

Jacob Dolinger

DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

CONTRATOS E OBRIGAÇÕES NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

DO DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO de os seguintes volumes:

GERAL Internacional Privado

ESPECIAL
ito e Divórcio no Direito Internacional
a no Direito Internacional
s e Obrigações no Direito Internacional
m Comercial Internacional
o Civil Internacional

TRATADOS
ternacional Privado – Vade-Mécum – edição universitária
cum de Direito Internacional Privado

do de Direito Internacional Privado da Editora Renovar, composto do
ernacional Privado – Parte Geral”, “Casamento e Divórcio no Direito
al”, “A Criança no Direito Internacional”, “Arbitragem Comercial Inter-
“Vademecum de Direito Internacional Privado”, se enriquece agora com
nto de “Contratos e Obrigações no Direito Internacional Privado”.
a trata do equilíbrio entre os princípios que norteiam a disciplina e as
onexão que indicam a lei aplicável, no campo dos contratos interna-
a responsabilidade civil por atos ilícitos de repercussão transnacional.
minados os grandes princípios da Autonomia da Vontade, Proximida-
ão e Validade e sua aplicação às transações internacionais, como
pela doutrina, regulado nas legislações internas e praticado na juris-
dos tribunais de inúmeros países.

se os princípios e as regras que orientam a responsabilidade deitual
ão dos prejuízos resultantes de ilícitos civis cometidos em um Esta-
percutem em outra Soberania. Que lei será aplicada – a do local em
danoso foi cometido ou a do local em que a vítima sofreu o prejuízo,
erial ou moral?

n sobre esta temática, estudam-se as teorias elaboradas pela doutri-
as convenções e a jurisprudência.
e especial é dado às Convenções europeias da Haia, de Roma e
convenções americanas do México, Havana e Montevideu, aos Proto-
ercosul e à jurisprudência derivada destes acordos.
ências recíprocas entre os americanos e os europeus são estudadas
áreas.

examina todas estas questões como estudadas pelo direito internacio-
o em termos universais e, especificamente, pelo direito brasileiro.

de pela Internet
ora.renovar.com.br
ditorarenovar.com.br



Jacob Dolinger

DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO
CONTRATOS E OBRIGAÇÕES NO
DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

RENOVAR

RENOVAR

CAPÍTULO VII

**A AUTONOMIA DA VONTADE
NO
DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO
BRASILEIRO**

Evolução da Doutrina Brasileira Através de 123 anos (1863-1986)

No direito internacional privado brasileiro, a faculdade de as partes contratantes pactuarem a lei a ser aplicada é objeto de longa divergência entre os autores clássicos da disciplina.

Pimenta Bueno, o primeiro autor brasileiro a tratar do conflito das leis, foi categoricamente favorável à liberdade das partes escolherem a lei aplicável, escrevendo em 1863:

A autonomia ou livre-arbítrio se exerce por dois modos, expressa ou tacitamente.

Se exerce expressamente quando os contratantes, ou a parte que dispõe, declaram quais são, detalhadamente, suas determinações, ou quando explicitamente se submetem ao regime de tal ou tal lei, que será então a reguladora¹.

Teixeira de Freitas em seu Esboço², os Projetos Nabuco e Coelho

1 José Antonio Pimenta Bueno, "Direito Internacional Privado e Aplicação de seus Princípios com referência às Leis Particulares do Brasil", p. 112.

2 O artigo 32 do Esboço assim dispõe: "O domicílio especial será o que as partes elegerem por contrato em relação a certo e determinado negócio ...". No ar-

Rodrigues³ e a Consolidação das Leis Civis de Carlos de Carvalho⁴, todas aceitavam a ilimitada liberdade de escolha da lei a ser aplicada aos contratos.

Lafayette Rodrigues Pereira elaborou um Código de Direito Internacional Privado, apresentado à Comissão Internacional de Jurisconsultos em 1912, no qual adotava a autonomia da vontade dos pactuantes no campo de contratos internacionais, estipulando no artigo 60:

A doutrina exposta nos dois precedentes artigos pode ser alterada ou derogada pela vontade das partes (autonomia); porquanto lhes é lícito estipular nos seus contratos que sejam eles regidos em tudo e por tudo pelo direito de um país determinado⁵.

Clóvis Beviláqua seguiu a mesma orientação. Lemos em sua obra sobre o direito internacional privado:

A verdadeira opinião parece-me aquela que, em primeiro lugar, atende à autonomia da vontade. Certamente não se erige o querer individual em força dominadora, cujo império desfaça as determinações das leis. De modo algum. A vontade individual para produ-

tigo 1965, o Esboço estabelece: "Não prevalece o disposto nos arts. 1936 e 1937: 1º quando as partes nos respectivos instrumentos ou em instrumento posterior, houverem convencionado que o contrato seja julgado pelas leis do Império, ou pelas de um país estrangeiro determinado (art. 32)". No comentário ao artigo 32 do próprio Teixeira de Freitas se lê a mais cândida defesa da autonomia da vontade: "... O nosso artigo contém uma outra idéia, além da do domicílio eleito para foro do contrato; indicando também o domicílio eleito para o fim de se aplicar ao caso uma legislação determinada. A conservação do domicílio, com os dois efeitos do art. 30, é voluntária, pois que não se deve tolher a liberdade das partes, sempre que o exercício dela não for incompatível com a ordem pública. O que se quer é a certeza de um lugar como indicador da legislação aplicável; e esta certeza existe, quando as partes convencionam que o seu contrato será regido e julgado pelas leis de um país determinado".

³ O Projeto do Código Civil Brasileiro de A. Coelho Rodrigues, dispõe no artigo 81: "Podem as partes não só escolher foro diverso dos seus domicílios para o cumprimento das suas obrigações, mas até alterar de comum acordo a escolha feita, uma vez que, tanto esta como a sua alteração seja provada por escrito da mesma espécie do título original".

⁴ "Nova Consolidação das Leis Civis", Artigo 37: "A substância e os efeitos das obrigações serão regidos pela lei do lugar onde forem contraídas, salvo expressa convenção das partes contratantes".

⁵ Vide Nadia de Araújo, "Contratos Internacionais", 2ª. edição, pp. 88 e 157.

zir efeitos jurídicos tem de colocar-se sob a égide da lei, da qual tira toda a sua eficácia social. Assim é que as leis de ordem pública impedem que a vontade produza efeitos jurídicos em contrário às suas prescrições. A alienação perpétua da liberdade pessoal e outros atos semelhantes não podem ser praticados no Brasil e, concluídos no estrangeiro, não poderão no Brasil executar-se.

Colocada nos seus naturais limites e agindo de acordo com a lei, a vontade é a fonte geradora das obrigações convencionais e unilaterais, conseqüentemente lhe deve ser permitido, nas relações internacionais, escolher a lei a que se subordine as obrigações, livremente contraídas. Todavia, como na obrigação a análise jurídica distingue perfeitamente a substância, os efeitos e a execução, a vontade somente em relação aos dois primeiros elementos pode agir. A execução, naturalmente, cai sob o domínio da lei do lugar onde se efetua. Por outro lado, a vontade pode não ser expressa, mas induzir-se claramente de presunções. Como, entretanto, estas não devem ficar entregues às variações do arbítrio, é conveniente que a lei ou a doutrina as fixe⁶.

Veja-se que Clóvis Beviláqua é cuidadoso ao dizer que, "a alienação perpétua da liberdade pessoal e outros atos semelhantes não podem ser praticados no Brasil e, concluídos no estrangeiro não poderão no Brasil executar-se", e, mais adiante assinala que, "a execução, naturalmente, cai sob o domínio do lugar onde se efetua", o que deixa patente que qualquer questão de incompatibilidade na execução do contrato, submete-se à lei em que ela se efetivar, daí nosso entendimento de que a ordem pública é matéria que só se examina à época e no local da execução do contrato, e não no momento de sua feitura, de sua contratação, como iremos explanar mais detalhadamente ao longo do presente capítulo.

Segue-se, na ordem cronológica dos autores brasileiros que dominaram o cenário do direito internacional privado do século XIX, e primeira parte do século XX, Rodrigo Otavio, professor e ministro do STF, que assim escreveu:

E, assim como na ordem interna, com a elasticidade que a lei faculta, a vontade do homem é livre de agir na subordinação dos atos

⁶ Clóvis Beviláqua, "Princípios Elementares de Direito Internacional Privado", pp. 358-9. Exatamente a mesma orientação já vinha exposta na edição original da obra, de 1906, à p. 263.

aos dispositivos ou normas legais, do mesmo modo o problema se apresenta em relação às legislações diferentes. Fora do império das leis locais, que por sua natureza sejam necessariamente obrigatórias, e das de ordem pública, podem as partes, contratando, pondo em ação a vontade livre, sujeitar-se a quaisquer das leis que, por qualquer razão de direito, possam intervir na execução ou efetividade do ato que se pratica⁷.

Outro autor do início do século XX que aceitava a autonomia da vontade foi Augusto Olympio Gomes de Castro, que, comentando a lição de Clóvis Beviláqua, manifestou-se no sentido de que:

Se bem que não acompanhamos o nosso mestre na crítica que faz ao nacionalismo do nosso legislador, considerando perfeitamente justificável a aplicação da lei brasileira em todos os casos enumerados no supracitado parágrafo único do art. 13, não podemos deixar de reconhecer que o princípio consagrado no Cód. Civ. Ital. é o vencedor na doutrina jurídica: os internacionalistas, em geral, ensinam que a substância e os efeitos das obrigações, devem ser regidos pela lei escolhida pelas partes contratantes.

Mesmo quando o contrato é omissivo a esse respeito, é necessário presumir qual tenha sido a vontade dos contratantes⁸.

Álvaro da Costa Machado Villela, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, publicou em 1921, "O Direito Internacional Privado no Código Civil Brasileiro", que teve grande repercussão em nossos meios jurídicos, influenciando considerável parte da doutrina brasileira de direito internacional privado.

O autor português, seguindo relatos encontrados na doutrina francesa, divide a história do princípio da autonomia da vontade no direito internacional privado em três fases: a primeira, denominada "período do combate", se desenrola na França no século XVI, quando Dumoulin formulou sua doutrina de que no domínio dos contratos, a vontade

⁷ Rodrigo Octavio, "Direito Internacional Privado (Parte Geral)", pp. 154-5. Em "*Le Droit International Privé dans la Législation Brésilienne*", que reproduz curso proferido na Faculdade de Direito da Universidade de Paris, lê-se à p. 137: "*La substance et les effets des obligations même si les parties contractantes sont des étrangers, seront réglés, sauf stipulation expresse des intéressés, par la loi du lieu du contrat.... En outre, la disposition brésilienne laisse ouvert le champ à l'intervention de la volonté, tout en respectant le principe de l'autonomie*".

⁸ Augusto Olympio Gomes de Castro, "Curso de Direito Internacional Privado", p. 258.

das partes é soberana e, mesmo quando não expressa, deve ser investigada a vontade tácita dos contratantes. O combate foi travado por D'Argentré, que dava absoluta preferência à lei territorial⁹, seguido mais tarde por juristas belgas e holandeses do século XVII, e depois por Bouhier e Potier¹⁰.

Segue-se, na narrativa do professor português, o "período de exagero", em que o princípio da autonomia da vontade foi considerado aplicável, não só no campo das leis supletivas, como também no das leis imperativas¹¹. Esta teoria é atribuída ao Professor Hauss da Universidade de Goetingen, e foi seguida pela escola italiana que é assim descrita por Villela:

Com efeito, a escola italiana dividiu o direito privado em direito privado *necessário* e em direito privado *voluntário*. O primeiro, segundo indica o próprio Mancini, compreende as leis relativas ao estado e capacidade, às relações de família, à sucessão legítima no que respeita à ordem da sucessão e às pessoas capazes de suceder, aos limites da quota disponível e às condições de validade intrínseca dos atos de última vontade, e é dominado pelo princípio da nacionalidade, sendo todas as relações reguladas pela lei nacional. O segundo compreende, também no dizer de Mancini, a formação dos contratos e coisas semelhantes, isto é, compreende os atos jurídicos respeitantes a direitos patrimoniais, e é denominado pelo princípio de autonomia da vontade, com o único limite das leis de ordem pública. Esta passagem mostra que, segundo ao autor da escola italiana, os contratos, tanto na sua formação, como nos seus efeitos, são regidos pela lei escolhida pelas partes, quer se trate de leis imperativas, quer se trate de leis supletivas.

E Machado Villela passa a criticar esta doutrina, assim escrevendo:

E aqui está o exagero. A lei imperativa é a regulamentação da vontade na sua manifestação, para o efeito de constituir, modificar ou extinguir relações jurídicas, e por isso é incompreensível que a vontade possa escolher a lei que há de presidir à sua declaração, para que seja juridicamente eficaz. A lei reguladora da manifestação da vontade tem de ser anterior e superior a essa manifestação.

⁹ Vide minha Parte Geral, capítulo VI, seção "Teorias Estatutárias".

¹⁰ Machado Villela, *op. cit.* no texto, pp. 366/8.

¹¹ *Id.*, p. 368.

Isto é assim em direito interno e não pode deixar de ser assim em direito internacional privado, o qual, propondo-se resolver conflitos de leis internas, não pode coordenar leis imperativas convertendo estas em leis supletivas, pois que isso, como nota Dreyfus, não seria resolver o conflito, mas suprimi-lo¹².

Com o devido respeito à memória do jurista português e ao grande prestígio que desfrutou entre os internacionalistas brasileiros durante várias décadas, é nosso entendimento de que não há porque, nem como, comparar o direito internacional privado ao direito interno. Neste as partes se encontram sob o comando de determinada lei, e sua autonomia é limitada às normas supletivas que o legislador permitiu às partes regular, não admitindo que sua vontade tenha o alcance de se furtar ao cumprimento das normas imperativas. Já no direito internacional privado, ao versar situações contratuais multinacionais, que podem ser regidas por um ou outro sistema jurídico — diversamente do que ocorre no campo da capacidade do agente, nas questões de família, sucessão ou patrimônio imobiliário — as partes têm autonomia para escolher o sistema jurídico ao qual desejam submeter suas recíprocas obrigações. A lei imperativa do sistema jurídico A só pode ter efeitos sobre pessoas e situações a ela submetidas, mas aqueles que escolhem colocar-se sob a proteção do sistema jurídico B, não são afetados pelas normas imperativas do sistema A. Nada de errado em suprimir o conflito ao invés de resolvê-lo. Os conflitos são suprimidos quando os Estados uniformizam sua lei; também são suprimidos quando as partes se colocam sob a égide de um sistema que cobre toda a relação, e evitam qualquer submissão a outro sistema jurídico.

Machado Villela prossegue invocando a doutrina que parte do princípio de que toda relação jurídica deve ter, em direito internacional privado, uma lei competente para a regular, e que, por isso, em face de qualquer relação jurídica, o primeiro problema a resolver é a fixação da lei competente para a regular. Uma vez fixada esta lei, ela determinará o que é imperativo e, como tal, obrigatório para a vontade, e o que é supletivo, e portanto facultativo, devendo restringir-se a autonomia às normas supletivas¹³.

Nosso entendimento é de que em matéria contratual-internacional não se dá esta prioridade da lei interna, porque o direito interna-

12 *Id.*, pp. 370/371 e 372.

13 *Id.*, p. 373.

cional privado aceita que as partes escolham a lei governante de seus contratos, resultando que a vontade das partes antecede a qualquer consideração jurídica emanada do direito conflitual interno, podendo os contratantes colocar-se sob o governo de outra lei, sem indagar da natureza das leis a que estariam submetidos, não fora sua escolha. Este é justamente o princípio da autonomia da vontade, aceito universalmente, e que não depende do legislador nacional.

Dizemos mais: se a escolha da lei só pudesse ocorrer em relação às normas supletivas, a escolha seria desnecessária, pois em se tratando destas normas, as partes poderiam inserir em seu pacto cláusulas que seguem outro critério do constante em sua legislação, regras inspiradas em sistema legal diverso, sem ter que determinar a aplicação de lei de outro país. A escolha da lei de outro país é justamente para escapar das normas imperativas da lei local, mediante a submissão das partes a um sistema jurídico diferente que não contém as normas imperativas da lei local.

Machado Villela invoca a autoridade de Pillet, que, liderou na França o movimento pela restrição da escolha da lei às normas sem imperatividade, invocando um texto do autor francês que não lhe é muito favorável¹⁴.

Pillet, segundo o autor português, teria indicado as leis imperativas, enumerando como tais “as leis de ordem pública, as leis de capacidade, as leis de forma e as leis obrigatórias de proteção individual, como são, em seu critério, as leis relativas aos vícios de consentimento, à irrevogabilidade das convenções antenupciais, às limitações ao direito de doação, enfim todas as leis que, embora formuladas para proteção do indivíduo, tenham caráter imperativo”.

Acontece que as leis referidas neste trecho, não dizem respeito a contratos particulares, mas a questões relativas ao *status* da pessoa, à sua capacidade e ao direito de família; por isto a invocação deste trecho do autor francês não socorre a teoria do mestre lusitano.

Villela poderia ter invocado outra passagem de Pillet, na qual efetivamente colocou sua teoria contrária à ampla liberdade de escolher a lei aplicável ao contrato nos seguintes termos:

O princípio de Dumoulin é legítimo, mas somente na sua aplicação aos conflitos entre leis facultativas. Fora isto, quando se trata

14 *Id.*, p. 374.

de leis de caráter obrigatório, perde toda razão de ser e se torna racionalmente incompetente.¹⁵

O autor português repete enfaticamente sua adesão à escola que só admite a autonomia na escolha das leis supletivas¹⁶, “sendo apenas legítimo o exercício da autonomia a respeito do que é facultativo” e volta a discorrer sobre normas de direito da família, direito das sucessões e direitos reais, que nada têm a ver com o direito contratual. Ninguém contesta que o direito de família há de ser regido pela lei pessoal dos cônjuges, o direito das sucessões, pela lei do falecido e, em certos aspectos pela lei pessoal dos herdeiros, e que os imóveis têm necessariamente que ficar sob o governo da lei de seu local. Nada disto interfere com a liberdade de as partes escolherem uma lei estrangeira para reger um contrato de direito civil ou de direito comercial.

Eduardo Espínola, escrevendo em 1925, sob a égide da Introdução ao Código Civil de 1916, que estabelece a regência da lei do lugar onde a obrigação foi contraída, ressaltando a hipótese em que tenha havido “estipulação em contrário”, interpretou o dispositivo da seguinte forma:

Por isso, quando o art. 13 declara que regulará, salvo estipulação em contrário, a lei do lugar onde foram as obrigações contraídas, a verdadeira interpretação científica do dispositivo é:

1º que a lei competente, em tudo quanto diz respeito a matéria imperativa, ou propriamente ao regime das obrigações e contratos, é a *lex loci celebrationis*, a qual não pode ser afastada por estipulação contrária das partes.

2º que, em relação à matéria supletiva, só prevalecerá a *lex loci celebrationis*, como lei interpretativa da vontade das partes, quando estas não tenham estipulado cláusulas ou condições diferentes¹⁷.

Espínola se apóia em Machado Villela, de que não há como deixar à vontade das partes a escolha da lei aplicável nas matérias considera-

15 Antoine Pillet “*Principes de Droit International Privé*”, p. 438, onde se lê: “*Le principe de Dumoulin est légitime, mais seulement dans son application aux conflits entre lois facultatives. Au delà, quand il s'agit de lois d'un caractère obligatoire, il perd toute raison d'être et devient rationnellement incompetent*”.

16 Machado Villela, *op. cit.*, pp. 378 e 379/380.

17 Eduardo Espínola, “Elementos de Direito Internacional Privado”, p. 659.

das imperativas, transcrevendo várias passagens do autor português, dentre as quais o trecho em que diz que a ressalva relativa à estipulação em contrário deve ser

entendida no sentido de estar subordinada à idéia justa traduzida por estas palavras: *quando estipulação em contrário possa ter lugar*. Deste modo salva-se a lei de um absurdo e evita-se a anarquia, que representaria o texto, de as mesmas relações jurídicas — as obrigações derivadas de atos jurídicos — poderem ser reguladas por leis imperativas diferentes, a arbítrio dos contratantes¹⁸.

Espínola conclui seu comentário ao artigo 13 da original lei introdutória reiterando que:

Temos visto que em matéria puramente supletiva ou interpretativa, deixa a lei que predomine a autonomia da vontade. O legislador empregou, para esse efeito, a expressão — salvo estipulação em contrário —. É, pois, necessário para afastar, no campo das disposições supletivas, a legislação indicada, como normalmente competente, para determinar o regime jurídico das obrigações, que as partes hajam declarado de modo expresso, que adotam lei diferente¹⁹.

Rejeitamos a limitação da autonomia da vontade às normas supletivas como ficou dito acima em nossa crítica à doutrina de Machado Villela, e também no capítulo II, ao divergirmos de vários autores franceses.

Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, comentando a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro de 1942, cujo artigo 9º determina a aplicação da lei do país em que as obrigações se constituíram, sem qualquer ressalva para estipulação contrária pelas partes — que para muitos autores significou o abandono do princípio da autonomia da vontade no direito internacional privado, como veremos adiante —, mantiveram a mesma orientação do primeiro dos dois Espínolas em sua obra inicial, assim comentando:

Sem dúvida, a circunstância do vigente artigo 9º mandar aplicar às obrigações, para a sua qualificação e o seu regulamento, a lei do

18 *Id.*, p. 660. O texto de Villela, que Espínola não indica, encontra-se em sua obra “Direito Internacional Privado no Código Civil Brasileiro”, à p. 314.

19 *Id.*, p. 661.

lugar em que se constituírem, não tem a virtude de excluir as manifestações dos contratantes, mas, conforme já pretendia Machado Villela entender o sistema anterior, a autonomia da vontade há de restringir-se àquilo que é possível deixar-lhe livremente.

O regime é, pois, o das conclusões a que chegara Eduardo Espínola, dando a razoável interpretação teleológica ao artigo 13 da antiga Introdução ...

No Código Bustamante foi adotada a regra da autonomia da vontade, estabelecendo-se as restrições por meio de normas que determinam imperativamente a lei competente; esta, em tais casos, é quase sempre a lei territorial²⁰.

Vemos, assim, que os Espínolas não viram na Lei de Introdução ao Código Civil de 1942, qualquer mudança em relação ao regime da Introdução original, que admitira a autonomia das partes para escolha de lei aplicável, pelos menos em relação aos aspectos contratuais que não envolvem matérias de natureza imperativa.

O autor que defendeu a autonomia da vontade no direito internacional privado brasileiro, com vigor, foi Haroldo Valladão, com seu conhecido espírito polêmico. Como em toda sua obra, faz um detalhado histórico do princípio através dos tempos e das diversas legislações nacionais e convenções internacionais. Analisa as teorias que se opuseram à autonomia da vontade, seja por atentar contra a soberania do Estado, seja porque o indivíduo não tem competência para legislar. E assim responde às objeções:

20 Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, "A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro comentada na ordem de seus artigos", volume 2º, edição de 1995, pp.418/420; neste local, na nota 88 os Espínolas transcrevem o artigo 166 do Código Bustamante, que reza: "As obrigações que nascem dos contratos têm força de lei entre as partes contratantes e devem cumprir-se segundo o teor dos mesmos, salvo as limitações estabelecidas neste Código", comentando os autores: "É esta, em geral, a lei do contrato: — a que as partes indicarem ou que resulta de suas estipulações". Não vejo no artigo transcrito nada além do princípio de que o contrato faz lei entre as partes, no sentido de que suas cláusulas são obrigatórias e devem ser cumpridas, mas nada parece indicar no dispositivo em causa a escolha pelas partes de uma entre duas leis estatais. Na mesma nota os autores transcrevem uma série de outros dispositivos do Código Bustamante, em nenhum dos quais vislumbra-se algo como escolha de lei pelas partes. Era hábito dos Espínolas longas notas de pé de página em que transcreviam opiniões de outros autores e textos de lei. Sobre o Código Bustamante, vide a última seção deste trabalho.

Quando no DIP a vontade escolhe a lei competente é porque outra lei, a lei do DIP, autorizou-a a assim proceder, deu-lhe esta faculdade. Vimos antes que a lei de DIP vigente no foro (internacional, interna, jurisprudência, costume) pode e deve, em certos assuntos, p. ex., substância e efeitos das obrigações, regime matrimonial de bens, determinar e tem determinado há séculos e até hoje, que a vontade indique a lei competente para discipliná-los, qual faz com a nacionalidade ou o domicílio para outros assuntos. Destarte, a vontade individual escolhe no DIP a lei competente em virtude de uma autorização ou delegação legislativa dada pela lei do DIP; lá se foi a objeção de ofensa à soberania, de transformar o indivíduo em legislador de DIP...²¹.

Valladão não distingue entre leis imperativas e facultativas, e assim, ao tratar do artigo 13 da Introdução ao Código Civil, de 1916, escreve que a lei escolhida pelas partes será aplicada na íntegra, em suas disposições facultativas e imperativas, qual acontece com qualquer outra lei indicada por outro elemento de conexão²².

Como sempre fez, Valladão apresenta o histórico da questão no direito brasileiro, remonta ao artigo 5º do Regulamento 737 de 1850²³, aos artigos 32 e 1965 do Esboço de Teixeira de Freitas, aos Projetos Nabuco e Coelho Rodrigues e à Consolidação de Carlos de Carvalho, em seu artigo 37²⁴. E diz que a "*professio legis*" da antigui-

21 Haroldo Valladão, "Direito Internacional Privado", volume 1º, 5ª edição, p. 363.

22 *Id.* Em "O Contrato Internacional", Revista Forense, vol. 269, p. 5, o Professor Valladão foi enfático: "Alguns autores, porém, *estatizantes*, pretendem ampliar a exceção, restringindo a autonomia às leis facultativas. É um equívoco: escolhida uma lei pelos contratantes, aplica-se a mesma lei em suas disposições cogentes e voluntárias, imperativas e facultativas. E assim serão observadas todas suas disposições". No mesmo trabalho, em nota n. 1, à p. 4, ilustra a abrangência da lei escolhida pelas partes à luz do direito suíço, do direito italiano e das concordatas firmadas entre a Itália e o Vaticano, que permitem aos nubentes escolher entre o casamento civil e o canônico e, conseqüentemente eleger normas imperativas de um ou de outro, e o direito português, que autoriza a escolha entre o casamento católico, regido pelo direito canônico, e o civil, disciplinado pelo Código e leis civis, que autorizam o divórcio, "ficando, assim, a dissolubilidade do vínculo conjugal na dependência de uma prévia manifestação da vontade individual, de anterior escolha entre os nubentes".

23 Prescrevia o artigo 5º do Decreto de 1850: "Presumem-se contraídas conforme a legislação do Brasil as dívidas entre brasileiros em países estrangeiros".

24 Vide os respectivos textos nas notas *supra*, ns. 2, 3 e 4.

dade aos nossos dias sempre abrangeu a lei escolhida, na íntegra, em suas normas cogentes ou supletivas²⁵.

Ao analisar a LICC, Haroldo Valladão colocou a questão em sua perspectiva correta, ao insistir no princípio da autonomia da vontade, refutando a análise simplista de que, por não estar categoricamente enunciado no artigo 9º, teria desaparecido de nosso direito internacional privado²⁶, invocando a teoria de Teixeira de Freitas sobre o domicílio especial que as partes elegem por contrato, em relação a certo e determinado negócio, consubstanciado no artigo 42 do Código Civil de 1916 que dispõe que “nos contratos escritos poderão os contraentes especificar domicílio onde se exercitem e cumpram os direitos e obrigações deles resultantes”.

A extensão dada pelo autor à autonomia das partes na escolha da lei aplicável vem expressa em hipótese por ele configurada, com base no artigo 256 do Código Civil de 1916, que estabelecia a licitude do pacto antenupcial que estipula quanto aos bens o que aprouver aos nubentes, levando-o a aceitar a possibilidade de dois brasileiros casarem no Brasil e escolherem no contrato que seus bens serão regidos pelo sistema de *los gananciales* da lei uruguaia, copiando os respectivos textos ou escolhendo diretamente a lei uruguaia, salvo a ordem pública do Brasil²⁷.

Valladão demonstra que o princípio da autonomia da vontade está contido no parágrafo 2º do artigo 9º da lei introdutória quando dispõe que “a obrigação resultante do contrato *reputa-se* constituída no lugar em que residir o proponente”, em que “*reputa-se*” é sinônimo de “*presume-se*”. Assim, diz o mestre de nosso direito internacional privado:

De fato, esta fórmula “*presume-se*”, “*reputa-se*”, cobre sempre o princípio da autonomia da vontade, abrindo a tradicional ressalva “salvo estipulação em contrário”, ou “em falta de vontade expressa ou tácita”. Havendo tal escolha, expressa ou tácita, não predomina a lei da residência do proponente, substituída pela eleita pelas partes²⁸.

25 Haroldo Valladão, “Direito Internacional Privado”, *op. cit.*, p. 364.

26 Haroldo Valladão, “Direito Internacional Privado”, vol. II, 3ª. ed., p. 186. No primeiro volume de sua obra, p. 366, Valladão dá uma explicação histórico-política: “autonomia da vontade era expressão proibida no regime ditatorial de que padecia o Brasil e que explicou também a ausência do foro do contrato ou de eleição no Código do Processo Civil de 1939-40, promulgado no mesmo clima.”

27 Haroldo Valladão, “O Contrato Internacional”, p. 4.

28 Haroldo Valladão, “Direito Internacional Privado”, vol. II, p. 186. No vol. I, à p. 367 relata: “Por tudo isto o Congresso Jurídico Nacional de 1943 aprovou a

Valladão invoca várias decisões de nossos tribunais em que foi reconhecida a liberdade de escolher jurisdição competente e lei aplicável e, principalmente, um acórdão do Ministro Philadelpho Azevedo, em que enunciou que “princípios básicos de nosso direito não podem desaparecer por sua simples omissão num código ou numa lei.”²⁹ A prevalência dos princípios, independentemente de regras que os consolidem, é fundamental na nossa dogmática jurídica.

Nesta conformidade, Valladão preparou um Anteprojeto que se transformou no Projeto de Código de Aplicação das Normas Jurídicas³⁰, em que se estabeleceram as seguintes regras a respeito da autonomia dos contratantes para escolher a lei aplicável a sua avença:

Artigo 51 — A substância e os efeitos das obrigações oriundas de declaração da vontade regem-se, salvo estipulação em contrário, segundo a lei do lugar em que forem contraídas.

1º — A estipulação em favor de outra lei deverá ser expressa e não terá eficácia se constituir abuso de direito (art. 12), ou ofender a ordem pública (arts. 13 e 80).

Artigo 52 — Regem-se segundo a lei brasileira os contratos exequíveis no Brasil.

O disposto no segundo artigo não segue necessariamente orientação diversa da constante no anterior, pois é perfeitamente interpretável como regra geral, passível de alteração mediante manifestação da vontade das partes, como previsto no artigo 51.

Ocorre que em sua Exposição de Motivos, o Professor Valladão assim comentou o artigo 52:

adoção do elemento de conexão autonomia da vontade em fundamentados relatórios da Dra. Rozi M. Pinheiro Lima (Conclusão 5ª para o regime de bens do casamento) do Dr. Otto Gil (Conclusão 9ª em geral, e particularmente para a substância e efeitos das obrigações e o regime de bens no casamento) e do Prof. Mario Guimarães de Souza (Conclusão 8ª para as modalidades da execução das obrigações).

29 *Id.*, p. 186, referindo-se a acórdão publicado no Diário da Justiça, Apenso 135, de 12 de junho de 1945, pp. 2.550/1.

30 O Professor Haroldo Valladão apresentou ao Ministro da Justiça seu Anteprojeto de reforma da Lei de Introdução ao Código Civil, que denominou “Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas” em 1964, tendo sido publicado no Diário Oficial de 15 de maio daquele ano. Em 3 de agosto de 1970 foi assinado o Relatório da Comissão Revisora, por Luiz Gallotti, Oscar Tenório e Haroldo Valladão, que introduziu algumas alterações no texto e modificou o título de Lei Geral para Código, ficando conhecido como o Projeto de Código de Aplicação das Normas Jurídicas.

O preceito corresponde a uma regra tradicional do direito pátrio, em defesa de nossos interesses, morais, econômicos e sociais e por isto, aparecida em forma unilateral e imperativa³¹.

Passemos a escola dos autores brasileiros que não admitem a escolha da lei pelas partes. Em primeiro lugar, temos Pontes de Miranda, em sua linguagem excêntrica, às vezes de difícil compreensão, assim se pronunciando:

A autonomia da vontade não existe no Direito internacional, nem como princípio, nem como teoria aceitável. Porque: a) na parte de cogência, há uma lei aplicável, que poderá conferir à vontade, por estranha demissão de si mesma, o poder de desfazer tal imperatividade, quer dizer — um imperativo que se nega a si mesmo, que se faz *dispositivo*; b) fixados pela lei aplicável os limites da autonomia, *dentro deles* não há escolha de lei, há “lei” (ou outra coisa, lei revogada, página de livro, *memorando*, cartas), que constitui conteúdo, citação, parte integrante, de um querer.

Afastada a autonomia das partes como princípio, fica de pé: A) que há Estado competente para dizer a lei aplicável às obrigações (contratuais, por declaração unilateral de vontade), e B) que, no caso de dois Estados interessados, existe um problema de pesquisa da lei a que se deve obedecer. Este problema, ou se resolve pela observância sincrônica das leis dos Estados da nacionalidade e dos obrigados, ou pela adoção artificial, de um *princípio de ajustação*³².

Uma coisa pelo menos fica clara: o autor não aceita que as partes escolham a lei do país que vai reger seu contrato e, mais adiante, critica asperamente os que pensam de outra forma, assim escrevendo:

A doutrina errada (que tanto conseguiu seduzir os espíritos no século XIX) servida pelas inadvertências de Laurent e Savigny, pela apologia de Mancini, e pela sanção legislativa do art. 9 das Disposições preliminares de *Código Civile*, não dominou a doutrina ale-

31 Jürgen Samtleben, em trabalho dedicado a Teixeira de Freitas e à autonomia da vontade das partes no direito internacional privado latino-americano, *Revista de Informação Legislativa*, n. 85, p. 271, lamenta esta obrigatoriedade da aplicação da lei brasileira, que taxa de “abandono da influência de Freitas que era francamente favorável à autonomia da vontade”. Acompanho o ilustre autor nesta reserva ao projeto Valladolid.

32 Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Internacional Privado*, tomo II, pp. 156/7.

mã, nem, tampouco, a doutrina brasileira. No Brasil, também, e a despeito de tentativas confusionistas, frutos de leituras esporádicas, que no começo do século foram postas de lado³³.

Tito Fulgêncio, magistrado e professor da Universidade de Minas Gerais, publicou em 1921, “Programa de Direito Internacional Privado”³⁴ e, em 1937 publicou “Synthesis de Direito Internacional Privado”³⁵; em 1979 a primeira obra recebeu uma nova edição, atualizada e acrescida pelo Professor Sylvio Capanema de Souza, sob o título “Direito Internacional Privado”³⁶. Tanto na obra de 1937, como na edição de 1979 da primeira obra, o autor estuda a questão das normas imperativas, especificando-as como as que tratam da “formação das convenções, consentimento e seus vícios, objeto, cláusula, etc.”, expondo a controvérsia entre a opinião de que a autonomia não é aplicável a elas, por “inadmissível mudar o caráter das leis, tornando facultativa em D. Int. Privado, o que é obrigatório em direito interno”, e a segunda opinião, de que a autonomia se aplica, sem restrição a todas as disposições, “ainda as mais imperativas do contrato”. Na obra publicada em 1937, o autor não toma posição entre estas duas opiniões.

33 *Id.*, pp. 159/160, em que não fica claro quando o Brasil abraçou a autonomia e quando a pôs de lado, e também não entendemos o significado de “confusionistas”. As “leituras esporádicas” dizem respeito aos gigantes da disciplina — Savigny e Mancini? A nota I desta página de Pontes invoca Beviláqua, na edição de 1906, acima referida, dando a impressão de que ele figura na “doutrina errada”. Em seguida, escreve: “Certo, Pimenta Bueno ...” quando na verdade vimos que Pimenta Bueno se colocou a favor da autonomia. Logo depois diz “Ainda hoje, Beviláqua, t. I, p. 131, com atraso de mais meio século”, em que não esclarece com relação a que o sábio e nobre Beviláqua estava atrasado; como vimos, Beviláqua manteve a mesma orientação em todas edições de sua obra sobre o DIP. Segue-se: “Machado Villela ... está certo; com ele Espínola” e se refere à obra deste, de 1925, onde, como vimos, Espínola aceita autonomia, ainda que restrita. De forma que Pontes de Miranda faz uma leitura de determinados autores que não nos parece refletir o real pensamento destes juristas, uma leitura quiçá, um tanto apressada, que resulta em confusão. Conclui o tratadista, ainda à p. 160, dizendo que a doutrina da autonomia, que qualifica de “intrusa”, foi “refugada”. E, à p. 161, elogia o enunciado de Neumeyer de que “o que as partes acordaram é ar jurídico, se já antes não domina uma ordem jurídica da qual possam tirar tais acordos a sua eficácia jurídica”. Em verdade, Pontes de Miranda, aqui, como em quase toda parte, descansa sobre os autores alemães e rejeita, com veemência e acidez, todos aqueles que não seguem o mesmo pensamento.

34 Publicado pela Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais.

35 Livraria Editora Freitas Bastos, RJ.

36 Editora Forense, Belo Horizonte.

Já na edição de 1979, Sylvio Capanema de Souza, depois de re-produzir a colocação do professor mineiro, atualiza o texto, inserindo posição favorável à autonomia, mesmo no regime da LICC, só excluindo dela a ordem pública, o que pode ser entendido como a única restrição, deixando as normas imperativas no campo da facultatividade de escolha de lei estrangeira, assim escrevendo:

O art. 9 da Lei de Introd. ao Cód. Civ. omitiu a autonomia da vontade, ao contrário do que fazia a lei anterior, em seu art. 13, expressamente admitindo-a. Pareceu, a princípio, que a nova lei havia alijado o princípio. Tal entendimento não é válido: a simples supressão do princípio não pode determinar sua inaplicabilidade. O princípio da autonomia da vontade é limitado pela ordem pública: as partes não poderão impor a aplicação de uma lei ofensiva à ordem pública, ou que envolva questões de fraude à lei brasileira, ou de abuso de direito³⁷.

Entendemos que a questão da fraude à lei brasileira não pode constituir exceção à aplicação da lei estrangeira escolhida pelas partes, pois no campo dos contratos não ocorre a figura da fraude à lei, como escrevemos alhures:

[..] não se fala em fraude à lei nos negócios jurídicos (submissão de contrato à lei de outro país que não o originalmente competente), eis que, por sua característica intrínseca, estão os negócios jurídicos na total dependência da vontade das partes, e estas podem legitimamente querer submeter o negócio jurídico à lei que melhor lhes aprouver entre a deste ou daquele país³⁸.

Oscar Tenório tem uma teoria *sui generis*. Compara o sistema estabelecido na lei introdutória de 1916, com a Lei de Introdução de 1942, da seguinte forma³⁹: na primeira admitia o legislador a escolha de lei aplicável pelas partes, inadmissível, todavia, a liberdade das partes no campo das leis imperativas e ligadas à ordem pública⁴⁰, enquan-

37 Na edição de 1971, p. 54.

38 Minha Parte Geral, capítulo XIV, seção "Fraude à Lei no DIP e 'Fórum Shopping'", 8ª ed., p. 428.

39 Oscar Tenório, "Direito Internacional Privado", vol. 2, ns. 860 a 871, pp. 172 a 177.

40 *Id.*, nº 867, p. 175; Tenório se refere a duas interpretações diferentes do artigo 13 da lei de 1916, no que se refere ao "salvo estipulação em contrário" que, para uns, significava "designação expressa da lei competente (diversa da es-

to que na atual legislação, não se admite em contrato firmado no Brasil que as partes escolham lei de outro país⁴¹.

No regime atual, diz o mestre, "não falamos em autonomia da vontade, no sentido exposto pelos internacionalistas", entendendo, contudo, que não se exclui a aplicação da autonomia da vontade se ela for admitida pela lei do país onde se constituiu a obrigação, ou seja, as obrigações contraídas no exterior poderão sujeitar-se ao direito brasileiro, caso a lei do lugar do contrato admitir a autonomia da vontade, e as partes resolverem escolher a lei brasileira, mas obrigações contraídas no Brasil não podem cair sob o império da autonomia da vontade⁴².

Serpa Lopes, colega de Oscar Tenório no Tribunal de Justiça do então Distrito Federal⁴³, segue o histórico de Machado Villela sobre a evolução tortuosa do princípio da autonomia da vontade em direito internacional privado: Dumoulin, advogando em plena Renascença a liberdade de escolha da lei, D'Argentré e seus discípulos, nos séculos XVI e

tabelecida no dispositivo)", e para outros se tratava da "faculdade concedida às partes para elegerem a lei contratual". *Id.*, n. 868, p. 176.

41 O mesmo entendimento se encontra em edições anteriores, como na edição de 1957, à p. 353, e também em sua "Introdução ao Código Civil Brasileiro", pp. 327/331.

42 "Direito Internacional Privado", vol. 2, ns. 870 e 871, p. 177. Estranhamente, Haroldo Valladão não captou bem a doutrina de Tenório, pois, escrevendo sobre a LICC, artigo 9º, em sua obra principal, volume I, p. 367, assim resumiu as doutrinas de Tenório e Espínola: "Entenderam assim, os anotadores da lei, que a autonomia continuava; para Oscar Tenório L. I. art. 9º, nas imperativas e facultativas; para os Espínolas, L. I., *cit.*, com sua exegese anterior, só para as facultativas". Acontece que Tenório só aceita autonomia se e quando a lei de outro país assim dispõe, e desde que feita a opção no exterior em favor da lei brasileira, mas proíbe-a totalmente em contrato firmado no Brasil.

43 Nas décadas de 40, 50, 60 do século XX, o Distrito Federal, depois Estado da Guanabara, e, finalmente cidade do Rio de Janeiro, foi o grande centro do direito civil e do direito internacional privado e, de certa forma também do direito público — constitucional e administrativo — com as proeminentes figuras de Ministros do Supremo Tribunal Federal como Philadelpho de Azevedo, Hahnemann Guimarães, Orozimbo Nonato, Luiz Galotti, com Desembargadores do Tribunal de Justiça como Oscar Tenório, Serpa Lopes, Alcino Pinto Falcão, e autoridades como Pontes de Miranda, Seabra Fagundes, Santiago Dantas, Haroldo Valladão e muitos outros que nesta cidade pontificaram nos mais variados campos de direito. Já São Paulo foi o grande centro do direito comercial e do direito processual, liderados, respectivamente, pelos professores italianos, aqui refugiados dos perseguidores nazi-fascistas, Túlio Ascarelli e Enrico Túlio Liebman.

XVII combatendo-a, e a reação de Hauss da Universidade de Goettingen, que voltou a defender a aplicação da lei livremente escolhida pelas partes⁴⁴. O desembargador conclui o rápido histórico dizendo que “tal exagero (de liberdade) se estilizou com Mancini, Laurent e Fiore que passaram a não distinguir, nas limitações necessárias ao princípio da autonomia da vontade, as leis imperativas das supletivas”⁴⁵.

Serpa Lopes não aceita esta amplitude, só admitindo a autonomia no campo das normas interpretativas ou facultativas⁴⁶, interpretando o artigo 13 da Introdução original ao Código Civil no sentido de que, “a matéria confiada à autonomia da vontade não era absoluta, mas tão-somente podia ser exercida no terreno supletório e não no imperativo”⁴⁷.

O autor examina a posição de Oscar Tenório quanto à admissibilidade da lei escolhida pelas partes, quando o contrato foi produzido em país que faculta esta liberdade, criticando-a por envolver a aceitação do reenvio, porque — no entender de Serpa Lopes — na hipótese de Tenório, ocorre que nosso DIP manda aplicar a lei de determinado país, por ser o local da contratação e, se aceitamos a opção dos contratantes pela aplicação da lei brasileira, estaremos admitindo o reenvio da lei aplicável para a nossa lei, o que é vedado pela lei introdutória. Mas, na verdade, este não é o reenvio vedado pelo legislador pátrio, que se restringe à “remissão feita pela lei estrangeira a outra lei”, enquanto que, na formulação de Tenório, a remissão é feita pelas partes, ou seja, a lei escolhida pelas partes passa a ser a lei originalmente aplicável pelo sistema jurídico que aceita a autonomia da vontade. Em outras palavras, a lei do outro Estado para questões transnacionais pode ser a sua lei interna, devido à conclusão do contrato em seu território, ou a lei estrangeira designada pelas partes no exercício de sua liberdade de escolha. Seguir esta escolha realizada no exterior não constitui reenvio.

Serpa Lopes conclui seu comentário ao artigo 9º, reiterando que “a única solução para o caso consistirá em se admitir a autonomia da vontade tão-somente no caso em que não esteja em jogo uma lei imperativa”⁴⁸.

44 Miguel Maria de Serpa Lopes, “Comentário Teórico e Prático da Lei de Introdução ao Código Civil”, volume II, p. 308.

45 No capítulo II discutimos a preocupação de considerável parte da doutrina em não estender a liberdade de escolha da lei pelas partes às normas locais de natureza imperativa, deixando consignados nossos argumentos contrários a esta restrição, às quais voltaremos mais adiante neste capítulo.

46 Serpa Lopes, *op. cit.*, n. 237, a p. 311.

47 *Id.*, n. 239, p. 315.

48 *Id.*, n. 240, p. 317.

Segue-se, na evolução da doutrina que estamos desenvolvendo, na medida em que se possa formular uma ordem aproximadamente cronológica, a posição de Wilson de Souza Campos Batalha que, depois de referir às opiniões de autores estrangeiros e nacionais, conclui que no atual direito brasileiro:

A autonomia da vontade das partes contratantes é reconhecida no âmbito das leis dispositivas do direito aplicável. No exercício desta autonomia, no campo que lhe é próprio, podem as partes adotar, como conteúdo de suas estipulações, normas de direito estrangeiro, desde que não ofendam a ordem pública brasileira⁴⁹.

Note-se que o autor restringe a liberdade de escolha ao “âmbito das leis dispositivas”.

Entre os destacados estudiosos do direito internacional privado no Brasil figura o Professor Amílcar de Castro, da Universidade Federal de Minas Gerais, que firmou posições autônomas, diferentes das correntes tradicionais do nosso sistema de conflitos, caracterizadas por sua originalidade, radicalismo e um toque de excentricidade.

Sobre autonomia da vontade para escolher a lei aplicável, escreveu assim:

As partes não fazem direito como e quando queiram, nem podem escolher direito à capricho; na esfera do direito primário, ou na esfera do direito internacional privado, estão sempre à mercê do direito independentemente de sua vontade efetiva, sem ou contra esta. O certo é dizer que, em matéria de obrigações, a vontade das partes tem a liberdade de pássaro na gaiola: pode mover-se em certos limites, mas em qualquer direção encontra barreira intransponível⁵⁰.

A idéia da gaiola caracteriza o pensamento de Amílcar de Castro, da qual divergimos. A instituição dos contratos é caracterizada pela manifestação da vontade das partes, que podem acertar uma avença de acordo com normas conhecidas, reguladas pelo legislador, como

49 Wilson de Souza Campos Batalha, “Tratado Elementar de Direito Internacional Privado”, volume II, pp. 192/3. À p. 180, o autor se expressou da seguinte forma: “Face à nova Lei de Introdução ao Código Civil não pode pairar dúvida: inaceitável é a autonomia da vontade para a indicação da lei aplicável. A autonomia da vontade só pode exercer-se no âmbito das normas dispositivas do direito reputado aplicável”.

50 Amílcar de Castro, “Direito Internacional Privado”, 3ª edição, p. 421.

também elaborar um contrato atípico, desconhecido, e portanto, não regulado pelo direito positivo. A lei exige para o negócio jurídico em geral, capacidade do agente, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma não proibida pela lei (Código Civil, artigo 104), e para os contratos em particular, os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé (artigo 422); a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato (artigo 421), sendo lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas (artigo 425). Os três últimos artigos não constavam no Código Civil anterior, mas correspondiam a princípios subjacentes ao sistema de nosso direito.

Portanto, a gaiola do eminente mestre de Minas Gerais não encontra lugar no nosso sistema jurídico.

Amílcar de Castro insiste:

Não existe, portanto, a imaginada autonomia da vontade em direito internacional privado: o objeto próprio da vontade das partes é a escolha do lugar onde queiram realizar o contrato, e não a escolha do direito⁵¹.

Naturalmente que Amílcar de Castro não aceitaria a idéia de Battifol de que, ao escolher a lei aplicável, as partes estão deslocando, figurativamente, o local do contrato para o país cujo regime jurídico querem adotar.

O professor mineiro acrescenta mais um argumento:

O princípio da autonomia da vontade é assentado em sofisma de confusão: para a jurisdição nacional, o direito estrangeiro é mero fato, modelado pelo qual, no fórum, se organiza direito nacional especial, e este é que é imposto às partes, como o é o direito comum⁵².

No DIP brasileiro, o direito estrangeiro é considerado direito e não fato⁵³, e Amílcar de Castro é voz isolada, inspirado no direito anglo-americano, neste, como em vários outros tópicos do conflito das leis.

51 *Id.*, p. 422.

52 *Ibid.*

53 Vide minha Parte Geral, capítulo "Aplicação, Prova e Interpretação do Direito Estrangeiro".

No final do capítulo sobre obrigações, o ilustre professor de Belo Horizonte volta a tratar da autonomia da vontade de forma um tanto contraditória:

Assim, por exemplo, dois ingleses domiciliados na Itália, fazem em Roma um contrato que deve ser inteiramente executado na Alemanha e convencionaram expressamente que as obrigações sejam apreciadas pelo direito suíço. Será válida esta cláusula na Alemanha? A resposta dependerá exclusivamente do direito alemão e não da vontade manifestada pelas partes. E se na Alemanha for válida a eleição do direito suíço, não será no sentido de que possam as partes arbitrariamente escolher direito que lhes regule as convenções: da ordem jurídica alemã, e não da vontade dos contratantes dependerá o valor da cláusula.⁵⁴

Ora, se a lei alemã considerar válida a eleição do direito suíço é exatamente porque seu DIP aceitou o princípio da autonomia da vontade, no sentido de que as partes podem escolher direito que lhes regule as convenções.

No Brasil, pela Introdução de 1916, e pela interpretação que Valladão tão lucidamente deu ao artigo 9º da LICC de 1942, as partes podem aqui contratar, escolhendo a aplicação de uma lei estrangeira. Esta a melhor doutrina.

O tema da autonomia da vontade no direito internacional privado é cativante, eis que, se, de alguma forma, está relacionado com a autonomia da vontade nos contratos em sede de direito civil e comercial doméstico, assume aspecto independente, porque a escolha da lei aplicável dentre dois sistemas jurídicos é matéria de sobre direito, de uma disciplina que paira acima dos sistemas jurídicos dos Estados soberanos, em que se opta por um sistema jurídico ao invés de outro, assunto que muitos classificam como situado no campo do direito público, o que poderia levar ao argumento de que, por isto mesmo, as partes não podem ter a mesma liberdade do que na formulação das cláusulas contratuais no plano do direito interno — direito privado.

Mas, em verdade, o argumento válido é de que, a escolha que se faz no direito internacional privado visa encontrar a lei mais adequada, que melhor justiça produzirá, a lei que as partes reconhecem, ou reconheceriam se lhes fosse dada a escolha, como a mais intimamente ligada à hipótese, a lei mais pertinente à matéria, e esta decisão, quando

54 *Id.*, p. 425.

tomada autonomamente pelas partes, escolhendo determinada lei, se opera antes que qualquer sistema jurídico interno tenha sido posto em operação. Em outras palavras, o contrato firmado em determinado país, em que as partes escolhem a lei de outro país, já nasce estranho ao local de sua realização, já surge sob a égide da lei do outro Estado e, em assim sendo, a lei do local onde foi elaborado, não tem autoridade sobre o mesmo; trata-se de um ato jurídico das partes contratantes que nasce fora da jurisdição local, como se tivesse sido elaborado e concluído alhures.

Não se trata de aderir à teoria de Henri Batiffol, de que a escolha da lei significa a localização fictícia do contrato em outro local, porque para o internacionalista francês é a jurisdição local que autoriza esta submissão à lei estrangeira, enquanto que no nosso entender, a jurisdição local se abstrai, se desinteressa deste ato: a localização do ato alhures não é uma ficção aceita pela jurisdição local, é uma realidade criada pelos contratantes.

A autonomia da vontade em direito internacional privado foi objeto de uma tese de concurso de livre docência na Universidade de São Paulo, de autoria do Professor Irineu Strenger que, uma vez publicada, se tornou referência obrigatória, constituindo importante contribuição para a disciplina⁵⁵, merecendo uma análise cuidadosa.

Diríamos que o autor, apesar de algumas passagens favoráveis à autonomia da vontade, não se compromete com ela. Assim se expressa no início de sua obra⁵⁶:

Estamos convencidos de que a autonomia da vontade reassume no direito internacional toda aquela vitalidade que singularizou as fases mais tolerantes do voluntarismo jurídico na esfera do direito privado interno, exatamente porque a matéria num e noutro plano tem finalidades metódicas completamente diversas, *sem significar que as leis imperativas perdem o seu caráter no direito internacional privado*⁵⁷ porquanto Haroldo Valladão mostra com exuberância que o princípio tradicional das obrigações em direito internacional privado é o da autonomia da vontade, que impõe o reconhecimento aos interessados de escolher o direito, expressa ou tacitamente, como lei reguladora dos contratos...

55 Irineu Strenger, "Autonomia da Vontade em Direito Internacional Privado".

56 *Id.*, p. 66.

57 Meu destaque, para indicar que neste trecho o autor adere ao entendimento de que as leis imperativas estão a salvo da escolha das partes, com o que enfraquece sua plena adesão à autonomia da vontade no direito internacional privado.

E transcreve o seguinte trecho de Valladão:

[...] Nesses e noutros casos a lei que o direito internacional do foro permite seja indicada pela vontade, ou pela nacionalidade ou pelo domicílio, ou pelo lugar do contrato ou da execução, tal lei é aplicada na íntegra, em suas disposições imperativas ou facultativas, salvo, evidentemente, abuso de direito e ofensa à ordem pública do foro⁵⁸.

No final da obra, o Professor Strenger volta a examinar a posição de Valladão, transcrevendo trechos da Justificação de seu Anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas⁵⁹ e, resumindo a posição de seu autor, diz:

Em síntese, com tais argumentos pretende Haroldo Valladão revigorar o princípio da autonomia da vontade no direito internacional privado, no fundo apoiando-se nos cânones do liberalismo individualista, *sem deixar de reconhecer as limitações impostas pela ordem social e o respeito necessário às leis imperativas de direito interno*⁶⁰.

Estamos aqui, novamente, às voltas com as leis imperativas do direito interno, que tanto tem incomodado os autores quando estudam a autonomia das partes para escolher a lei aplicável, a ponto de vislumbra-rem em, e atribuírem a outras autoridades as suas próprias posições.

Como já vimos anteriormente, e como consta no próprio texto transcrito por Strenger, Valladão sempre se colocou de forma clara a favor da faculdade de escolha da lei aplicável pelas partes contratantes, sem restrição alguma para as normas imperativas. Di-lo claramente na Justificação que apresentou ao texto de seu Anteprojeto, especificamente ao artigo 51, dispositivo já acima transcrito e texto da justificação transcrito pelo próprio Strenger, como acima reproduzido^{61, 62}.

A lei escolhida pelas partes tem para Valladão o mesmo raio de abrangência da lei fixada pelas regras de conexão como nacionalidade,

58 Como se vê, em Haroldo Valladão, as disposições imperativas estão incluídas no rol das normas que podem ser afetadas pela escolha das partes, teoria da qual o Professor Strenger se afastou.

59 *Id.*, pp. 210 e ss.

60 *Id.*, p. 214.

61 "Nesses e noutros casos ...", texto correspondente à nota 58.

62 Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas, (separata) p. 89.

domicílio, lugar do contrato ou da execução — aplicação integral, inclusive para as normas imperativas.

E o Professor Irineu Strenger conclui:

Não discordamos de Valladão quando afirma que as obrigações convencionais têm sua base na livre vontade das partes, que dentro de sua esfera lícita de ação devem ter faculdades para criar relações jurídicas, sujeitando-as à lei que elejam de maneira expressa ou tácita. O princípio da autonomia da vontade assume características de universalidade porque de maneira direta e pessoal, ou indireta e por representação, a vontade se vincula indissolúvelmente ao homem por fazer parte de sua própria natureza⁶³.

O ilustre professor paulista volta inúmeras vezes, ao longo de sua tese, às limitações à autonomia da vontade no campo das leis imperativas, encontrando-se outras passagens em que só trata da exceção de ordem pública, sem referência às leis imperativas⁶⁴; justapõe Oscar Tenório e Campos Batalha como se suas opiniões coincidissem⁶⁵, o que não confere com a leitura que fazemos destes dois autores, pois enquanto Batalha entende que no sistema jurídico brasileiro se admite a escolha de lei pelas partes, Tenório categoricamente nega esta faculdade.

Em outro momento o Professor Strenger declara acompanhar Oscar Tenório⁶⁶; acontece que, como vimos, e como o professor paulista reconhece, Tenório admite autonomia da vontade quando esta é aceita pela legislação competente, estrangeira, entendendo, contudo, que o DIP brasileiro não abre mão de aplicar a lei por ele determinada, não aceitando escolha das partes. Como é possível adotar autonomia, concordar com Valladão, e ao mesmo tempo acompanhar Tenório?

Referindo-se a Eduardo Espínola, diz Strenger que este autor aceitava autonomia da vontade, mesmo em relação às normas imperativas⁶⁷, o que contradiz nossa leitura deste autor em suas obras, como

63 *Id.*, p. 215.

64 *Id.*, p. 123.

65 *Id.*, p. 202.

66 *Id.*, p. 204; vide à p. 206 onde conclui que “no dizer acertado de Oscar Tenório, uma obrigação contraída no exterior pode sujeitar-se ao direito brasileiro no caso em que a lei do lugar do contrato admitir a autonomia da vontade e as partes resolverem escolher a lei brasileira”.

67 *Id.*, p. 197: “Chega Eduardo Espínola às seguintes conclusões sobre as regras do artigo 13, em discussão: ‘a) o princípio geral, em matéria de substância e efeitos das obrigações é o da autonomia da vontade, quer em relação as normas suppletivas de direito material, quer em relação às imperativas”.

visto acima, nas quais excepciona as leis imperativas do princípio da liberdade de escolha da lei aplicável. Já em outra passagem afirma Strenger que segundo Pontes de Miranda, Espínola acompanhara o entendimento de Machado Villela⁶⁸, que advogava uma liberdade muito restrita.

Strenger conclui sua tese com uma nota positiva, afirmando que o princípio da autonomia da vontade está numa fase de declínio, mas que isto deve ser combatido, afirmando:

Por mais convincentes que possam ser os fatos contra o prevalecimento dos princípios voluntaristas, cumpre aos juristas e legisladores, ainda não submissos a um tecnicismo estéril, lutar que não se abandone o principal fator da vida do direito: o homem⁶⁹.

Diante das variadas colocações de Strenger, não é fácil detectar sua verdadeira posição sobre o tema que está contido no título de sua tese, mas, de fato, prepondera em seu minucioso e abrangente trabalho, a tese favorável à irrestrita autonomia da vontade dos contratantes para escolher a lei de sua preferência. No entanto, não parece ser esta a orientação do ilustre mestre paulista em obra mais recente, dedicada aos contratos internacionais do comércio⁷⁰, em que constata que, na prática do comércio internacional, a livre designação pelas partes da lei aplicável é reconhecida e respeitada, desde que não contrarie a ordem pública e as disposições imperativas⁷¹. Quanto ao sistema jurídico brasileiro, Strenger não deixa dúvida ao afirmar que ele figura entre aqueles que estabelecem restrições ao princípio da autonomia contratual⁷².

68 *Id.*, p. 200.

69 *Id.*, p. 219.

70 Irineu Strenger, “Contratos Internacionais do Comércio”.

71 *Id.*, p. 92: “Entretanto, na prática do comércio internacional, tem sido reconhecido e respeitado, tanto pelos tribunais nacionais, como pelas cortes de arbitragem, que as partes podem, expressamente, designar a lei regeadora da convenção, à medida que essa escolha não seja contrária à ordem pública e às disposições imperativas, como, p. ex., aquelas relacionadas com a legislação monetária”. Vide também p. 93, onde diz: “A segunda noção (da ordem pública internacional) refere-se a normas legais imperativas, que não podem ser evitadas nem excluídas pelo acordo das partes”, e também p. 99, onde se lê: “Ao lado das chamadas regras de ordem pública, existem as denominadas leis imperativas, que atuam à medida que um dos elementos da relação jurídica contratual se localiza dentro do território, não obstante a submissão do contrato a uma lei estrangeira, por acordo de vontades”.

72 *Id.*, p. 93, onde diz: “Não é menos verdade, porém, que alguns sistemas jurí-

É comum encontrar na doutrina justaposição de temas que não devem ser confundidos. Veja-se, por exemplo, o curso do Professor Aducto Fernandes, da Universidade Federal Fluminense, que chega à seguinte conclusão sobre autonomia da vontade no direito internacional privado:

Para nós, a regra de solução é a seguinte: — Os efeitos da obrigação contratual são regidos pela lei à qual as partes tiverem a intenção de submeter-se, na medida em que a validade da obrigação e os seus efeitos não vão de encontro às leis que regem obrigatoriamente a convenção, de modo imperativo no que respeita à capacidade das partes, à forma, à validade intrínseca do contrato ou à ordem pública...⁷³.

A capacidade é regida no direito internacional privado brasileiro pela lei do domicílio, portanto, tanto se o contrato é assinado no Brasil, como no exterior, em se tratando de pessoa domiciliada em nosso País, para nós — quando houver submissão à jurisdição dos tribunais brasileiros — a capacidade do agente será regida pela lei brasileira. Já a escolha de lei estrangeira por contratantes que assinam um contrato no Brasil, se dirige à validade do contrato, sua interpretação, seus efeitos, que poderá ser a lei brasileira, no silêncio dos contratantes, ou a lei do país cuja legislação tiverem escolhido, podendo, assim, ocorrer que se aplique a lei de determinado Estado à capacidade de um contratante, a lei de outro Estado para a capacidade do segundo contratante, e a lei de um terceiro Estado, para a regência do contrato propriamente dito. Esta distinção entre lei que rege a capacidade e lei que rege o contrato segue a teoria da *depeçage*, que aceita o desmembramento dos vários aspectos de uma relação jurídica transnacional, sendo, pois, equivocado incluir a questão da capacidade no tema da autonomia da vontade e no capítulo das obrigações em geral.

Quanto à forma, não se justifica a preocupação de Aducto Fernandes e de outros autores, pois a forma segue a regra de conexão *locus regit actum*, que não é obrigatória, podendo as partes escolher forma diferente daquela que se utiliza no *locus contractus*. Admitindo que as partes escolham lei estrangeira para reger a substância do contrato, é natural que se admita igualmente escolha de forma utilizada no sistema jurídico estrangeiro, pois seria um contra-senso admitir em

dicos estabelecem restrições ao princípio da autonomia contratual, como é o caso, do ponto de vista formal, do sistema jurídico positivo brasileiro".

73 Aducto Fernandes, "Curso de Direito Internacional Privado", p. 117.

um contrato firmado no Brasil, que as partes possam escolher a lei estrangeira para a substância e os efeitos do contrato, e não possam escolher a forma empregada pela mesma lei estrangeira.

A terceira questão que, no entender do autor fluminense, fica submetida à lei que rege imperativamente a convenção, é a da validade intrínseca do contrato. O autor se coloca no rol dos que não admitem liberdade dos contratantes em matéria regida por normas imperativas.

Correta e louvável a posição de Agostinho Fernandes Dias da Silva, magistrado e professor da Universidade Federal do Rio de Janeiro, onde sucedeu a Haroldo Valladão, entendendo que o princípio estabelecido no artigo 13 da Introdução ao Código Civil persiste no regime da LICC, assim se pronunciando:

É justamente nos contratos que tem sua maior expressão a vontade humana, no campo jurídico. O princípio, nessa matéria, é de que tudo que não for expressamente proibido às pessoas, lhes é permitido, salvo a fraude à lei. Não há nenhuma norma proibindo a escolha da lei competente e, segundo a Constituição, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da lei. A natureza da matéria não se opõe a isso, como ocorreria em outros setores, como, por exemplo, nas relações de família⁷⁴.

De forma lacônica, simples e direta, o professor Agostinho da Silva colocou a questão da forma mais acertada, seguindo a orientação de seu mestre, o Professor Valladão.

O Professor Arnaldo Wald admite a escolha de lei estrangeira para contratos realizados no Brasil, assinalando a distinção entre normas imperativas e normas supletivas, assim escrevendo:

Celebrado o contrato no Brasil ou feita a proposta em território brasileiro, as obrigações decorrentes estão sujeitas à lei brasileira, nas matérias em que a mesma é imperativa, e à vontade das partes, se for supletiva a lei brasileira ou dentro dos limites em que mesma não for imperativa.⁷⁵

74 Agostinho Fernandes Dias da Silva, "Introdução ao Direito Internacional Privado", 2º volume, pp. 41/2.

75 Arnaldo Wald, "Validade das convenções sobre o foro do contrato", in "Estudos e Pareceres de Direito Comercial, Problemas Comerciais e Fiscais da empresa contemporânea", 1ª série, p. 270 e em "Correção Monetária", de Simonsen, Chacel e Wald, pp. 269/270.

O autor faz a ressalva da ordem pública com a devida cautela, eis que a mesma só irá ocorrer, aponta ele, se e quando couber ao juiz brasileiro aplicar a lei estrangeira escolhida pelas partes⁷⁶.

O Professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães também só aceita a autonomia da vontade para indicação da lei aplicável no âmbito das "normas dispositivas do direito reputado aplicável"⁷⁷.

Um dos maiores conhecedores do direito internacional privado latino-americano, incluindo o sistema brasileiro, autoridade incontestada sobre o Código Bustamante e sua aplicação nos diversos países do continente, é Jürgen Samtleben, jurista alemão, ex-Diretor do Instituto Max Planck de Direito Privado Estrangeiro e Internacional, de Hamburgo. Sobre a questão da autonomia da vontade publicou importante trabalho⁷⁸, em que se coloca com segurança a favor da plena autonomia da vontade nos contratos internacionais, escrevendo com grande propriedade:

É essa visão da autonomia das partes na eleição do direito aplicável que prosperou depois na doutrina européia e domina o direito internacional privado moderno. Segundo esta concepção, as partes podem livremente escolher a lei do contrato e assim derogar não só as normas dispositivas, mas também as disposições obrigatórias

76 O autor escreve à p. 270, com toda razão: "... ressaltados os princípios da ordem pública brasileira, na hipótese em que os tribunais brasileiros tiverem que aplicar direta ou indiretamente a lei estrangeira em relação ao contrato" e ainda: "Se, no foro brasileiro, o juiz, apreciando um contrato internacional, tiver que aplicar a lei estrangeira, em virtude de cláusula contratual, fará a aplicação da mesma desde que não contrarie as normas internas de ordem pública." *Ibidem*. Só não podemos acompanhar o ilustre civilista quando diz adiante, p. 271, que "o entendimento da doutrina brasileira é manso e pacífico na matéria, permitindo o afastamento das normas supletivas de direito brasileiro e a sua substituição, em virtude de declaração de vontade das partes, por normas de direito estrangeiro, ...", eis que vimos que autores brasileiros existem que não admitem a escolha de lei estrangeira em hipótese alguma, entre os quais o próprio Amílcar de Castro, invocado por Arnaldo Wald no parágrafo anterior, havendo, por outro lado, doutrina, minoritária, que a autonomia da vontade é respeitada mesmo com relação a normas imperativas.

77 Enciclopédia Saraiva do Direito, volume 7, verbete "Arbitragem Comercial Internacional (dogmática)", p. 360.

78 Jürgen Samtleben, "Teixeira de Freitas e a autonomia das partes no direito internacional privado latino-americano", Revista de Informação Legislativa, n. 85 (janeiro/março 1985) pp. 257-276.

da lei normalmente aplicável, sendo o único limite a ordem pública da *lex fori*⁷⁹.

E diz ainda o ilustre especialista de nosso direito dos conflitos:

Seja como for, da leitura das passagens de Freitas antes citadas, pode-se deduzir claramente que ele já reconheceu a autonomia das partes, na forma mais ampla, sem fixar para ela outro limite que a ordem pública. Com isso Teixeira de Freitas alinha-se entre os precursores da teoria moderna da autonomia da vontade que só neste século chegou a dominar na teoria do direito internacional privado⁸⁰.

Resumindo as opiniões de quatro gerações de autores de Direito Internacional Privado brasileiro, de Pimenta Bueno, em 1863, a Irineu Strenger, em 1986⁸¹, temos que Pontes de Miranda e Amílcar de Castro se colocam aberta e frontalmente contra a faculdade de as partes escolherem a lei aplicável em transações internacionais, enquanto Oscar Tenório entende possível esta escolha desde que expressamente facultada pelas regras da lei do local da contratação, mas que isto não ocorre no sistema jurídico brasileiro, com o que sua posição se alinha, quanto ao DIP brasileiro, com Pontes de Miranda e Amílcar de Castro. Assim, estes três autores não aceitam que, em contrato firmado no Brasil, as partes escolham lei estrangeira.

Os demais autores aceitam a autonomia da vontade em contratos realizados no Brasil, sendo que Pimenta Bueno, Clóvis Beviláqua, Gomes de Castro, Haroldo Valladão, Sylvio Capanema de Souza, Agostinho Fernandes Dias da Silva e Jürgen Samtleben não fazem restrição à escolha de lei estrangeira⁸², enquanto que Rodrigo Otávio, Machado Villela, Eduardo Espínola, Espínola e Espínola, Serpa Lopes, Wilson de Souza Campos Batalha, Adauto Fernandes, Irineu Strenger, Ar-

79 Observe-se o cuidado do jurista germano-brasileiro em restringir a aplicação da ordem pública à lei do foro, onde se executa judicialmente o contrato, não se preocupando com a ordem pública do sistema jurídico em que o contrato é realizado.

80 Samtleben, *op. cit.*, p. 268.

81 A publicação de "Contratos Internacionais do Comércio" do Professor Irineu Strenger data de 1986, que adotei como época de fechamento desta primeira longa fase do DIP brasileiro em matéria de contratos internacionais.

82 Ressalvada a proposição de Valladão no artigo 52 do Projeto quanto aos contratos exequíveis no Brasil para os quais pretende que seja aplicada a lei brasileira, parecendo em sua Justificação excluir a liberdade de excepcionar esta regra.

noldo Wald e Luiz Gastão Paes de Barros Leães aceitam a autonomia no âmbito das normas supletivas, dispositivas, rejeitando-a no campo das leis imperativas ou obrigatórias⁸³.

A Moderna Doutrina Brasileira (1986/2006)

O professor João Grandino Rodas relatou em várias ocasiões, no Brasil, e no exterior, a posição doutrinária brasileira em matéria de contratos⁸⁴, deixando assinalado o entendimento sobre a posição contrária à autonomia, na LICC⁸⁵.

Este ilustre jus-internacionalista brasileiro tem se batido em vários foros pela modernização de nosso direito internacional privado, com sua pena de mestre, por sua atuação quando Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, e depois de cumprido este honroso cargo, ao continuar instando as autoridades competentes em Brasília, e, como chefe da delegação brasileira à CIDIP V, quando defendeu, e assinou, em nome do Brasil, a Convenção Inter-Americana so-

83 O Professor Osfris Rocha, em seu "Curso de Direito Internacional Privado", p. 141 diz, laconicamente: "A referência à autonomia da vontade é uma impropriedade jurídica, ainda que muito divulgada". Agenor Pereira de Andrade, "Manual de Direito Internacional Privado", p. 267, manifesta-se a favor da autonomia da vontade, excetuada a aplicação de uma lei que "ofenda a ordem pública, ou que envolva questões de fraude à lei brasileira ou de abuso de direito". Gleno de Paiva em "O Negócio Jurídico em Direito Internacional Privado", p. 24, aceita a escolha da lei a ser aplicada desde que não seja uma escolha arbitrária (sem ligação com o negócio jurídico), e com as ressalvas da ordem pública, e da norma imperativa.

84 João Grandino Rodas, "Contratos Internacionais", 3ª ed., pp. 19-65, especialmente, pp. 43-63 e "Choice of Law Rules and the Major Principles of Brazilian Private International Law", "Panorama of Brazilian Law" de Dolinger e Rossen, pp. 309/347, especialmente, pp. 323/331. Na primeira obra encontra-se estudo de José Inácio Gonzaga Franceschini, que adota posição radicalmente contrária a qualquer possibilidade de escolha de lei estrangeira em contrato firmado no Brasil. *Id.*, pp. 71, 74 e 114.

85 Em seu artigo no "Panorama of Brazilian Law" escreveu à p. 320: "Because of the absolute language of the caput of Article 9 of the present Law of Introduction, one cannot say that the doctrine of freedom of choice exists as an indication of the applicable rule under Brazilian Private International Law. The parties are left exclusively with the exercise of contractual liberty in the sphere of supplementary provisions of applicable law, as determined by the lex loci contractus". E na obra brasileira escreveu: "Perante o caput do art. 9º da Lei de Introdução vigente, não se pode afirmar a existência da autonomia da vontade para a indicação da norma aplicável, no Direito Internacional Privado brasileiro".

bre a Lei Aplicável aos Contratos Internacionais. Foi sua a iniciativa que resultou no Projeto 4.905/95, enviado pela Presidência da República ao Congresso Nacional, visando a promulgação de uma Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas, contendo reforma de nosso direito intertemporal e de nosso direito internacional privado, infelizmente retirado posteriormente do Congresso.

Assim escreve o Professor Grandino Rodas:

Dessa maneira, poder-se-iam, a final, exorcizar o primitivismo e a inadequação de nossas regras de direito internacional privado — e por via de consequência de suas regras obrigacionais —, que são incompatíveis com o fato de o Brasil ser o *condottiere* do processo integrativo regional, buscar papel destacado no processo de integração hemisférico e estar entre as dez maiores economias do globo.

Em seguida faz uma advertência da mais alta importância:

Lembre-se, finalmente, que o contratante estrangeiro, ao sopesar o "custo Brasil", leva em conta, também, a certeza jurídica propiciada ou não pelas regras jurídicas internas relativas à contratação internacional. Sendo tais regras obsoletas, ou não possibilitando a necessária certeza, a curva estatística representativa dos contratos internacionais, entre os quais figuram os de exportação, tenderá a declinar⁸⁶.

O ilustre Professor Luiz Olavo Baptista, em obra dedicada aos contratos internacionais, com a qual conquistou a cadeira de Direito do Comércio Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, expõe as diversas opiniões e as tendências jurisprudenciais de vários países sobre a questão de permitir ou não a autonomia da vontade, e conclui:

Entretanto, a indicação de lei estrangeira à do foro seria acolhida com reservas e provavelmente só será admissível, nessa fase, naquelas jurisdições fortemente apegadas à regra da autonomia da vontade. O que não é o caso do Brasil, por exemplo⁸⁷.

86 João Grandino Rodas (Coord.), "Contratos Internacionais", 3ª ed., pp. 63/4.

87 Luiz Olavo Baptista, "Dos Contratos Internacionais — Uma Visão Teórica e Prática", p. 52.

Influenciados pelas preocupações da doutrina clássica com as normas imperativas e, em certos casos, indo além deste patamar, continuando impressionados com a mudança ocorrida da redação do artigo 13 da Introdução de 1916 para o artigo 9º da Lei de Introdução de 1942⁸⁸, os modernos autores brasileiros vêm desempenhando, nos últimos vinte anos, um papel equivocado no plano teórico e prático, indo contra tudo que se tem produzido no direito estrangeiro e no direito convencional, prejudicando a imagem do nosso país no exterior, nos mercados estrangeiros, em matéria de contratação internacional, desatentos às opiniões daqueles que mostraram como se pode e deve interpretar o artigo 9º e seus parágrafos da LICC, de maneira favorável à escolha da lei aplicável pelas partes.

Certos autores partiram em busca de argumentos estranhos à disciplina contratual, invocando aspectos que classificaram como pertencentes ao direito internacional público, como o controle da exportação de produtos que possam ser utilizados para fins nucleares⁸⁹, questão atinente à fase de execução do contrato, submetido ao controle governamental, mas sem qualquer reflexo no direito de as partes escolherem a lei aplicável aos aspectos privados de sua transação, inclusive para definir a responsabilidade de um exportador que se tenha comprometido a exportar produtos, cuja saída do país seja vedada pelas autoridades. A escolha pelas partes de uma lei estrangeira numa hipótese desta natureza, desde que aceita como válida, submeterá o exportador à responsabilidade civil, conforme definido na lei escolhida, eis que a escolha da lei aplicável se dirige aos aspectos privados da transação. O fato que poderão ocorrer acidentes no percurso, disciplinados pelo direito público, forçosamente submetidos à lei local, em nada afeta a liberdade original de escolher a lei aplicável à parte privada da relação entre as partes.

É um tanto estranho que autores contemporâneos tenham simplesmente decidido que a autonomia da vontade para escolha de lei aplicável está vedada pelo artigo 9º da LICC, não se dando sequer ao

88 José Maria Rossani Garcez, "Curso de Direito Internacional Privado", p. 188 escreve: "Assim, tão logo seja esta Convenção (refere-se à Convenção do México), que foi firmada pelo Brasil, ratificada internamente, será modificado o critério desnecessariamente restritivo previsto no art. 9º da LICC".

89 Beat Walter Rechsteiner, "Direito Internacional Privado — Teoria e Prática", 6ª. ed., p. 138. De *lege ferenda*, o autor defende a ratificação da Convenção do México, bem como a adoção na legislação interna da liberdade de escolha pelas partes da lei aplicável.

trabalho de debater as razões expostas pela doutrina favorável à liberdade contratual de escolha, principalmente encontrada na obra de Valladão^{90, 91}.

90 Nadia de Araújo, em vários trabalhos, colocou-se ardorosamente contra a possibilidade de se exercer no Brasil a autonomia da vontade, escrevendo categoricamente: "No Brasil, a regra de conexão utilizada para os contratos internacionais é a *lex loci contractus*, na forma estabelecida pelo art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil, de cuja exegese não se extrai a permissão à teoria da autonomia da vontade, antes consagrada na Introdução ao Código Civil de 1917". "Contratos Internacionais e a Jurisprudência Brasileira: Lei Aplicável, Ordem Pública e Cláusula de eleição de foro", in João Grandino Rodas (coord.) "Contratos Internacionais", *op. cit.*, pp. 199 e 200. Em seguida diz a mesma autora: "A seguir, cuidaremos da jurisprudência a respeito, mas desde já adiantamos nossa conclusão a respeito do tema: a discussão acerca da possibilidade de utilização da autonomia da vontade ocorreu poucas vezes, e foi decidida sempre em prol da interpretação literal do art. 9º, ou seja, pela sua não utilização". *Id.*, pp. 201/2. Acontece que na cuidadosa pesquisa realizada pela autora na jurisprudência pátria, por ela relatada no mesmo trabalho, não se encontra um acórdão sequer, em que uma cláusula de escolha de lei estrangeira, em contrato firmado no Brasil, tenha sido rejeitada por corte brasileira, com fundamento no artigo 9º ou com qualquer outro fundamento, o que, aliás, a autora reconhece mais adiante em seu trabalho ao dizer à p. 212: "... pois os tribunais brasileiros não enfrentaram a questão diretamente...". Em outra obra, "Contratos Internacionais — Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais", escreve às pp. 119-120: "A jurisprudência pátria tem aplicado aos litígios envolvendo contratos internacionais, nos poucos casos que pudemos colher, a clássica regra de conexão do artigo 9º. Por isso, a questão sobre a permissão da autonomia da vontade através da interpretação do artigo 9º, em conjunção com o antigo art. 13, ou a tese de Valladão, já esposada neste capítulo, não tem sido levada em consideração pelos tribunais brasileiros". Repito: os tribunais brasileiros não tiveram oportunidade de discutir a questão da escolha de lei estrangeira em contrato firmado no Brasil, e a exegese de Valladão, lógica e teleologicamente sólidas, não foi contra-argumentada pela autora. A reação à cuidadosa argumentação de Valladão pela nova geração de especialistas do direito internacional é realmente espantosa. Escreve Lauro da Gama e Souza, "Autonomia da vontade nos contratos internacionais no Direito Internacional Privado brasileiro: Uma leitura constitucional do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável" em Carmen Tiburcio e Luis Roberto Barroso, "Direito Internacional Contemporâneo — Estudos em Homenagem ao Professor Jacob Dolinger", p. 608, o seguinte:

(...) parece-me que os argumentos de Valladão não são irresponsáveis (mormente à luz do contexto jurídico em que foi editada a LICC), e tampouco oferecem a *segurança jurídica* de que necessitam os agentes do comércio internacional. Com efeito, num sistema marcado pelo *fetichismo da lei*, parece difícil extrair da eloqüente e deliberada *omissão* do legislador uma *autorização* para a escolha do

direito aplicável ao contrato internacional” (os destaques são do texto original). Acontece que Valladolid esclareceu perfeitamente que a liberdade individual não era o forte do regime ditatorial reinante quando o governo federal (por meio do Poder Executivo baixava leis e regulamentos a seu bel-prazer) e assim entenderam os ilustres juristas que prepararam o decreto-lei que aprovou a LICC, camuflar ao máximo possível a liberdade contratual, como, aliás, já acontecera com o código processual de 1939, cujo artigo 133 não previu o foro de eleição, o foro do contrato, “admitido há mais de um século em nossos Códigos e Leis processuais”, como se lê no artigo publicado na Revista Forense, já referido. Estas omissões foram deliberadas, sim, mas por outro motivo, como bem esclarecido por Valladolid e, certamente com o intuito de conseguir fazer com que o Ministro Francisco Campos encaminhasse o diploma para aprovação do imperial ditador da época. Por outro lado, Valladolid esclarece muito bem que não havia necessidade de nova autorização do legislador para escolha da lei aplicável, à vista do artigo 42 do Código Civil, ao qual a LICC iria ser acoplada, artigo este que dispunha que “nos contratos escritos poderão os contraentes especificar domicílio onde se exercitem e cumpram os direitos e obrigações deles resultantes”, disposição que se casa com a idéia de escolha da lei aplicável. Toda norma jurídica emanada de um poder ditatorial deve ser examinada e interpretada com cuidado, mediante interpretação histórica, lógica e teleológica, sem preocupações com o “fetichismo da lei” que existia, e se foi, e, se voltou, se foi novamente, para nunca voltar, esperamos. Observe-se que o novo código civil reproduziu no artigo 78 os exatos termos do artigo 42 do código de 1916, apenas substituindo o termo “contraentes” por “contratantes”. A professora Claudia Lima Marques também segue a orientação contrária à autonomia, ao escrever em “A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado — Da necessidade de uma convenção interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo”, in Marques e Araújo “O novo direito internacional — estudos em homenagem a Erik Jayme”, p. 171: “Em matéria contratual, apesar dos esforços da doutrina, as normas atuais praticamente impossibilitam a autonomia de vontade em matéria de contratos”. Outrossim, à p.181 afirma que a regra do artigo 9º da Convenção do México, mandando aplicar a lei mais próxima “tem dificultado a ratificação da convenção pelo Brasil”, atribuindo esta informação a Nadia de Araújo, p. 188 de sua obra sobre os Contratos Internacionais, o que não parece constar no texto referido.

91 O professor Hermes Marcelo Huck, “Contratos Internacionais de Financiamento: A Lei Aplicável”, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, volume 53, p. 86, referindo-se ao artigo 9º, diz que “o dispositivo claramente exclui a autonomia da vontade das partes contratantes para a escolha da lei aplicável ao contrato. O sistema brasileiro parece não permitir alternativa: a lei do contrato é a do local em que se constitui a obrigação.” E à p. 87 afirma: “Entretanto a prática do contrato internacional no Brasil tem mostrado frequentemente a adoção da cláusula de escolha de lei, em flagrante oposição à determinação legal... Esse direito vivo, fruto da negociação das partes, choca-se com a disposição normativa. Há nesse aspecto um conflito maior, surgido entre o direito em ação e o Direito Positivo.”

Nadia de Araujo vai a ponto de dizer que como a LICC “em seu artigo 9º não menciona o princípio da autonomia da vontade e, embora muitos juristas sejam a favor, o princípio é proibido”⁹². Ora, um prin-

O professor Fabio Konder Comparato, “O Repasse Bancário de Recursos Externos”, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, vol. 76, p. 52, oferece argumentação contra o entendimento de que o artigo 13 da anterior introdução teria sido revogado pela LICC, mas conclui seu raciocínio centrado na hipótese de contrato realizado no exterior.

Já Luiz Antonio Soarez Hentz, juiz paulista, em curta nota sob título “A lei aplicável e a norma de direito interno nas relações de Direito Internacional Privado — A Convenção de Viena de 1980” Revista de Informação Legislativa, vol. 124, pp. 75/6, depois de admitir que o princípio da autonomia da vontade teria “sofrido certo abalo depois de 1942 quando o *caput* do art. 13 da lei de 1917 não foi repetido” e que a nova Lei de Introdução “aparentemente retirou das partes contratantes o direito de dispor sobre a lei a regular as obrigações estipuladas”, acaba por referir-se ao pronunciamento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que “princípios básicos de nosso direito não podem desaparecer por sua simples omissão num código ou numa lei” e refere-se à interpretação que Haroldo Valladolid deu ao artigo 9º na sua íntegra, ou seja, incluído o texto e o sentido de seu parágrafo 2º. Em longa, abrangente e cuidadosa dissertação de mestrado para o curso de pós-graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Fabiane Verçosa Figueiredo Azevedo, “Autonomia da Vontade nos contratos internacionais: Eleição da Lei Aplicável no direito convencional e no direito internacional privado brasileiro”, em que cuidou do direito positivo, do direito convencional, da doutrina estrangeira e nacional, anota nas suas conclusões, à p. 219:

“dentre os diversos posicionamentos doutrinários apresentados, perfilhamo-nos ao entendimento do Prof. Haroldo Valladolid, por considerá-lo o mais bem fundamentado e também por acreditarmos que, para se suprimir um princípio basilar para o DIP, como é o caso do princípio da autonomia da vontade, a lei deveria fazê-lo de forma expressa, devido à sua imanência em nosso ordenamento jurídico. A mera eliminação da expressão ‘salvo estipulação em contrário’ não tem o condão de suprimi-lo de nosso ordenamento jurídico”.

92 Nadia de Araujo, “Direito Internacional Privado — Teoria e Prática Brasileira”, 2003, p. 323. Acontece que em “O Direito Internacional Privado e a Proteção da Pessoa Humana: Evolução do Método Conflitual e a Observância dos Direitos Fundamentais”, Comitê Jurídico Interamericano XXVIII (2001), p. 518, a mesma autora escreveu: “Aliás, a autonomia da vontade nos contratos internacionais tem sido considerada nas palavras abalizadas de Ole Lando, como um princípio geral do direito, reconhecido pelos países civilizados, mostrando-se, portanto, o alinhamento do MERCOSUL às modernas tendências em vigor no resto do mundo acerca dos contratos internacionais.” Como o Brasil é um país civilizado e como ele tem se alinhado às iniciativas promovidas pelo Mercosul, seria de esperar que a ilustre autora aceitasse que no Brasil, como no resto do mundo civilizado, a autonomia da vontade nos contratos internacionais deva ser tranqüilamente admitida.

cípio é um princípio, e como tal está acima do direito positivo e de suas regras, e ninguém tem autoridade para proibir um princípio baseado no silêncio da lei⁹³, ou em qualquer outro fator. Um princípio pode se esvaír com o tempo, devido a mudanças sociais e/ou políticas; pode também ser superado, total ou parcialmente, por um princípio mais elevado, mas jamais se deve falar em proibir um princípio.

A doutrina brasileira, que se prende a uma leitura literal do artigo 9º da LICC, compara-o com a redação do artigo 13 da Introdução anterior, e com base nestes fatores, opina pela inexistência do direito dos contratantes de escolher a lei a ser aplicada em pacto internacional, assinado no Brasil, peca por uma falha de perspectiva fundamental de como funciona o direito internacional privado. Já tivemos oportunidade de escrever:

Em nenhum campo do direito a Doutrina tem tanta desenvoltura como no DIP, em razão da parcimônia do legislador. Como escrevem autores franceses, a Doutrina interpreta as decisões judiciais em matéria de direito internacional privado, e com base nas mesmas elabora os princípios da matéria; inversamente, a Doutrina serve de orientação para os tribunais, que, muito mais do que nas outras áreas, recorrem à lição dos doutrinadores para decidir questões de direito internacional privado. Assim, a Doutrina desempenha o duplo papel de intérprete da Jurisprudência e de sua guia e orientadora. Daí o amplo campo de ação e a relevância da obra do jurisconsulto, que tem liberdade para criar onde o legislador silenciou⁹⁴.

Portanto, todos aqueles que estudam e se dedicam à nossa disciplina e sobre ela escrevem e publicam, incorporando-se à sociedade dos doutrinadores do DIP, devem se conscientizar de sua responsabilidade de condutores e orientadores desta área do direito em nosso País e, no caso presente, se capacitar que o interesse de nossa economia, de nossas relações comerciais internacionais, de nosso prestígio, e da confiabilidade de nossas empresas no plano internacional, dependem, em considerável medida, de nos apresentarmos com abertura

93 Vide Jacob Dolinger "Evolution of Principles for resolving conflicts of law in the fields of contracts and torts" *Recueil des Cours*, volume 283, pp. 191-512, em que estudo a relação entre princípios e regras, principalmente no capítulo I.

94 Jacob Dolinger, "Direito Internacional Privado, Parte Geral", capítulo V, seção "A Doutrina", 8ª ed., p. 66. Vide Andréas Lowenfeld, "Conflict of Laws English Style — Review Essay", *AJCL* 1989, pp. 353-4.

para o cenário internacional, admitindo, claramente, o direito dos contratantes brasileiros assinarem um pacto no Brasil em que determinam, voluntariamente, a aplicação de lei de outro sistema jurídico.

Acrescente-se que, como também tivemos ocasião de demonstrar, as resoluções das entidades internacionais e as convenções aprovadas pelas organizações especializadas em matéria de direito internacional privado, têm valor doutrinário de especial importância⁹⁵.

Invocamos as lições de Henri Batiffol e de Willis L. M. Reese, líderes do DIP na França e nos Estados Unidos, na segunda parte do século XX, que estabeleceram a importância e a utilidade prática de convenções aprovadas mas ainda não ratificadas. Também trouxemos a lição do embaixador e jus-internacionalista brasileiro Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva a respeito desta matéria⁹⁶.

É verdade que este eminente diplomata e jurista fala na perda de influência da convenção que permanece, por longo tempo, com número reduzido de ratificações, hipótese em que se enquadra a Convenção do México sobre Lei Aplicável aos Contratos Internacionais, mas, por outro lado a Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável às Vendas de Caráter Internacional de Objetos Móveis Corpóreos de 1955, a Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Internacionais, de 1980, bem como a Convenção de Viena, de 1980, sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias, foram aprovadas por número substancial de países.

Temos de considerar que nosso comércio internacional é voltado principalmente para a Europa e para os Estados Unidos, e que em ambos estes mercados, tanto por força de leis internas, como em decorrência de convenções internacionais, a liberdade de escolha da lei aplicável, é princípio consolidado, cabendo, portanto, à doutrina brasileira, proclamar, alto e bom som, que não será a lentidão burocrática em remeter ao Congresso, para aprovação, a Convenção do México por nós assinada, nem o desinteresse do Legislativo em formular e aprovar uma nova lei sobre o direito internacional privado, que irão manter-nos em posição diametralmente oposta a todo o mundo civilizado, mormente quando a lei que temos, de 1942, em seu artigo 9º, combinado com seu segundo parágrafo, faculta a autonomia da vontade, como tão bem argumentado por aquele a quem o Brasil mais deve no campo da nossa disciplina. A doutrina deve capacitar-se de sua autori-

95 *Id.* pp. 66/67.

96 *Id.*, 70/73.

dade, afirmar sua total concordância e absoluto respeito pela autonomia da vontade no plano internacional, e isto refletirá e expressará o autêntico direito internacional privado brasileiro dos contratos internacionais, os tribunais brasileiros, quando chamados a decidir, seguirão a lição dos doutos, e, finalmente, os consultores e advogados saberão orientar os agentes da economia brasileira, nas suas relações com o mundo exterior.

Outrossim, o direito brasileiro sempre admitiu a interpretação teleológica da lei, e segundo esta, é indubitável que, considerada a realidade das relações jurídicas internacionais da atualidade, considerado o panorama do direito internacional privado contemporâneo, considerados os interesses da economia brasileira, em crescente internacionalização, que o artigo 9º da LICC não impõe qualquer óbice à escolha de outra lei que a *lex contractus*.

Existe ainda o princípio da continuidade das leis, pelo qual não se considera revogada norma anterior se não expressamente revogada pela posterior e nada consta na LICC de 1942 que tenha modificado o contido na ICC de 1916.

Por todas estas razões, lamentamos o conselho dado pela ilustre doutrinadora no sentido de que:

As partes precisam ser cautelosas quando da redação de uma cláusula deste tipo no contrato internacional, pois os tribunais brasileiros não enfrentaram a questão diretamente, nem parecem ter abraçado as teses pró-autonomia defendidas mais recentemente na esteira das modificações da legislação no plano internacional. Só quando a LICC for modificada, ou for adotada a Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais (México, 1994), a incorporação do princípio da autonomia da vontade ao direito brasileiro estará garantida⁹⁷.

É verdade que os tribunais brasileiros não enfrentaram a questão, mas isto porque nunca tiveram que enfrentá-la, porque até hoje não se conhece um contrato firmado no Brasil, contendo cláusula de aplicação de lei estrangeira, que algum tribunal brasileiro tenha desrespeitado. E, por outro lado, é sabido que nossos tribunais têm atuado com cuidadosa atenção para as manifestações doutrinárias, principalmente no campo do direito internacional privado. De maneira que, cabe à

97 Nadia de Araujo, "Contratos Internacionais...", p. 212.

doutrina abordar a questão por um prisma universalista, com a preocupação voltada para o interesse do Brasil no plano do comércio internacional. Os tribunais saberão acompanhar uma doutrina inteligente, coerente e, ainda por cima, patriótica.

Temos nos manifestado reiteradamente de maneira crítica sobre a situação reinante em matéria de contratos internacionais, em nosso país. Em conferência pronunciada em Congresso de Direito Internacional, em Curitiba, assim dissemos:

Pergunto-me se não haveria uma certa retração de negócios internacionais com o mercado brasileiro, uma certa reserva quanto a determinados investimentos de longo prazo em nosso País diante de pareceres de advogados brasileiros, corretamente cautelosos, que informam a seus clientes estrangeiros, que no Brasil não se deve assinar contratos que determinem a aplicação de lei estrangeira e que, se assinados, eventuais sentenças estrangeiras que tenham aplicado direito alienígena com base nestes contratos, correm o risco de não ser homologados por nossa Suprema Corte.

A doutrina de jovens juristas estaria iludindo os advogados, que por sua vez estariam desestimulando os clientes estrangeiros e a economia brasileira estaria sendo prejudicada.

Nada há de errado, de pecaminoso, de contrário aos interesses nacionais, na submissão à lei estrangeira, assim como nossos tribunais admitem a submissão à jurisdição estrangeira⁹⁸.

98 Jacob Dolinger "Da Dignidade da Diferença' ao Moderno Direito Internacional Privado", Revista Forense, volume 373, p. 118. Em janeiro de 2004 a "Valor" publicou artigo intitulado, "A lei aplicável às operações bancárias internacionais" do advogado paulista Eduardo Salomão Neto, em que discorre sobre esta questão, discutindo o sentido do artigo 9º e seu segundo parágrafo, dizendo o seguinte:

"Seriam tais regras cogentes ou afastáveis por acordo das partes? A despeito de respeitáveis opiniões em contrário, e reconhecendo incerteza no assunto devido à escassez de jurisprudência, parece-nos que o conservadorismo e a pouca exposição internacional do Judiciário brasileiro tenderão a recusar a possibilidade de escolha de lei aplicável." E o ilustre e experiente advogado foi mais longe e assim escreveu: "A eventual assinatura da documentação no Brasil não interferirá com a aplicabilidade da lei estrangeira escolhida, por tribunais estrangeiros, que aceitem a autonomia da vontade. Entretanto, isso pouco conforto significará, se for necessário, finalmente, homologar a decisão do tribunal estrangeiro no Brasil, para cobrança executiva do devedor. Em tal caso poderia a homologação ser negada com base em tese de que a ordem pública ou soberania brasileiras foram

ofendidas, em virtude do julgamento da causa segundo lei contrária às regras de direito internacional privado locais”.

Esta é uma advertência que reflete, lamentável, mas clarivamente, a posição de considerável parte, senão a maioria, dos membros do nosso judiciário. Em 2003, os então mestrandos Bruna Garcia Benevides, Izabel de Albuquerque Pereira, Suzana Medeiros, Eduardo Klausner e Carolina Martins de Oliveira, da Faculdade de Direito da UERJ, realizaram uma pesquisa junto a advogados e magistrados no Rio de Janeiro, sobre esta matéria, tendo ouvido de alguns considerações no sentido de que a falta de liberdade para escolha da lei aplicável em contratos internacionais realizados no Brasil, se constitui em um problema para o comércio exterior brasileiro. Das conclusões destes mestrandos, retiro o seguinte trecho:

“A maior parte dos advogados entrevistados entendeu ser possível a escolha de lei estrangeira nos contratos internacionais celebrados no Brasil, e registrou que essa escolha é feita, normalmente, de maneira expressa. Alguns advogados entrevistados demonstraram preocupação com a regra contida no art. 9º da LICC. A caracterização do local da constituição do contrato e da figura do proponente nem sempre é fácil. As negociações se dão, em sua maior parte, por e-mail, fax e *conference call*. Apenas as grandes operações demandam reuniões com a presença física das partes. A escolha da lei aplicável muitas vezes está atrelada à escolha do foro. As leis/foros normalmente escolhidos são NY e Londres. Apesar da maioria dos advogados entender que não ocorre retração do comércio internacional em virtude da atual redação do art. 9º da LICC, quase todos os entrevistados reconheceram que seria desejável uma norma expressa no direito brasileiro contemplando a autonomia da vontade na escolha da lei aplicável aos contratos internacionais, pois traria maior segurança jurídica”. Importa ouvir as manifestações de alguns advogados, mais pessimistas, ou talvez, mais realistas:

“Um (dos advogados) ressaltou que as incertezas em relação à aceitação do princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais traz uma insegurança jurídica aos negócios e que, portanto, sua aceitação por legislação expressa seria uma adequação à tendência internacional e uma eliminação dos entraves e barreiras ao aumento do fluxo do comércio internacional, o que traria benefícios ao empresariado nacional, que já é suficientemente maduro para negociar em condições vantajosas para o Brasil, sem que seja preciso a intervenção estatal. Outro advogado, membro de um dos mais tradicionais escritórios de advocacia no Brasil, atuando na área internacional, assim se expressou: “Entendo ser possível a inclusão de cláusula elegendo a lei aplicável em um contrato internacional, mas as partes devem estar cientes de que, caso o contrato seja celebrado entre presentes e executado no Brasil, a lei estipulada seja a estrangeira e este contrato seja levado ao judiciário brasileiro, este terá plenas razões para desconsiderar a referida cláusula de lei aplicável, se fizer parte da corrente contrária à autonomia da vontade”. O então mestrando Eduardo Klausner, membro da magistratura do Estado do Rio de Janeiro entrevistou alguns desembargadores do Tribunal de Justiça, relatando o seguinte:

“Cinco desembargadores consagraram o princípio da autonomia da vontade, desde que não haja abuso da parte economicamente mais forte. Desses, dois dos

A mais recente manifestação doutrinária neste tema é a de Lauro da Gama e Souza, que advoga a autonomia da vontade nos contratos internacionais com fundamento constitucional⁹⁹. A interpretação do artigo 9º da LICC, no sentido de restringir a liberdade das partes escolherem o sistema jurídico ao qual desejam se submeter, representaria afronta ao princípio fundamental da autonomia privada, assegurada pela Constituição brasileira no artigo 5º, II, de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”.

O argumento é bem-vindo, desde que se entenda que não se trata de uma novidade da Constituição de 1988, pois que o dispositivo está presente em todas as Cartas brasileiras, desde a de 1824, excetuada, naturalmente, a de 1937, daí a explanação de Valladão, de que foi justamente devido a esta, que se teve de camuflar o direito de escolha, que sempre esteve presente no direito constitucional brasileiro, e, conseqüentemente, em todo o sistema jurídico nacional, inclusive no direito internacional privado.¹⁰⁰

Uma cabal demonstração de que a tese constitucional estava ínsita na escola de Valladão, encontra-se nas palavras de seu discípulo, assistente, colega e sucessor na cátedra da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Professor Agostinho Fernandes Dias da Silva, acima reproduzidas, ao dizer clara e expressamente que

(...) o princípio nesta matéria é de que tudo que não for expressamente proibido às pessoas, lhes é permitido, salvo a fraude à lei. Não há nenhuma norma proibindo a escolha da lei competente e, segundo a Constituição, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da lei.

O ilustre professor publicou estas palavras dez anos antes da promulgação da Constituição de 1988.

entrevistados fazem ressalva ao artigo 9º da LICC pois entendem que impede a autonomia da vontade caso a lide seja julgada pelo Judiciário brasileiro, embora admitam a escolha da lei pelas partes em caso de solução do conflito pela via da arbitragem”.

⁹⁹ No estudo já acima referido, às pp. 612/3, 616/7, 620 e ss. e também na rica tese com a qual conquistou o doutorado em direito internacional pela Universidade de São Paulo, “Contratos Internacionais à luz dos Princípios do UNIDROIT 2004”, Renovar, RJ, 2006, pp. 436 e 438.

¹⁰⁰ Assim, o autor que considera que “os argumentos de Valladão não são irrespondíveis” (vide nota 90 supra) acaba fortalecendo a argumentação daquele ilustre mestre de nosso direito internacional privado.

Jurisprudência

É geralmente considerado que a jurisprudência dos tribunais brasileiros não tem sido favorável à teoria da autonomia da vontade, e isto desde os tempos da Introdução de 1916. Explica o advogado americano Paul Griffith Garland, em seu meticuloso estudo da nossa jurisprudência no campo do direito internacional privado, que as imposições contidas no artigo 13 da Introdução ao Código Civil a favor da lei brasileira eram muito fortes e contradiziam o princípio da livre escolha, assim explicando:

A introdução ao código encerrava dois princípios contraditórios. De um lado, uma ampla concessão de liberdade foi estendida aos contratantes, ao enunciar que a lei do lugar do contrato seria aplicada, ressalvada a existência de cláusula em contrário. Todavia, esta aparente concessão de liberdade das partes, ficou grandemente limitada, ao ser estabelecido que a lei brasileira deveria ser aplicada a contratos executáveis no Brasil, a contratos entre brasileiros, a atos relativos a bens imóveis no Brasil, e a atos relativos ao direito hipotecário. Outra regra que freqüentemente era colocada perante os tribunais dizia que os contratos de fretamento de navio estrangeiro, executáveis no Brasil, deveriam ser julgados pelas regras estabelecidas no Código Comercial brasileiro, quer tivessem sido ajustadas dentro do Império ou em país estrangeiro (artigo 628 do Código Comercial).

Como resultado destas normas, as cortes brasileiras em geral, aplicavam direito substantivo brasileiro na maioria dos casos, sem considerar qualquer possível escolha de outra lei ... Só raramente os tribunais aceitaram aplicar a *lex loci contractus* estrangeira¹⁰¹.

O advogado Garland invoca como um dos mais interessantes casos o *Ceará v. Bayley Company*, julgado pela Suprema Corte brasileira, em que litigavam o Estado do Ceará e uma companhia da Luisiana. O contrato previra a aplicação da lei da Luisiana, mas a Corte decidiu que, como o contrato era executável no Brasil, a lei brasileira deveria ser aplicada. O Supremo Tribunal Federal considerou que a cláusula que fixava a aplicação da lei estrangeira era ofensiva ao direito nacional, reputando-se “não escrita e inexistente”¹⁰².

101 Paul Griffith Garland, “*Bilateral Studies American-Brazilian Private International Law*”, pp. 52/3.

102 *Ibid.* Trata-se do Agravo de petição n. 3.927, Revista do Supremo Tribunal

Modernamente, temos um número ínfimo de decisões judiciais, o que retrata como é pobre nossa jurisprudência em matéria de direito internacional privado no campo dos contratos, e também, como veremos oportunamente, na área das obrigações por atos ilícitos¹⁰³.

Houve quem invocasse o acórdão *Champalimaud* como demonstrando rejeição à autonomia da vontade, mas isto não está correto, pois como muito bem observa Nadia de Araujo, “a questão da autonomia da vontade foi tratada incidentalmente, e logo afastada, porque não estava em discussão no RE o contrato celebrado em Londres, mas sim aquele celebrado em Portugal”¹⁰⁴. Importa também observar que os contratos foram firmados no exterior, de maneira que não se colocava a questão que realmente interessa: se em contrato firmado no Brasil as partes podem validamente escolher lei estrangeira.

Vejamos, a mero título de ilustração, duas decisões, uma de tribunal paulista e outra da Suprema Corte.

O STF homologou sentença de tribunal nova-iorquino, que decidiu, com base em um contrato que determinava como lei regente, “as leis do estado de Nova York aplicáveis a contratos feitos e a serem cumpridos inteiramente dentro desse Estado ...”¹⁰⁵. Tratava-se de

Federal n. 91, 1925, pp. 45 e ss. e p. 50, também referida por Jürgen Samtleben, *op. cit.*, pp. 269/270.

103 A jurisprudência brasileira de direito internacional privado é rica em direito de família, tem algumas manifestações — não muitas — no campo do direito sucessório, é muito ampla na parte processual — homologação de sentenças e laudos estrangeiros e no cumprimento de cartas rogatórias, e também em matéria de extradição — mas no campo mais moderno da disciplina — os contratos e as obrigações internacionais — é quase nula a ocorrência de casos. Isto pode ser explicado pela prática da arbitragem internacional realizada em grande número de casos no exterior, em que a submissão a cortes arbitrais e instituições arbitrais estrangeiras é aceita naturalmente, e em cuja sede a escolha da lei aplicável é admitida com tranquilidade, agora inclusive pela legislação brasileira.

104 Nadia de Araujo “*Contratos Internacionais e a Jurisprudência Brasileira: Lei Aplicável, Ordem Pública e cláusula de eleição de foro*” in João Grandino Rodas, “*Contratos Internacionais*”, p. 202, nota 7 *in fine*. Só não acompanho a autora quando diz no texto, às pp. 201/2 que “a discussão acerca da possibilidade de utilização da autonomia da vontade ocorreu poucas vezes, e foi decidida sempre em prol da interpretação literal do art. 9º, ou seja, pela sua não utilização”. Não conheço acórdão brasileiro que, enfrentando escolha de lei estrangeira em contrato firmado no Brasil, tenha negado validade a este pacto, e também não encontrei acórdão algum em que contrato estrangeiro, que tenha incluído cláusula de escolha de lei outra que não a do local da celebração, tenha sido desrespeitado.

105 SE 4.023, *Conticommodity Services Inc. v. Naji Robert Nahas*, 29 de junho

contrato firmado em Nova York, em que as partes escolheram a lei deste Estado, de maneira que, tanto com base no artigo 9º da LICC, como com fundamento no princípio da autonomia da vontade, a lei aplicada respeitara as regras do direito conflitual brasileiro. Portanto, sem nenhuma repercussão sobre a questão-mor da validade de opção por outra lei que não a do local da contratação.

No Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, em julgamento de agravo de instrumento¹⁰⁶, a corte declarou que “no Brasil é admitida a escolha da lei aplicável nos contratos internacionais, e como as partes no presente caso escolheram expressamente a lei do Reino Unido, esta escolha é válida e eficaz”.

Também neste caso o contrato foi firmado no estrangeiro, como se lê na ementa: “contrato celebrado no estrangeiro com cláusula expressa de aplicação da legislação estrangeira”.

O tribunal paulista revela, em vários trechos do acórdão, um entusiasmado apoio à autonomia da vontade, que valem ser transcritos:

De acordo com os princípios da autonomia da vontade, que preside a elaboração dos contratos, podem as partes eleger o foro de sua conveniência e escolher as leis que devem reger seus contratos.

Tem-se, portanto, que no Brasil é admitida a escolha da lei aplicável nos contratos internacionais, e como as partes no presente caso escolheram expressamente a lei do Reino Unido, esta escolha é válida e eficaz.

Em nenhum momento o tribunal de alçada ressaltou que a escolha era eficaz por ter sido efetuada em contrato firmado no exterior.

Assim, pode-se afirmar que a autonomia da vontade na escolha da lei aplicável em contratos internacionais é respeitada por nossos tribunais, só que ainda não temos julgamento em que isto tenha sido reconhecido em contrato firmado em nosso território^{107, 108}.

de 1988, Relator Ministro Oscar Corrêa. (Diário da Justiça de 26 de agosto de 1988, p. 21.034 e Diário de Justiça de 25 de novembro de 1988 p. 31.062).

106 Agravo de Instrumento n. 1.247.070-7, *R.S. Components Ltd. V. R.S. do Brasil Com. Imp. Exp. Cons. Repr. Ltda.*, julgado em 18 de dezembro de 2003, acórdão nos arquivos do autor.

107 Indaguei certa vez: “Qual a razão por que não encontramos decisão alguma em que um contrato firmado no Brasil, ou proposto no Brasil, em que se clausulou a aplicação de lei estrangeira, tenha decidido que a escolha é válida ... ou inválida?” Pergunta retórica, pois não há jurisprudência por falta de litígios em

Errônea Invocação da Ordem Pública

Já vimos que no campo da autonomia da vontade para escolha da lei aplicável, além das normas imperativas, a doutrina tem uma grande preocupação com a ordem pública. É bem verdade que até no Anteprojeto de Haroldo Valladão, encontramos limitação à autonomia da vontade com base nos princípios da ordem pública e da fraude a lei, como enunciado no artigo 50 § 1º:

A estipulação em favor de outra lei deverá ser expressa e não terá eficácia se constituir abuso de direito (art. 11) ou ofender a ordem pública (arts. 12 e 79).

Mas um exame cuidadoso na obra do internacionalista, nos dá uma melhor visão de seu pensamento. No artigo que publicou na Revista Forense assim escreveu:

É um equívoco: escolhida uma lei pelos contratantes, aplica-se a mesma lei em suas disposições cogentes e voluntárias, imperativas e facultativas.

E assim serão observadas todas suas disposições.

A lei de ordem pública é excepcionalíssima e representa um grau máximo de cogência.

Ela só funciona quando cláusulas de um contrato são levadas, em caso de discordância radical, contenciosamente, a um órgão estatal, autoridades ou tribunal, solicitando execução coativa¹⁰⁹.

Vê-se deste trecho que Valladão só reconhece a aplicação da ordem pública em matéria contratual por ocasião de execução compulsiva

torno desta questão, e isto porque as hipóteses em que esta escolha ocorre, ou são cumpridos, sem conseqüente litigância, ou são levadas à arbitragem no exterior, cujos laudos são cumpridos espontaneamente, ou, eventualmente, homologados sem contestação, só para efeitos contábeis e fiscais. Mas, eis que, a final, encontrei um acórdão do STF, que jorra luz sobre a interpretação dada pela mais alta corte do país ao artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil, que trago abaixo, no final da seção sobre arbitragem, nota 125.

108 No estreito panorama jurisprudencial em matéria de lei aplicável aos contratos internacionais, registre-se o Recurso Extraordinário n. 73.542, julgado em abril de 1973, em que se decidiu sobre exportação de mercadoria do Chile para o Brasil, financiada por carta de crédito, no qual, como as obrigações foram constituídas no domicílio da exportadora, no Chile, foi considerada lei aplicável a chilena, invocado o artigo 9º da Lei introdutória.

109 Haroldo Valladão, artigo na Revista Forense citado, à p. 5.

sória. Assim sendo, é bem provável que o quis dizer no Anteprojeto, quanto à ordem pública é que se houver ofensa à mesma, a escolha “não terá eficácia” no sentido de que não será exequível¹¹⁰.

A ordem pública é o princípio que rejeita a aplicação de lei atentatória à sensibilidade jurídica, à ordem moral e aos interesses econômicos de um país, e isto, em matéria contratual, se caracteriza no momento em que se pretende dar execução forçada aos compromissos contratuais inadimplidos, se constatada incompatibilidade do contrato, de alguma de suas cláusulas, ou de norma da lei escolhida, com os princípios fundamentais da jurisdição julgadora. Uma cláusula atentatória à ordem pública no momento da feitura do contrato, pode deixar de sê-lo no momento de sua execução e, contrariamente, uma cláusula inofensiva à época do compromisso, poderá tornar-se rejeitável posteriormente, quando do cumprimento do compromisso contratual. Esta contemporaneidade da ordem pública com o momento do decisório judicial é uma das características do princípio no campo do direito internacional privado¹¹¹.

No momento em que as partes contratam e submetem seu pacto a uma lei estrangeira, o princípio da ordem pública não tem como, nem porque ser examinado. Se em contrato firmado no país A, as partes escolhem a lei do país B, e o contrato vem a ser executado em país C, o sistema jurídico que irá apurar se há contrariedade à ordem pública é o do país C, que, via de regra, se preocupará com sua própria ordem pública, da forma como ela é entendida contemporaneamente, no momento da execução do contrato.

Portanto, a ordem pública do país onde o contrato é firmado, na data em que é firmado, é irrelevante.

Vejamos outra hipótese: contrato firmado no país A, em que as partes escolhem a lei do país B, e o contrato é finalmente executado no país A. Neste momento, ao ser pleiteada a aplicação da lei do país B, as autoridades judiciais do país A poderão impedir que isto se pro-

110 A leitura da “Justificação dos Textos” do anteprojeto de autoria de Valladão, quando cuida do artigo 50 e seus parágrafos, à p. 91, último parágrafo, deixa dúvida se minha interpretação reflete com exatidão o pensamento do ilustre professor. Valho-me do ilustre Professor Agostinho Fernandes Dias da Silva, cuja posição ficou acima registrada, e que pode ser considerada como representando o pensamento do mestre, com quem colaborou durante muitos anos na Universidade Federal do Rio de Janeiro.

111 Vide minha Parte Geral, capítulo XIII, seção “Características da Ordem Pública”.

cesse, se for detectada na lei aplicável, algo chocante ou incompatível com o sistema jurídico-moral-econômico de sua jurisdição.

O contrato, ao escolher a lei do país B foi perfeitamente válido, porque a cláusula da escolha da lei foi legítima, mas sua execução no foro A não será admissível — total, ou parcialmente — se atentar contra a ordem pública local-temporal.

Por isto, cercear a plena autonomia das partes para escolher a lei aplicável, com fundamento na ordem pública, significa antecipar um problema que poderá, ou não, ocorrer no momento da execução contratual.

Por esta razão, não aceitamos qualquer restrição à autonomia da vontade, e à legitimidade e validade da cláusula contratual que escolhe lei diversa da vigente no local em que o contrato é negociado e firmado. Os efeitos da cláusula, sua exequibilidade, dependerão, mais tarde, do local, do momento e das circunstâncias da sua execução. A mesma escolha de lei poderá ser aceitável em uma jurisdição, e inadmissível em outra, exequível em determinado momento, e inexecuível em outro momento¹¹².

112 Deixei esta distinção entre *tempus contractus* e *tempus executionis* bem clara em minha tese “A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado”, RJ, s/ed., 1979, onde digo à p.205:

“No direito internacional das obrigações impera a regra *lex loci contractus*, dividindo-se as legislações do DIP entre as que aplicam a lei do país em que a obrigação foi contraída, e aquelas que indicam a competência da lei do país em que ela deva ser cumprida. Soberana, universalmente respeitada, a autonomia da vontade, que permite às partes eleger contratualmente a lei aplicável”.

“E como reserva permanente, o princípio da ordem pública que impedirá os efeitos de uma cláusula contratual, válida segundo a lei aplicável, mas que atente contra a ordem pública, a moral, os bons costumes do *forum executionis*.”

Como se vê, a ordem pública está claramente colocada visando o local em que o contrato vai ser executado, sem afetar a escolha da lei no momento e no local da contratação, o que parece não ter sido bem compreendido pela Professora Nádia de Araújo que em “Contratos Internacionais”, 2ª. ed., p. 104, quando alude ao trecho acima de minha tese, referindo-se ao detalhe da “reserva permanente”, sem ir ao final do texto que especifica que se trata da ordem pública do foro de execução. Em seguida, a ilustre autora justapõe a este trecho da minha tese sobre a ordem pública, o que escrevi na Parte Geral do DIP em matéria de qualificação (refere-se às pp. 332 e ss. da 5ª. edição) onde focalizo que a regra *lex loci contractus* “é uma decorrência do princípio da autonomia da vontade, uma vez que sempre há uma vontade tácita de submeter o contrato à lei do local em que este se realizou”. Mas é óbvio que uma manifestação expressa de escolha de outra lei, que não a lei do local do contrato, é plenamente válida e supera a presunção da

Na análise que efetuamos neste capítulo sobre a doutrina pátria, verificamos que Agostinho Dias da Silva¹¹³, Arnoldo Wald e Jurgen Samtleben, deixaram bem claro que cláusula de escolha de lei aplicável pelas partes, só poderá causar conflito com a ordem pública por ocasião da execução do contrato, à luz da *lex fori*¹¹⁴.

A distinção entre *locus contractus* e *locus executionis* foi sentida por certos autores que, ao invocarem a ordem pública como fator restritivo à liberdade de escolha da lei aplicável, recorrem a uma dialética forçada que trai a dificuldade inerente em sua teoria. Um dos melhores exemplos desta problemática se revela em Maristela Basso¹¹⁵. Sua preocupação com a ordem pública, manifestada em diversos momentos de seu artigo, demonstra a insegurança da tese propugnada, que fica mais bem caracterizada nesta autora do que em trabalhos de outros autores, que não se preocuparam em descer até o detalhamento de como a ordem pública pode ser abalada pela escolha de uma lei estrangeira.

Diz a autora que, embora reconhecendo a *lex voluntatis*, não se pode afastar “certos elementos limitadores, tais como: as leis imperativas e de ordem pública que vigoram no país onde o contrato será executado”¹¹⁶ e “a liberdade das partes encontra como limites, ‘a proibição de violar as regras de ordem pública do sistema jurídico com o

manifestação tácita. Assim, nenhuma incompatibilidade entre o que escrevi sobre qualificação no campo dos contratos internacionais, com o que deixei consignado sobre ordem pública nos contratos internacionais.

113 Agostinho Fernandes Dias da Silva, *op. cit.*, p. 42: “A proibição pura e simples da escolha poderia, por absurdo, impedir a aplicação da lei brasileira, preferida pelas partes, em contrato celebrado no estrangeiro. O certo, portanto, seria considerar a ordem pública no momento da aplicação da lei escolhida e não no momento da escolha. Concilia-se, assim a ordem pública com a autonomia da vontade”.

114 Vide supra notas 76 e 79 e textos correspondentes. Examinando Serpa Lopes com cuidado, parece-nos que o desembargador também pensava neste sentido. Na obra citada acima, à p. 316 lemos:

“(…) sentimos necessário, preliminarmente, advertir contra qualquer confusão entre o problema da ordem pública e o da autonomia da vontade. A função da ordem pública é a de um remédio no sentido de não aplicar uma lei estrangeira, quando essa aplicação teria por efeito prejudicar o país onde houvesse de se realizar”.

115 Maristela Basso, “A Autonomia da Vontade nos Contratos Internacionais do Comércio”, in “Direito e Comércio Internacional — Tendências e Perspectivas — Estudos em Homenagem a Irineu Strenger”, pp. 42 e ss.

116 *Id.*, p. 43.

qual o contrato pode entrar em contato para produzir efeitos”¹¹⁷. Veja-se o cuidado da professora de lembrar que a ordem pública é a do “país onde o contrato será executado” e “do sistema jurídico com o qual o contrato pode entrar em contato para produzir efeitos”.

Atente-se para a seguinte recomendação constante do mesmo estudo:

O melhor para um negociador é procurar, na medida do possível, compatibilizar o contrato com as leis aplicáveis potencialmente. O que equivale a dizer que não deve ferir os princípios de ordem pública de um ou outro ordenamento jurídico em questão, procurando adequar as cláusulas e condições às peculiaridades dos direitos com os quais o contrato se conecta, quer quando se trate de possível disputa judicial, quer quando da homologação e eventual execução judicial de um laudo arbitral¹¹⁸.

Até aqui a recomendação é correta e justa, sendo até louvável o zelo em preocupar-se, no momento da contratação, com a ordem pública das diversas jurisdições nacionais com as quais o contrato possa ter, ou vir a ter, contato. Mas, em não se atendendo a este cuidado, a cláusula de escolha da lei estrangeira é válida e eficaz até esbarrar com a ordem pública do *forum executionis*, na oportunidade de execução judicial, o que poderá ou não se materializar.

Daí criticável o trecho que se segue da mesma autora:

Nesta linha de raciocínio, entendemos que o artigo 9º, *caput*, da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, como norma de ordem pública, não pode ser afastado pela vontade das partes. Assim a regra da prudência que o negociador deve observar é procurar realizar o negócio no país cuja lei pretende que seja aplicada ao contrato, razão pela qual é importante a escolha do local da negociação¹¹⁹.

Primeiramente, a questão foi colocada pela Professora Maristela Basso como recomendação para o negociador (“O melhor para um negociador”), no sentido de que procure adequar o contrato às leis com as quais o mesmo se conecta, e logo depois, “nesta linha de raciocínio

117 *Id.*, p. 45, invocando Barthélemy Mercadal, citado por Irineu Strenger em “Contratos Internacionais do Comércio”, pp. 97/8.

118 *Id.*, p. 48.

119 *Ibid.*

nio”, o artigo 9º passa a ser norma de ordem pública e a recomendação se transforma em vedação à liberdade de escolha da lei. Se a escolha está vedada pela lei, não se trata de mera recomendação para o negociador (seria como dizer que o sinal vermelho do trânsito é uma recomendação para não atravessar a esquina)¹²⁰.

Outro aspecto que precisa ser examinado é a qualificação que a autora dá ao *caput* do artigo 9º como sendo norma de ordem pública que não pode ser afastada pela vontade das partes.

Na verdade não faz sentido que no momento da contratação de uma transação transnacional, em que as partes discutem a escolha da lei aplicável, estejam legalmente obrigadas a tomar em consideração as leis de caráter imperativo ou o princípio da ordem pública do local onde se encontram, ou de qualquer outro sistema jurídico com o qual o negócio tenha alguma espécie de conexão. Em primeiro lugar, não se sabe se haverá desavença seguida de litígio, em que um tribunal venha a apreciar a validade das cláusulas; em segundo lugar, mesmo que venha a ocorrer uma execução litigiosa, não se pode prever em que jurisdição isto ocorrerá; em terceiro lugar aquilo que contraria a ordem pública hoje, pode não mais ser assim anos depois, por ocasião da execução, ou vice-versa. Em suma estas questões podem, eventualmente, surgir, posteriormente, mas não têm relevância no momento da contratação¹²¹.

Na Professora Maristela Basso, bem como em outros autores, encontra-se a noção de que as regras de direito internacional privado são normas de ordem pública. Não está certo. A este respeito escrevemos o seguinte:

As regras do DIP integram o direito público de cada Estado, mas não são protegidas pelo princípio da ordem pública, eis que se renuncia à aplicação de leis indicadas pelo DIP quando as normas

120 Da mesma forma o que Maristela Basso diz à p. 55: “As partes devem ter presente que a escolha da lei do contrato somente produzirá efeitos se no país onde ele for aberto a regra de direito internacional privado facultar às partes esta escolha ...”. Isto pode ser assim, e deve ser tomado em consideração pelos contratantes, mas é um problema que eles terão de enfrentar e não é da alçada de nosso legislador que deve respeitar — e de fato respeita — o centenário, universalmente respeitado princípio da autonomia da vontade.

121 Lembremos novamente Agostinho Fernandes Dias da Silva, *op. cit.*, p. 42, que mui laconicamente, mas com toda propriedade diz: “O certo, portanto, seria considerar a ordem pública no momento da aplicação da lei escolhida e não no momento da escolha”. Vide nota 113 supra.

estrangeiras forem atentatórias à ordem pública local, e aceita-se em várias hipóteses (reenvio, homologação de sentenças estrangeiras) regras do DIP estrangeiro, o que não seria concebível se o DIP interno fosse protegido pela ordem pública *fori*¹²².

Admitamos a hipótese — somente para argumentar com a linha de pensamento dos autores contemporâneos — em que os contratantes firmam seu pacto no Brasil, contendo uma obrigação a ser cumprida em país B, e que, estabelecem zelosamente as condições contratuais na mais estrita observância dos princípios que regem o direito de ambos os países, respeitando os interesses econômicos de ambos os Estados e, afinal, pactuam que será aplicada a lei do país B. Nenhuma ofensa à ordem pública dos dois países. Qual seria, então, a justificativa para a vedação que a doutrina vislumbra no artigo 9º? Que este dispositivo é por si mesmo uma regra de ordem pública que precisa ser observado à risca? Com o respeito devido a todos, isto redundaria em um absurdo.

Maristela Basso parece ter sentido este enfoque mais realista da questão ao escrever em determinado momento:

Devemos ter presente, contudo, que o problema da ordem pública somente se levantará mais tarde, quando o contrato estiver concluído e em fase de execução, pois é neste estágio que pode surgir a questão do direito aplicado ao contrato: se as partes tinham o direito (liberdade) de escolhê-lo e se, escolhendo-o respeitaram suas regras e princípios de ordem pública¹²³.

122 Jacob Dolinger, “A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado”, p. 259. Ricardo Ramalho Almeida, em “Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública”, p. 21, ao invocar esta passagem das minhas Conclusões da tese sobre Ordem Pública, classifica minha opinião de que a *lex voluntatis* pode perfeitamente substituir a *lex contractus*, sem ofensa ao princípio da ordem pública, como “opinião liberal”. Está absolutamente certo. Em matéria de direito dos contratos internacionais hemos de ser liberais, precisamos respeitar a vontade das partes e, acima de tudo, entender a verdadeira noção da ordem pública, que somente deve ser utilizada em casos extremos, e exclusivamente no momento da execução dos contratos ou de execução de sentenças estrangeiras sobre contratos.

123 *Id.*, p. 44. E logo em seguida, diz a autora: “Impõe-se, portanto, no decurso das tratativas, que os negociadores tomem o cuidado de não elaborar um contrato que pode perder sua eficácia em caso de choque com os princípios basilares do edifício jurídico do país onde o contrato deva ser executado. Razão pela qual os advogados-negociadores devem conhecer o direito do país do outro contratante,

A primeira oração é feliz, está correta; da segunda fica novamente evidenciado que a preocupação da autora é com a ordem pública do sistema jurídico escolhido, com o fim de evitar que o contrato tenha sua execução vedada. Esta, como já dissemos, é uma recomendação legítima, mas nada tem a ver com o “direito (liberdade)” de escolher a lei de sistema jurídico diverso do *locus contractus*, como colocado no final do trecho da professora.

A Lei de Arbitragem

O debate em torno da admissão pelo legislador brasileiro do direito das partes escolherem a lei aplicável ao contrato internacional deveria ter cessado a partir da aprovação da lei de arbitragem, que expressamente autorizou os contratantes a escolher a lei aplicável ao processo arbitral¹²⁴. Qual seria a razão, o sentido lógico, de que na arbitragem as partes têm o direito de fixar a lei que será aplicada na solução de sua desavença, e que não o possam fazer na hipótese da solução judicial?

A interpretação teleológica do artigo 9º da LICC não poderia ser mais manifesta depois que o legislador revelou seu integral respeito pelo princípio da *lex voluntatis*. Imagine-se um contrato prevendo a solução arbitral para determinado aspecto do contrato e a solução judicial para outro aspecto do mesmo; para a primeira as partes escolhem a lei a ser aplicada e para a segunda não poderiam fazê-lo?!

Considerando o argumento de Valladão, de que a LICC é fruto de

assim como os sistemas jurídicos que direta ou indiretamente geram efeitos sobre o contrato pretendido, segundo os seus elementos de estraneidade”. Trata-se, portanto, de um conselho que se dá aos negociadores para que contratem com a atenção voltada às condições ligadas ao cumprimento do contrato, mas que não justifica, nem explica, qualquer restrição legal com base no artigo 9º, como interpretado pela autora e por tantos outros modernos juristas brasileiros. Daí não se justificar que “limitações à liberdade contratual decorrem justamente deste misterioso fenômeno que é a ordem pública...”, como diz à p. 43 de seu artigo. Aliás, a ordem pública pode não ser definível com exatidão, mas nada tem de misteriosa, apesar de feminina.

124 A Lei 9.307/1996 dispõe: “Artigo 2º — A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública”. “Artigo 11 — Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter: IV — a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem quando assim convencionarem as partes”.

um decreto presidencial em época ditatorial, marcada pela ausência de funcionamento do Congresso Nacional, quando a vontade do cidadão não era respeitada, o que levou os ilustres autores do decreto a camuflarem o princípio da vontade das partes; considerando o argumento do mestre de que no parágrafo 2º do artigo 9º, o termo “reputa-se” no contrato entre ausentes é indicação de que se admite que as partes escolham outra lei, o que forçosamente deve valer para o contrato entre presentes; considerando o terceiro argumento do Professor Valladão, de que o artigo 42 do Código Civil de 1916, ao admitir domicílio eleito, demonstra que o regime que vigeu concomitantemente com a LICC, admitia a escolha da lei aplicável, e somando-se a todos estes, o argumento de que um princípio secular, como o é o da *lex voluntatis*, não precisa ser confirmado pelo legislador, que aliás fez na Introdução de 1916, o que não foi revogado — como não poderia ser — pela lei de 1942, e ainda que, além de tudo isto, o legislador brasileiro admitiu expressamente a escolha da lei aplicável na lei de arbitragem, concluímos que qualquer sistema de interpretação da lei, gramatical, histórica, lógica, teleológica ou prática, nos leva à convicção de que o atual regime jurídico brasileiro admite, inquestionavelmente, o direito das partes, em um contrato internacional realizado no território brasileiro, de escolher uma lei estrangeira como aplicável, sem que tenhamos de nos preocupar com a natureza das normas legais que serão afetadas — supletivas, facultativas, imperativas —, sem qualquer indagação sobre conotação de ordem pública em nossa lei ou na lei escolhida, no que respeita ao conteúdo do contrato e de suas cláusulas, sem preocupação com abuso de direito e fraude à lei, pois se a escolha encobrir qualquer irregularidade, tudo ficará na dependência do exame e julgamento da jurisdição que vier a ser competente, para decidir sobre qualquer eventual dissídio entre as partes, e é a ordem pública desta jurisdição, à época do julgamento, que deverá ser respeitada.

Há um acórdão do Supremo Tribunal Federal em matéria de arbitragem que ilumina a interpretação a ser dada ao artigo 9º da LICC. Lê-se na ementa:

Segundo a LICC artigo 9º, é necessária a submissão voluntária das partes, em conformidade com o princípio da autonomia da vontade, e da necessidade da forma escrita, para comprovação da existência do compromisso arbitral, uma vez que também a lei inglesa exige a aceitação das cláusulas contratuais, que devem ser escritas¹²⁵.

125 SE 6.753, RTJ 186, pp. 190, 193.

Como se vê, a Suprema Corte ligou a autonomia da vontade ao artigo 9º da lei introdutória, e seria absurdo pretender que o dispositivo só chancela a escolha das partes em matéria de arbitragem, eis que a Lei de Introdução orienta todo o Código Civil e, em verdade, todo o sistema jurídico nacional.

A Desnecessária Preocupação com as Leis Imperativas

Vimos, ao longo do presente estudo sobre a doutrina brasileira, que entre os defensores da liberdade de escolha de lei aplicável, uma considerável parte, além do cuidado com a ordem pública, também se preocupa em distinguir entre normas imperativas e normas facultativas e/ou supletivas¹²⁶, havendo ainda o cuidado de excepcionar hipóteses que visem fraude à lei.

Assim como não aceitamos que a ordem pública represente restrição ao exercício da autonomia da vontade no plano internacional, também não concebemos qualquer preocupação com a natureza das normas — supletivas, facultativas, imperativas, proibitivas, etc.

Tomemos a situação de um contrato firmado no Brasil entre uma empresa brasileira e uma empresa americana, em que se clausula a aplicação da lei inglesa, escolhida por se tratar de um sistema jurídico mais experiente na matéria jurídica que caracteriza o contrato (exportação de algodão, transporte marítimo de mercadorias, etc.), ou, porque não tendo nenhuma das partes aceito submeter-se à lei da outra parte, resolveram aplicar à transação a lei de um terceiro país, lei “neutra” como tem sido denominado pela doutrina.

Submetido o contrato à lei inglesa, esta regulará a interpretação das cláusulas contratuais, regerá os efeitos do contrato, e dirá se algu-

126 Alguns autores levaram a questão das normas imperativas ao exagero como Edgar Carlos de Amorim que assim escreveu em “Direito Internacional Privado”, Forense, RJ, 1988, p. 121: “Assim sendo, a liberdade convencional hoje é muito limitada, isto em face da classificação das leis em imperativas e facultativas. E, em sendo as primeiras as mais numerosas, e considerando que os conflitos de leis imperativas não ensejam espaço para escolha, por parte dos contratantes, de determinada norma para reger o negócio pactuado, podemos dizer que a autonomia da vontade não mais encontra guarida nas diversas legislações dos Estados”. Falar em conflito de normas imperativas não é tecnicamente adequado, eis que determinada regra pode ser imperativa em um sistema, e sua correspondente regra em outro sistema caracterizar-se como facultativa; aliás, concebe-se que esta possa ser exatamente a razão para as partes escolherem a lei estrangeira ao invés da lei local.

ma cláusula é ilícita, contrária à boa fé que deve reger os contratos comerciais. Portanto, a validade do contrato, sua substância e efeitos, bem como sua interpretação, serão integralmente regidas pela lei estrangeira escolhida, e, ocorrendo execução espontânea do pacto pelas partes, elas observarão os ditames do direito escolhido. Nosso direito internacional privado dá carta branca aos contratantes que assinam no território brasileiro, pactos de natureza transnacional, sem exceção, sem restrição.

Ocorrendo um problema entre as partes que resulte em litígio judicial, tudo dependerá do *locus litigandi*, o que pode ocorrer em diferentes jurisdições. Tendo as partes pactuado cláusula de jurisdição competente (na nossa hipotética ilustração — Estados Unidos, Inglaterra, Brasil ou qualquer outra jurisdição), nesta se processará a demanda. Não tendo havido eleição de foro, a escolha da jurisdição em que o autor processará o réu dependerá de uma série de considerações de natureza processual internacional, estranhas ao que estamos discutindo aqui. Uma vez escolhida a jurisdição pelo autor, e aceita pelo réu, a exequibilidade de tudo que tiver sido pactuado dependerá da legislação local, havendo de ser consideradas, em primeiro lugar, suas normas de direito internacional privado.

Admitamos que o litígio se instaura no Brasil: havendo cláusula contratual que contradite norma legal brasileira, de natureza imperativa, isto não acarretará conseqüências negativas, uma vez que o contrato deve ser julgado de acordo com a lei inglesa que — por hipótese — admite este tipo de cláusula; se, contudo, houver cláusula que desrespeite norma imperativa inglesa, cuja legislação veda a sua operacionalização, esta cláusula não será exequível; por outro lado, se o caráter imperativo de nossa norma for de tal ordem, que adquira conotação de ordem pública de efeito internacional, então a cláusula não será implementada por nosso tribunal, com fundamento no artigo 17 da Lei de Introdução ao Código Civil.¹²⁷

Ante estas considerações, também não se justifica procurar detectar a ocorrência de fraude à lei, no sentido de que os contratantes, no

127 Em “A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado”, pp. 8 e ss. tratei da conexão entre leis imperativas e o princípio da ordem pública com base nas lições de ilustres mestres do direito civil brasileiro: Orlando Gomes, Caio Mario da Silva Pereira e Vicente Rao, concluindo que uma lei imperativa não tem necessariamente a conotação de ser protegida pela ordem pública e, por outro lado o princípio da ordem pública poderá, às vezes, proteger um valor que é regido por lei que nem é de caráter imperativo.

Brasil, escolheram lei estrangeira para fraudar a lei brasileira competente. Em matéria contratual a vontade das partes é soberana, e não têm elas obrigação de ficar submetidas à lei originalmente competente, por força do disposto nas regras de conexão do DIP brasileiro. O disposto no artigo 166 do Novo Código Civil, em seu inciso VI (“É nulo o negócio jurídico quando: VI — tiver por objetivo fraudar lei imperativa”) não se aplica à hipótese aqui formulada, pois se destina aos negócios jurídicos regidos pela lei brasileira, e aqui estamos diante de caso em que as partes, conforme lhes faculta o direito, se submetem voluntariamente à outro sistema jurídico. Ademais, a escolha da lei estrangeira na ilustração hipotética aqui elaborada, visou solucionar o problema de lei aplicável entre um contratante brasileiro e outro americano, nenhum dos dois admitindo se submeter à lei do outro: a escolha de uma terceira lei foi a solução correta e honesta encontrada, sem qualquer objetivo de fraudar a lei brasileira.

O Projeto-Lei n. 4.905, de 1995, assim dispõe em matéria de obrigações contratuais em seu artigo 11:

As obrigações contratuais são regidas pela lei escolhida pelas partes. Essa escolha será expressa ou tácita, sendo alterável a qualquer tempo, respeitadas os direitos de terceiros.

Nenhuma preocupação com normas imperativas, ordem pública, fraude à lei, abuso de direito, nada.

Além da ordem pública da jurisdição em que vier a ser proferida a sentença, também deverá o julgador tomar na devida consideração a ordem pública do país em que a mesma tenha que ser homologada e executada, aplicando-se o mesmo critério aos laudos arbitrais, conforme, respectivamente, artigo 17 da LICC, artigo 39, II da Lei 9.307 e artigo V, 2. b da Convenção de Nova York.

De modo que, tanto os tribunais judiciais como as cortes arbitrais, ao proferirem decisão sobre litígio em torno de contrato internacional, deverão atentar para o sistema jurídico do país onde a sentença deverá ser executada, para se assegurar que a ordem pública local contemporânea não impedirá isto de acontecer, sob pena de desperdício de todo o esforço judicial/arbitral.

Mas, como ficou esclarecido, são questões estas a serem examinadas *a posteriori*, na fase judicial ou arbitral, nada por antecipação, quando da contratação. Resume-se tudo na equiparação do contrato firmado no Brasil, em que as partes determinaram a aplicação de lei

estrangeira, à hipótese da lei estrangeira quando aplicada em nossa jurisdição, por força de alguma regra de conexão do direito internacional privado: em ambas as situações o exame de qualquer incompatibilidade com a ordem pública brasileira se fará se, e quando for pretendida a implementação do contrato no Brasil, por decisão judicial ou, eventualmente, por medida administrativa.

As partes, ao optarem pela aplicação de um direito estrangeiro, e no desiderato de evitar problemas por ocasião do cumprimento do contrato, via judicial ou arbitral, fariam bem em atentar para a legislação escolhida, os princípios básicos do respectivo sistema jurídico, para se assegurar que as cláusulas contratuais não infringem o direito escolhido. Outrossim, quando puderem antever em que jurisdição poderá vir a ocorrer eventual execução judicial ou arbitral do contrato, deveriam também cuidar de não ofender princípios básicos do respectivo sistema legal. Estas são recomendações a serem ponderadas voluntariamente pelos contratantes, como medida de boa estratégia contratual, sem nenhum reflexo sobre a validade do contrato.

Resta lembrar o que já comentamos no capítulo II sobre o artigo 3º, par. 3, da Convenção de Roma, que, ao tratar da hipótese de escolha da lei pelas partes, exige o respeito devido às disposições imperativas da lei de outro país, quando “todos os outros elementos da situação se localizem num único país no momento dessa escolha” que foi objeto de nossa crítica¹²⁸.

Código Bustamante

No Código Bustamante encontram-se normas que demonstram aceitação da autonomia da vontade, ainda que de forma velada. Assim, o artigo 3º que classifica as leis em três grandes categorias — ordem pública interna, ordem pública internacional e ordem privada, define

128 Vide nota 102 do referido capítulo onde transcrevi lição do Professor Tito Ballarino, que interpreta o disposto no artigo 3.3 da Convenção de Roma como se referindo exclusivamente a contrato interno, sem qualquer conotação internacional, em que as partes podem escolher lei de outro país para reger o contrato, mas não poderão evitar a aplicação das normas imperativas da lei interna, ao qual a relação jurídica esteja integralmente conectada. No final do capítulo IV, seção “Regras imperativas do foro e de uma outra jurisdição” formulei uma interpretação diversa do artigo 7º e do artigo 3.3 da Convenção de Roma, de caráter conciliatório, que eliminaria minha crítica. Vide também no capítulo V, seção “Proximidade a Quê?” que versa o mesmo tema.

estas como as regras “que se aplicam somente mediante a expressão, a interpretação ou a presunção da vontade das partes ou de alguma delas — denominadas voluntárias, supletórias ou de ordem privada”¹²⁹, que pode ser interpretado como outorgando às partes o poder de escolher a lei que deverá reger o contrato, mas nota-se que o Código estaria restringindo a autonomia às normas voluntárias.

Outro dispositivo do Código que trata expressamente da autonomia da vontade é o artigo 166, ao dispor que “as obrigações que nascem dos contratos têm força de lei entre as partes contratantes e devem cumprir-se segundo o teor dos mesmos, salvo as limitações estabelecidas neste Código”, mas que dificilmente pode ser entendido como autorizando a escolha de uma entre leis de diversos Estados¹³⁰.

O autor do Código manifesta-se em sua obra doutrinária francamente favorável à livre escolha da lei aplicável:

*No es concebible que un hombre pueda copiar literalmente con carácter obligatorio, a condición de que no diga de dónde las ha copiado, las disposiciones de cualquiera legislación, y que, en cambio, realice un acto nulo cuando se refiere a esta legislación como si la hubiera reproducido*¹³¹,

acrescentando ainda:

*La elección libre de ciertas leyes por voluntad expresa de las partes, es un derecho que disfrutan y ejercen los nacionales y los extranjeros*¹³².

Em outra passagem:

Nosotros entendemos que, sin perjuicio de examinar concretamente las reglas aplicables a cada uno de sus detalles, en cuanto a la esencia misma de los contratos ya a sus estipulaciones y efectos deben prevalecer el criterio de la autonomía de la voluntad, o autarquía personal, como hemos preferido llamarla en la parte general de esta obra. En virtud de las razones que allí hemos expuesto y que

129 Observe-se que na versão castelhana o dispositivo as denomina apenas de “denominadas voluntarias o de orden privado” e na versão inglesa também se lê tão-somente “called voluntary or of private order”.

130 Vide supra, nota 20.

131 Antonio Sanchez de Bustamante y Sirven, “Derecho Internacional Privado”, 3ª. ed., tomo I, p. 149.

132 *Id.*, op. loc. cit.

*nos parece innecesario repetir, el legislador debe inclinarse en materia de contratación ante la ley que las partes se dan a si mismas. Cuando lo hacen de un modo expreso, la situación es muy clara y, si resulta de su voluntad tácita, hay que interpretarla aplicando a ese efecto la fórmula que también hemos expuesto en otra oportunidad*¹³³.

Tem sido invocado o artigo 185 do Código Bustamante como demonstração do princípio da autonomia da vontade, o que não está mui claramente exposto no dispositivo, além de somente se referir ao contrato de adesão.¹³⁴

Tratados de Montevideú

O Brasil não faz parte dos tratados de Montevideú, de 1889 e de 1939-40, principalmente porque se basearam na lei do domicílio das pessoas para aferição de sua capacidade, quando o Brasil seguia a lei da nacionalidade. Mesmo assim, estes Tratados, que vigem na Argentina, Paraguai e Uruguai, sempre mereceram a atenção de nossos estudiosos pela vizinhança geográfica e proximidade de interesses que nos ligam aos três países vizinhos.

O Tratado de Direito Civil de 1940 dispõe em seu artigo 37, como dispusera o Tratado de 1889 no artigo 32, que a lei do lugar onde os contratos devam ser cumpridos rege sua existência, natureza, validade, efeitos, conseqüências, execução e tudo quanto a eles concernir, e o Tratado especifica qual seja o local da execução para uma variedade de contratos (artigo 38).

133 *Id.*, tomo II, pp. 180/181.

134 A invocação deste artigo é de Haroldo Valladão. Vide “O Contrato Internacional”, Revista Forense, volume 269, p. 3. O artigo 185 do Código tem a seguinte redação: “Fora das regras já estabelecidas e das que no futuro se consignem para os casos especiais, nos contratos de adesão presume-se aceita, na falta de vontade expressa ou tácita, a lei de quem os oferece ou prepara”. Ainda que com a obscuridade que caracteriza considerável número de dispositivos do Código, vale reproduzir aqui o artigo 184 que assim dispõe: “A interpretação dos contratos deve efetuar-se, como regra geral, de acordo com a lei que os reger. Sem embargo, quando essa lei for discutida e deva resultar da vontade tácita das partes, aplicar-se-á presumidamente a legislação que para esse caso se determina nos artigos 185 e 186, mesmo que isso leve a aplicar ao contrato uma lei distinta, como resultado da interpretação da vontade”. Fica de qualquer modo caracterizado o peso da vontade das partes na determinação da lei aplicável.

Nada no Tratado sobre a manifestação das partes a respeito da renúncia de outra lei. Já o Protocolo Adicional veda expressamente a autonomia da vontade, dispondo seu artigo 5º:

La jurisdicción y la ley aplicable según los respectivos Tratados, no pueden ser modificadas por voluntad de las partes, salvo en la medida en que lo autorice dicha ley.

As posições do Uruguai e da Argentina são diametralmente opostas: enquanto o Uruguai não admite a escolha da lei aplicável pelas partes, por considerar que o direito internacional privado é uma disciplina que objetiva resolver conflitos de soberania, a Argentina admite o direito dos contratantes fixarem a lei a que desejam submeter-se. Daí a solução conciliatória formulada no Protocolo, de que não pode haver modificação da lei determinada nos tratados por vontade das partes (posição do Uruguai), ressalvada autorização da lei competente (posição da Argentina), significando que, se de acordo com o tratado, a lei da Argentina for a competente, poderá ela admitir que as partes escolham outra lei.¹³⁵

135 Vide Ruben B. Santos Belandro, "El Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales", pp. 34 e ss., onde narra todo o histórico dos Tratados de Direito Civil de Montevideu a respeito desta matéria. O código civil uruguaio, artigo 2.403 assim dispõe: "las reglas de competencia legislativa y judicial determinadas en esse título, no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes. Ésta solo podrá actuar dentro del margen que le confiera la ley competente." E como explica o autor uruguaio, a liberdade concedida pelo dispositivo se refere à vontade negocial e não à vontade conflitual. É possível que a posição uruguaia venha a modificar-se. Leio em Daniel Hargain, "Desafíos Jurídicos de la Contratación Internacional", in Florisbal de Souza Del'Olmo (coord.) "Curso de Direito Internacional Contemporâneo — Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Luís Ivani de Amorim Araújo pelo seu 80º Aniversário", p. 182, que "se está desarrollando una cierta tendencia en favor del reconocimiento de los pactos de lege utenda", assinalando que isto vem ocorrendo especialmente a partir da ratificação da Convenção de Viena de 1980 sobre compra e venda internacional de mercadorias. Registro o seguinte fenômeno: A prestigiosa Parker School junto à Columbia University publicou "Parker School Studies in Foreign and Comparative Law — International Contracts: Choice of Law and Language", editado pelo Professor Willis L. M. Reese. Nesta obra coletiva aparece um artigo de Victor C. Folsom, que se apresenta como Vice-Presidente e advogado geral da *United Fruit Company*, que assim escreveu sobre o tema da autonomia da vontade nos Tratados de Montevideu:

"Todos os sistemas jurídicos adotam autonomia"

Em 1977, foi julgada a arbitragem entre a *Califórnia Asiatic Oil Company* e a *Texaco Overseas Petroleum Company* contra o governo da República árabe da Líbia, decidida pelo Professor René-Jean Dupuy, como árbitro único.

Uma das questões debatidas foi se os contratantes têm direito de designar a lei ou o sistema jurídico para reger o contrato.

O árbitro assim se pronunciou sobre esta questão:

A resposta a esta questão não apresenta dúvida alguma: todos os sistemas jurídicos, sejam quais forem, adotam o princípio da autonomia da vontade aos contratos internacionais¹³⁶.

"Also the acceptance of many of the principles of the Montevideo Treaties of 1889 and 1939-1940 by some of the other countries helps to make fairly uniform the acceptance of the principles of the French theory of autonomy of will in the selection of law by contracting parties. More respected authors would apparently disagree with my conclusion, as they interpret the Montevideo Treaties as establishing the place of performance as controlling in all cases. Article 5 of the Additional Protocol of the Treaty of Montevideo of 1940, cited as abolishing the right of the parties to choose their law, may have been designed to remove the question of autonomy from conflicts law. If so, in practice it has failed to accomplish its objective. With the increase in commerce and private international contracts, there is a growing acceptance of the doctrine".

O texto tem a conotação de uma tese advocatícia, visando encaminhar os negócios na América Latina no sentido da liberdade de escolha da lei aplicável.

136 CLUNET 1977, p. 353.

CAPÍTULO VIII

O DIREITO APLICÁVEL AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEIRO

Conceituação de Contrato Internacional

Vimos no capítulo V diferentes formulações para conceituar o contrato internacional, pela abordagem econômica e pela abordagem jurídica.

No Brasil, Irineu Strenger dedicou-se ao estudo dos contratos internacionais do comércio¹, e depois de examinar as várias definições existentes, conclui apresentando a seguinte cuidadosa fórmula:

São contratos internacionais do comércio, todas as manifestações bi ou plurilaterais da vontade livre das partes, objetivando relações patrimoniais ou de serviços, cujos elementos sejam vinculantes de dois ou mais sistemas jurídicos extraterritoriais, pela força do domicílio, nacionalidade, sede principal dos negócios, lugar do contrato, lugar da execução, ou qualquer circunstância que exprima um liame indicativo de direito aplicável².

Esta é uma definição de caráter jurídico, na linha do pensamento de Batiffol, mas de maior abrangência do que a do mestre francês, e

1 “Contratos Internacionais do Comércio”, Revista dos Tribunais, SP, 1986 e “*La notion de lex mercatoria en droit du commerce international*”, Recueil des Cours, vol. 227, pp. 207-356.

2 “Contratos internacionais do comércio”, p. 65.

que, apesar de referir-se aos contratos comerciais, também se aplica a contratos internacionais que não sejam especificamente de natureza comercial.

A conjugação do critério econômico com o critério jurídico foi sugerida por Luiz Olavo Baptista, nos seguintes termos:

Dessa forma, poderíamos dizer que internacional é o contrato que, contendo elementos que permitam vinculá-lo a mais de um sistema jurídico, tem por objeto operação que implica o duplo fluxo de bens pela fronteira ou que decorre diretamente de contrato dessa natureza³.

As noções desenvolvidas sobre a caracterização do contrato internacional encontram eco na jurisprudência brasileira, que ilustramos com três decisões.

No Recurso Especial n. 616, julgado pela 3ª Turma do STJ, em 1990, lê-se no voto do Ministro Cláudio Santos, a seguinte afirmação:

Não são apenas fatores geográficos ou relativos ao domicílio das partes que o caracterizam como contrato internacional, em oposição aos contratos internos, mas, sobretudo, a finalidade do contrato, ou seja, o transporte marítimo de país a país, portanto, transnacional, atividade econômica de apoio principalmente aos contratos de compra e venda entre pessoas de nacionalidades diversas, sujeitas a sistemas jurídicos diferentes, que acabam por vincular-se pela vontade das partes⁴.

Note-se aqui como se faz operar o prisma econômico pela análise do objetivo da atividade desenvolvida, e o prisma jurídico pela diversidade de domicílios e de nacionalidades das partes contratantes.

No Recurso Especial n. 251.438, julgado pela 4ª Turma do STJ, no ano 2000, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar ofereceu a seguinte definição do que vem a ser um contrato internacional:

(...) esse contrato de garantia é um contrato internacional, porque nele existe elemento determinante de conexão real com o ordena-

3 “Dos Contratos Internacionais — Uma Visão Teórica e Prática”, p. 24. Outros autores nacionais também advogaram o critério cumulativo como Maristela Basso, “Contratos internacionais de comércio”, p. 18 e Cláudio Valença Filho, “Aspectos de Direito Internacional Privado na Arbitragem”, Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, v. 7, p. 388.

4 Diário de Justiça da União de 13 de agosto de 1990, p. 7.647.

mento dos dois países, Estados Unidos e Brasil, estabelecido por empresas estrangeiras em favor de um consórcio nacional, em garantia de contrato de construção celebrado no Brasil, para execução de obra no Brasil⁵.

Prepondera nesta definição o aspecto jurídico pela conexão que a operação tinha com os ordenamentos jurídicos de dois países.

Hipótese interessante foi julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que o Credicard cobrava o financiamento de uma viagem ao exterior, mediante cartão de crédito, de acordo com a variação da taxa do dólar, entendendo o tribunal que “a compra de passagem aérea efetuada de companhia estrangeira de aviação ou operadora de turismo alienígena, é um contrato internacional”⁶.

Tratava-se de um financiamento efetuado pela Mastercard Internacional, que repassava o valor devido em dólar, à Credicard, que, por sua vez, cobrava do financiado, aplicando-se as normas do Decreto-Lei 857 que admite obrigações em moeda estrangeira em favor de credor domiciliado no exterior e sua cessão a pessoas domiciliadas no país.

Esta hipótese considerou a internacionalidade do contrato pelo enfoque econômico da transação.

Lei Aplicável

Como o Brasil ainda não ratificou a Convenção do México, nem substituiu a Lei de Introdução ao Código Civil, cabe examinar que lei deve ser aplicada em nosso país aos contratos internacionais quando as partes não tiverem escolhido a lei, escolha esta que, se formulada, conforme vimos no capítulo anterior, deve ser integralmente aceita e respeitada.

O Princípio da Proximidade, consagrado em tantas legislações internas e convenções internacionais, terá alguma influência sobre o direito brasileiro? E os outros princípios cardinais do direito internacional privado, descritos no capítulo II e IV, terão algum peso em nosso sistema jurídico?

Como já tivemos oportunidade de observar no capítulo anterior, não há jurisprudência brasileira sobre a lei aplicável a contrato firmado no Brasil em que as partes tenham escolhido lei estrangeira. Quanto à

5 Diário da Justiça da União de 2 de outubro de 2000, p. 173.

6 Apelação cível n. 70003296472, 19ª Câmara Cível do TJ do RGS, julgada em 28 de maio de 2002.

lei a ser aplicada em hipótese de silêncio contratual, é mínima a jurisprudência de que se dispõe⁷.

Na análise da lei aplicável ao contrato internacional há que se examinar a lei relativa à forma do contrato e a lei aplicável à substância do mesmo, que nem sempre coincidirão. Começamos pela substância do contrato.

Lex Loci Contractus/Lex Loci Solutionis para a Substância do Contrato

Vimos no capítulo V, que Savigny optou pela lei do lugar do cumprimento da obrigação⁸; esta era igualmente a posição de Joseph Story nos Estados Unidos⁹. Há mais de seis séculos atrás, Bártolo de Saxoferrato cindiu as questões contratuais internacionais: as que nascem no momento em que o contrato é firmado (como questões relativas à sua validade, substância, interpretação, efeitos) devem ser regidas pela lei do local da feitura do contrato, enquanto que as questões relacionadas às conseqüências finais do contrato (como negligência, inadimplemento, forma de execução), são regidas pela lei do local do cumprimento, se este lugar estiver fixado no contrato; de outro modo o juiz deve aplicar a *lex fori*¹⁰.

7 Paul Griffith Garland, "Bilateral Studies American-Brazilian Private International Law, Parker School of Foreign and Comparative Law, fez um levantamento da jurisprudência brasileira nos anos da vigência da Introdução ao Código Civil de 1916, para demonstrar que os tribunais brasileiros sempre procuraram, e encontraram, fundamentos para aplicar a lei brasileira, seja porque o local da contratação, ou o local do cumprimento, localizavam-se no Brasil. Em sua ampla pesquisa só encontrou três decisões de tribunais brasileiros, de 1921, 1930 e 1934, que aplicaram lei estrangeira. Vide pp. 52-3.

8 Savigny, "Sistema do Direito Romano Atual", vol. VIII, par. 372.

9 Joseph Story, "Commentary on the Conflict of Laws", p. 233, invocando Voet, Boullenois e Burge.

10 Transcrevo passagem da obra de Bártolo escrita em meados do século XIV, na tradução do Professor Joseph Henry Beale, "Bartolus on the Conflict of Laws", pp. 18/20:

"... the question either concerns matters which pertain to the form of action and then the law of the forum governs (matéria processual — *lex fori*) or it concerns the merits of the litigation itself: either matters which arise out of the contract itself, at the time it is made, or matters which arise *ex post facto*, out of negligence or delay in performance. In the former case, the law of the place of contract governs; by which I understand the place where the contract is made, not the place of performance; (...) In the case where the dispute arises out of negligence or delay in

Pimenta Bueno, pioneiro brasileiro do direito internacional privado, segue a orientação de Foelix, na França, que se refere a opiniões de outros juristas de seu tempo e invoca fontes romanas, tudo no sentido de que se aplique a lei do local da feitura do contrato¹¹.

O autor brasileiro enuncia várias razões para fundamentar a aplicação da lei do local em que o contrato é firmado:

- a) "... desde que as partes guardaram silêncio, deve entender-se que quiseram conformar-se com a lei do lugar e usos respectivos"¹², o que a rigor redundava na teoria da escolha tácita da lei aplicável pelos contratantes;
- b) a aplicação da lei onde o contrato foi firmado se conforma com o princípio da soberania das nações que domina os fatos verificados no respectivo país¹³;
- c) o contrato deve ser regido pela lei do local onde se deu o encontro de vontades¹⁴.

Por outro lado, e seguindo sempre as lições de Foelix em sua obra clássica, o autor brasileiro coloca que a execução do contrato será regida pela lei do país em que esta se deva realizar, exemplificando com a medida, o peso e a moeda aplicáveis ao cumprimento contratual, a responsabilidade pela mora do pagamento ou juros devidos, todos a serem regidos pela lei do local do cumprimento do contrato¹⁵.

performance, either performance is fixed in a certain place: or several places in the alternative, so that there is an election for the performance; or in no place, because the promise was made without condition. On the first supposition, the custom in *the place in which the performance is fixed governs; on the second and third suppositions, the place where payment is sought governs, because the negligence or delay happened at that place*".

11 Assim escreve M. Foelix em seu "Traité du Droit International Privé ou du conflit des lois de différentes nations", tomo I, p. 209: "Les lois romaines ont déjà consacré le principe, que la matière du contrat est régie par la loi du lieu où il a été passé. Les LL. 34, ff., De reg. jur.; 20, ff., De judiciis; 31, 20, ff, De oedil.ed., et 6, ff., De evict., statuent sur des cas où, dans les diverses provinces ou villes municipales de l'Empire, il existait des usages différents sur certains points non prévus par la législation. Les lois citées se réfèrent, pour tout ce qui n'est pas positivement exprimé dans la convention, à ce qui est d'usage dans la contrée où la convention a été passée. Ces décisions peuvent indubitablement être invoquées aujourd'hui comme raison écrite".

12 Pimenta Bueno, "Direito Internacional Privado e aplicação de seus princípios com referencia às leis particulares do Brasil", p. 113.

13 *Ibid.*

14 *Id.*, p. 114.

15 *Id.*, p. 116.

Temos aqui, a combinação da *lex loci contractus* com a *lex loci solutionis*, na antiga feliz fórmula de Bártolo.

Teixeira de Freitas em seu Esboço assim colocou a questão no artigo 1.962:

Os efeitos dos contratos celebrados no Império ou fora dele, para terem seu cumprimento no Império, serão julgados pelas leis do Império, ou as partes sejam nacionais ou estrangeiras. Mas os efeitos dos contratos, ainda que celebrados no Império, para terem seu cumprimento fora do Império, serão julgados pelas leis e usos do país em que deviam ter sido cumpridos, ou as partes sejam nacionais ou estrangeiras.

Segue, assim, à risca o critério da *lex loci solutionis*, coerente com sua linha de acompanhar a orientação de Savigny, que optava pela lei do local do cumprimento contratual.

A Nova Consolidação das Leis Civis (vigentes em 11 de agosto de 1899) elaborada por Carlos Augusto de Carvalho, diploma que orientou o direito privado brasileiro até a promulgação do Código Civil, assim dispunha sobre a matéria:

Art. 37 — A substância e os efeitos das obrigações serão regulados pela lei do lugar onde forem contraídas, salvo expressa convenção das partes contratantes.

Presumem-se, porém, contraídas conforme a lei brasileira, as obrigações entre brasileiros em país estrangeiro.

Art. 38 — Seguirão a lei brasileira as obrigações que pelo seu objeto só no Brasil forem exequíveis.

Estes dispositivos adotavam como regra básica a *lex loci contractus*, excepcionando a favor da *lex loci solutionis* na hipótese de obrigações contraídas entre brasileiros no exterior, e quando o Brasil fosse o local do cumprimento da obrigação — um tratamento unilateral, muito comum nas legislações do século XIX¹⁶.

16 O Código Comercial de 1850, artigo 628 assim dispunha: "O contrato de fretamento de um navio estrangeiro exequível no Brasil há de ser determinado e julgado pelas regras estabelecidas neste Código, quer tenha sido ajustado dentro do Império, quer em país estrangeiro". O mesmo vinha disposto no Regulamento n. 737 de 1850, artigo 4º: "Os contratos comerciais, ajustados em país estrangeiro, mas exequíveis no Império, serão regulados e julgados pela legislação comercial do Brasil".

O Projeto brasileiro de um Código de Direito Internacional Privado, preparado por Lafayette Rodrigues Pereira, em 1911, para ser apresentado à Comissão de Jurisconsultos Americanos, foi abandonado em 1928, quando se deu preferência ao Projeto de Bustamante y Sirven, que se converteu no Código Bustamante.

O projeto brasileiro assim formulava:

Art. 58 — A obrigação convencional quanto à forma, substância, validade e efeitos, é regida pela lei do lugar onde foi contraída.

Art. 59 — Pode, porém, a obrigação ser contraída em um país para ter efeito em outro. É a lei desse país que regula tudo quanto diz respeito à execução, como as formalidades do pagamento, a moeda em que deve ser feita, a tradição das coisas alienadas, a quitação e as indenizações consequentes.

Assim, Lafayette também seguiu a bifurcação bartoliana¹⁷.

No plano nacional, depois de apresentados vários projetos, o Congresso Nacional aprovou o de Clóvis Beviláqua, inclusive sua Introdução ao Código Civil, com alterações processadas durante os trabalhos parlamentares, assim ficando a redação do artigo 13:

Regulará, salvo estipulação em contrário, quanto à substância e aos efeitos das obrigações, a lei do lugar onde foram contraídas.

P. único — Mas sempre se regerão pela lei brasileira:

I — os contratos ajustados em países estrangeiros quando exequíveis no Brasil; II — as obrigações contraídas entre brasileiros em país estrangeiro; III — os atos relativos a imóveis situados no Brasil; IV — os atos relativos ao regime hipotecário brasileiro.

Assim, o legislador brasileiro de 1916 abandonou a orientação savigniana de Teixeira de Freitas, seguiu Pimenta Bueno, Carlos de Carvalho e Lafayette Rodrigues Pereira, adotando o critério da lei do local da contratação, mas continuou excepcionando certos casos em favor da lei brasileira, de forma unilateral.

Comentando a lei introdutória de 16, Clóvis Beviláqua explica que se brasileiros que contratam no exterior, desejarem aplicar a lei do local da contratação, não poderão fazê-lo, ante a imperatividade da norma sobre a aplicação da lei brasileira¹⁸.

17 Mais adiante veremos como a matéria é regulada no Código Bustamante.

18 Clóvis Beviláqua, "Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado", vol. I, 12ª ed., 1959, p. 110.

E o autor do Projeto critica o legislador, lamentando não ter sido aceita a fórmula que ele propusera, assim escrevendo a respeito:

Não dispunha assim o Projeto primitivo, art. 35 da lei de introdução. Nem se harmoniza com a pureza da doutrina do direito internacional privado esta restrição à liberdade dos brasileiros, em matéria de contratos. Em direito internacional privado, o espírito dominante deve ser humano, internacional, e o legislador pátrio não conseguiu penetrar-se desse universalismo essencial no direito, que regula não os interesses da sociedade brasileira, e, sim os da sociedade internacional¹⁹. O Senador Bulhões propôs a remodelação deste artigo num sentido mais liberal; porém a sua emenda não logrou captar a benevolência dos seus pares (Diário do Congresso, de 1º de outubro de 1912)²⁰.

Efetivamente, a proposta de Clóvis apresentava uma regra primorosamente de acordo com a melhor tradição do direito internacional privado, que dispunha da seguinte forma:

As obrigações convencionais, assim como as que se originam de declaração unilateral da vontade, serão reguladas:

- a) em sua substância e efeitos, pela lei do lugar onde forem celebrados os atos que as originaram, salvo estipulação em contrário, ofensa ao direito nacional dos pactuantes e à ordem pública.
- b) e quanto ao modo de sua execução, pela lei do lugar onde se cumprirem²¹.

Observe-se que o Projeto de Clóvis distinguia claramente entre substância e efeitos do contrato, de um lado, da sua execução, de outro lado: aqueles regidos pela *lex contractus*, esta pela *lex solutionis*, na mais autêntica tradição bartoliana.

O legislador acabou desprezando o projeto, substituindo-o por um dispositivo longo, que contradiz a melhor doutrina do direito internacional privado, estruturado em bases unilaterais, e que não dispôs so-

19 Estas poucas palavras de Clóvis Beviláqua sintetizam a filosofia que deve orientar nossa disciplina — universalismo, sociedade internacional, tudo voltado para a necessidade, o interesse e o direito da pessoa — física ou jurídica — na sua vida e atuação transnacional. Haroldo Valladão, que se inspirou em Savigny, seguiu esta orientação filosófica do direito internacional privado.

20 *Id.*, p. 110/111.

21 João Luiz Alves, “Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil”, 3ª. ed., pp. 70/71.

bre a lei que deverá reger a execução das obrigações, “lacuna que se há de suprir com a doutrina ... (que) ensina que o modo de cumprir as obrigações se rege pela lei do lugar onde o cumprimento se efetua²²”.

Em seu livro sobre o direito internacional privado, Clóvis reitera a distinção entre a substância e os efeitos da obrigação — regidas pela lei do local da celebração — e o cumprimento da mesma — a ser regida pela lei do local onde ela se materializa, rejeitando a crítica de que isto cinde a obrigação, submetendo-a a dois regimes jurídicos diferentes, pois que os dois momentos se separam de modo acentuado.²³

A Lei de Introdução ao Código Civil de 1942 manteve o critério da *lex loci contractus* ao dispor que:

Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

A LICC acrescenta regra específica sobre contrato entre ausentes no parágrafo 2º:

A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

A primeira indagação que cabe fazer é sobre a relação entre o *caput* e o parágrafo segundo — estará este se referindo a alguma hipótese diversa daquela coberta pela regra do *chapeau* do artigo?

Quando este determina a aplicação da lei do país da constituição da obrigação (contratual) está evidentemente se referindo a um contrato internacional²⁴, e este, via de regra, ocorre entre partes localizadas em países diferentes, portanto contrato entre ausentes. É bem verdade, que se pode perfeitamente conceber contrato internacional

22 Beviláqua, *op. cit.*, p. 111, explicando que o disposto no artigo 13, parágrafo único, I, que se regem pela lei brasileira os contratos ajustados em país estrangeiro, mas exequíveis no Brasil, não se refere ao cumprimento da obrigação, mas regula a formação do contrato, e, por via de consequência, a substância e os efeitos da obrigação que o mesmo origina.

23 Clóvis Beviláqua, “Princípios Elementares de Direito Internacional Privado”, 3ª ed., pp. 360/361. A mesma lição vem consignada na obras dos civilistas brasileiros — Ferreira Coelho, Carvalho Santos — e dos internacionalistas — Rodrigo Otavio, Eduardo Espínola, Tito Fulgencio. Vide sobre isto Haroldo Valladão, “Estudos de Direito Internacional Privado”, pp. 215/6.

24 Vide no capítulo V e neste capítulo as seções dedicadas à conceituação do contrato internacional.

firmado entre partes presentes, que se encontram no mesmo país, especialmente nas hipóteses em que o fator econômico é o caracterizador da internacionalidade do contrato, mas, uma grande parte dos contratos internacionais se dá entre partes distantes uma da outra, que se comunicam através de propostas/ofertas e correspondentes aceitações, ou seja, entre ausentes. Daí a questão que o legislador havia de esclarecer: se o contrato se firma entre partes situadas em residências ou estabelecimentos sítos em países diferentes, qual o local da constituição do contrato a que se refere o *caput* do artigo? Ao que ele respondeu com o parágrafo segundo do artigo 9º: reputa-se que o lugar da constituição do contrato é aquele em que reside o proponente.

Assim, no que diz respeito às obrigações contratuais, *caput* e parágrafo segundo se completam, para determinar que o contrato internacional é regido pela lei do país em que se constituiu, e que esta constituição se presume localizada no país em que residir o proponente da transação²⁵.

Clóvis Beviláqua trata da questão:

Nos contratos *inter absentes* parecerá, à primeira vista, difícil a aplicação da *lex loci contractus*, por causa da vacilação que se nota na doutrina quanto à determinação do momento em que se forma o vínculo obrigacional nesses casos.

Adotando-se o sistema da expedição que me parece o melhor fundado e é o que aceitaram o Código Comercial brasileiro, art. 127 e o Código Civil, artigo 1.086²⁶, por isso que o contrato se supõe

25 Meu saudoso mestre, Oscar Tenório, "Direito Internacional Privado", vol. II, 11ª ed., p. 179, entende que a regra geral do artigo 9º da Lei de Introdução refere-se aos contratos entre presentes e o disposto no segundo parágrafo veio para os contratos entre ausentes. Em minha interpretação — de que também o *caput* do artigo 9º versa contrato entre ausentes — o contrato internacional firmado por contratantes que se encontram no mesmo local (contrato entre presentes) será regido pela lei do local da contratação, por força do argumento *ad maiorem*: se o contrato entre ausentes é regido pelo local de sua constituição, i.e., onde se encontra o proponente, com muito mais razão, será esta a lei a reger o contrato entre partes que se encontram juntas, no mesmo local, no momento da assinatura do pacto.

26 "Art. 1.086 — Os contratos por correspondência epistolar ou telegráfica, tornam-se perfeitos, desde que a aceitação é expedida".

firmado no momento em que a aceitação é expedida, o lugar do contrato é justamente aquele de onde a aceitação é expedida²⁷.

Sustentando que o *locus contractus* depende do momento em que se dá a expedição da aceitação, o ilustre autor faz o Espaço seguir o Tempo²⁸.

Ocorre, todavia, que em seus comentários ao Código Civil, artigo 1.087 ("Reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que for proposto") lemos no mesmo autor o seguinte:

Apesar de ter adotado, sob o ponto de vida do tempo, a teoria da expedição da resposta, o Código Civil, a respeito do lugar, preferiu o da expedição da proposta, porque esta é que sugere a formação do contrato²⁹.

É verdade que, ao publicar seus "Princípios Elementares de Direito Internacional Privado", em 1938, ainda se regia a disciplina pela Introdução de 1916, enquanto que a edição dos comentários ao Código Civil acima invocada, data da década de 50, já em plena vigência da LICC, sendo esta que expressamente estabeleceu que a obrigação se constitui no lugar do proponente, mas isto não concilia os dois textos, pois quando da edição do livro sobre DIP, em 1938, já vigia o Código Civil, cujo artigo 1.087 consagrou a mesma regra, de que a celebração se conclui no lugar do proponente, não se justificando invocar, como Clóvis invocou, o artigo 1.086, que trata do tempo em que se aperfeiçoa o contrato eis que da leitura destes dois artigos — 1.086 e 1.087 — fica patente que Tempo e Espaço não receberam o mesmo tratamento em matéria contratual. O Tempo do aperfeiçoamento do contrato é o da aceitação, enquanto que o Espaço em que se considera celebrado o contrato é o da proposta. Em outras palavras, depois da

27 Clóvis Beviláqua, "Princípios...", pp. 361/2.

28 Espínola e Espínola, "A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro comentada na ordem dos seus artigos" vol. 2º, p. 570, ao se referirem ao trecho de Clóvis acima transcrito, em que o autor do código fala na vacilação que se nota na doutrina, quanto à determinação do momento em que se forma o vínculo obrigacional, observam — "e, podemos acrescentar — do lugar".

29 Clóvis Beviláqua, "Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado", volume IV, 11ª ed., 1958, p. 200. Wilson de Souza Campos Batalha, "Tratado Elementar de Direito Internacional Privado", vol. II, p. 219: "O art. 9º par. 2º da Lei de Introdução, guarda, assim, uniformidade com o art. 1.087 do Código Civil".

aceitação — com o que se completa o contrato — ele é considerado como celebrado no lugar em que fora proposto, de forma que para fixar o espaço, se retroage no tempo³⁰.

Serpa Lopes sustenta que o fator que diferencia o contrato entre presentes do contrato entre ausentes não é o espaço, mas o tempo. O contrato entre presentes é o concluído num só momento — a proposta e a sua aceitação de pronto³¹, o que não impede que acarrete conflitos interespaçiais, exemplificando com a hipótese do brasileiro e uruguaio, separados apenas pela linha fronteira que estabelecem um contrato: este contrato será considerado entre presentes, mas teremos uma questão quanto à lei que irá reger a relação contratual.

Mais adiante o autor diz algo um tanto diferente: que o interesse do problema do contrato entre ausentes se localiza nos dois pontos — tempo e lugar de sua formação, e que a solução desses dois problemas não pode ser encontrada senão no estudo conjunto de ambos, pois que momento e lugar estão profundamente vinculados entre si³².

Também mostra como, além do conflito de normas internas dos dois países ligados a uma transação internacional, superpõe-se conflito sobre quando se considera aperfeiçoado o contrato: momento da declaração da aceitação, ou quando expedida a aceitação, ou quando o proponente toma conhecimento da aceitação ou quando a resposta chega a ele: temos aqui igualmente o lugar na dependência do tempo.

30 Os Espínolas, *op. cit.*, pp. 570/571 (pp. 420/421 da edição Renovar, de 1995), colocam esta distinção muito simplesmente: “No nosso direito, a despeito de ter se seguido o sistema da expedição para fixar o momento em que se torna perfeito o contrato, prescreve, quanto à determinação do lugar da constituição a seguinte regra: “Art. 1.087 —”. Oscar Tenório, “Direito Internacional Privado”, *op. cit.*, p. 179, achou desnecessária a remissão ao artigo 1.087 do Código Civil, porque este dispositivo é de direito interno enquanto que o artigo 9º da LICC é norma de direito internacional privado. Parece-me que como a regra do local em que a obrigação se constitui coincide nos dois planos — interno e internacional —, justifica-se a referência ao artigo 1.087 quando se estuda o artigo 9º da lei introdutória, pois assim fica patente a harmonia entre a norma interna e a norma internacional, em que ambas adotam o lugar do proponente como o local da constituição da obrigação.

31 Serpa Lopes, “Comentário Teórico e Prático da Lei de Introdução ao Código Civil”, vol. II, p. 355, reproduzindo a lição de Gabba, “*Questioni di Diritto Civile*”, que assim coloca a questão: “Contrato entre presentes é aquele que se aperfeiçoa com a troca de palavras, percebidas por aqueles a quem são dirigidas no próprio ato em que são emitidas”.

32 *Id.*, p. 357.

Os Espínolas formulam a hipótese de um contrato entre ausentes, proponente em Portugal, aceitante no Brasil: de acordo com o direito conflitual brasileiro o contrato é considerado como constituído em Portugal, aplicando-se a lei portuguesa, mas, de acordo com o código português (artigos 649 e seguintes do código então vigente) se reputa constituído o contrato no local da aceitação³³, pelo que deveria ser aplicada a lei brasileira³⁴. Os autores solucionariam a hipótese pela aplicação da lei portuguesa, com apoio em doutrina italiana³⁵.

Temos aqui um interessante caso de conflito de qualificação quanto ao local em que um contrato internacional se considera constituído, depreendendo-se dos Espínolas que a norma portuguesa que regula o tempo, se estende para regular igualmente o espaço, e assim Portugal qualifica a constituição do contrato no local da aceitação, enquanto o Brasil qualifica que o contrato se constitui no local do proponente. A solução para o problema qualificador levantado pelos ilustres autores, encontra-se expressa no diploma brasileiro. A LICC estabelece no artigo 9º que, além da regência da obrigação, também a caracterização de sua constituição, é regida pela lei em que o contrato é constituído. Há, portanto, um conflito entre dois sistemas jurídicos sobre onde se caracteriza a constituição do contrato — local da proposta ou local de aceitação — em que nosso legislador optou pelo local do proponente: o sistema jurídico deste, além de reger substantivamente a relação jurídica, também caracteriza quando se dá a respectiva constituição, e assim, a norma do direito internacional privado brasileiro localiza a constituição do contrato hipoteticamente configurado por aqueles autores, em Portugal, local do proponente. E em matéria de qualificação, seguimos a orientação da *lex fori*³⁶. Assim se a hipótese desenha-

33 Rezava o artigo 649 do antigo código lusitano: “Logo que a proposta seja aceita, fica o contrato perfeito, exceto nos casos em que a lei exige mais alguma formalidade”. Portanto, os Espínolas estendem a norma temporal para a questão espacial: se o contrato se conclui no tempo em que a proposta é aceita, será considerado como constituído no local da aceitação.

34 O atual código civil português, art. 224 dispõe: “A declaração negocial que tem um destinatário torna-se eficaz logo que chega ao seu poder ou é dele conhecida;”, e o artigo 232 determina que “o contrato não fica concluído enquanto as partes não houverem acordado em todas as cláusulas sobre as quais qualquer delas tenha julgado necessário o acordo”. Normas temporais, não espaciais.

35 Espínolas, *op. cit.* p. 571.

36 Na minha Parte Geral, no capítulo sobre as Qualificações, proponho que a qualificação deve obedecer a *lex fori*, excetuado em matéria de bens e obriga-

da pelos Espínolas fosse submetida a julgamento no Brasil, nosso tribunal deveria seguir a LICC que caracteriza a obrigação como constituída em Portugal, aplicando a lei portuguesa para o mérito. Isto no regime atual em que o reenvio é vedado.

A caracterização da constituição do contrato no lugar onde reside o proponente tem sido interpretada liberalmente: não necessariamente onde reside, mas donde partiu a proposta.³⁷

Finalmente, cabe assinalar que as regras sobre solução de conflito de leis dispostas na Lei de Introdução ao Código Civil, se aplicam ao direito civil e ao direito comercial, eis que este diploma é a lei básica para todo o direito brasileiro³⁸.

ções, que são qualificados pela *lex causae*. Assim justifico o artigo 9º, que manda qualificar as obrigações pela mesma lei que elas são regidas — a lei de sua constituição. Isto significa que para qualificar uma obrigação como sendo unilateral ou bilateral, solidária ou não, divisível ou indivisível, e assim com todas as classificações, recorre-se à lei determinada para reger a obrigação, a *lex causae*. Aqui vemos que, na conformidade do artigo 9º, combinado com seu parágrafo 2º, o momento primeiro, de saber se uma obrigação chegou a se constituir, a qualificação original do contrato internacional — se ele existe ou não — é regida pela lei do local da constituição e esta ocorre na residência do proponente. Assim, sempre que um tribunal brasileiro tiver diante de si uma matéria obrigacional de natureza transnacional, deverá adotar a seguinte orientação: a qualificação básica, primeira, se realmente se trata de um contrato internacional, se a obrigação de fato se constituiu, esta qualificação é regida pelo direito do país do proponente, como formulado no parágrafo 2º do artigo 9º da LICC, no caso a mesma lei que vai reger o mérito — portanto *lex causae*. Se de acordo com a qualificação dada por este dispositivo, a obrigação foi constituída no exterior, todas as qualificações subseqüentes serão regidas pela lei estrangeira que também regerá a própria obrigação, tudo conforme estabelecido no *caput* do artigo 9º. (Isto poderá exigir uma retificação na nota de pé de página n. 17 do capítulo sobre Qualificações na minha Parte Geral, pelo menos no que se refere às obrigações).

37 Amílcar de Castro, "Direito Internacional Privado", 3ª. ed., pp. 423/4, concilia a aparente contradição: o art. 1.087 do código, que fala em lugar em que foi proposto, e o art. 9º, p. 2º que se refere ao local da residência do proponente, explicando que residir, além da morada, também pode ser lugar em que a pessoa se acha, onde esteja, e é neste sentido que figura na lei introdutória.

38 Oscar Tenório, Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, 2ª ed., p. 20, escreve: "... é lei introdutória à codificação civil, com numeração independente. Entretanto, seu âmbito é muito maior. Em matéria de aplicação das leis, as suas regras se aplicam a todas as leis, na ausência de qualquer preceito. ... Pelo critério subsidiário da legislação civil, à legislação comercial se aplica o art. 9º, relativo às obrigações."

Projetos de Substituição da LICC

Entre as tentativas de modernizar o direito internacional privado brasileiro figura o Anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas do Professor Haroldo Valladão³⁹, com 91 artigos, que não logrou aprovação congressional.

No campo das obrigações contém três seções: Direito das Obrigações em geral (artigos 50 a 54), Obrigações cambiais e cheque (artigos 55 a 58) e Obrigações especiais de direitos marítimo e aéreo (artigos 59 a 61).

No artigo 50 e seu parágrafo 1º o projeto aceita a escolha da lei pelos contratantes, ressalvando hipóteses de abuso de direito e ofensa à ordem pública; não havendo escolha pelas partes, a obrigação se rege segundo a lei do lugar em que contraída, mantendo, assim, o sistema de 1942. As ressalvas de abuso de direito e ofensa à ordem pública já foram objeto de nossa crítica.

Valladão volta em seu projeto ao regime do Regulamento 737 de 1850, incorporado na Consolidação de Carlos de Carvalho, de 1899, quando estabelece, no parágrafo 2º, a presunção de que foram contraídas segundo a lei brasileira, as obrigações constituídas entre brasileiros no estrangeiro, norma unilateral, que não se justifica no mundo moderno, em que o direito internacional privado deve servir à sociedade internacional, mediante uma abordagem universalista. Se contrato realizado no Brasil é regido pela lei brasileira para sua substância e seus efeitos, o contrato concluído no exterior deve reger-se pela lei local, facultado sempre à vontade das partes alterar esta orientação.

Outra anomalia da lei projetada por Valladão é o disposto no parágrafo 3º do mesmo artigo que determina a regência (obrigatória) da lei brasileira para os contratos realizados nos consulados brasileiros. Ora, assim como se pode realizar um contrato perante tabelião público brasileiro, optando por uma lei estrangeira, não há razão para que brasileiros não possam firmar contrato em seu consulado, optando pela aplicação de lei estrangeira à substância e efeitos da transação. Para a hipótese de contrato firmado em consulado brasileiro caberia, tão-somente, uma presunção a favor da lei brasileira, quando nada fosse pactuado pelos contratantes a respeito.

39 Anteprojeto oficial de reforma da Lei de Introdução apresentado pelo Professor Haroldo Valladão ao Ministro da Justiça e Negócios Interiores (Decretos 51.005 de 1961 e 1.490 de 1962).

Nos parágrafos 4º e 5º, o projeto cuida do conflito de leis relativo à conceituação do local do contrato, dando preferência à lei brasileira se esta o localiza no Brasil; em não sendo assim, recorre a uma série de regras de conexão para definir como se localiza o contrato. O projeto não dá qualquer relevância ao local da proposta ou da aceitação para efeito de sua localização internacional.

Mantendo sua filosofia unilateralista, o projeto estabelece no artigo 51 que “regem-se segundo a lei brasileira os contratos exequíveis no Brasil”. Na Justificação, Valladolid assim escreveu:

O princípio do art. 51 do Anteprojeto corresponde a uma regra tradicional do direito pátrio, em defesa de nossos interesses, morais, econômicos e sociais, e por isto, aparecida em forma unilateral e imperativa., ...

Consideramos um contra-senso, do ponto de vista de direito internacional privado, que, em geral, as obrigações sejam regidas pela lei do lugar em que forem contraídas, mas quando contratadas no exterior e exequíveis no Brasil, sejam regidas pela lei brasileira. Este é um unilateralismo injustificável, um retorno ao territorialismo que imperava nos séculos XVIII e XIX, em contradição, aliás, com incontáveis e consistentes manifestações universalistas do próprio Valladolid, ao longo de sua rica obra jurídica.

Segue-se o Projeto de lei n. 4.905 de 1995, que recebeu parecer favorável na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara de Deputados, mas foi retirado do Congresso pelo Poder Executivo, projeto que se inspira no moderno direito conflitual, assim dispondo:

Artigo 11 — As obrigações contratuais são regidas pela lei escolhida pelas partes. Essa escolha será expressa ou tácita, sendo alterável a qualquer tempo, respeitados os direitos de terceiros.

A Exposição de Motivos do Ministro da Justiça endereçada ao Presidente da República, depois de invocar a Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, assinala que o projeto seguiu a Convenção do México de 1994, que faculta às partes contratantes escolher a lei aplicável.

Prossegue o Projeto:

Par. 1º — Caso não tenha havido escolha ou se a escolha não for eficaz, o contrato será regido pela lei do país com o qual mantenha os vínculos mais estreitos.

Par. 2º — Se uma parte do contrato for separável do restante, e mantiver conexão mais estreita com a lei de outro país, poderá esta aplicar-se, em caráter excepcional.

Assim, este projeto integra-se no moderno direito internacional privado uniformizado, que, após muitos anos de incertezas, optou pela fórmula que manda aplicar a lei do país com o qual o contrato mantém os vínculos mais estreitos.

As outras soluções, i.e., a lei do país onde a obrigação se constituiu (LICC, art. 9º) ou a lei do país onde o contrato deva ser cumprido (solução do clássico DIP francês), não são satisfatórias em todos os casos. A solução proposta deixa o julgador livre para escolher a lei com a qual o contrato esteja mais vinculado, o que pode incidir sobre uma das duas leis referidas, ou sobre qualquer outra lei⁴⁰.

A aprovação deste Projeto de lei teria integrado o Brasil no rol da absoluta maioria dos países que reformaram seu direito internacional privado, em consonância com a moderna orientação da doutrina e das convenções internacionais.

Lex Loci Solutionis para o Cumprimento do Contrato

A regência da *lex loci solutionis* para as questões relativas ao efetivo cumprimento contratual tem fonte antiga e segura no direito internacional privado brasileiro em Teixeira de Freitas, no comentário que fez ao artigo 409 de sua Consolidação das Leis Civis⁴¹. O dispositivo reza:

40 Em 2004, foi apresentado ao Senado o Projeto de lei n. 269, que seguiu a mesma orientação do Projeto de lei 4.905 do Poder Executivo, sendo que na matéria de obrigações, sofreu ligeiras alterações, reproduzindo-se aqui o dispositivo: “Art. 12 — As obrigações contratuais são regidas pela lei escolhida pelas partes. Essa escolha será expressa ou tácita, sendo alterável a qualquer tempo, respeitados os direitos de terceiros. Par. 1º — Caso não tenha havido escolha ou se a escolha for ineficaz, o contrato, assim como os atos jurídicos em geral, serão regidos pela lei do país com o qual mantenham os vínculos mais estreitos. Par. 2º — Na hipótese do par. 1º, se uma parte do contrato for separável do restante, e mantiver conexão mais estreita com a lei de outro país, poderá esta aplicar-se, a critério do Juiz, em caráter excepcional”.

41 Consolidação das Leis Civis, 3ª. edição, 1896, p. 283.

Os contratos ajustados em país estrangeiro, mas exeqüíveis no Império, serão regulados e julgados pela legislação do Brasil.

Este dispositivo se origina do Regulamento 737 de 25 de novembro de 1850, artigo 4º que se destinava exclusivamente aos contratos comerciais e que, como já vimos, assim dispunha:

Os contratos comerciais, ajustados em país estrangeiro, mas exeqüíveis no Império, serão regulados e julgados pela legislação comercial do Brasil.

Em seu comentário a esta norma, escreveu Teixeira de Freitas:

...resulta *a contrario sensu* a conseqüência de que, os contratos ajustados em país estrangeiro mas não exeqüíveis no Império, devem ser julgados pela legislação do país em que deviam ter sido cumpridos, embora julgados pelas autoridades do Império. Esta conseqüência ainda exata é, se a ampliarmos a contratos ajustados no Império, mas exeqüíveis em país estrangeiro.

Esta bifurcação entre o direito do país da feitura do contrato para certos efeitos, e o direito do país da execução do mesmo para outras finalidades, consolidou-se muito cedo no direito italiano, eis que quando o Código Civil de 1865 dispôs em seu artigo 9º que "*la sostanza e gli effetti delle obbligazioni si reputano regolati della legi del luogo in cui gli atti furono fatti*", a doutrina peninsular em peso interpretou como "deixando de lado tudo o que concerne aos incidentes da execução, regíveis pelo direito do lugar da mesma execução"⁴².

Quando se fala em *lex loci solutionis* ou *lex loci executionis* isto significa o local, o país, onde a obrigação deve ser cumprida, adimplida, materializada, executada, o que não quer dizer, necessariamente, que, em caso de inadimplemento, seja também o local do ajuizamento. É o que aprendemos em Rodrigo Otavio que, depois de citar Teixeira de Freitas, assim escreveu:

42 Haroldo Valladão em "Estudos de Direitos Internacional Privado", pp. 211/2 indica todos os clássicos autores italianos que neste sentido escreveram, enunciando também os autores holandeses e franceses que seguiram a mesma orientação.

Dessa observação do ilustre jurista pátrio se evidencia que ele faz uma distinção entre contrato *exeqüível* e *acionável* no Brasil, o que corresponde realmente a conceitos diversos. Um contrato pode ter sido celebrado num país para ser exeqüível em outro, isto é, para aí ter execução; entretanto, por circunstâncias especiais, por falta de cumprimento da obrigação, ou outro motivo, pode ser acionado no país em que foi celebrado ou em outro país⁴³.

Assim, um contrato pode ser celebrado em um país, para ser cumprido em um segundo país, e acabar objeto de ação judicial em terceiro país. A substância, os efeitos, a interpretação do contrato se regerão pela lei do primeiro país, as conseqüências do inadimplemento, o peso, a medida, a moeda de pagamento e outros detalhes do cumprimento da obrigação serão regidos pela lei do segundo país⁴⁴, e a processualística da cobrança judicial pela lei do terceiro país, a *lex fori*.

Nada constando na LICC sobre a execução contratual (o parágrafo primeiro do artigo 9º versa hipótese específica que será examinada adiante)⁴⁵, mantemos a tradicional bifurcação sobre a lei que se aplica

43 Rodrigo Otavio, "Manual do Código Civil", I-360, apud Valladão, Estudos, p. 300. Este autor refere decisão jurisprudencial no mesmo sentido.

44 Clóvis Beviláqua, em seus comentários ao Código Civil, volume I, p. 111, ao comentar o artigo 13 da Introdução, assim escreve:

"Não dispõe o artigo sobre a execução das obrigações. É uma lacuna que se há de suprir com a doutrina. Esta ensina que o modo de cumprir as obrigações se rege pela lei do lugar onde o cumprimento se efetua. O modo de entregar a coisa devida, a comercialidade do objeto da prestação ou a possibilidade de cumprir-se a obrigação em conseqüência da natureza do objeto, são questões que à lei do lugar onde se cumpre, compete resolver".

45 Também na Introdução ao Código Civil de 1916 nada constava sobre a lei aplicável à execução contratual, como vimos na nota anterior, não tendo o legislador seguido a proposta de Clóvis Beviláqua que assim colocara o artigo 35 de seu Projeto:

"As obrigações convencionais, assim como as que se originam de declaração unilateral da vontade, serão regulados: a) em sua substância e efeitos, pela lei do lugar onde forem celebrados os atos que as originaram, salvo estipulação em contrário, ofensa ao direito nacional dos pactuantes e à ordem pública; b) em quanto ao modo de sua execução, pela lei do lugar onde se cumprirem". Nos comentários de João Luiz Alves, publicados logo após a promulgação do código, assim escreveu o ilustre Ministro da Justiça e Ministro do STF, à p. 71 do 1º volume de sua obra: "O código não faz referência à lei aplicável ao 'modo de execução' das obrigações, que o Projeto Clóvis declarava ser a do lugar onde fosse exeqüíveis. Este princípio, porém, deverá ser tido como regra do nosso direito".

ao contrato internacional: lei do local da constituição da obrigação contratual, para sua substância, seus efeitos, sua interpretação e lei do local do cumprimento para sua execução.

O Anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas do Professor Haroldo Valladão dedicou o artigo 52 ao tema da execução das obrigações, assim formulado:

Todas as modalidades da execução das obrigações, inclusive a moeda de pagamento, regem-se segundo a lei do lugar da respectiva execução.

O Projeto de lei 4.905/95 do Poder Executivo assim como o projeto de lei n. 269, do Senado, seguiram o critério da LICC, nada especificando sobre a lei que rege a execução das obrigações no plano internacional, ficando, assim, consolidada a posição doutrinária exposta há século e meio por Pimenta Bueno, como visto no início do capítulo.

Código Bustamante e Tratado de Montevideu

O Código Bustamante contém duas regras sobre a lei aplicável aos contratos: no artigo 185 dispõe que nos contratos de adesão presume-se aceita a lei de quem os oferece ou prepara⁴⁶, o que é uma equação lógica, eis que o aderente segue o proponente; não está, contudo, esclarecido o significado da “lei de quem oferece”, se significa sua lei pessoal — nacionalidade ou domicílio — ou a lei do local onde se encontra quem oferece ou prepara, ou quicá, a lei por ele expressamente escolhida.

O artigo 186 determina que nos demais contratos, e também “para o caso do artigo anterior”, aplica-se, em primeiro lugar, a lei pessoal comum aos contratantes e, na sua falta, a do lugar da celebração. Em outras palavras, a *lex loci contractus* se aplica se as partes não tiverem uma lei pessoal comum. A referência ao artigo anterior é estranha, eis que não há como aplicar a lei comum dos contratantes, uma vez que naquele dispositivo já ficara estabelecida a soberania da lei de quem oferece⁴⁷.

46 O artigo está redigido assim: “Fora das regras já estabelecidas e das que no futuro se consignem para os casos especiais, nos contratos de adesão presume-se aceita, na falta de vontade expressa ou tácita, a lei de quem os oferece ou prepara”.

47 Antonio Sánchez de Bustamante Y Sirven, autor do projeto que se transformou no Código Bustamante, em seu “Derecho Internacional Privado”, 3ª ed.,

O Tratado de Montevideu de Direito Civil Internacional de 1940, mantendo o que já fora estabelecido no diploma de 1899, tem outra orientação, determinando a regência da lei do lugar em que os contratos devem cumprir-se para todas as questões que especifica: existência, natureza, validade, efeitos, conseqüências, execução e, “em suma tudo que concernir aos contratos, sob qualquer aspecto que seja”⁴⁸ e, subsidiariamente, a lei do lugar da contratação⁴⁹.

Três países sul-americanos são regidos pelo Tratado de Montevideu, de 1940, sobre a lei civil internacional⁵⁰ e quinze países centro e sul-americanos pelo Código Bustamante, de 1928⁵¹.

Convenção Inter-Americana e Protocolos do Mercosul

A Convenção Inter-Americana sobre a lei aplicável aos contratos internacionais foi assinada pela Bolívia, Brasil, México, Uruguai e Venezuela, na cidade do México, em 1994, sendo que somente México e Venezuela ratificaram a convenção.

A convenção consagra os princípios da autonomia da vontade e da proximidade, nos seguintes termos:

Artigo 7 — O contrato rege-se pelo direito escolhido pelas partes. O acordo das partes sobre esta escolha deve ser expresso ou, em caso de inexistência de acordo expresso, depreender-se de forma evidente da conduta das partes e das cláusulas contratuais, consi-

Tomo II, p. 182 transcreve os artigos 185/6, mas não oferece qualquer esclarecimento. Uma possível interpretação seria que “para o caso do artigo anterior” visa esclarecer que “a lei de quem oferece” consignada no artigo 185, se refere a sua lei pessoal.

48 Artigo 37 — “La ley del lugar en donde los contratos deban cumplirse rige: a) Su existencia; b) Su naturaleza; c) Su validez; d) Sus efectos; e) Sus consecuencias; f) Su ejecución; g) En suma, todo cuanto concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea”.

49 Art. 40 — “Se rigen por la ley del lugar de su celebración, los actos y contratos en los cuales no pueda determinarse, a tiempo de ser celebrados y según las reglas conocidas en los artículos anteriores, el lugar de cumplimiento”.

50 Tratado de Derecho Civil Internacional, 1940, substituindo tratado sob o mesmo título de 1889, ratificado pela Argentina, Paraguai e Uruguai.

51 Convenção de Direito Internacional Privado assinada em Havana, Cuba, em 1928, ratificada pela Bolívia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Equador, Guatemala, Haiti, Honduras, Nicarágua, Panamá, Peru, Salvador e Venezuela.

deradas em seu conjunto. Essa escolha poderá referir-se à totalidade do contrato ou a uma parte do mesmo.

A eleição de determinado foro pelas partes não implica necessariamente a escolha do direito aplicável.

Artigo 8 — As partes poderão, a qualquer momento, acordar que o contrato seja total ou parcialmente submetido a um direito distinto daqueles pelo qual se regia anteriormente, tenha este sido ou não escolhido pelas partes. Não obstante, tal modificação não afetará a validade formal do contrato original nem os direitos de terceiros.

Artigo 9 — Não tendo as partes escolhido o direito aplicável, ou se a escolha do mesmo resultar ineficaz, o contrato reger-se-á pelo direito do Estado com o qual mantenha os vínculos mais estreitos. O tribunal levará em consideração todos os elementos objetivos e subjetivos que se depreendam do contrato, para determinar o direito do Estado com o qual mantém os vínculos mais estreitos. Levem-se também em conta os princípios gerais do direito comercial internacional aceitos por organismos internacionais.

Não obstante, se uma parte do contrato for separável do restante do contrato e mantiver conexão mais estreita com outro Estado, poder-se-á aplicar a esta parte do contrato, a título excepcional, a lei desse outro Estado.

Artigo 10 — Além do disposto nos artigos anteriores, aplicar-se-ão, quando pertinente, as normas, costumes e princípios do direito comercial internacional, bem como os usos e práticas comerciais de aceitação geral, com a finalidade de assegurar as exigências impostas pela justiça e a equidade na solução do caso concreto.

Artigo 11 — Não obstante o disposto nos artigos anteriores, aplicar-se-ão, necessariamente, as disposições do direito do foro quando revestirem caráter imperativo.

Ficará à discricção do foro, quando este o considerar pertinente, a aplicação das disposições imperativas do direito de outro Estado com o qual o contrato mantiver vínculos estreitos.

Analizamos detidamente estas normas de Convenções Inter-Americana no capítulo V.

A Venezuela promulgou nova lei sobre o Direito Internacional Privado, em 1998, cujo artigo 29 consagra a autonomia das partes para escolher a lei aplicável, e o artigo 30 estabelece o princípio da proximidade, nos termos constantes do artigo 9º da Convenção.

Na Argentina, um projeto de Código de DIP foi elaborado em 2003: em matéria de contratos o projeto segue o princípio da proximidade, mas, enquanto o novo regime não é aprovado, os artigos 1.209 e 1.210 do código vigente determinam a aplicação da *lex loci solutionis*.

O Código Civil do Peru, artigo 2.095, dá preferência a *lex loci solutionis*, mas passa para a *lex loci contractus* quando o lugar da execução do contrato não pode ser determinado.

Como já tivemos oportunidade de relatar, nos trabalhos preparatórios para a Convenção Inter-Americana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado, realizados em 1979, a delegação mexicana apresentou um projeto de autoria dos professores Carlos Arellano Garcia e José Luis Siqueiros⁵², que dispunha em seu artigo 24 que, nos acordos em que as partes não escolhem a lei aplicável, as obrigações contratuais deverão ser regidas pela lei mais proximamente ligada, de acordo com características objetivas e subjetivas, para as quais o tribunal considerará o lugar da conclusão do contrato, o lugar de sua negociação, o lugar de seu cumprimento, bem como o domicílio e a nacionalidade das partes e todos os fatores que possam ajudar a uma análise melhor do caso⁵³. No final, a Convenção sobre Normas Gerais ficou reduzida aos princípios da Parte Geral, sem dispositivo algum relativo a qualquer área específica do direito; o projeto dos professores mexicanos, de introduzir o princípio da proximidade nos contratos internacionais, acabou materializando-se, anos mais tarde, na Convenção Inter-Americana sobre Lei Aplicável às Obrigações Contratuais.

Os diplomas do Mercosul, voltados primordialmente aos aspectos jurisdicionais e de cooperação judicial, nada contêm sobre questões substantivas, como a lei aplicável aos contratos internacionais. Registre-se, contudo, que o Protocolo de Buenos Aires, de 1994, sobre Jurisdição Internacional em matéria contratual, determina a lei que rege a validade e os efeitos de eleição de foro⁵⁴. No Acordo sobre Arbitra-

52 Vide G.P. Aranguren, "La Convencion Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (Montevideo, 1979)", Anuário Jurídico Interamericano 1979, Washington, OAS 1979, p. 164 e T. B. de Maekelt, "Normas Generales de Derecho Internacional Privado en America", p. 214.

53 Vide Actas y Documentos Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP — II), vol. III, Washington, Secretaria General OAS, 1980, p. 411. O artigo 26 dispunha que os efeitos legais dos atos e contratos realizados em país estrangeiro a serem executados no território de um dos estados membros, seria regido pelas normas legais do lugar de seu cumprimento.

54 Assim dispõe o artigo 5º: "1. O acordo de eleição de jurisdição pode realizar-

gem Comercial assinado em Buenos Aires, em 1998, o artigo 7.2 determina que a validade da convenção arbitral quanto ao consentimento, objeto e causa, será regida pelo direito do Estado Parte sede do tribunal arbitral. Mas nada se materializou entre os países do Mercosul sobre a lei aplicável à substância e efeitos dos contratos internacionais⁵⁵.

A defesa dos direitos do consumidor, que obteve destaque na Convenção de Roma, artigo 5º, mas não foi tratada na Convenção do México, é objeto de um projeto de convenção para a CIDIP VII, de autoria da Professora Claudia Lima Marques, em que a proteção do consumidor se encontra garantida de forma muito mais eficaz do que no diploma da Comunidade Econômica Européia (Roma)⁵⁶. O artigo 2º do projeto determina que contrato e transação envolvendo consumidor será regido pela lei do país do domicílio deste, ou pela lei mais favorável ao mesmo, escolhida entre as partes, seja a lei do lugar da celebração do contrato, lei do lugar da execução do mesmo, da prestação característica ou lei do domicílio ou sede do fornecedor de produtos e serviços⁵⁷.

se no momento da celebração do contrato, durante sua vigência ou uma vez suscitado o litígio. 2. A validade e os efeitos de eleição de foro serão regidos pelo direito dos Estados Partes que teriam jurisdição de conformidade com o estabelecido no presente Protocolo. 3. Em todo caso, será aplicado o direito mais favorável de (sic) validade do acordo.”

55 Nadia de Araújo, em “Direito Internacional Privado — Teoria e Prática Brasileira” escreve com muita propriedade à p. 373 da 3ª edição:

“Os contratos internacionais firmados no Mercosul são regidos pelas normas do direito internacional privado de cada país. A situação é insatisfatória, consistindo em barreira jurídica impeditiva da uniformização do direito internacional privado dos contratos no Mercosul. Para o bom funcionamento dos negócios, é preciso unificar essas normas. A inércia dos países membros pode ter conseqüências desastrosas, a longo prazo, nas relações comerciais do mercado comum, contribuindo para a instabilidade das relações jurídicas”.

56 No âmbito do Mercosul temos o Protocolo de Santa Maria sobre jurisdição internacional em matéria de relações de consumo, em que o consumidor é protegido quanto à competência jurisdicional. Vide Nadia de Araújo e outros, “Código do Mercosul”, pp. 159 e ss.

57 A Convenção de Roma, em seu artigo 5º, estabelece que uma dentre três condições deverá anteceder o contrato para que se aplique a norma protetora da lei do país em que o consumidor tem sua residência habitual, resultando que a norma não se aplicará, se nenhuma destas hipóteses se configurar. O projeto da Professora Claudia Lima Marques é mais abrangente, eis que não estabelece hipóteses específicas para o exercício da proteção. Ademais, enquanto a Conven-

Seguindo a moderna metodologia de direito internacional privado, o projeto insere uma cláusula de exceção no artigo 4º, no sentido de que a lei indicada como aplicável pela convenção, poderá deixar de ser aplicada em casos excepcionais se, em vista de todas as circunstâncias do caso, a conexão com a lei indicada como aplicável mostrar-se superficial, e o caso esteja mais estreitamente vinculado a outra lei, mais favorável ao consumidor.

A melhor maneira de conceber a coincidência da lei mais vinculada com a mais favorável, é pela teoria que a lei mais vinculada é precisamente aquela lei que melhor protege, e que a Proximidade se mede pela Proteção, tema que expomos em várias ocasiões neste estudo.

Locus Regit Actum

Vimos no capítulo V que para efeito de validade formal do ato jurídico, a norma básica é aplicar a lei do local da realização do ato ou contrato (I), podendo as partes optar pelas formas prescritas na lei aplicável à substância do contrato (II), ou pela lei de sua nacionalidade

ção de Roma, tanto para a hipótese de ter havido escolha de lei ou não ter havido, estende ao consumidor a proteção da lei do país em que tem sua residência habitual, o projeto para a CIDIP faculta o recurso à lei mais favorável de entre outras quatro legislações, além da lei do país do domicílio do consumidor, e, como veremos no texto, o artigo 4º faculta a aplicação de uma quinta lei, que seja mais vinculada com a hipótese e que seja mais favorável ao consumidor. Reproduzo o texto do artigo 2º em sua versão original, sublinhando dois detalhes para questionamento:

“1. *Los contratos y las transacciones realizadas en las que participen consumidores, especialmente los contratos celebrados a distancia, por medios electrónicos, de telecomunicaciones o por teléfono, encontrándose el consumidor en el país de su domicilio, serán regidos por la ley de ese país o por la ley que fuera más favorable al consumidor, a elección de las partes, sea la ley del lugar de celebración del contrato, la ley del lugar de ejecución, de la prestación más característica, o la ley del domicilio o sede del proveedor de los productos o servicios”.*

Minhas dúvidas são as seguintes: 1) porque deve o consumidor estar “*en el país de su domicilio*”? Imaginemos que cidadão domiciliado no Brasil, passa uma temporada na Bolívia, onde adquire à distância, via eletrônica, um aparelho de som, produzido e vendido na Venezuela. Não estará coberto, enquanto continuar na Bolívia, pelo disposto no artigo 2º do projeto, por não se encontrar no país de seu domicílio? 2) O projeto estende ao consumidor a proteção para lhe ser aplicada a lei mais favorável dentre as enumeradas no dispositivo, mas diz “*a elección de las partes*”. Se a proteção lhe é estendida pela norma legal, porque deverá o vendedor participar da escolha da lei mais favorável, o que não é de seu interesse?

(III). As Convenções de Roma, de 1980, e da Haia, de 1986, estabelecem a validade formal do contrato de acordo com a lei do local da sua realização (I), ou pela lei determinada nas convenções para a substância do ato (II)^{58, 59}.

Locus regit actum se refere à forma extrínseca do ato jurídico, o meio de tornar o ato ou contrato visível, atestar e provar a sua existência. Não se aplica à forma do processo, que se submete à *lex fori*, nem à forma de publicidade, que se rege pela lei do local onde o ato deve ser conhecido pelos terceiros, no caso de imóveis, a lei da situação da coisa, nem tampouco às formas habilitantes, que obedecem à lei pessoal, eis que ligadas à questão da capacidade⁶⁰.

No direito brasileiro, encontramos na Consolidação de Teixeira de Freitas os seguintes dispositivos:

Artigo 406 — As leis e usos de países estrangeiros regem a forma dos contratos neles ajustados.

Artigo 407 — Não assim os contratos celebrados por brasileiros nos lugares onde houver cônsul brasileiro, para terem execução no Império.

No seu Esboço⁶¹, Teixeira de Freitas foi extremamente cuidadoso e detalhista:

58 A Convenção de Roma dispõe em seu artigo 9º, que contrato celebrado entre pessoas que se encontram no mesmo país, é formalmente válido se preenchidos os requisitos prescritos pela lei reguladora da substância, ou pela lei do país em que celebrado o contrato e, quando o contrato é celebrado entre pessoas situadas em países diferentes, são aplicáveis, além da lei que regula a substância, as leis de um dos países em que se encontram os contratantes. A Convenção da Haia, de 1986, prescreve as mesmas alternativas em seu artigo 11.

59 João Martins de Oliveira, "A Forma dos Atos Jurídicos no Direito Internacional Privado", pp. 81-82 entende que a regra *locus*, de fonte e caráter costumeiro, admite que as partes escolham para o ato a forma ditada por uma das seguintes circunstâncias de conexão: o lugar do ato, a nacionalidade do agente, o domicílio do agente, o lugar onde está situada a coisa a que se refere o ato, ou a lei do país em que está sendo decidido o litígio referente ao ato.

60 *Id.*, pp. 54-5. Discutiremos mais adiante os aspectos formais de transações relativas a imóveis.

61 A Consolidação das Leis Civis, elaborada por Teixeira de Freitas, teve sua primeira edição em 1858, seguida de várias outras edições. O Esboço do Código Civil foi elaborado e publicado por etapas, na década de 1860. Vide "Estudo Crítico-Biográfico" da vida e obra de Teixeira, por Levi Carneiro, na edição do Esboço publicada pelo Serviço de Documentação do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, em 1952.

Artigo 851 — No que respeita à forma dos atos jurídicos, e solenidades dos respectivos instrumentos, públicos ou particulares, sua validade ou nulidade será julgada pelas leis ou usos do lugar em que os atos se realizaram, se as partes não houverem observado a forma e solenidades das leis do país de seu domicílio.

Artigo 852 — Os atos revestidos da forma e solenidades usadas no lugar em que se realizaram não perdem sua validade, ainda que as partes tenham regressado para o país de seu domicílio.

Artigo 857 — Não procede a disposição do art. 851 quanto à forma dos atos jurídicos e seus instrumentos:

1º Se os instrumentos forem passados no Império pelas pessoas designadas no art. 197, n. 2 (representantes de governo estrangeiro) ou por estrangeiro em seus consulados, caso em que a forma dos atos será julgada pelas leis do respectivo país.

2º Se os instrumentos forem passados por nacionais em país estrangeiro, mas nos consulados do Império, caso em que a forma dos atos será julgada pelas leis do Império.

3º Se os atos jurídicos forem constitutivos ou translativos de direitos reais (art. 19) sobre coisas imóveis ou móveis existentes no Império, caso em que a forma necessária para a aquisição de tais direitos só no Império pode ser satisfeita, e pelas leis do Império ser sempre julgada.

Artigo 858 — Não se refere o disposto no artigo antecedente, n. 3, aos contratos celebrados em país estrangeiro, ainda que tenham por objeto imóveis existentes no Império. A forma destes contratos, como a de todos os outros, será julgada pelas leis e usos do lugar de sua celebração, não obstante que as leis do Império ordenem forma diferente.⁶²

Artigo 1.838 — A recíproca declaração do consentimento pode dar-se:

Entre presentes, isto é, entre partes que tratam em pessoa.

Entre ausentes, por meio de agentes, qualquer que seja a sua denominação; ou por correspondência epistolar.

62 Entende-se que enquanto o artigo 857, par. 3º trata de atos constitutivos ou translativos de direitos reais, já o artigo 858 trata de atos que tenham objetos imóveis mas sem visar a constituição ou transferência de direitos reais.

Artigo 1.935 — A forma dos contratos entre presentes (artigo 1.838) será julgada pelas leis e usos do lugar em que eles foram concluídos (artigo 1.839), guardando-se a tal respeito o disposto nos artigos 851 a 858.

Artigo 1.936 — Sobre a forma dos contratos entre ausentes (art. 1.838) observar-se-á o seguinte:

1º Se forem feitos por instrumento particular assinado por uma das partes, sua forma será julgada pelas leis do lugar indicado na data do instrumento.

2º Se forem feitos por instrumento particular assinado em vários lugares, ou por via de agentes, ou por correspondência epistolar; sua forma será julgada pelas leis do lugar que forem mais favoráveis à validade do contrato.

Desta sucessão de normas, resulta o império da lei do local da realização do ato/contrato, admitida a aplicação da lei do domicílio das partes, abrindo-se uma exceção para os documentos firmados por diplomatas ou por qualquer pessoa no consulado de seu país, quando a lei deste será obrigatória, e outra exceção, relativa aos atos constitutivos ou translativos de direitos reais existentes no Brasil, realizados em qualquer jurisdição, quando se há de aplicar a lei brasileira e, finalmente, para o contrato entre ausentes, assinado em mais de um lugar, propõe-se a aplicação da lei mais favorável à validade do contrato, seguindo o princípio do *favor negotii* que estudamos no capítulo II.

A Introdução ao Código Civil de 1916 dispôs no artigo 11 que:

A forma extrínseca dos atos, públicos ou particulares, reger-se-á segundo a lei do lugar em que se praticarem⁶³.

E a Lei de Introdução ao Código Civil de 1942 assim regula a matéria no artigo 9º, par. 1:

Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

Muito mais apropriada a redação de 1916 ao enunciar a regra *locus*

63 O artigo 12 dispôs que “Os meios de prova regular-se-ão conforme a lei do lugar onde se passou o ato ou fato que se tem de provar”, uma vez que a prova do ato jurídico se baseia na forma do mesmo.

regit actum de forma direta e bilateral, ao invés da maneira indireta/incompleta, e unilateral como posta em 1942. Indireta/incompleta, porque aparece como uma concessão ou exceção, ou seja, como norma acessória à regra principal do dispositivo, que exige a observância da lei brasileira para forma essencial de obrigação a ser executada no Brasil. Unilateral porque só trata de ato realizado no exterior e não de atos efetuados no Brasil.

A falta de tratamento direto levou autores a afirmar que na LICC não temos um dispositivo consagrando a *locus regit actum*, justamente porque, sendo um princípio consagrado, não há necessidade de positi-vá-lo por meio de uma norma expressa⁶⁴.

Dispositivo conexo é o artigo 13 ao dispor que:

A prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro rege-se pela lei que nele vigorar, quanto aos ônus e aos meios de produzir-se, não admitindo os tribunais brasileiros provas que a lei brasileira desconheça.

64 Espínola e Espínola, *op. cit.*, p. 577/8, onde dizem: “... a regra *locus regit actum* tem o prestígio de princípio seguido pela doutrina e pela jurisprudência, mesmo onde não está imposta por determinação expressa da lei”. E adiante, à p. 586 os autores dizem que a não reprodução dos termos do artigo 11 da Introdução anterior se deu para salientar que se trata de uma regra facultativa. Não há contradição entre estas duas afirmações dos autores: de um lado a *locus regit actum* é um princípio consagrado mas, por outro lado, também temos o princípio da autonomia da vontade, que garante a liberdade de pactuar, inclusive de escolher outra forma para os atos jurídicos que não os prevalentes no local da contratação. João Martins de Oliveira, *op. cit.*, p. 81, também comenta que o silêncio da lei de 1942 visou deixar caracterizada que a *locus regit actum* não é imperativa.

A matéria se esclarece com a palavra da própria comissão que preparou o projeto transformado na Lei de Introdução ao Código Civil, que, respondendo a críticas lançadas ao texto, fez publicar uma série de considerações para “esclarecimento do assunto”, cujo texto foi reproduzido em “Arquivos do Ministério da Justiça”, Ano I, n. 1, de junho de 1943, às pp.44 e ss. À p. 58, sobre forma dos atos jurídicos se lê:

“A propósito da forma dos atos jurídicos, como já se tenha estranhado a ausência de regra similar à do art. 11 da antiga Introdução, a Comissão aproveita a oportunidade para esclarecer que não introduziu alteração básica no sistema antigo, ainda que abolisse o texto que gerava fundas controvérsias sobre o caráter obrigatório ou facultativo da regra tradicional. Mas de vários preceitos novos resulta a validade dos atos praticados pela forma estabelecida no lugar em que foram praticados, embora sem rigorosa obrigatoriedade do seu cumprimento”.

Como a prova de um fato ou ato jurídico depende da forma empregada, temos, de forma mais clara do que no artigo 9º, par. 1, a consagração da *locus regit actum*, ainda que também aqui de forma unilateral, mas, como redigido de forma direta, fica o intérprete com liberdade para bilateralizá-lo, como sói acontecer com dispositivos do direito internacional privado.

Há de se reconhecer que a bilateralização neste caso é evidente: se a forma de ato ou contrato realizado no exterior se rege pela lei do local de sua realização, com igual ou mais razão ainda, obedecerá à lei brasileira, o ato ou contrato materializado no Brasil.

Neste tema cabe-nos seguir a lição de Amílcar de Castro, no sentido de que, como o artigo 11 da antiga Introdução tem norma expressa sobre a lei do local para a forma, isto se mantém no regime da nova Introdução, pelo princípio da continuidade das leis, consagrado pelo artigo 2º da mesma LICC⁶⁵.

Seria a norma *locus regit actum* dependente da *lex loci contractus*, ou seja, será que esta decide sobre aquela?

Pontes de Miranda assim sustenta:

É preciso saber-se qual a lei competente para reger o fundo, a fim de se saber qual o destino da regra *locus regit actum*. Vale dizer: a fim de se saber se existe, ou não; no caso de existir, se é imperativa, ou não, se é imperativa no continente e facultativa no conteúdo, ou se foi deixada livre escolha de lei de forma⁶⁶.

Wilson de Souza Campos Batalha reproduz este trecho pontiano e aplaude a tese:

Parece-nos indubitável o acerto deste último ensinamento. A lei que rege a substância não só dirá o que constitui fundo, como também o que constitui forma, e ainda se o preceito *locus regit actum* é imperativo ou facultativo e quais os limites desta facultatividade⁶⁷.

Observe-se que, embora manifestando concordância com Pontes, e resumir sua opinião, Batalha não alude ao primeiro ponto, de que

65 Amílcar de Castro, "Direito Internacional Privado", 2º vol. da edição de 1956, p. 323.

66 Pontes de Miranda, "Tratado de Direito Internacional Privado", tomo I, p. 528.

67 Wilson de Souza Campos Batalha, "Tratado Elementar de Direito Internacional Privado", vol. II, p. 211.

dependemos da lei que rege o fundo do contrato, para saber "se existe ou não" a regra *locus regit actum*. E esta afirmação de Pontes é realmente de mui difícil aceitação, pois *locus regit actum*, como vimos, é um princípio universalmente consagrado, não se vislumbrando como possa a lei interna, competente para a matéria de fundo, negar este princípio e decidir que ele "não existe".

Por outro lado, Batalha diz algo que nos parece muito apropriado, mas que não está nesta passagem de Pontes: a lei que rege a substância dirá o que constitui fundo e o que constitui forma, ou seja, a qualificação que distingue estes dois aspectos do contrato, seria definida pela lei que rege a substância, podendo-se entender que esta colocação está em consonância com a regra do *caput* do artigo 9º da LICC, de que a lei do país onde se constituiu a obrigação rege a sua qualificação, que pode, perfeitamente, estender-se à qualificação interna do ato, distinguindo forma de fundo.

Quanto à questão principal, se a validade formal depende da lei que rege a substância, entendemos serem questões independentes, ou seja, mesmo se a lei que rege a substância, por absurdo, não admitir a regência da forma pela lei do local da realização do ato, exigindo que ela, lei da substância também deve governar a parte formal do ato jurídico, isto não deverá ser respeitado em uma terceira jurisdição. Ilustremos com a seguinte hipótese: Um contrato firmado em país A, em que as partes escolheram a lei do país B para reger a substância do contrato, ou em que esta lei seja competente por sua maior proximidade à transação. Ocorre um litígio que se processa em país C. O Réu questiona a validade formal do contrato, que não teria atendido aos requisitos formais estabelecidos pela lei do país A, local da realização do contrato, nem foi pelas partes adotada uma forma válida em outra legislação. O tribunal deverá, primeiramente, atentar para a lei do país B, a fim decidir se a falha inquinada realmente é de natureza formal — na conformidade da proposição de Batalha — e, se assim for, decidirá sobre a matéria formal de acordo com a lei do país A — *locus regit actum* — ou de acordo com a lei do país B — que rege a substância do contrato — optando, entre estas duas, pela lei que considerar o ato realizado entre as partes como formalmente válido, conforme prescrito nas convenções de Roma e da Haia, consultando, a final, a lei do país B para julgar a substância e os efeitos do contrato. Mas nada obriga o juiz a julgar a validade formal do contrato pela lei do país B, por ser a lei que rege a sua substância, ou pela lei do país A, porque a lei

do país B determina a imperatividade da norma *locus regit actum*, como pretende Pontes de Miranda.

Locus regit actum é uma norma básica do direito internacional privado, de fonte costumeira, não dependendo, a rigor, de estar expressamente declarada no direito internacional privado positivo. Todos os sistemas jurídicos aceitam que a forma dos atos, dos contratos, dos negócios jurídicos, é regida, em princípio, pela lei do país em que realizados, ressalvada a escolha de outra lei por opção das partes contratantes ou por alternativa oferecida no direito positivado, como é o caso das Convenções de Roma e da Haia, que admitem também a competência da lei que rege a substância do contrato. Isto não fica na dependência da *lex loci contractus*, pois ambas — a *lex* do *actum* e a *lex* do *contractus* provêm da mesma fonte, da mesma origem — o direito internacional privado no seu sentido mais lato.

Tomemos o caso do direito internacional privado francês: a substância, a essência, o fundo do contrato é regido pela *lex loci solutionis* — a lei do local onde o contrato deverá ser cumprido —, mas, no que tange à forma, a *locus regit actum* comanda que se aplique a lei do país onde o ato original foi realizado, e assim, quando as partes não tiverem optado por forma utilizada em outro sistema jurídico, um contrato firmado na França, seguirá a legislação francesa em matéria de forma e a lei do país onde deve ser cumprido, para as matérias de sua substância e efeitos. E como a *locus regit actum* é universalmente reconhecida e respeitada, não há preocupação de que, por força da lei estrangeira que rege a substância do contrato, se apresente algum problema quanto à sua validade formal, por não ter seguido a *lex contractus*, e sim a lei do país onde realizado o ato⁶⁸. Pontes diz que a *lex loci contractus* dirá se existe uma *locus regit actum*, o que redundaria em um absurdo.

68 Veja-se a decisão da Corte de Cassação francesa de 28 de maio de 1963, acórdão *Chaplin*, no sentido de que a regra *locus* não se opõe a que “*les contrats internationaux soient passés en France sous une forme prévue par la loi étrangère qui les régit au fond*” (*Repertoire Dalloz Droit International*, vol. I, 1968, pp. 571/2) que demonstra que a regência pela *lex loci solutionis*, da substância do contrato, e também da sua forma, pode ocorrer como exceção, pelo que podemos perfeitamente deduzir que, via de regra, no sistema jurídico francês, os dois aspectos jurídico-internacionais dos contratos — fundo e forma — são regidos por legislações diversas. Henri Batiffol, o autor do verbete sobre “*Contrats et Conventions*” do *Repertoire*, pondera que não se deve ampliar o número de casos em que a forma e o fundo obedecem a duas leis diferentes, diante da dificuldade de traçar o limite entre estes dois domínios, o que indica que, em princípio esta

Veja-se as Disposições Gerais do direito italiano de 1865, que ainda vigiam em 1935, quando Pontes de Miranda publicou sua obra. Em seu artigo 9º dispunha que a forma extrínseca dos atos entre vivos é regida pela lei do lugar em que efetuados⁶⁹. No mesmo artigo determinava que a substância e os efeitos das obrigações são governados pela lei do Estado estrangeiro do qual ambos contratantes sejam nacionais⁷⁰. Temos aí hipótese de uma lei regendo a forma, outra lei regendo a substância, ambas por determinação do direito internacional privado interno, não se verificando hegemonia da lei aplicável à substância sobre a lei aplicável a forma, como pretendia Pontes.

Na equação pontiana, em hipótese de contrato firmado por franceses na Itália, a lei do país da nacionalidade dos contratantes deveria ser consultada, se aceita que se aplique a lei do lugar da feitura do contrato para reger sua forma.

Ainda para demonstrar a independência da *locus regit actum*, vejamos as convenções modernas.

A Convenção de Roma dispõe no artigo 9º, que um contrato celebrado entre pessoas que se encontram no mesmo país, é formalmente válido, se preencher os requisitos de forma prescritos pela lei reguladora da substância, aplicável por força da convenção, ou se atender à forma da lei do país em que foi celebrado, enquanto que para o contrato entre ausentes, a validade formal será regida pela lei reguladora da substância aplicável por força da convenção, ou da lei de um dos países em que se encontram as partes.

A seguir o critério de Pontes, caberia ao direito do país que a convenção declarou competente para a substância do contrato, estabelecer que lei irá reger sua validade formal.

Mas não foi este o caminho seguido pela convenção, que entendeu caber-lhe estabelecer não só a lei aplicável à substância, como também à forma.

diversificação de normas reguladoras ocorre. Vemo-lo também em Bernard Audit, “*Droit International Privé*”, n. 821, p. 650, onde diz que “*le choix d'une forme qui ne soit ni celle du lieu de conclusion ni celle de la loi applicable au fond pourrait être inspiré par le désir d'échapper aux contraintes de ces lois...*”.

69 “Art. 9 — *La forme estrinseca degli atti tra vivi e di ultima volontà sono determinate dalla legge del luogo in cui sono fatti...*”.

70 “*La sostanza e gli effetti delle obbligazioni si reputano regolati dalla legge del luogo in cui gli atti furono fatti, e, se i contraenti stranieri appartengono ad una stessa nazione, dalla loro legge nazionale*”.

O mesmo critério se encontra na Convenção da Haia, de 1986, sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Venda Internacional de Mercadorias, na qual, depois de estabelecer, no artigo 8º, a lei aplicável à substância do contrato, fixa as leis competentes para a validade formal, no artigo 11. Também assim foi estruturada a Convenção Inter-Americana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, de 1994, que contém dispositivos independentes, com normas diversas, sobre a lei que rege o contrato (artigo 9º) e a lei que rege a validade formal (artigo 13).

Voltando no tempo, vimos que no Tratado de Direito Civil Internacional de Montevideú, de 1939/40, a forma e solenidades dos atos jurídicos se regem pela lei do lugar em que são celebrados (artigo 36), enquanto que a lei do lugar onde os contratos devem cumprir-se, rege sua existência, natureza, validade, efeitos, conseqüências, execução e tudo que concerne aos mesmos (artigo 37).

Mesmo o Tratado de Direito Civil Internacional de Montevideú de 1889, que declara competente a lei do lugar em que o contrato deve ser cumprido, tanto para forma como para o fundo (artigos 32 e 33)⁷¹, esta coincidência foi determinada pela convenção, o que não seria necessário se a *lex contractus* fosse soberana para decidir sobre a *lex actus*.

Quanto à autonomia da vontade, que permite às partes a escolha da lei aplicável, estudada nos capítulos II, V e VII, geralmente a opção que se faz nos contratos se refere, ainda que não expressamente, à lei que irá reger as questões de fundo, a substância do contrato, seus efeitos, sua interpretação, sem afetar a forma, que seguirá obedecendo as normas da lei do local de sua realização, a não ser que as partes optem, voluntariamente, por forma de outro sistema jurídico.

Para uma escolha válida de forma diversa da que se aplica no local do ato, as partes deverão empregar forma prevalecente em um sistema jurídico estrangeiro, que tenha alguma relação com o contrato, seja do país cuja lei rege o direito pessoal dos contratantes, seja daquele que governa o fundo do contrato, como vimos no início do capítulo⁷².

71 Oscar Tenório, *op. cit.*, p. 187 critica este critério do tratado, pois que a forma do contrato está sujeita, "por princípio consagrado", à regra *locus regit actum*.

72 Clóvis Beviláqua, "Princípios Elementares de Direito Internacional Privado", p. 258:

Sendo opcional a forma utilizada no contrato, não há que se falar em fraude à lei, na hipótese de brasileiros, ou domiciliados no Brasil, que se dirigem a outro país, para ali celebrar ato ou contrato, de acordo com as formas locais, não obstante alguns doutrinadores entendem que nesta hipótese o ato seria nulo⁷³.

O Parágrafo 1º do Artigo 9º

Ao dispor que "destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato", o dispositivo do parágrafo 1º do artigo 9º da LICC exige cuidadosa reflexão jurídica, do ponto de vista do direito substantivo.

Cabe, primeiramente, criticar a redação do dispositivo que fala em "admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato". Não se trata de "peculiaridades", mas dos requisitos que a lei estrangeira estabelece para a válida formação do ato jurídico; fica, no entanto, consagrado na lei introdutória, ainda que de forma velada, a norma da *locus regit actum*⁷⁴.

Uma importante distinção entre os diplomas de 1916 e de 1942 se refere à forma do ato realizado no exterior, quando ele se destina a ser executado no Brasil, se aceitarmos o comentário de Beviláqua ao artigo 13, parágrafo único, inciso I, da primeira introdução, de que, em ato realizado no exterior, a forma — toda ela — devia seguir a lei do local da execução, se este fosse o Brasil⁷⁵, o que foi modificado

"... não quer dizer que a regra tenha um caráter imperativo; quer dizer que ela foi aceita como se aceita um conselho, e que a forma impressa de acordo com a lei do lugar deve ser acatada como válida e boa, onde for apresentada. Se as partes que celebram o ato forem de nacionalidades diferentes, a lei local quanto à forma será muito naturalmente a adotada, porque aí surgiu o ato para a vida jurídica, mas perante a comunhão de direito, na sociedade internacional, não repugna aceitar a lei de qualquer das partes. O de que a sociedade internacional precisa é de uma lei e não há razão para não se admitir que as partes concordem em aceitar uma das que são igualmente competentes."

73 Vide Wilson de Souza Campos Batalha, vol. II, pp. 211/2, onde cita opiniões no sentido da nulidade em hipótese como a descrita no texto.

74 Clóvis Beviláqua entendeu que a nova Lei de Introdução ao Código Civil "não menciona a regra *locus regit actum*, mas pressupõe-lhe a existência e não poderia eliminá-la sem mutilar um elemento do Direito Internacional Privado". Vide sua "Teoria Geral do Direito Civil", 7ª edição, p. 227.

75 Clóvis Beviláqua, em seu comentário ao código, p. 112: "Como é de razão, o preceito do n. I impõe a obediência à lei brasileira, quando o contrato, por seu

pelo artigo 9º da segunda introdução, ao aceitar as formas da lei do local em que o ato se constitui.

O mais difícil na disposição da LICC de 1942 é a distinção que traça entre os requisitos extrínsecos do ato e o que a lei chama de “forma essencial”, e para isto temos que recorrer ao direito civil.

A LICC foi promulgada para servir de introdução ao sistema jurídico brasileiro em geral, mas não deixa de ter íntima relação com o Código Civil de 1916. Neste as referências são à “forma especial” (artigos 129, 130 e 136)⁷⁶; somente no artigo 145, que trata da nulidade do ato jurídico, o inciso n. IV se refere à hipótese de preterição de “alguma solenidade que a lei considere essencial a sua validade”, que foi interpretado diversamente pelos mestres do direito civil brasileiro.

O “essencial” do artigo 145, IV e o “especial” dos artigos 129, 130 e 136 seriam a mesma coisa? Não está claro. Veja-se nas lições de San Tiago Dantas, que forma essencial pode ser interpretada como algo que vai muito além da forma, propriamente dita, do ato jurídico, sendo algo que diz respeito ao conteúdo interno do ato, como a necessidade de outorga uxória, quando marido concede fiança⁷⁷. Não deve

fim ou por seu objeto, somente no Brasil se deva cumprir. Neste caso, a lei do lugar da execução rege tanto o modo por que esta se efetua, quanto a forma, a substância e os efeitos das obrigações decorrentes do ato”. Em sua obra sobre o DIP, pp. 260/1, Clóvis critica o legislador, que não atendeu a que o reconhecimento da regra *locus regit actum* é uma expressão da harmonia e do respeito que deve existir entre os povos cultos e a que, aderindo francamente a essa regra, concorreria para facilitar o advento e dilatar o âmbito da comunhão jurídica”.

76 “Artigo 129 — A validade das declarações de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir (artigo 82)”. “Artigo 130 — Não vale o ato, que deixar de revestir a forma especial, determinada em lei (art. 82), salvo quando esta comine sanção diferente contra a preterição da forma exigida”. “Art. 136 — Os artigos jurídicos a que se não impõe forma especial, poderão provar-se mediante...”

77 San Tiago Dantas, *op. cit.*, edição prefaciada por José Gomes Bezerra Câmara, Parte Geral, em que se lê à p. 329/330:

“Em 3º lugar temos o ato nulo pela falta de um requisito de forma ou de solenidade essencial. Há atos para os quais a lei prescreve uma forma determinada, uma forma que pode ser a escritura pública, que pode ser a forma escrita, que pode ser, enfim, qualquer modalidade especial de manifestação da vontade. Nesse caso, o ato é nulo por falta de forma, precisamente porque a forma é essencial, é substancial ao ato. A isso a lei acrescenta: pela omissão de uma solenidade essencial.

A palavra solenidade precisa ser, aqui, interpretada com muito rigor, porque é claro que o legislador está opondo solenidade à forma e, na linguagem jurídica,

ser a isto que a lei introdutória se refere, quando fala na forma essencial da lei brasileira, a ser observada, quando a obrigação se destinar a ser executada no Brasil.

Para Clóvis Beviláqua, a solenidade essencial que afeta a validade do ato, como determinado pelo artigo 145, se referiria ao instrumento feito por oficial incompetente, sem data e designação do lugar, sem subscrição das partes e das testemunhas, ou que não foi lida às partes e testemunhas⁷⁸. Também não parecem ser estas as hipóteses que estariam na *mens legis* da LICC.

Não acompanhamos a interpretação de Amílcar de Castro, de que o parágrafo 1º do artigo 9º da Lei de Introdução estaria visando requisitos sem os quais a obrigação não chega a existir, exemplificando com a escritura pública para a venda de imóveis acima de determinado valor, caso em que, se o imóvel for situado no Brasil e, sendo vendido no estrangeiro, deverá o contrato ser feito por escritura pública, de acordo com a exigência do direito brasileiro⁷⁹, esquecido o ilustre autor que em muitos países não existe a forma da escritura pública⁸⁰.

freqüentemente, se aproximam estes dois conceitos. Na verdade, porém, solenidade está sendo considerada aqui, com um sentido muito amplo, para indicar qualquer exigência, qualquer requisito intrínseco do ato — não um requisito exterior, não o ser lavrado por tabelião, ou o ser lavrado em instrumento particular, mas um requisito interno, um requisito intrínseco do ato, por ex., o marido que der fiança sem a autorização de sua mulher, sem aquilo que se chama outorga uxória, pratica um ato do qual falta uma solenidade fundamental. Quer dizer: um requisito intrínseco, um elemento sem o qual o ato não se pode formar. O mesmo se pode dizer de todos os outros atos jurídicos para a validade dos quais a lei cria requisitos que devem ser observados na sua prática. Portanto: solenidade vai, aqui, como sinônimo de elementos, de exigências feitas pela lei ou, se o quiser-se, exprimindo-se de modo mais rigoroso, como *forma intrínseca*”. O mesmo trecho é encontrado na edição da Editora Forense, de 2001, revista e atualizada por Gustavo Tepedino e outros, p. 279.

Nos comentários de Oscar Tenório à LICC, p. 337 lemos: “A forma essencial a que se refere o texto legal é a forma necessária à validade do contrato. É elemento associado, de certa maneira, ao elemento intrínseco”.

78 Clóvis Beviláqua, em seu comentário ao código, *op. cit.*, p. 332.

79 Amílcar de Castro, *op. cit.*, pp. 424/5.

80 Comentando a Introdução de 1916 criticava-a Clóvis em sua obra sobre o DIP, p. 261, ao observar que é uma falsa idéia pensar que se a escritura pública for da substância do ato, não produzirá efeito no Brasil o instrumento particular, porque se o ato não exigir, no estrangeiro, forma autêntica, e no lugar não houver cônsul, não poderia o brasileiro realizá-lo.

Uma maneira de interpretar o dispositivo em questão é, efetivamente, referi-lo à hipótese de bem imóvel sito no Brasil, vendido no exterior, mas objetivando algo diverso do que o concebido pelo ilustre professor de Belo Horizonte. As formas extrínsecas ("peculiaridades da lei estrangeira", como formulado pela LICC) — instrumento público ou privado, número de testemunhas, maneira de redigir, língua utilizada — serão regidas pela lei do local da realização do ato, ressalvado o direito das partes de utilizar a forma prescrita pela lei brasileira, na medida em que possa ser operacionalizada no exterior, valendo-se as partes, em assim desejando, da assistência do consulado brasileiro (quando pretenderem que o documento seja lavrado em livro público), mas — aí vem a expressa determinação do parágrafo 1º do artigo 9º — tendo que ser observada a forma essencial do direito brasileiro, no caso, a transcrição do documento (uma vez traduzido), no registro imobiliário competente. Assim, o divisor fica entre o direito obrigacional — pela lei do local do ato — e o direito real — pela lei do local do bem, ou seja *locus regit actum v. lex rei sitae*⁸¹. Isto porque a

81 Valho-me de Clóvis Beviláqua, no volume I de seus comentários ao Código Civil, que assim escreve à p. 111:

"Forçoso, porém, é distinguir entre a obrigação de constituir ou transferir um direito real e o ato constitutivo ou translativo desse direito. A obrigação resulta de um contrato ou de uma declaração unilateral da vontade, e obedece a um certo número de normas particulares que formam uma das grandes divisões do direito civil, o direito das obrigações. O ato constitutivo ou translativo do direito real, a transcrição no registro de imóveis e a tradição dos móveis, obedece a outras regras, que são as do direito das coisas."

Resulta desta observação que, em direito internacional privado, o contrato de alienação obedece à regra *locus regit actum*, enquanto que a tradição e a transcrição, necessárias à transferência no plano do direito real, operam-se no lugar da situação do bem, e segundo a lei aí vigente.

Em seu "Princípios Elementares de Direito Internacional Privado", p. 248, Clóvis resume: "a ciência reconhece dois momentos sucessivos, o da obrigação contraída e o da alienação realizada, o título e o modo de adquirir". Oscar Tenório em seus comentários à Lei de Introdução, p. 338 fala na necessidade de escritura pública para contratos relativos a direitos reais sobre imóveis sitos no Brasil, mas invoca Hahnemann Guimarães, que opina pela aceitação de documento lavrado nos Estados Unidos por um notário, embora este não seja um oficial público, mas um particular investido do poder de autenticar instrumentos.

Em suma, a parte contratual, obrigacional, *ad rem*, será regida pela lei que vige no local do ato, enquanto que a parte real, *in rei*, será governada pela lei do local da situação do bem, a *lex rei sitae*.

transferência da propriedade só se dá com a transcrição imobiliária no competente ofício de Registro de Imóveis.

Diversamente de certa doutrina⁸², entendemos que *locus regit actum* é uma regra de conexão e não um princípio, eis que não é obrigatória, pois as partes têm liberdade de contratar de acordo com formas diferentes das utilizadas no local do ato. Só que esta regra tem como consequência, que as formas utilizadas no local da contratação, ou da realização do ato, serão respeitadas internacionalmente. Aí estamos diante de uma manifestação de direito adquirido, que assume foros de princípio. É isto que dizia o Professor Oscar Tenório, "o que caracteriza o princípio *locus regit actum* é o seu valor internacional: o ato constituído quanto à forma nos termos da lei local, é válido em qualquer parte"⁸³. Em outras palavras, seguir as formas usuais do local, para validar o ato — esta é uma regra. Seu reconhecimento internacional — insere-se no princípio dos direitos adquiridos.

Voltando ao fundamento da norma internacionalmente praticada, escreveu o Desembargador mineiro João Martins de Oliveira em seu rico ensaio sobre o tema:

Teoricamente, não se encontram razões para a construção da regra *locus*. Seu fundamento reside apenas em motivo de conveniência aos interesses das partes e em segurança oferecida ao juiz, incumbido de examinar o ato de uma complexa relação jurídica. É orientação prática que os sistemas de direito internacional privado reconhecem útil, na solução dos casos nos quais ocorre a interferência de vários elementos de conexão, quando o ato praticado no estrangeiro é apresentado ao fórum⁸⁴.

O Professor Luiz Olavo Baptista indaga se, ao aplicar a lei do país em que realizado o ato jurídico, quanto à sua forma, deverá o juiz estrangeiro considerar as exigências fiscais da *lex actus*, como papel timbrado, selos, estampilhas, registro fiscal e outras?⁸⁵ A resposta estaria na questão da possibilidade de colaboração fiscal entre os diversos países, sobre a qual discorreremos no capítulo III, em relação à ordem pública de caráter realmente internacional.

82 Vide Régine Genin-Meric, "*La Máxime Locus Regit Actum — Nature et Fondement*", pp. 148 e 167 e ss.

83 Oscar Tenório em seus Comentários à LICC, p. 337.

84 João Martins de Oliveira, *op. cit.*, p. 77.

85 Luiz Olavo Baptista, "*Dos Contratos Internacionais — Uma Visão Teórica e Prática*", p. 77.

A prova, por estar intimamente ligada à forma utilizada, pois é esta que possibilita a apresentação daquela, será regida pela lei do lugar em que realizados os atos e os contratos. É uma decorrência do *locus regit actum*, e assim vem disposto no artigo 12 da Introdução de 1916⁸⁶ e no artigo 13 da LICC, que já comentamos acima, o qual faz a ressalva da inadmissibilidade de provas que a lei brasileira desconheça, significando provas que atentem contra nossa ordem pública.

Projetos de Substituição da LICC

O Projeto Valladolid cuidou da forma dos atos em seção desvinculada da parte que cuida do direito das obrigações, por abranger todo tipo de ato jurídico, assim dispondo:

Art. 29 — A forma extrínseca dos atos públicos ou particulares rege-se segundo a lei do lugar em que se praticarem, se não for observada quer a forma da lei reguladora da substância do ato, quer a da lei da nacionalidade ou do domicílio do declarante ou, comum, dos contratantes⁸⁷.

Par. 1º — Os atos de direito das coisas, sobre bens sitos no Brasil, serão sempre realizados no território nacional de acordo com a lei brasileira⁸⁸.

86 Artigo 12 — “Os meios de prova regular-se-ão conforme a lei do lugar onde se passou o ato ou fato que se tem de provar”.

87 Na Justificação, diz Valladolid que, “o texto do anteprojeto, admitindo, assim, a validade da forma do ato se obedeceu a uma das quatro leis, *lex loci, lex causae*, lei nacional ou lei do domicílio, atende, no campo do DIP, à orientação contemporânea de evitar nulidades por simples vício extrínseco...”.

88 Aqui Valladolid segue a orientação de Freitas, em seu Esboço, artigo 857, n. 3, acima reproduzido, mas sem a clareza deste, eis que Freitas inseriu outro dispositivo, no artigo 858, em que consagra a validade dos atos realizados conforme lei do local, o que nos levou a distinguir, em nota ao texto, entre a forma do ato e a transferência da propriedade, aquela pela lei do local do ato, esta pela lei do local do bem. Esta distinção aparece na Justificação, onde Valladolid esclarece que “este parágrafo consagra exceção para a forma dos atos e instrumentos concernentes ao direito das coisas, constitutivos, modificativos, extintivos da propriedade ou de outros direitos reais, sujeitando-os à forma da lei brasileira se tem por objeto bens sitos no Brasil”. Mas não fica claro por que estes atos tenham sempre que se realizar no Brasil. Não vejo objeção a que se processem em consulado brasileiro e até perante tabelião estrangeiro, desde que tenha as mesmas funções que os oficiais brasileiros. O importante é a maneira de efetuar o ato, não o local em que se processa. Mas o melhor sistema é aquele que já comentamos, que admite o documento relativo à transação imobiliária realizada no exterior, de acor-

Par. 2º — Não serão nulos no Brasil, por defeito de forma extrínseca, atos que seriam válidos segundo a lei brasileira⁸⁹.

O Projeto de lei 4.905/1995 dispõe no par. 3º do artigo 11:

A forma dos atos e contratos rege-se pela lei do lugar de sua celebração, permitida a adoção de outra forma aceita em direito, que tenha vinculação com o ato ou contrato.

O projeto de lei n. 269, do Senado, que se baseia no Projeto de lei 4.905, omitiu a última oração, que se refere à vinculação com o ato ou contrato, o que é certo, eis que a liberdade de escolha não está condicionada à vinculação da lei escolhida com o ato ou contrato.

Sobre bens sitos no Brasil, o Projeto de lei 4.905 assim dispôs:

Par. 4º — Os contratos realizados no exterior sobre bens situados no País, ou direitos a eles relativos, serão registrados no Brasil, desde que atendidos os requisitos de forma estabelecidos no parágrafo anterior.

Como os requisitos de forma constituem matéria de livre escolha dos contratantes, a exigência de que tenham sido “atendidos os requisitos de forma” foi modificada pelo projeto n. 269, no qual a redação do dispositivo assim ficou:

Par. 4º — Os contratos realizados no exterior sobre bens situados no País, ou direitos a eles relativos, poderão ser efetuados na forma escolhida pelas partes, devendo ser registrados no Brasil de acordo com a legislação brasileira.

do com a forma lá existente, desde que o registro (transcrição, inscrição, averbação) — que transfere ou onera a propriedade — se processe no Registro de Imóveis competente no Brasil.

89 Valladolid justifica este dispositivo com o princípio da aplicação da lei mais favorável. Trata a regra, evidentemente, de hipótese de ato realizado no exterior para ter efeitos no Brasil; tendo adotado forma válida no Brasil, mas não utilizada no local em que realizado. A validade deste ato poderia ser fundamentada na autonomia da vontade que, como vimos, se aplica às questões de forma, pela qual a parte ou partes, apesar de realizado o ato no exterior, preferiram utilizar-se da forma existente no Brasil. Valladolid expressou aqui uma regra em forma negativa (“não serão nulos ..”), e justificou-a com o princípio da aplicação da lei mais favorável à validade do ato, quando poderia ter expressado a idéia de maneira positiva, no sentido de que os atos podem adotar forma utilizada em outra jurisdição, por livre escolha das partes, com fundamento no princípio da autonomia da vontade.

Direito Convencional

O Código Bustamante apresenta um conjunto de regras inconsistente e incoerente sobre a questão da forma dos contratos. Em seu artigo 180 determina a aplicação simultânea da lei do lugar do contrato e a da sua execução para a necessidade de outorgar escritura ou documento público, e para fazê-los constar por escrito, em desacordo com a regra *locus* pela qual a lei do local contratual rege a forma independente de outra lei. E em se tratando de atos translativos de direitos reais, a lei do local do bem é a única a ser atendida. A simultaneidade estabelecida no código é, no mínimo, estranha. Quanto à “admissão e eficácia da prova das obrigações”, o artigo 172 sujeita-as à lei que rege a obrigação, o que parece indicar que a forma e conseqüente prova, se regulam pela lei que rege a substância, novamente em choque com a *locus regit actum*. Enquanto isto, o artigo 399 dispõe que para decidir os meios de prova que podem ser utilizados, é competente a lei do lugar em que ato ou fato se realizou, respeitando aqui a *locus regit actum*⁹⁰.

O Tratado de Direito Civil de Montevideú, 1940, dispõe no artigo 36 que as formas e solenidades dos atos jurídicos se regem pela lei do lugar onde se celebram ou outorgam, seguindo assim a norma da *locus regit actum*.

A Convenção de Genebra, de 1931, destinada a regular certos conflitos de leis em matéria de cheques, que o Brasil aprovou, sendo Estado parte, dispõe no artigo 4º que “a forma das obrigações contraídas em matéria de cheques é regulada pela lei do país em cujo território essas obrigações tenham sido assumidas”, na conformidade da *locus regit actum*. A validade de outra opção pelas partes vem confirmada na segunda parte do mesmo dispositivo: “Será, todavia, suficiente o cumprimento das formas prescritas pela lei do lugar do pagamento”.

Os Princípios no DIP Contratual Brasileiro

Indagamos no início deste capítulo se o princípio da proximidade

90 E no mesmo sentido dispõe o artigo 402, que os documentos assinados em cada um dos Estados contratantes terão nos outros o mesmo valor em juízo que os assinados naquele, desde que, entre outros requisitos, quando da assinatura, se tenha observado as formas e solenidades estabelecidas no país onde se realizaram os atos ou contratos.

e os demais princípios cardinais do DIP, descritos nos capítulos II e IV, terão algum peso no nosso sistema jurídico.

Em primeiro lugar, no direito positivo registra-se respeito pelo princípio da autonomia da vontade, tanto em matéria da forma do contrato, como em matéria de fundo — substância e efeitos — como se verifica do exame que fizemos neste capítulo sobre a forma dos contratos e, no capítulo anterior, sobre o fundo, ao historiarmos a legislação e a doutrina brasileira sobre a escolha da lei pelas partes. A ratificação, pelo Brasil, da Convenção de Genebra, de 1931, sobre conflitos em matéria de cheques, é outra manifestação da prática da autonomia da vontade em matéria de forma, como vimos ao examinar os dispositivos deste diploma.

O princípio da validade também está presente, na medida em que se faculta a utilização de outras formas para o contrato, além da *locus regit actum*.

A adoção pelo Brasil do Protocolo de Buenos Aires, de 1994, sobre jurisdição internacional em matéria contratual, cujo artigo 5º determina a aplicação do direito mais favorável à validade do acordo, é outra manifestação do direito brasileiro com fundamento neste princípio⁹¹.

O Brasil é dos poucos países que ainda não aderiu aos diplomas internacionais que consagram o princípio da aplicação da lei mais próxima à relação jurídica, mantendo em vigor sua mais do que sexagenária lei introdutória, contendo vetustas normas de direito internacional privado.

O Professor Haroldo Valladão, que em geral advogava idéias modernas, avançadas, protetoras, universalistas, não se encantou com a noção da lei mais próxima e, referindo-se à “lei que tem o mais significativo relacionamento” do *Restatement* americano, observou que Savigny não estava longe disto quando falou em “direito mais adequado à própria e essencial natureza da relação, ao qual ela pertence, onde tem sua sede”, mas concluindo com a seguinte crítica:

Resolver todos os conflitos com tais palavras, deixando-os ao Juiz é a anarquia completa no DIP (Kahn Freund chegou a exclamar “*words, words, words*”).⁹²

91 O Brasil aprovou este Protocolo pelo Decreto Legislativo n. 129, de 5 de outubro de 1995, tendo sido promulgado pelo Decreto n. 2.095 de 17 de dezembro de 1996. Vide Nadia de Araújo, Frederico Magalhães Marques e Marcio Monteiro Reis, “Código do Mercosul — Tratados e Legislação”, p.147.

92 Haroldo Valladão, “Direito Internacional Privado”, II, p. 191, citando Otto

Encontramos em San Tiago Dantas uma colocação que fica bem próxima ao princípio da proximidade, quando dizia em suas aulas na Universidade Federal (então Universidade do Brasil):

O critério adotado por nosso legislador varia muito, mas poderão sempre reconhecer que o legislador procurou dar vigência àquela lei que está mais intimamente ligada à construção da relação jurídica, à lei que se terá tido em vista no momento em que a conduta jurídica do indivíduo se definiu⁹³.

A evolução da disciplina no plano internacional demonstra que, dar maior liberdade ao Juiz, para a escolha da lei aplicável, não tem assustado os legisladores e os organismos internacionais, que abraçaram a fórmula da lei mais próxima.

Atualmente, no Brasil, há de se reconhecer que o Princípio da Proximidade está latente, pela assinatura da Convenção Inter-Americana sobre a Lei Aplicável aos Contratos Internacionais, México, de 1994 — que a doutrina brasileira, em peso, tem recomendado seja aprovada e introduzida em nossa legislação — bem como pela apresentação de vários projetos de lei em que se dispõe claramente pela aplicação da lei mais vinculada à relação jurídica. Esta convenção e um destes projetos ainda não se converteram em direito positivo brasileiro por motivos burocráticos menores do Poder Executivo, e por lentidão parlamentar para com as questões legislativas importantes. Mas, no entendimento de nossa sociedade jurídica, de nossa doutrina, o princípio da proximidade é um fator reconhecido, respeitado e recomendado.

Também não há como negar que o Princípio da Autonomia da Vontade é reconhecido pela doutrina brasileira, e que é o desejo da classe advocatícia do país, que o Brasil se junte ao restante do mundo civilizado, levando este princípio à prática, no reconhecimento de que as partes nos contratos internacionais, têm liberdade de escolha da lei aplicável.

Kahn Freund, "La notion anglaise de 'proper law of the contract' devant les juges et devant les arbitres", *REVUE* 1973, 607, 614.

93 San Tiago Dantas, "Programa de Direito Civil — Aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito (1942-1945), edição de José Gomes Bezerra Câmara, p. 102 e edição Gustavo Tepedino e outros, p. 71.

O Princípio da Proteção se destaca entre nós no direito trabalhista internacional⁹⁴ e, em geral, na doutrina que recomenda a lei mais benéfica para menores, incapazes, trabalhadores, consumidores e vítimas de atos ilícitos, inserida nos projetos para substituir a LICC. E no plano convencional interamericano o Brasil está na vanguarda da proteção do consumidor, com o projeto a que nos referimos acima, a ser apresentado à próxima conferência da CIDIP.

Teórica, doutrinariamente, todos os princípios modernos são aceitos em nosso direito internacional privado. Resta concretizar-se a determinação de transformar os anseios da classe jurídica e as necessidades do comércio internacional brasileiro em direito positivo.

94 A legislação trabalhista cuida de proteger os empregados brasileiros em matéria de jurisdição e de lei competente, especialmente daqueles que são contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior.