

Direito Internacional Privado brasileiro esqueceu Teixeira de Freitas



Este artigo foi escrito a convite da Rede de Pesquisa de Direito Civil

Contemporâneo, coordenado pelos ministros do Superior Tribunal de Justiça Luis Felipe Salomão, Antônio Carlos Ferreira e Humberto Martins e pelos professores Ignacio Maria Poveda Velasco, Otavio Luiz Rodrigues Junior, José Antônio Peres Gediel, Rodrigo Xavier Leonardo e Rafael Pefetti da Silva

As partes a um contrato internacional pactuaram a seguinte cláusula: “Este contrato se rege pelo Direito da Inglaterra”. Irrompe um litígio durante a fase de execução do acordo. Uma delas entra com uma ação pleiteando que o juiz brasileiro faça de fato valer aqui a lei inglesa. *Quid iuris?* [\[1\]](#)

Aparentemente a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (L.I.), que concentra boa parte do Direito Internacional Privado (d.int.pr.) brasileiro, estabelece, em seu artigo 9º, a tradicional regra *locus regit actum* como único critério de conexão para os contratos internacionais:

Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

Essa é a leitura que dela faz parte significativa parte da doutrina nacional hodierna, afirmando inclusivamente que o preceito do artigo 9º é de carácter cogente e não pode, por consequência, ser afastado mediante pacto privado [\[2\]](#). Corrobora seu ponto de vista o fato de a redação anterior da lei de introdução haver disposto que as partes poderiam afastar, mediante disposição em contrário, a aplicação desse critério, exceção que foi suprimida no texto de 1942.

A outra parte da doutrina, a saber, a que defende a permanência do princípio do princípio da autonomia da vontade para a eleição da lei aplicável ao contrato no ordenamento jurídico brasileiro, fá-lo às vezes com argumentos pouco convincentes, como a leitura do referido artigo 9º da L.Int. à luz da norma constitucional consignada no inciso II do artigo 5º da Carta de 1988, que garante a todos o direito de não ter de deixar de fazer o que quer que seja senão em virtude de lei.

O fato é que, em função do preceito em comento e da interpretação que lhe fazem aqui os comentadores, o Brasil tornou-se caso emblemático dos poucos países do mundo ainda refratários ao princípio de que as partes são livres para escolher ao direito de que país irão submeter seu contrato, algo que a doutrina internacional há mais de cinquenta anos considera senso comum.

Contudo, algo que tanto uns quanto outros parecem haver perdido de vista é que Haroldo Valladão,

baseando-se na obra de Augusto Teixeira de Freitas, propunha para esse problema uma solução que foge aos contornos da mera discussão sobre o modo correto de interpretar o artigo 9º da L.I.[3] Trata-se do último artigo do Livro I da parte geral do Código Civil de 2002:

Art. 78. Nos contratos escritos, poderão os contratantes especificar domicílio onde se exercitem e cumpram os direitos deles resultantes.

Essa norma reproduz literalmente o artigo 42 do Código Civil de 1917, com base na qual o professor Valladão afirmava a acolhida, pelo Código de Beviláqua, da doutrina do “domicílio especial ou de eleição” desenvolvida por Teixeira de Freitas no artigo 32 de seu “Esboço”:

Art. 32. O domicílio especial será o que as partes elegerem por contrato em relação a certo e determinado negócio.[4]

O domicílio especial contrapunha-se, na lógica do jurista do Império, ao geral — ou seja, ao domicílio como entendido comumente — por dois elementos. Em primeiro lugar, porque o domicílio geral é uno, coisa que o especial não necessita ser. Em segundo lugar, por não poder ser aquele caracterizado por disposição de leis estrangeiras. Esta segunda característica do domicílio geral não é difícil de entender, pois é precisamente o domicílio enquanto *lugar* das pessoas o fulcro do sistema de d.int.pr. de Teixeira de Freitas. Em outras palavras, não pode o domicílio ser determinado pela lei de outro país, pois é com base nele que se vai dizer que lei nacional será aplicada.

A esse respeito, não será inútil recordar que o ensejo para a promulgação da Lei de Introdução ao Código Civil de 1942 foram os problemas que vinha levantando sua antecessora, nomeadamente as dificuldades práticas encontradas pelos tribunais para aplicar uma lei conflitual pautada pelo princípio da nacionalidade. A solução encontrada foi justamente um retorno a Teixeira de Freitas e à sua teoria do domicílio, e é, portanto, dentro deste marco — o marco do direito vigente — que se insere a discussão acerca da aplicabilidade, hoje, dessa teoria.

Quanto ao domicílio especial, não haveria preocupação em garantir sua unicidade ou determinação conforme as regras conflituais nacionais. Não porque não deva ser uno ou determinado, mas porque aqui essa questão não se coloca. Como se lê no artigo 32 do Esboço, transcrito acima, o domicílio de eleição não é aferido objetiva, mas subjetivamente, pela vontade expressa das partes que escolhem uma lei nacional determinada para reger um determinado contrato.

De volta ao artigo 78 do Código Civil, a doutrina civilista atual costuma ler nele uma norma relativa ao foro de eleição, vale dizer, a prerrogativa que têm as partes de submeter eventuais lides derivadas de sua avença a uma certa circunscrição jurisdicional — por exemplo. “Fica eleito o foro central da Comarca de São Paulo para dirimir quaisquer dúvidas ou litígios oriundos do presente contrato”. Entretanto, não é só disso que trata este dispositivo legal.

A possibilidade de as partes modificarem, mediante cláusula contratual, a competência em função do território está atualmente regulada no artigo 63 do Código de Processo Civil, que reza “As partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações”. Andaria em erro quem visse, no artigo 78 do Código Civil, nada além

de uma contraporca de direito material desse preceito. O próprio Teixeira de Freitas é quem melhor o explica. Impressiona muito, pelo seu vanguardismo, o seguinte comentário do autor ao já mencionado artigo 32 do “Esboço”:

Art. 32. É o que se costuma chamar – domicílio eleito – e que entre nós se denomina foro do contrato, quando as partes contratantes se obrigam a responder pela obrigação em um juízo determinado que não é o do seu domicílio.

E prossegue o jurista baiano:

O nosso artigo contém uma outra ideia, 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 artigo 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.^[5]

Eis aí a solução tão simples para um problema que parecia tão complicado: ler o artigo 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro em combinação com o artigo 78 do Código Civil, extraindo-se daí a seguinte regra: para qualificar e reger as obrigações aplica-se, realmente, a regra *locus regit actum*, o lugar do ato é que o vai reger. No caso dos contratos, procede-se relativamente a esse como se faria com relação a qualquer outro aspeto seu, primeiro subjetiva e, quando necessário, objetivamente: *semper in stipulationibus*, sempre nas avenças olha-se primeiro para o que as partes dispuseram expressa ou tacitamente e, como sucedâneo, para normas supletivas ou circunstâncias do caso. Se as partes houverem-se valido da prerrogativa que lhes reconhece o artigo 78 do Código Civil, elegendo domicílio especial para o contrato com vistas à aplicação da lei de determinado país, aplica-se a lei desse país, respeitados os limites da ordem pública. Se não houver escolha expressa, procede-se à averiguação, com base em critérios que abundam na doutrina internacionalista e cujo trato escapa aos limites do presente trabalho, se houve escolha tácita, pelas partes, de domicílio especial. Se nada disso permitir atrelar as partes, em face do contrato, a um *lugar* determinado, passa-se a olhar, nos contratos entre presentes, para os critérios objetivos consignados nas demais regras positivas aplicáveis, dentre as quais o artigo 9º, *caput*, da L.I.

A parte final do comentário de Teixeira de Freitas serve aqui de síntese:

O que se quer é a certeza de um lugar, como indicador da legislação aplicável; e essa certeza existe quando as partes convencionam que o seu contrato será regido e julgado pelas leis de um país determinado. ^[6]

Assim, voltando-se ao caso apresentado como mote, a resposta é que sim, se as partes elegeram expressamente o direito inglês para reger seu contrato, é com base nele que o magistrado brasileiro deve julgar a lide.

Obviamente algumas objeções poderiam ser levantadas a essa leitura. Em primeiro lugar, não faltará quem diga que o artigo 78 do CC não é uma regra de d.int.pr., porquanto estas estariam concentradas na Lei de Introdução. A isso se responde dizendo que, muito embora não haja dúvida de que a L.I. possua caráter de lei reguladora de outras leis, algo que o legislador fez grande questão de sublinhar, seria um

enorme engano afirmá-la única fonte legal do d.int.pr. brasileiro. Basta pensar no artigo 2º, *caput* e parágrafos, e 11, IV da Lei de Arbitragem de 96, que constituem como que o irmão gêmeo da regras que se está debatendo para os casos submetidos a juiz privado, ou ainda nos artigos 21 a 25 do Código de Processo Civil, que praticamente suplantaram as regras de competência internacional contidas na L.I.

Também se poderia objetar que o presente argumento está completamente escorado numa opinião doutrinal de um jurista morto há mais de cem anos, proferida num esboço de lei que jamais chegou a ter vigência em território nacional. Isso é verdade, mas não se pode perder de vista que a interpretação aqui advogada não é nem *contra* nem *praeter legem* e que, além disso, o direito internacional privado é um ramo da ciência jurídica em que as opiniões dos jurisconsultos gozam de um status especial. É o jurisconsulto quem elabora em *regulae iuris* as decisões das cortes e, simultaneamente, oferece critérios de julgamento que orientam o trabalho desses mesmos tribunais, tendo em vista a parcimônia que sói caracterizar a atividade do legislador nesta seara. Finalmente, como já exposto acima, se o Esboço de Teixeira de Freitas nunca chegou a virar lei, a sua doutrina de d.int.pr., que realiza qual nenhum outro país da América Latina o princípio do domicílio com pedra de toque do direito de conflito de leis, essa sim foi acatada pelo texto de 1942, conforme exposto acima.

Sem desmerecer os esforços não pequenos envidados pelos autores mais recentes na tentativa de abordar o problema, não se pode deixar de observar que muitos deles pecam por apoiar seu trabalho num eixo equivocado. Ou se debruçam sobre a Lei de Introdução somente, em detrimento de uma interpretação sistemática autêntica; ou detêm-se no exame das correntes doutrinárias em voga, pondo de parte o conteúdo efetivo dos enunciados legais em vigor; ou ainda despendem energias preciosas no baldio trato de projetos de lei mal-sucedidos.

Enquanto isso relega-se à poeira das estantes a obra de alguns dos juristas nacionais mais insignes, como Haroldo Valladão e Teixeira de Freitas. A tal ponto que são pesquisadores estrangeiros, como o professor Jürgen Samtleben, do Instituto Max Planck de Hamburgo, quem vem nos mostrar que a discussão em torno da qual há décadas se debate aqui tem, já desde meados do século XIX, uma brilhante solução tupiniquim [7].

Felizmente não tem sido essa a atitude das cortes brasileiras, que desde há vários anos vêm julgando os casos que lhe são submetidos – embora sem menção expressa – nos contornos e muitas vezes com a terminologia legados por Augusto Teixeira de Freitas.[8]

**Esta coluna é produzida pelos membros e convidados da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo (USP, Humboldt-Berlim, Coimbra, Lisboa, Porto, Roma II-Tor Vergata, Girona, UFMG, UFPR, UFRGS, UFSC, UFPE, UFF, UFC, UFMT, UFBA, UFRJ e UFAM).*

1 Este artigo apresenta apenas as linhas gerais do problema. Para uma análise mais aprofundada veja-se ROCHA DA FONSECA, Thiago. **Autonomia da vontade e eleição de lei aplicável nos contratos internacionais do comércio**. 142 fls. Dissertação (Mestrado em Direito do Comércio Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

2 Esse posicionamento consegue, mormente, de uma interpretação histórica do referido preceito legal. Cf. DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**. Volume II: contratos e obrigações no direito internacional privado. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 421ss, especialmente 428s. RODAS, João Grandino. Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais. In: ____ (Coord.). **Contratos internacionais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 49. CASTRO, Amílcar de. **Direito internacional privado**. 2º vol. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 139s. TENÓRIO, Oscar. **Lei de introdução ao código civil brasileiro**. 2. ed. aum. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 327s

3 VALLADÃO, Haroldo. **Direito internacional privado**: em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos estados americanos. Vol. II. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 185ss.

4 TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Código civil**: esboço. Vol. 1. Brasília: Ministério da Justiça; Universidade de Brasília, 1983, p. 25.

5 Cit. Ibidem.

6 TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Código civil**: esboço. Vol. 1. Brasília: Ministério da Justiça; Universidade de Brasília, 1983, p. 25.

7 SAMTLEBEN, Jürgen. **Rechtspraxis und Rechtskultur in Brasilien und Lateinamerika**: Beiträge aus

internationaler und regionaler Perspektive. Schriften der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung, Band 40. Aachen: Shaker Verlag, 2010, p. 420ss.

8 “Não havendo afronta à norma pública brasileira, é cabível a aplicação da lei argentina, já que expressamente pactuada entre as partes”. ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 14ª Câmara de Direito Privado. **Apelação Cível nº 9202485-89.2007.8.26.0000** [7200996-2/00], da 2ª Vara Cível do Foro Regional de Pinheiros. Reciprocamente apelantes e apelados Julián Leiro Alonso e outros e Jorge Justus Nitzan. Relator Desembargador Melo Colombi. Voto unânime. São Paulo, SP, 9 abr. 2008. “De acordo com o princípio 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. No entanto, tais escolhas devem sempre levar em consideração alguns fatores, como acima já mencionado [“soberania nacional, ordem pública e os bons costumes”]”. ESTADO DE SÃO PAULO. Primeiro Tribunal de Alçada Civil. Décima Segunda Câmara. **Agravo de Instrumento nº 1.247.070-7**, da 32ª Vara Cível da Comarca da Capital. Agravante: R S Components; Agravado R S do Brasil Com Imp Exp Cons Repr Ltda. Relator: Beretta da Silva. Julgado em 18 dez. 2003, p. 3s. “Apenas não terão eficácia no Brasil, as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, quando

ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes. O contrato (...) é um ato jurídico, e como tal, terá eficácia no Brasil, exceto quando a lei estrangeira ofender a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”. Idem. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Vigésima Quarta Câmara de Direito Privado. **Apelação nº 7.030.387-8**, da Comarca da Capital. Apelante: Ciaci Coml Internacional Ltda; Apelado: The Lubrizol Corporation. Relator: Salles Vieira. Julgado em 18 out. 2007, p. 5.

Date Created

25/03/2019