2. Ordem pública no direito civil; – 3. Ordem pública no plano internacional; – 4. Ordem pública na resolução de conflitos; – 5. Ordem pública na jurisprudência; – 6. Conclusão; – 7. Referências.

**TITLE:** *Parameters for the Impact of Public Policy in Private Contractual Relations*

**ABSTRACT:** *Private contractual relations must respect public policy, one of the main limitations to private autonomy, by express legal provision. Considering the uncertainty of the concept of public policy, the research aims to analyze the institute from several legal areas and judicial decisions, in order to define parameters for its incidence in each concrete case and to assist the interpreter in its application. Based on a qualitative and documentary research, it will be demonstrated that public policy is a changeable and unavailable directive used exceptionally by the Judiciary to protect fundamental and non-exhaustive interests of the community in the concrete case.*

**KEYWORDS:** *Public policy; contracts; cogent norms; private autonomy.*

**CONTENTS:** *1. Introduction; – 2. Public policy in civil law; – 3. Public policy in the international level; – 4. Public policy in conflict resolution; – 5. Public policy in jurisprudence; – 6. Conclusion; – 7. References.*

### 1. Introdução

A ordem pública é uma cláusula geral de extrema importância para as relações contratuais privadas no Direito brasileiro, na medida em que o parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil estabelece expressamente que nenhuma convenção poderá contrariar preceitos de ordem pública.

---

\* Doutor e Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília – UnB. Professor Titular de Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Por escolha do legislador, trata-se de um dos principais elementos limitadores da autonomia privada das partes, condicionando o núcleo essencial da constituição dos contratos, que é justamente o exercício da liberdade na definição do objeto dos negócios jurídicos.

Assim, a formação dos contratos, por intermédio da manifestação livre da vontade das partes, deve necessariamente observar os mencionados preceitos de ordem pública, sob pena de nulidade de seu conteúdo.

Considerando a importância dos contratos para as relações sociais, por viabilizar operações econômicas e manifestações jurídicas imprescindíveis ao desenvolvimento de uma sociedade capitalista, é essencial bem compreender os preceitos de ordem pública, que limitam o alcance da vontade dos contratantes.

Entretanto, apesar da observância obrigatória, não há uma definição minimamente clara e objetiva sobre o que é um preceito de ordem pública. Além da inexistência de conceito legal, não há uma teoria doutrinária especial ou uma abordagem mais aprofundada dos motivos pelos quais a jurisprudência invoca preceitos de ordem pública.

Nesse contexto, diante da lacuna em torno da definição de ordem pública nas relações jurídicas privadas, o objetivo do trabalho é compreender os elementos que preenchem seu conteúdo, a partir da análise de variados subsistemas jurídicos, em face de sua incidência no Direito Civil, no Direito Internacional e no processo civil, com relação direta com a resolução de conflitos.

Pela sua natureza qualitativa e teórica, a pesquisa busca descrever e interpretar o conteúdo da ordem pública, com a construção de conceitos a ela pertinentes. A abordagem também perpassa por uma pesquisa documental, consubstanciada na análise de conteúdo, com a utilização de dados secundários e fontes jurídicas tradicionais.

Assim, tendo como base os já mencionados ramos do Direito, bem como o estudo da jurisprudência, representada por decisões do Superior Tribunal de Justiça, serão identificados os parâmetros para a incidência da ordem pública nas relações contratuais privadas, de modo a auxiliar o intérprete a reconhecer normas de natureza cogente e a concluir quando uma convenção contraria preceitos de ordem pública.

## 2. Ordem pública no direito civil

O Direito Civil é o ramo próprio da livre manifestação da vontade dos indivíduos. Suas normas jurídicas têm como pressuposto o exercício da autonomia privada, bem como a proteção dos sujeitos no âmbito privado. Mesmo assim, não está imune às repercussões decorrentes da necessidade pública de tutela de interesses e bens jurídicos relevantes.

Desde o século passado, viu-se um aumento da ingerência pública na vida privada. Os novos princípios estabelecidos pelo Direito Social (Constituição de 1934) e pela noção de utilidade pública e interesse social (Constituição de 1946, de 1967 e Emenda de 1969) são o fundamento básico dessa natural perspectiva do Direito, no sentido de conferir meios para a concretização do bem comum.<sup>1</sup>

O Estado Moderno tem como atribuição conduzir a formação do meio econômico e social, estipulando normas que se destinam à planificação de determinadas atividades dos particulares, em certos momentos, e editando, em alguns casos, legislação sobre o fenômeno sociológico do mercado.<sup>2</sup>

No exercício dessas prerrogativas, decorrentes do conceito de Estado Social, são praticados atos *iure imperii*, com o objetivo de alterar e ajustar os negócios privados, adequando-os à política governamental.

Contudo, a noção de ordem pública como elemento limitador da autonomia privada advém do Estado Liberal, como assevera Paulo Lôbo:

O Estado liberal era tendencialmente não-cogente, pois a função básica do direito era a de suplementar a autonomia privada. A doutrina tradicional pôs como fontes de limitação apenas os bons costumes e a ordem pública, repercutindo o ideário liberal burguês da primazia do individualismo, negando-se o poder de intervenção do Estado legislador, administrativo ou judicial, para realização da justiça social nas atividades econômicas.<sup>3</sup>

Diferentemente do que se pode cogitar em virtude das consequências de sua aplicação nas relações jurídicas, a origem histórica da ordem pública não remonta propriamente

---

<sup>1</sup> FRANÇA, Limongi Rubens. *Instituições de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 175.

<sup>2</sup> SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 29.

<sup>3</sup> LÔBO, Paulo. Contratante vulnerável e autonomia privada. *In: Revista do instituto do direito brasileiro – RIDB*. ano 1. nº 10. 2012. P. 6194.

a projeções da socialidade e da intervenção mais efetiva do Estado nos variados setores da comunidade.

Isso não impede que, atualmente, ela seja concebida como um importante vetor de garantia de valores e interesses sociais pelo Estado.

Tendo como referência o princípio contratual da supremacia da ordem pública, Rubens Limongi França assevera que “[...] a autonomia da vontade encontra limite nos interesses de ordem pública, definidos em lei. Da lei, portanto, depende a maior ou menor hegemonia estatal, no que tange à liberdade de contratar, sempre com vistas para o bem comum”.<sup>4</sup>

Um caminho para se preencher o conceito aberto e abstrato da ordem pública é a lei. Nesse sentido, o legislador da codificação privada estabeleceu expressamente, no parágrafo único do art. 2.035, a função social dos contratos como um preceito de ordem pública a ser obrigatoriamente cumprido pelas partes.

Como o entendimento da legislação não deriva de mera interpretação literal de suas palavras, também ganha importância a compreensão estrutural do Código Civil de 2002. Por isso é seguro afirmar que a eticidade é um vetor abrangido pela noção de ordem pública.

Como destaca Clóvis do Couto e Silva, a liberdade para concluir negócios jurídicos “[...] pode, excepcionalmente, ser restringida, a ponto de transformar o negócio em ato de cogência”.<sup>5</sup> Como já visto, a ordem pública exerce papel importante na limitação da liberdade negocial.

O autor assevera que, no plano obrigacional, existem direitos que não podem ser negociados:

Por certo, existem determinados direitos inalienáveis, como os de decisão em questões de crença e consciência, como os direitos à vida ou à liberdade individual, que se manifestam tanto perante o Estado quanto perante os indivíduos *ut singuli*. Qualquer contrato, em que se abolisse ou restringisse um desses direitos, seria, *ipso facto*, nulo.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> FRANÇA, Limongi Rubens. *Instituições de direito civil*, op. cit., p. 715.

<sup>5</sup> SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*, op. cit., p. 26.

<sup>6</sup> *Idem*, p. 29.

Vale reiterar que a ideia de que todos os negócios jurídicos devem ser celebrados conforme os limites da ordem pública é extraída do parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil, que assevera que nenhuma convenção deverá prevalecer caso contrarie preceitos de ordem pública.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho observam a necessidade de os pactos não violarem a ordem pública, já que a utilização do termo “nenhuma convenção” obriga que todos os negócios jurídicos, celebrados antes ou depois da vigência do Código Civil de 2002, observem preceitos de ordem pública, notadamente a função social da propriedade e dos contratos.<sup>7</sup>

Os mesmos autores exemplificam algumas matérias abrangidas por preceitos de ordem pública:

[...] contratos que violem regras ambientais ou a utilização econômica racional do solo, assim como as convenções que infringjam deveres anexos decorrentes da cláusula de boa-fé objetiva (lealdade, respeito, assistência, confidencialidade, informação), expressamente prevista no art. 422 do Código de 2002, não poderão prevalecer, ante a nova ordem civil.<sup>8</sup>

Enzo Roppo esclarece que viola a ordem pública o contrato ou a cláusula contratual que prejudique bens ou valores fundamentais do contratante, como sua integridade psicofísica: “[...] assim, não seria lícito o pacto através do qual alguém se obrigasse a executar prestações ou actividades lesivas da saúde [...]”.<sup>9</sup>

É evidente que não existe um rol taxativo dos bens ou valores fundamentais do contratante, mas a ordem pública deve ser invocada quando o negócio jurídico verse sobre interesses relevantes concretamente merecedores de tutela.

Paulo Nader, ressaltando que a ordem pública é elemento limitador da autonomia privada, assevera sua relação com os interesses basilares das pessoas e do Estado, impondo restrições que não podem ser substituídas pela vontade dos particulares, do que deriva sua natureza cogente.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos, teoria geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 356.

<sup>8</sup> *Idem*, p. 357.

<sup>9</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 180.

<sup>10</sup> NADER, Paulo. *Curso de direito civil: contratos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 24.

Destarte, “[...] são de ordem pública, entre outras, as regras sobre a economia popular, as relativas ao casamento, aos alimentos, a matéria eleitoral [...]”.<sup>11</sup>

Nos mesmos termos, Caio Mário da Silva Pereira alerta que a ordem pública é contrariada quando o contrato ofende preceitos fundamentais da sociedade:

O que são normas de *ordem pública* e o que são *bons costumes* não há critério rígido para precisar. Ao revés, ocupam umas e outras zonas de delimitação fluante, que os juristas a custo conseguem definir. Segundo doutrinas aceitas com visos de generalidade, condizem com a *ordem pública* as normas que instituem a organização da família (casamento, filiação adoção, alimentos); as que estabelecem a ordem de vocação hereditária e a sucessão testamentária; as que pautam a organização política e administrativa do Estado, bem como as bases mínimas da organização econômica; os preceitos fundamentais do Direito do Trabalho; enfim, as regras que o legislador erige em cânones basilares da estrutura social, política e econômica da Nação. Não admitindo derrogação, compõem leis que proíbem ou ordenam cerceando nos seus limites a liberdade de todo.<sup>12</sup>

Silvio de Salvo Venosa destaca ser “[...] difícil conceituar o que sejam normas de ordem pública. São, em síntese, aquelas disposições que dizem respeito à própria estrutura do Estado, seus elementos essenciais; são as que fixam, no Direito Privado, as estruturas fundamentais da família, por exemplo”.<sup>13</sup>

Francisco Amaral explica que a ordem pública é um conjunto de normas que, no plano público, regulam e tutelam os interesses fundamentais da sociedade e do Estado, e, no plano privado, estabelecem os fundamentos jurídicos da ordem econômica, intervindo na Economia, criando ferramentas de proteção ao consumidor e regulamentando certas espécies contratuais.<sup>14</sup>

Percebe-se que a visão do autor está mais vinculada a elementos inerentes ao Estado Social e a uma intervenção estatal mais evidente para a garantia e concretização de interesses sociais.

Nesse cenário, Francisco Amaral lista alguns exemplos de normas de ordem pública no sistema jurídico brasileiro:

---

<sup>11</sup> *Idem*, p. 24.

<sup>12</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Livro Eletrônico.

<sup>13</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 387.

<sup>14</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 136.

[...] São exemplos de limitações impostas pela ordem pública de proteção, em nosso direito, as decorrentes da Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991, que dispõe sobre a locação dos imóveis urbanos, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, sobre a proteção do consumidor, da Lei n. 8.177, de 1º de março de 1991, que estabelece regras para a desindexação da economia, da Lei n. 9.514, de 20 de novembro de 1997, que dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário e institui a alienação fiduciária de coisa imóvel, da Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. São também exemplos de limitações impostas pelo princípio de ordem pública as sanções de nulidade e anulabilidade para os casos de contratos com determinados vícios de vontade ou de forma (CC, arts. 138 e ss.).<sup>15</sup>

Dos exemplos até aqui indicados, é possível concluir que a ordem pública envolve interesses fundamentais da sociedade que podem se consolidar ou se modificar ao longo do tempo.

Por esse motivo, Carlos Roberto Gonçalves afirma que a ideia de ordem pública é bastante transitória, não se adequando a qualquer classificação realizada *a priori*, cabendo aos Tribunais verificar, em cada caso, se a situação envolve ou não preceitos de ordem pública.<sup>16</sup>

Trata-se da mesma posição de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, para quem a definição de ordem pública deve ser construída tendo como referência os valores vigentes em determinado tempo.<sup>17</sup>

José de Oliveira Ascensão também ressalta que a ordem pública só pode ser identificada em concreto: “[...] pressupõe já realizada a interpretação das fontes e busca apurar se, na aplicação ao caso concreto, se chega a um resultado que é inadmissível perante os princípios fundamentais da ordem jurídica [...]”.<sup>18</sup>

Para o civilista português, a ordem pública representa um conjunto valorativo que deve ser, em qualquer caso, preservado dentro da comunidade. Resulta de princípios

---

<sup>15</sup> *Idem*, p. 136.

<sup>16</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 44.

<sup>17</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017b, p. 159.

<sup>18</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil, teoria geral: acções e factos jurídicos*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 321.

fundamentais, como os da dignidade da pessoa humana e outros que refletem as bases da vida social.<sup>19</sup>

Por sua vez, Orlando Gomes aponta a existência de duas limitações de caráter geral à liberdade de contratar, quais sejam, a ordem pública e os bons costumes. O principal destaque refere-se à dificuldade na sua conceituação:

Mas essas *limitações* gerais à *liberdade de contratar*, insertas nos códigos como exceções ao princípio da autonomia da vontade, jamais puderam ser definidas com rigorosa precisão. A dificuldade, senão a impossibilidade, de conceituá-las permite sua ampliação ou restrição conforme o pensamento dominante em cada época e em cada país, formado por idéias morais, políticas, filosóficas e religiosas. Condicionam-se, em síntese, à *organização política* e à *infra-estrutura ideológica*.<sup>20</sup>

Em termos generalizados, seria possível concluir que as limitações à liberdade de contratar têm como pano de fundo a ideia de utilidade social. Determinados interesses são reconhecidos como impróprios para as bases de ordem social ou colidem com os princípios cuja observância por todos é indispensável à normalidade dessa ordem. Assim, defende-se que esses interesses violam leis de ordem pública e os bons costumes.<sup>21</sup>

Nesse contexto, Orlando Gomes elabora uma lista exemplificativa de normas que envolvem preceitos de ordem pública:

Recorre-se ao expediente da *enumeração* exemplificativa, tentando-se classificá-los, como segue: 1º) as leis que consagram ou salvaguardam o princípio da liberdade e da igualdade dos cidadãos, e, particularmente, as que estabelecem o princípio da liberdade de trabalho, de comércio e de indústrias; 2º) as leis relativas a certos princípios de responsabilidade civil ou a certas responsabilidades determinadas; 3º) as leis que asseguram ao operário proteção especial; 4º) as leis sobre o estado e a capacidade das pessoas; 5º) as leis sobre o estado civil; 6º) certos princípios básicos do direito hereditário como os relativos à legítima e o que proíbe os pactos sobre a sucessão futura; 7º) as leis relativas à composição do domínio público; 8º) os princípios fundamentais do direito de propriedade; 9º) as leis monetárias; e 10) a proibição do anatocismo.<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> *Idem*, p. 320.

<sup>20</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 27-28.

<sup>21</sup> *Idem*, p. 28.

<sup>22</sup> *Idem*, p. 28-29.

Miguel Maria de Serpa Lopes entende que as leis de ordem pública são organizadas em quatro categorias:

1.<sup>a</sup>) as de organização social, inerentes à organização da família, liberdade individual, etc.; 2.<sup>a</sup>) as de organização política, como as leis constitucionais, administrativas, fiscais e as relativas à organização judiciária; 3.<sup>a</sup>) as de organização econômica, como as normas relativas ao regime de bens, o direito de pedir a extinção do condomínio, a inalienabilidade dos bens dotais, o bem de família; 4.<sup>a</sup>) as de organização moral, como a proibição da poligamia, os pactos sucessórios, os que importem na diminuição da capacidade civil de uma das partes contratantes ou traga a exclusão da responsabilidade no caso de obrigação por perdas e danos.<sup>23</sup>

A principal característica das normas de ordem pública, ressaltada por toda a doutrina, é a limitação à autonomia privada: “[...] a autonomia da vontade e o consensualismo permanecem como base da noção de contrato, embora limitados e condicionados por normas de ordem pública em benefício do bem-estar comum”.<sup>24</sup>

Também nesse sentido, Luis Roberto Barroso aponta que a figura jurídica das normas de ordem pública foi desenvolvida, principalmente no Direito Privado, “[...] para identificar aqueles preceitos que limitavam a liberdade de contratar, em domínios como o casamento, a locação, o direito do consumidor, o direito do trabalho, dentre outros”.<sup>25</sup>

A individuação de uma norma de ordem pública ocorre pelo seu caráter de inderrogabilidade, “[...] consistente na irrenunciabilidade de um direito obtido pela aplicação da norma ou no proibir-se a eliminação das condições de fato que formam o seu necessário pressuposto [...]”.<sup>26</sup>

Com a determinação de um mínimo normativo que não pode ser objeto de disposição pelos sujeitos, a ordem pública resulta na limitação da liberdade.

---

<sup>23</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. vol. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, p. 58.

<sup>24</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos, teoria geral*. op. cit., p. 77.

<sup>25</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 227.

<sup>26</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*, op. cit., p. 57.

Ademais, não obstante a mesma consequência jurídica, Miguel Maria de Serpa Lopes ressalta haver diferenças<sup>27</sup> entre norma de ordem pública e norma cogente. A corrente teórica nesse sentido aponta não serem de ordem pública, por exemplo, as leis reguladoras do estado das pessoas e das incapacidades, não obstante seu caráter indisponível.<sup>28</sup>

As normas cogentes seriam aquelas que se impõem por si mesmas, retirando qualquer arbítrio individual, sendo aplicáveis mesmo quando as pessoas por elas beneficiadas tenham renunciado a tutela normativamente garantida.<sup>29</sup>

A lei interfere em diversas vezes sobre a vontade das partes, em uma delas impondo-se de forma absoluta, à margem da vontade individual e mesmo contra o sentido dessa mesma vontade. É sob essa perspectiva que Serpa Lopes define o *ius cogens*:

O *ius cogens*, como perfeitamente o definiu Ferrara, resulta de todos os comandos ou proibições que em benefício da tutela dos interesses gerais impõem de um modo absoluto a observância ou a abstenção de certos atos, formas ou atitudes, de modo que as partes não podem derogar ou subtrair as consequências de seus regulamentos. *É um direito que traz um cunho de necessidade inderrogável.*<sup>30</sup>

Trata-se de normas cuja definição tem como pano de fundo o interesse público. Não obstante, pertencem ao Direito Privado, por incidirem em relações jurídicas dos indivíduos entre si, sem a participação direta do Estado. Isso ocorre justamente por algumas relações privadas serem permeadas pelo interesse público.

A despeito dessa diferença, o que importa para o presente trabalho é constatar e concluir pela existência de um conjunto de direitos dotados de indisponibilidade absoluta, seja em face da ordem pública ou da natureza cogente da norma.

### **3. Ordem pública no plano internacional**

A tutela da ordem pública no Direito Internacional Privado relaciona-se à proteção do

---

<sup>27</sup> É importante destacar que parte da doutrina não diferencia as normas de ordem pública das normas cogentes. Nesse sentido, Rubens Limongi França afirma que “as leis de ordem pública também se dizem preceptivas, absolutas, cogentes, coativas, imperativas, impositivas [...]” (FRANÇA, Limongi Rubens. *Instituições de direito civil*, op. cit., p. 13).

<sup>28</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*, op. cit., p. 56.

<sup>29</sup> *Idem*, p. 47-48.

<sup>30</sup> *Idem*, p. 48.

núcleo moral inegociável de certo ordenamento, condicionando a geração de efeitos por pronunciamento jurisdicional alienígena ao respeito a esse núcleo moral.<sup>31</sup>

É uma construção jurídica que está presente na legislação de Direito Internacional Privado de quase todos os países.<sup>32</sup>

Para corroborar a constatação, vale destacar que o art. 5º da Convenção Interamericana sobre Normas de Direito Internacional Privado de 1979, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 1.979/1996, assevera que a lei estrangeira não pode ser aplicada no Estado Parte que a considerar manifestamente contrária aos princípios de sua ordem pública.

A ordem pública está sempre associada a um limite, imposto pelo Direito Internacional Privado, para a aplicação do Direito estrangeiro. Diz respeito às manifestações sociais eminentes de natureza política, econômica, jurídica, moral, religiosa, filosófica e emocional que consubstanciam a característica de vida de cada povo.<sup>33</sup>

No plano internacional, as regras de ordem pública não se destinam necessariamente à tutela de direitos subjetivos propriamente ditos da pessoa. Isso porque elas se referem à proteção de um interesse social-público nas relações jurídicas, envolvendo normas de organização de estruturas constitucionais, administrativas, familiares, econômicas e outras mais que estejam inseridas nos valores e fundamentos da ordem jurídica doméstica.<sup>34</sup>

Para disciplinar as relações internacionais, o art. 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB preceitua que qualquer declaração de vontade emitida fora do território nacional não terá eficácia no Brasil – o que significa que não produzirá efeitos – quando violar a ordem pública.

O art. 17 do mesmo diploma legal prevê a reserva de ordem pública, uma cláusula de exceção que faz contrariar o direito estrangeiro quando sua aplicação gera um resultado incompatível com os princípios fundamentais da ordem jurídica interna, caso em que o

---

<sup>31</sup> VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. Ordem pública no Direito Internacional Privado e a Constituição. In: *Revista Ética e Filosofia Política*, n. 12, vol. 2, jul. 2010, p. 219.

<sup>32</sup> MAZZOULI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 225.

<sup>33</sup> BASTO, Maristela. *Curso de direito internacional privado*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 386.

<sup>34</sup> *Idem*, p. 386.

juiz recorrerá à *Lex fori*. Trata-se de determinação diversa da ordem pública internacional, que envolve princípios e regras internacionais.<sup>35</sup>

As restrições impostas pelo art. 17 da LINDB decorrem da imperatividade de regras e princípios que estabelecem uma proteção da ordem jurídica brasileira contra o Direito estrangeiro, nos casos de incompatibilidade com o sistema de valores e fundamentos que mantém a integridade e a unidade do sistema normativo de certo Estado.<sup>36</sup>

As duas concepções mais comuns da ordem pública no Direito Internacional Privado referem-se (i) à limitação da autonomia privada e (ii) ao afastamento do Direito estrangeiro pelo juiz na aplicação da lei estrangeira ou na negativa de homologação de sentenças ou concessão de *exequator* a carta rogatória.<sup>37</sup>

Miguel Maria de Serpa Lopes destaca haver uma distinção entre ordem pública internacional e ordem pública interna:

[...] a primeira, inerente a uma ordem comum às nações e constituindo um verdadeiro *ius gentium*; a segunda, concernente aos princípios só interessando aos nacionais, não podendo constituir uma ordem pública internacional, porque implicaria em afastar ou excluir, em relação aos estrangeiros, as suas respectivas leis. [...] <sup>38</sup>

Não obstante, o autor filia-se à corrente doutrinária que entende não haver tal diferença, já que a concepção de ordem pública mantém-se com a mesma natureza, quer em face dos nacionais, quer em face de estrangeiros.<sup>39</sup>

Assim, a ordem pública internacional, como aponta José de Oliveira Ascensão, é constituída pelos princípios básicos de que a comunidade não pode abrir mão, representando um limite invencível à aplicação, guiada pelo Direito Internacional Privado, da lei estrangeira.<sup>40</sup>

<sup>35</sup> HUSEK, Carlos Roberto. *Curso básico de direito internacional público e privado do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 183.

<sup>36</sup> BASTO, Maristela. *Curso de direito internacional privado*, op. cit., p. 381.

<sup>37</sup> VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. Ordem pública no Direito Internacional Privado e a Constituição. *Revista Ética e Filosofia Política*, op. cit., p. 220.

<sup>38</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*, op. cit., p. 56.

<sup>39</sup> *Idem*, p. 56.

<sup>40</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil, teoria geral: acções e factos jurídicos*, op. cit., p. 319.

Constitui um empecilho à aplicação de normas, costumes, instituições estrangeiras ou qualquer declaração de vontade que contrarie “[...] os direitos fundamentais, a moral, a justiça ou as instituições democráticas do foro [...]”.<sup>41</sup>

Em termos mais claros, impede a aplicação de leis estrangeiras, o reconhecimento de atos praticados fora do país e a execução de sentenças prolatadas por tribunais de outras Nações em virtude de critérios filosóficos, políticos, jurídicos, morais e econômicos.<sup>42</sup>

Com base nos estudos do professor belga Didier Boden, Maristela Basto elenca alguns critérios objetivos para se definir a ordem pública no caso concreto:

- i) em nenhum diploma legal encontraremos formulado o que venha ser “ordem pública”, isto é, o básico e fundamental na filosofia, na política, na moral e na economia de um país;
- ii) a ordem pública se afere pela mentalidade e sensibilidade médias de determinada sociedade em determinada época;
- iii) o intérprete e aplicador da lei não dispõe de uma bússola para distinguir, dentro do sistema jurídico de seu país, o que seja fundamental – de ordem pública;
- iv) deve ser rejeitado pelos tribunais o que vier do direito estrangeiro que seja chocante à mentalidade e sensibilidade médias de uma sociedade, em determinada época.<sup>43</sup>

A Declaração Universal dos Direitos Humanos,<sup>44</sup> por exemplo, faz parte da ordem pública internacional, de modo que nenhuma regra ou convenção internacional, bilateral ou multilateral, pode contrariá-la, por ela envolver a dignidade inerente a todo ser humano, que deve ser respeitada em qualquer território e sob qualquer espécie de governo.<sup>45</sup>

Raphael Carvalho de Vasconcelos observa que a doutrina internacionalista não estabeleceu uma técnica segura e previsível para definir o conteúdo da ordem pública.

<sup>41</sup> MAZZOULI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional privado*. op. cit., p. 225.

<sup>42</sup> DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 448-449.

<sup>43</sup> BASTO, Maristela. *Curso de direito internacional privado*, op. cit., p. 378.

<sup>44</sup> Os tratados internacionais sobre Direitos Humanos constituem um importante parâmetro para se definir o conteúdo da ordem pública: “[...] tudo quanto dispõem sobre a proteção dos direitos humanos há de servir, também, como *limite* à aplicação de leis, costumes e instituições de outro Estado que os afronte” (MAZZOULI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional privado*, op. cit., p. 225).

<sup>45</sup> HUSEK, Carlos Roberto. *Curso básico de direito internacional público e privado do trabalho*, op. cit., 64.

Não há uma sistematização fechada do rol de situações que exigiriam a proteção da moral local.<sup>46</sup>

A inexistência de critérios taxativos para definir a ordem pública também é mencionada por Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio:

Diríamos que o princípio da ordem pública é o reflexo da filosofia sociopolítico-jurídica imanente no sistema jurídico estatal, que ele representa a moral básica de uma nação e que protege as necessidades econômicas do Estado. [...] Mas não encontramos formulado o que vem a ser básico na filosofia, na política, na moral e na economia de um país. O aplicador da lei não dispõe de uma bússola para distinguir dentro do sistema jurídico de seu país o que seja fundamental, de ordem pública, não podendo ser desrespeitado pela vontade das partes ou pela aplicação de uma lei estrangeira, do que não seja essencial, podendo tolerar um pacto entre particulares, consagrando as suas vontades, ou admitir que se aplique uma lei estrangeira contendo norma jurídica diversa da constante no direito pátrio.<sup>47</sup>

Diante dessa perspectiva, a maior característica da ordem pública internacional é que a análise do seu cabimento fica a critério do magistrado.<sup>48</sup>

No mesmo sentido, Walter Beat Rechsteiner, no plano do Direito Internacional Privado e à luz do art. 17 da LINDB, ressalta o protagonismo do juiz na definição da ordem pública:

A ordem pública é um conceito relativo com variações no tempo e no espaço. É também um conceito aberto que, necessariamente, precisa ser concretizado pelo juiz, quando este julga uma causa de direito privado com conexão internacional, à qual é aplicável o direito estrangeiro, conforme as normas do direito internacional privado da *lex fori*.<sup>49</sup>

Maristela Basto, destacando a dificuldade de estabelecer um conceito para ordem pública, igualmente assevera o protagonismo do juiz no preenchimento de seu conteúdo à luz do caso concreto:

---

<sup>46</sup> VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. Ordem pública no direito internacional privado e a Constituição. *Revista Ética e Filosofia Política*, op. cit., p. 219.

<sup>47</sup> DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado*, op. cit., p. 449.

<sup>48</sup> VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. Ordem pública no direito internacional privado e a Constituição. *Revista Ética e Filosofia Política*, op. cit., p. 219.

<sup>49</sup> RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado: teoria e prática*, op. cit., p. 198.

É extremamente difícil conceituar ordem pública; grandes mestres como Irineu Strenger e Jacob Dolinger fizeram enorme esforço neste sentido, em teses magistrais, e concluíram que o princípio de ordem pública deve ser entendido como o reflexo da filosofia sociopolítico-jurídica de toda legislação. É noção de foro íntimo do intérprete que em seu convencimento e decisão, no caso dos magistrados e árbitros, deve buscar a moral básica de uma nação. A noção de ordem pública deve atender sempre às necessidades econômicas de cada Estado, compreendendo os planos político, jurídico, econômico e moral de todo Estado constituído. Em outras palavras, ordem pública emana da *mens populi*.<sup>50</sup>

Esse cenário de protagonismo do juiz também influencia outra característica marcante da ordem pública internacional, qual seja, a relatividade do seu conteúdo.

A ideia de ordem pública não é idêntica em todos os países. Também não se trata de algo estável, já que constantemente modificada pela evolução dos fenômenos sociais dentro de cada região.<sup>51</sup>

Raphael Carvalho de Vasconcelos explica seu caráter relativo e instável, de modo que a ordem pública internacional só poderia ser corretamente definida à luz do caso concreto:

Exatamente dessa dificuldade de se estabelecer um rol taxativo de circunstâncias, nas quais se aplicaria a exceção da ordem pública, extrai-se a principal característica do instituto apontada pela doutrina: a relatividade. A ordem pública do direito internacional seria, assim e portanto, relativa, instável, dependeria de sua incidência no caso concreto para ser preenchida de conteúdo e não poderia ser, desse modo, pré-determinada, concebida anteriormente a sua aplicação.<sup>52</sup>

Valério de Oliveira Mazzouli também enfatiza a instabilidade da definição de ordem pública, que está sujeita a diversas modificações:

Destaque-se que o conceito de ordem pública pode ser (e efetivamente tem sido) modificado com o passar do tempo, variando de acordo com as mudanças (especialmente jurisprudenciais) ocorridas num dado ordenamento jurídico. Daí se entender ser o conceito de ordem pública um conceito instável, não absoluto, pois se

<sup>50</sup> BASTO, Maristela. *Curso de direito internacional privado*, op. cit., p. 378.

<sup>51</sup> DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado*, op. cit., p. 452.

<sup>52</sup> VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. Ordem pública no direito internacional privado e a Constituição. *Revista Ética e Filosofia Política*, op. cit., p. 223.

modifica em razão de eventuais novos valores que certa ordem jurídica passa a consagrar; depende, ademais, das relações entre dois sistemas jurídicos e de certas variáveis que se alteram (ou se podem alterar) com o passar do tempo. [...] <sup>53</sup>

Em virtude dessa relatividade e do protagonismo do juiz na sua aplicação, é muito importante destacar que a utilização da ordem pública como fundamento para a solução de controvérsias deve acontecer apenas em hipóteses excepcionais, não constituindo um escudo para fundamentar qualquer tipo de intervenção judicial no relacionamento entre os indivíduos.

A invocação do princípio da ordem pública deve ocorrer de modo bastante ponderado, apenas quando absolutamente imprescindível para garantir o equilíbrio da convivência da sociedade internacional com as bases do Direito de cada organização nacional.<sup>54</sup>

Nesse sentido, Valério de Oliveira Mazzouli destaca que “[...] a exceção de ordem pública há de ter lugar apenas excepcionalmente, nos casos em que realmente haja afronta à soberania, aos direitos fundamentais, à moral, ao sentimento religioso, à justiça ou às instituições democráticas do foro”.<sup>55</sup>

Em resumo, Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio elencam como características da ordem pública: (i) relatividade/ instabilidade, pela variação do seu conceito no espaço e no tempo; (ii) contemporaneidade, porquanto impõe ao intérprete considerar o cenário da época em que vai julgar a questão; e (iii) fator exógeno, que significa não aplicar a lei estrangeira quando ela for chocante, e não apenas diferente da lei local.<sup>56</sup>

No Direito Internacional Público, a figura do *jus cogens* aproxima-se da ordem pública. Parte da doutrina assevera a existência de um conjunto de regras internacionais obrigatórias, que não poderiam ser violadas por outros Tratados. Essas regras são denominadas de *jus cogens* ou direito cogente, que traduzem as normas de direito já consagradas em Tratados multilaterais amplamente aceitos.<sup>57</sup>

Marcelo Dias Varella ressalta a dificuldade de compreender o conceito de *jus cogens*:

---

<sup>53</sup> MAZZOULI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional privado*, op. cit., p. 230.

<sup>54</sup> DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado*, op. cit., p. 493.

<sup>55</sup> MAZZOULI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional privado*, op. cit., p. 225.

<sup>56</sup> DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado*, op. cit., p. 452-454.

<sup>57</sup> VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 106.

(..) não é tarefa fácil determinar quais seriam as disposições amplamente consagradas de direito internacional. De fato, inexistente uma autoridade internacional responsável por sua edição ou uma relação das normas de *jus cogens* aceitas como tais pela comunidade internacional. É certo que alguns tratados multilaterais têm 120, 150 e por vezes 180 ou mais Estados-partes, mas nem sempre são normas obrigatórias. Na maioria dos casos, são convenções-quadro e têm tantas partes apenas porque não impõem normas rígidas sobre questões polêmicas (*soft norms*), exatamente aquelas que serão objeto de discussões por outros tratados.<sup>58</sup>

O *jus cogens* é a norma aceita e reconhecida como tal pelo conjunto da comunidade internacional dos Estados, de modo que a objeção de um ou alguns Estados não impeça nem o reconhecimento de sua natureza imperativa nem a oponibilidade da regra em face dos Estados resilientes.<sup>59</sup>

Trata-se de uma norma aceita e reconhecida no seu todo pela comunidade internacional de Estados, não sendo admitida sua derrogação, podendo apenas ser alterada pela superveniência de norma geral de Direito Internacional com a mesma natureza.<sup>60</sup>

Portanto, uma de suas características principais é a impossibilidade de sua derrogação, sendo de observância obrigatória quando da aplicação de leis, costumes ou instituições estrangeiras.<sup>61</sup>

Salem H. Nasser afirma que “[...] o conceito de *jus cogens* é baseado na aceitação de valores superiores e fundamentais no sistema e em alguns aspectos é semelhante à noção de ordem pública ou política pública no direito interno. [...]”.<sup>62</sup>

O Poder Judiciário interno de cada país deve aplicar as normas internacionais que consubstanciam o *jus cogens*, “[...] isto é, aquelas normas reconhecidas com alcance universal, como hoje se reconhece às qualificadas de direitos humanos e que são, de certo modo, garantidas pela jurisdição internacional”.<sup>63</sup>

---

<sup>58</sup> *Idem*, p. 107.

<sup>59</sup> NASSER, Salem H. *Direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 88.

<sup>60</sup> *Idem*, p. 88.

<sup>61</sup> MAZZOULI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional privado*, op. cit., p. 225.

<sup>62</sup> NASSER, Salem H. *Direito internacional público*, op. cit., p. 88.

<sup>63</sup> HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de direito internacional público*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 112.

#### 4. Ordem pública na resolução de conflitos

Em todas as relações, a noção de ordem pública refere-se ao conceito mais geral de interesse público, com a regulação de relações que ultrapassam o mero interesse das partes para assumir uma perspectiva mais ampla.<sup>64</sup>

No plano do Direito Processual Civil, a existência de matérias de ordem pública decorre da compreensão de que o exame de certos assuntos é mais importante e mais crítico para o sistema.<sup>65</sup>

Como o Estado possui interesse na fiscalização da regularidade da prestação jurisdicional, para que haja a produção de resultados satisfatórios na pacificação da crise de direito material, a justificativa para a ordem pública no plano processual está na necessidade de controle da regularidade da atuação jurisdicional.<sup>66</sup>

Assim, Ricardo de Carvalho Aprigliano afirma que “[...] a ordem pública processual compreende o conjunto de regras técnicas que o sistema concebe para o controle da regularidade do processo, ou seja, para salvar processos, permitir que sejam conduzidos ao julgamento de mérito”.<sup>67</sup>

À luz da perspectiva de resolução de conflitos, o autor define o conteúdo da ordem pública aplicada no Direito Processual:

A ordem pública se infere de normas imperativas que sejam ao mesmo tempo representativas de interesses da coletividade e que transcendam à esfera dos interesses privados ou de pequenos grupos, para atingir a sociedade como um todo. As leis ou normas de ordem pública resumem e retratam aspectos considerados pelo sistema jurídico brasileiro como integrantes de seu núcleo essencial, compondo o universo mais ou menos amplo dos valores éticos, sociais, culturais, econômicos e até religiosos, que a sociedade brasileira elegeu e procura preservar.<sup>68</sup>

As matérias de ordem pública devem ser conhecidas pelo juiz de ofício, nos termos dos arts. 337, § 5º, e 485, § 3º do Código de Processo Civil, independentemente de pedido

---

<sup>64</sup> APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A ordem pública no direito processual civil*. 2010. 335f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 10.

<sup>65</sup> *Idem*, p. 13.

<sup>66</sup> *Idem*, p. 76-77.

<sup>67</sup> *Idem*, p. 78.

<sup>68</sup> *Idem*, p. 81.

da parte ou do interessado. Assim, o juiz pode declarar a invalidade de certa disposição mesmo sem requerimento da parte ou até contra sua vontade, porquanto o vício de nulidade é reconhecível de ofício.<sup>69</sup>

É que, por uma ficção da técnica processual, as questões de ordem pública podem ser consideradas incluídas de modo implícito no pedido, razão pela qual as decisões do juiz sobre o assunto não terão sido proferidas nem *ultra* e nem *extra petita*.<sup>70</sup>

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery listam algumas questões de direito material que, pela natureza de ordem pública, podem ser apreciadas de ofício pelo magistrado:

Exemplos de questões de ordem pública, declaráveis de ofício, a cujo respeito não incide a regra da congruência entre pedido e sentença, não se colocando o problema da decisão *extra*, *infra* ou *ultra petita*: a) cláusulas abusivas nas relações de consumo (CDC 1º e 51 *caput*); b) cláusulas gerais (CC 2035, par. ún.) da função social do contrato (CC 421), boa-fé objetiva (CC 422), função social da propriedade (CF 5.º XXIII e 170 III; CC 1228 § 1.º), função social da empresa (CF 170; CC 421, 966 E 981; LSA 116 par. ún. e 154 *caput*)<sup>71</sup>

Também no contexto da resolução de conflitos, a abrangência pela ordem pública faz com que o assunto, assumindo interesse público, seja dotado do aspecto de indisponibilidade pelos litigantes<sup>72</sup>. Assim, não se admite negócio jurídico processual que tenha como objeto um assunto revestido pela natureza de ordem pública.

O conceito de ordem pública adquire especial relevância quando a controvérsia é solucionada fora do Poder Judiciário, notadamente no campo da arbitragem.

Existem determinadas matérias cuja importância e repercussão social impedem a utilização de mecanismos extrajudiciais de resolução de litígios, que são marcados pela forte presença da liberdade e de atos de disposição pelos interessados. Nesse contexto, a ordem pública foi qualificada como aspecto limitador dos efeitos e da extensão da atuação dos interessados na solução da disputa.

---

<sup>69</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 643.

<sup>70</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>71</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>72</sup> APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A ordem pública no direito processual civil*, op. cit., p. 15.

A arbitragem é um mecanismo de resolução de conflitos por terceiros imparciais, denominados de árbitros, que são escolhidos pela livre autonomia das partes e recebem delas poderes para proferir decisão com a mesma eficácia de uma sentença judicial, não obstante todo o procedimento se desenvolver fora do Poder Judiciário.

Trata-se de um meio extrajudicial de solução de controvérsia notabilizado pela marcante presença da liberdade das partes na escolha dos árbitros, das regras de procedimento e das normas de direito material a serem aplicadas pelo terceiro imparcial para proferir a sentença arbitral.

A autonomia privada é essencial para a própria instituição do juízo arbitral, já que o procedimento só pode ser utilizado com o consentimento expresso das duas partes.

É marcante o caráter negocial e dispositivo das manifestações de vontade, sendo possível afirmar que o quadro normativo dos negócios jurídicos serve como pano de fundo para a aplicação das regras relativas à arbitragem. Por esse motivo que a compreensão do conteúdo da ordem pública sob a perspectiva do juízo arbitral pode auxiliar na identificação dos limites da negociação coletiva.

O art. 2º, § 1º, da Lei nº 9.307/1996, que dispõe sobre normas gerais da arbitragem no Direito brasileiro, assevera que as partes têm a liberdade de escolher as regras de direito que serão aplicadas pelo juízo arbitral, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

Portanto, a ordem pública é novamente qualificada como um elemento limitador do exercício da autonomia privada, sob o ponto de vista da resolução de conflitos.

Interpretando o dispositivo legal, Carlos Alberto Carmona<sup>73</sup> relaciona a ordem pública com os preceitos cuja manutenção é indispensável à organização da vida social.

A ordem pública consistiria em um conjunto de regras e princípios, muitas vezes nebulosos, que buscam manter a singularidade das instituições de certo país, além de proteger os sentimentos de justiça e moral de determinada sociedade em determinado período temporal.<sup>74</sup>

---

<sup>73</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 69.

<sup>74</sup> *Idem, ibidem.*

O professor da Universidade de São Paulo – USP também exemplifica as situações albergadas pela égide da ordem pública:

Enquadram-se na categoria de normas de ordem pública as regras que se referem às bases econômicas ou políticas da vida social, as de organização e utilização da propriedade, as de proteção à personalidade, entre tantas outras, sendo certo que, quando tais regras são positivadas, torna-se relativamente simples identificá-las, o que não ocorre com os princípios, “mais implícitos que explícitos”, e que vão sendo paulatinamente detectados pela doutrina e pela jurisprudência.<sup>75</sup>

O árbitro português Manuel Pereira Barrocas assevera que a ordem pública relevante na arbitragem representa um conjunto indefinido, embora definível, de princípios fundamentais da ordem jurídica de determinado Estado que constitui os valores essenciais de ordem ética, econômica e social próprios deste Estado.<sup>76</sup>

Trata-se de um conceito não imutável, por variar no tempo de acordo com a mudança dos valores ou das necessidades sentidas pela comunidade. Contudo, apresenta-se e mantém-se no tempo com grande grau de estabilidade e constância.<sup>77</sup>

Em termos resumidos, Manuel Pereira Barrocas constrói o seguinte conceito de ordem pública:

[...] a ordem pública constitui um complexo normativo de conteúdo ético-sócio-econômico formado por certas normas de direito positivo e por princípios e valores fundamentais de uma comunidade juridicamente organizada, aplicável no espaço respectivo com prevalência sobre outras normas, princípios ou valores de uma ordem jurídica estrangeira estranhos ou conflitantes com ela.<sup>78</sup>

Leonardo de Faria Beraldo, destacando sua essência indeterminada, afirma a impossibilidade de se alcançar uma definição objetiva de ordem pública, sobretudo pela necessidade de sua compreensão à luz da realidade da época em análise. Não obstante, seria possível enxergá-la como manifestações de interesses gerais da sociedade.<sup>79</sup>

---

<sup>75</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>76</sup> BARROCAS, Manuel Pereira. A ordem pública na arbitragem. *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. I. ano 74. Lisboa. p. 35-139. jan./mar. 2014, p. 36.

<sup>77</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>78</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>79</sup> BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem*: nos termos da Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2014, p. 47.

Júlia Scheldorn Camargo, ressaltando a impossibilidade de estabelecer um conceito fixo e estável de ordem pública, aponta sua relação com os interesses de um Estado, notadamente a proteção dos direitos e interesses da sociedade, tratando-se de um reflexo das questões jurídicas, políticas, sociais e econômicas específicas de certa região.<sup>80</sup>

Apesar da amplitude e abstração de seu conceito, o uso da ordem pública como fundamento de nulidade da sentença arbitral deve ser analisado com bastante cautela e prudência, para que o mero inconformismo da parte não se enquadre como violação à ordem pública.<sup>81</sup>

Luiz Antinio Scavone Junior preconiza que “normas de ordem pública são aquelas que não podem ser derogadas pelas partes, vez que sua aplicação interessa a toda a sociedade”. Como não há regra determinada e precisa, pela lei ou pela doutrina, para definir quais seriam as normas de ordem pública, seu conceito é impreciso e preenchido pela jurisprudência.<sup>82</sup>

## 5. Ordem pública na jurisprudência

Para compreender o tratamento da ordem pública pela jurisprudência, foram analisadas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, que tiveram o instituto como fundamento. Os acórdãos foram extraídos em pesquisa dos termos “ordem pública”, “imperativa” e “cogente” no sítio eletrônico do Tribunal, entre os dias 25/2/2018 a 4/3/2018.

O objetivo do trabalho no tópico é identificar os argumentos utilizados pela Corte Superior para identificar determinada matéria como de ordem pública e de natureza cogente. A conjugação desses elementos com a parte doutrinária da pesquisa permitirá a elaboração de critérios para auxiliar o julgador, no caso concreto, a compreender se está diante de um assunto de indisponibilidade absoluta.

Esses foram os fundamentos adotados pelo STJ para preencher a norma geral de ordem pública nos casos concretos:

---

<sup>80</sup> CAMARGO, Júlia Scheldorn. A ação anulatória com base na violação à ordem pública. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago. FREIRE, Alexandre. *Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 318.

<sup>81</sup> *Idem*, p. 325.

<sup>82</sup> SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem: mediação e conciliação*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 13.

- 1) As normas de ordem pública, como o Código de Defesa do Consumidor, aplicam-se aos contratos celebrados anteriormente à sua vigência que contenham obrigações de trato sucessivo, isto é, que se renovam ao longo do tempo, não havendo falar em violação ao ato jurídico perfeito;<sup>83</sup>
- 2) O ordenamento jurídico institui normas imperativas e cogentes, que possuem a finalidade de preservar o equilíbrio econômico financeiro da avença, afastando o cenário capaz de gerar enriquecimento sem causa de qualquer uma das partes;<sup>84</sup>
- 3) O ordenamento jurídico institui normas imperativas e cogentes, que possuem a finalidade de resguardar a parte mais fraca do contrato;<sup>85</sup>
- 4) Pode ser aferida, à luz da norma de ordem pública, a abusividade de cláusula celebrada em contrato anterior à sua vigência;<sup>86</sup>
- 5) O Estatuto do Idoso, norma cogente, imperativa e de ordem pública, é aplicável aos contratos anteriores à sua vigência, já que relacionado ao direito à vida, à dignidade e ao bem-estar das pessoas idosas (art. 230 da Constituição da República);<sup>87</sup>
- 6) A disposição de direitos patrimoniais disponíveis não viola a ordem pública;<sup>88</sup>
- 7) A ordem pública no contrato agrário impõe sua interpretação conforme o regramento específico, com o objetivo de alcançar uma tutela jurisdicional adequada à função social da propriedade. O interesse de ordem pública nesse contexto manifesta-se pela tutela, em especial, do arrendatário rural, que, pelo desenvolvimento de seu trabalho, exerce papel relevante de fornecer alimentos à comunidade;<sup>89</sup>
- 8) As normas do Código de Defesa do Consumidor são de ordem pública e interesse social, cogentes e inderrogáveis pela vontade das partes. Assim, tem-se a limitação da liberdade contratual para ajustá-la aos parâmetros da lei, sendo possível a intervenção

---

<sup>83</sup> STJ, 3ª T., AgInt no AREsp 1027818/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 21/11/2017.

<sup>84</sup> STJ, 4ª T., REsp 1466177/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 20/6/2017.

<sup>85</sup> STJ, 4ª T., REsp 1362084/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 16/5/2017.

<sup>86</sup> STJ, 4ª T., AgRg no AREsp 795.905/RJ, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 4/4/2017.

<sup>87</sup> STJ, 4ª T., AgInt no AREsp 990.938/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 21/2/2017.

<sup>88</sup> STJ, Corte Especial, SEC 9.820/EX, Rel. Min. Humberto Martins, j. 19/10/2016.

<sup>89</sup> STJ, 3ª T., REsp 1277085/AL, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 27/9/2017.

judicial no conteúdo de cláusulas, ainda que elas tenham sido celebradas de modo irretratável e irrevogável;<sup>90</sup>

9) A decisão liminar que impede o Estado de determinar o desconto salarial dos servidores grevistas viola a ordem pública e econômica, sobretudo quando a paralisação é longa e envolve serviço essencial (educação);<sup>91</sup>

10) Contraria a ordem pública a decisão que perpetua a contratação precária de empresa para prestar serviços públicos essenciais, não obstante exista procedimento licitatório concluído e presumidamente válido, ainda que objeto de contestação judicial;<sup>92</sup>

11) A superveniência de norma cogente, impositiva e de ordem pública, posterior à celebração do contrato de trato sucessivo, impõe-lhe aplicação imediata, incidindo sobre todas as relações que se realizarem a partir da sua vigência;<sup>93</sup>

12) As normas de ordem pública não admitem renúncia do beneficiário ou transação entre as partes;<sup>94</sup>

13) O art. 765 do Código Civil, que impõe às partes, no contrato de seguro, a observância da mais estrita boa-fé e veracidade quanto a seu objeto, circunstâncias e declarações de vontade, constitui norma de ordem pública;<sup>95</sup>

14) A violação ao direito de defesa e ao contraditório constitui matéria de ordem pública, já que não há a lesão apenas do interesse individual das partes, mas também de toda a estrutura do sistema processual idealizada pela Constituição da República;<sup>96</sup>

15) Os contratos têm função econômico-individual em face dos arts. 422 e 2.035, parágrafo único, do Código Civil, que impõem aos negócios jurídicos a obediência à cláusula geral de ordem pública da boa-fé objetiva, determinando às partes a recíproca cooperação para alcançar o efeito prático que justifica a existência do contrato;<sup>97</sup>

---

<sup>90</sup> STJ, 4ª T., REsp 1412662/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 1º/9/2016.

<sup>91</sup> STJ, Corte Especial, AgRg na SS 2.784/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 3/6/2015.

<sup>92</sup> STJ, Corte Especial, AgRg na SS 2.751/AP, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 4/3/2015.

<sup>93</sup> STJ, 4ª T., AgRg no AREsp 60.268/RS, Rel. Min. Raul Araújo, j. 5/2/2015.

<sup>94</sup> STJ, 5ª T., REsp 1426857/RJ, Rel. Min. Regina Helena Costa, 5ª Turma, j. 13/5/2014.

<sup>95</sup> STJ, 4ª T., REsp 1076571/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 11/3/2014.

<sup>96</sup> STJ, 2ª T., AgRg no REsp 1187684/SP, Rel. Min. Humberto Martins, j. 22/5/2012.

<sup>97</sup> STJ, 2ª T., REsp 1217951/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 17/2/2011.

16) A boa-fé objetiva e a lealdade contratual consubstanciam preceitos de ordem pública nos negócios jurídicos;<sup>98</sup>

17) O caráter impositivo das leis de ordem pública é preponderante inclusive no âmbito das relações privadas;<sup>99</sup>

18) Com fundamento na doutrina, conclui-se que são leis de ordem pública: a) as constitucionais; b) as administrativas; c) as processuais; d) as penais; e) as de organização judiciária; f) as fiscais; g) as de polícia; h) as que protegem os incapazes; i) as que tratam de organização de família; j) as que estabelecem condições e formalidades para certos atos; k) as de organização econômica (atinentes aos salários, à moeda, ao regime de bem).<sup>100</sup>

## 6. Conclusão

A partir da análise da doutrina de vários ramos jurídicos, bem como de decisões judiciais do STJ, conclui-se que a incidência da ordem pública nas relações contratuais privadas deve ser realizada a partir dos seguintes parâmetros:

1) *Utilização excepcional e ponderada para restringir a autonomia privada.*

Não há como defender uma constante intervenção do Estado nas relações privadas sob o fundamento da ordem pública. A regra continua sendo o exercício da autonomia privada pelas partes, de modo que o diploma contratual deve ser preservado sempre que possível, em atenção à máxima do *pacta sunt servanda*.

A declaração de nulidade de cláusula contratual é medida absolutamente excepcional, que só pode ocorrer quando o julgador identificar a efetiva violação a interesse concretamente merecedor da tutela da ordem pública, com a consideração de todos os elementos fáticos e aspectos jurídicos que circunscrevem o instrumento em análise.

A utilização ponderada da ordem pública caminha no mesmo sentido de impedir sua utilização abusiva pelo Poder Judiciário. Não basta, por exemplo, que se afirme apenas que determinada cláusula viola preceito de ordem pública, sendo imprescindível que o julgador

---

<sup>98</sup> STJ, 3ª T., REsp 959.618/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, Rel. para Acórdão Min. Nancy Andrighi, j. 7/12/2010.

<sup>99</sup> STJ, 3ª T., REsp 1089993/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 18/2/2010.

<sup>100</sup> STJ, SEC 802/US, Rel. Min. José Delgado, Corte Especial, j. 17/8/2005.

explícite os motivos pelos quais a norma tida como violada é coberta pelo atributo da indisponibilidade.

*2) Serve para conferir proteção especial à parte que está no polo mais fraco da relação contratual.*

O parâmetro em questão é específico para hipóteses, como aquelas que envolvem relações de consumo, em que a uma das partes devem ser destinadas normas jurídicas mais protetivas da manifestação de sua vontade. O fundamento para tanto é a garantia de interesses de ordem pública.

Diante da indisponibilidade dos preceitos de ordem pública, a princípio não deve ser admitida a renúncia pela parte hipossuficiente das mencionadas normas.

Essa afirmação não significa desconstituir a base teórica das relações jurídicas privadas, formulada pela consideração no plano ideal de que as partes dispõem de equivalência de forças negociais.

*3) Transcende à esfera dos interesses privados ou de pequenos grupos, para alcançar uma coletividade de sujeitos.*

A violação à ordem pública ocorre quando um pacto tem o condão de afetar interesses de parcela considerável de sujeitos vinculados a determinada situação jurídica comum ou semelhante, de modo a alcançar a coletividade.

*4) Possui relação com preceitos cuja manutenção é indispensável à organização social, isto é, com estruturas fundamentais, superiores e basilares para o Direito Privado, das quais a comunidade não pode dispor.*

Não é qualquer interesse pertinente às relações jurídicas privadas que justifica a intervenção do Estado para afastar a contrariedade à ordem pública, sendo imprescindível que a discussão se refira a preceitos com disposições normativas fundamentais para o sistema social.

A ordem pública institui um núcleo essencial que confere proteção à coletividade, razão pela qual demanda tratamento jurídico diferenciado.

*5) Possui relação com a função social dos contratos e a boa-fé objetiva.*

A ordem pública está vinculada à socialidade e à eticidade nas relações contratuais, diretrizes importantes para o Direito Privado destinadas à proteção de interesses extracontratuais não necessariamente relacionados aos anseios individuais dos contratantes.

*6) Caráter transitório, relativo e mutável da ordem pública, dependendo dos valores vigentes em determinada época e região.*

A impossibilidade de construir um conceito fechado de ordem pública decorre das constantes modificações de sua percepção, assim como de seu caráter transitório. Não há uma compreensão absoluta e imutável de ordem pública. Seu conteúdo será preenchido pelo julgador, levando em consideração o contexto no qual o ordenamento jurídico está sendo aplicado.

Se a ordem pública, principal limitação da liberdade privada dos indivíduos, está condicionada pela época em que sua aplicação será realizada, não encontra fundamento na teoria do Direito dos Contratos a conduta do legislador de estabelecer uma lista taxativa de nulidades contratuais, por exemplo.

*7) Ausência de um conceito taxativo, de uma sistematização fechada dos interesses tutelados pela ordem pública.*

A perspectiva temporal e circunstancial da ordem pública demonstra a impossibilidade de o legislador positivar uma lista taxativa de hipóteses de contrariedade à ordem pública.

Considerando a complexidade e as peculiaridades de cada região, não é possível definir antecipadamente todos os interesses a serem tutelados na verificação de validade dos negócios jurídicos.

Isso não impede a caracterização exemplificativa de interesses como de ordem pública, realizada pelo legislador no parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil.

*8) É papel do Poder Judiciário verificar se a situação fática envolve preceitos de ordem pública.*

Tal parâmetro de aplicação da ordem pública tem como fundamento constitucional o art. 5º, XXXV, que consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Diante das diversas especificidades de cada relação contratual, o Judiciário possui a função de identificar, à luz do caso concreto, todos os interesses envolvidos na celebração do diploma. Aliás, somente o Judiciário possui condições para compreender todos os aspectos e detalhes do negócio jurídico, que variam de acordo com as manifestações de vontade das partes.

*9) Identificação de sua aplicação apenas à luz do caso concreto.*

A percepção de que determinado pacto viola preceito de ordem pública depende da adequada compreensão dos aspectos e peculiaridades que envolvem a contratação, não sendo possível afirmar, *a priori*, que certa condição contratual deve sempre ser considerada nula pelo Judiciário por caracterizar violação à ordem pública.

*10) Pode ser utilizada mesmo quando não há propriamente a violação a uma lei.*

As relações sociais no mundo contemporâneo não são marcadas por estruturas rígidas e imutáveis. Pelo contrário, o desenvolvimento tecnológico, o avanço dos mecanismos digitais de comunicação e a descentralização das atividades fazem surgir novas formas de relacionamento humano.

Os mais variados modos de manifestação de vontade podem superar as perspectivas adotadas na elaboração das leis, que passam a não ser capazes de estabelecer uma regulação prévia apta a exaurir todas as nuances de uma relação contratual.

Diante da incapacidade do legislador de identificar previamente todos os modos de contratar, a ordem pública vira um fundamento importante para o Judiciário verificar a licitude do objeto dos negócios jurídicos.

*11) Tem como pano de fundo a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do pacto, afastando o enriquecimento sem causa de qualquer das partes.*

Pela natureza sinalagmática dos contratos, as prestações pactuadas devem encontrar fundamento nas prestações contrapostas. Há uma proporcionalidade nas obrigações assumidas, que garante o equilíbrio e a manutenção da igualdade material das partes.

A ordem pública tem relação direta com a manutenção do sinalagma nas relações contratuais, impedindo a perpetuação de uma situação jurídica de vantagem ou onerosidade excessiva a uma das partes em detrimento da outra. Tudo isso como concretização do princípio constitucional da solidariedade social (art. 3º, I).

*12) Normas de ordem pública são aplicadas aos instrumentos contratuais anteriores mas ainda em vigor.*

Trata-se de parâmetro voltado ao direito intertemporal, que demonstra a força e importância da ordem pública nas relações privadas. Isso porque a aplicação retroativa dos preceitos de ordem pública tem o condão de mitigar a proteção constitucional a situações jurídicas pretéritas (art. 5º, XXXVI).

*13) Normas de ordem pública não podem ser derogadas pela vontade das partes e não podem ser objeto de renúncia.*

A consequência da caracterização de certo interesse como de ordem pública é a impossibilidade de negociação das partes sobre seu conteúdo e extensão. Afinal, os preceitos de ordem pública são dotados de indisponibilidade absoluta, não comportando inclusive renúncia do titular do direito envolvido.

## **7. Referências**

- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A ordem pública no direito processual civil*. 2010. 335f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Universidade de São Paulo, São Paulo.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil, teoria geral: acções e factos jurídicos*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- BARROCAS, Manuel Pereira. A ordem pública na arbitragem. *Revista da Ordem dos Advogados*. vol. I. ano 74. Lisboa. p. 35-139. jan./mar. 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BASTO, Maristela. *Curso de direito internacional privado*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem: nos termos da Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014.
- CAMARGO, Júlia Scheldorn. A ação anulatória com base na violação à ordem pública. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago. FREIRE, Alexandre. *Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 313-328.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

- DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 15. ed. Salvador: *Juspodivm*, 2017.
- FRANÇA, Limongi Rubens. *Instituições de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos, teoria geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Atualizado por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- HUSEK, Carlos Roberto. *Curso básico de direito internacional público e privado do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015.
- HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de direito internacional público*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2017.
- LÔBO, Paulo. Contratante vulnerável e autonomia privada. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, ano 1, nº 10, p. 6183-6204, 2012.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. vol. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.
- MAZZOULI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- NADER, Paulo. *Curso de direito civil: contratos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- NASSER, Salem H. *Direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2012.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Livro Eletrônico.
- RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado: teoria e prática*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina. 2009. Traduzido por Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes.
- SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem: mediação e conciliação*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.
- VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. Ordem pública no direito internacional privado e a Constituição. *Revista Ética e Filosofia Política*. n. 12. vol. 2. p. 218-248. jul. 2010.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

civilistica.com

Recebido em: 3.12.2018  
Aprovado em:  
15.4.2020 (1º parecer)  
7.5.2020 (2º parecer)