

UM CÓDIGO CIVIL NOVO E UMA LEI DE INTRODUÇÃO VELHA: REFORMA E CONVIVÊNCIA

*A NEW CIVIL CODE AND
AN OLD LAW
INTRODUCTION: REFORM
AND CONVINIENCE*

*Aurélio Agostinho da Bôaviagem*¹

Resumo

A dificuldade de coexistência entre um Código Civil novo e uma Lei de Introdução antiga. A situação particular da indicação da lei aplicável às relações obrigacionais. A autonomia da vontade na doutrina e na legislação. Tendência atual de sua consagração na legislação internacional e nos textos mais modernos, limitada pela ordem pública. O conteúdo da ordem pública e uma leitura da lei de regência das relações obrigacionais à vista da vigente regra da Lei de Introdução enquanto não acontece a revisão que se impõe.

Palavras-chave: Código Civil. Lei de Introdução. Interpretação. Ordem pública.

Abstract

The difficulty of coexistence between a new Civil Code and an old Introductory Statute. The particular situation of the statement of the law applicable to contractual relations. Freedom of will in doctrine and legislation. Current trends in international law and in most modern texts, limited by public policy. The content of public order and a reading of the law governing the interpretation of Statutes until the Introductory law revision.

Keywords: Civil Code. Introductory Law. Interpretation. Public order.

Um Código Civil², entrando na adolescência, coexiste com uma septuagenária Lei de Introdução³, ambos vigentes. Septuagenária regra que, recentemente, sofreu uma canhestra tentativa de lhe ampliar “seu campo de atuação”⁴.

A ampliação residiria tão somente em emprestar uma nova redação à ementa da Lei de Introdução ao Código Civil, tornando-a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Afirmava a justifi-

² Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

³ Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942.

⁴ Expressão do art. 1º da Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010.

¹ Pesquisador do CIHJur. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da UFPE da Faculdade Damas da Instrução Cristã.

cativa do projeto de lei do qual decorreu a “nova” Lei de Introdução: “É reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência que a Lei de Introdução ao Código Civil possui âmbito de aplicação mais amplo do que o mencionado em sua ementa. Para aperfeiçoar a legislação pátria, fazendo-a coincidir a letra da lei com a sua interpretação, é que apresentamos o presente projeto de lei”⁵.

O pacífico reconhecimento doutrinário e jurisprudencial do alcance, extra e além do Código civil, da Lei de Introdução.

Da doutrina pode-se recuperar um largo número de posicionamento nesse preciso sentido. É “uma norma que apresenta postulados fundamentais de direito público, hermenêutica e intertemporal e direito dos conflitos interestaciais” (DELL’OLMO e ARAÚJO, 2004, p. 4).

Ou, ainda, é uma *Lex legum*, ou seja, um conjunto de normas sobre normas, constituindo um direito sobre direi-

to (...) um superdireito, um direito coordenador de direito. Não rege as relações de vida, mas sim as normas, uma vez que indica como interpretá-las e aplicá-las, determinando-lhes a vigência e eficácia, suas dimensões espaço-temporais, assinalando suas projeções nas situações conflitivas de ordenamentos jurídicos nacionais e alienígenas, evidenciando os respectivos elementos de conexão. Como se vê, engloba não só o direito civil, mas também os diversos ramos do direito privado e público, notadamente a seara do direito internacional privado. (DINIZ, 1994, p.4)

Conclui: “a Lei de Introdução descreve as linhas básicas da ordem jurídica, exercendo a função de *lei geral*, por orientar a obrigatoriedade, a interpretação, a integração e a vigência da lei no tempo e por traçar as diretrizes das relações de direito internacional privado por ela tidas como adequadas por estarem conforme com as convenções e com os tratados a que aderiu o Brasil” (DINIZ, 1994, p.5-6).

⁵ De Deputado Federal, por São Paulo, CELSO RUSSOMANO.

Qual a repercussão da mudança de nome, pois? Absolutamente nenhuma!

O assunto foi tratado, com tom jocoso, pela CARTA FORENSE: espelha que a mudança do nome de Lei de Introdução representou verdadeira perda de esforço legislativo, o qual poderia contar com melhor direcionamento, a exemplo, o de tornar aplicáveis regras constitucionais, como aquela que trata da extradição por “comprovado envolvimento em tráfico de drogas e substâncias afins”⁶, ou, efetivamente, proceder à reclamada atualização das regras da lei introdutória.

Da CARTA FORENSE⁷, lê-se que FLÁVIO TARTUCE, quando da reclamada mudança de nome, teria se recordado de personagem da renomada escritora de livros infantis RUTH ROCHA, Marcelo, aquele menino que cismando do nome das coisas, indagava: “Mamãe, por que me chamo Marcelo? E por

que não escolheram martelo? Por que não escolheram marmelo?”

II

É verdade que a Lei de Introdução carece de revisão, pois até a sua comparação com as regras vigentes em 1916 (o revogado Código Civil), lhe é desfavorável, consoante JOÃO GRANDINO RODAS:

o princípio do reconhecimento internacional das pessoas jurídicas teve de ser deduzido pela jurisprudência, a partir da forma arresvada e circunloquial do vigente art. 11 da LICC. A quase milenar máxima ‘locus regit actum’ (a lei do local rege a forma do ato), que regula os aspectos extrínsecos das obrigações, explícita na introdução de 1916, não encontrou guarida na LICC. Teve de ser decantada pela jurisprudência. O *caput* taxativo do artigo 9º da LICC faz com que, a rigor, não possam as partes exercer a autonomia da vontade na escolha da lei aplicável à substância do contrato, como é

⁶ Art. 5º, LI.

⁷ CARTA FORENSE, 02 de fevereiro de 2011 (www.cartaforense.com.br).

corrente alhures. O mais grave defeito da LICC, entretanto, repousa na lei fixada para reger a substância contratual. Estabelecendo o citado artigo como elemento de conexão para o contrato entre presentes, esqueceu-se de fazer a clássica distinção: a lei de constituição da obrigação regendo a validade e os efeitos do contrato e a lei do local de execução, a de sua execução. Mais uma vez a distinção inexistente na lei teve de ser levada a cabo pretorianamente. A regra referente à contratação entre ausentes está longe de ser unívoca (RODAS, 2001).

Presentemente, poder-se-á acrescentar ao rol imediatamente indicado, a regência dos contratos virtuais.

A leitura que JOÃO GRANDINO RODAS faz da Lei de Introdução (1942) no citado artigo da GAZETA MERCANTIL é que teria ela realizado um “aggiornamento” daquela de 1916, atualização, por exemplo, da lei de regência dos estatutos pessoais (art. 7º), indo da nacionalidade para o domicílio, na esteira da evolução doutrinária, o que, para

outros, motivada pela larga imigração, italiana e japonesa, cujos países, então, situavam-se no lado adverso da II Guerra Mundial.

Apontam-se críticas contundentes à Lei de Introdução de 1942: “o Brasil ainda se vale de um corpo de regras totalmente obsoleto, a Lei de Introdução ao Código Civil de 1942, o que nos coloca em situação de extrema inferioridade em face do grande número de países que se atualizaram nessa matéria, para acompanhar o desenvolvimento da área dos conflitos espaciais, significando a correta colocação dos mecanismos legais que permitam adequado intercâmbio internacional.” (STRENGER, 1996, p. 767).

O sentimento da imposição de reforma da Lei de Introdução já houvera motivado diversas propostas legislativas, entre as quais, pela importância, o anteprojeto da Lei de Aplicação das Normas Jurídicas, de autoria de HAROLDO VALLADÃO (1964), com cem artigos que substituíam os modestos dezenove do decreto-lei de 1942. Aprovado em 1970 por uma comissão revi-

sora, restou esquecido, sendo reapresentado pelo Senador Nelson Carneiro, e que teve como destino final o arquivamento.

Comissão instituída pelo Ministro da Justiça, em 1994, por RUBENS LIMONGI FRANÇA, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, JOÃO GRANDINO RODAS e JACOB DOLINGER, gestou o Projeto de Lei nº 4.905, de 1995, do Poder Executivo, mesmo Poder que, sob pretexto a “necessidade do reexame da matéria”, o subtraiu do crivo do Congresso Nacional.

Fato é que, quando da edição do Código Civil de 2002, perdeu-se valiosa oportunidade, de ser ver código novo, com Lei de Introdução nova, afastando o conflito de “gerações” entre o adolescente código e a septuagenária Lei de Introdução.

A proposta não é a de se ressuscitar o anteprojeto da Lei de Aplicação das Normas Jurídicas, de 1964, pois o tempo corroeu as suas estipulações, em especial, em face do crescente intercâmbio internacional, mas que poderia servir de inspiração de uma nova Lei

de Introdução. Não é de tornar cogentes as disposições daquele projeto de lei de 1995, mas que, também poderia aportar subsídios à nova lei.

Este último, o projeto de lei de 1995, se silenciou quanto a contratos entre ausentes, reclamada por JOÃO GRANDINO RODAS, contemplava disposição de maior atualidade – e este é o foco aqui proposto –, a qual faria cessar discussão que se entende há sete décadas, relativamente à lei de regência das obrigações, contidas no *caput* do art. 9º da Lei de Introdução: “para qualificar e reger as obrigações aplica-se a lei do país em que se constituírem”.

A discussão acerca do mencionado dispositivo nasceu do simples confronto da previsão contida na original Lei, de 1916, a qual consagrava: “Art. 13. Salvo estipulação em contrário, as obrigações são regidas pela lei do local de constituição.”

A questão posta respeita à autonomia da vontade, a possibilidade das partes, ao estipularem a lei de regência das obrigações, elegerem a lei aplicada!

Tanto a Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas quando o projeto de lei de 1995, contemplavam a autonomia da vontade, admitindo este fosse a escolha da lei aplicável de forma até mesmo tácita, e mutável, quando a execução se protraísse no tempo⁸. Quase em nada inovavam as propostas legislativas em relação à previsão da original lei introdutória (de 1916).

III

O exercício da autonomia da vontade na escolha da lei aplicável já marcava presença no *antiquíssimo regime*, pelo instituto da *professio iuris* (declaração da lei escolhida para viver), “eleição que diminua as colisões”. Presente a autono-

mia nas doutrinas estatutárias até quando, a edição do *Fuero Juzgo* (século VIII) fez desaparecer o princípio da personalidade das leis. Ressurgiu quando da vigência, em um mesmo território, de vários direitos, de diferentes bases (VALLADÃO, 1974, p. 347).

Marcante na teoria da autonomia da vontade é o papel de CHARLES DUMOULIN (século XVI) para quem as disposições referentes ao fundo dos contratos e ao regime de bens no casamento dependeriam da vontade das partes (expressa ou presumida pela convenção), que as poderiam alterar (*Idem*).

A vontade das partes, em matéria de contratos, era soberana; e aos juízes só incumbia apurar, pelas circunstâncias do caso, se foi desejada uma disposição neste ou naquele sentido; e a disposição desejada devia ter efeito universal como a vontade mesma de que era expressão certa, ou presumida (CASTRO, 1995, p. 441).

A soberania da autonomia da vontade, entretanto, deveria ser observada em seus de-

⁸ A substância e os efeitos das obrigações oriundas de declaração de vontade regem-se, salvo estipulação em contrário, segundo o lugar em que foram contraídas.” (Art. 51, *caput*, da Lei Geral). “Obrigações Contratuais – As obrigações contratuais são regidas pela lei escolhida pelas partes. Esta escolha será expressa ou tácita, sendo alterável a qualquer tempo, respeitado o direito de terceiros. (Art. 11, *caput*, do Projeto de nº 4.905/1995)

vidos termos, jamais de forma absoluta. Para DUMOULIN se constituíam seus limites (únicos) seriam a ordem pública universal e a capacidade das partes (RODAS, 1995, p. 33).

Observação retrospectiva da autonomia da vontade conduz, ainda, a CHARLES AUBRY, consagrava como limite da autonomia da vontade o espaço composto de regras supletivas e interpretativas, circundado pela ordem pública, de normas imperativas e proibitivas. Já para FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, a autonomia da vontade (que denominava *soumission volontaire*) foi objeto de acurada atenção, ao formular a sua *teoria da jurisdição especial da obrigação*, base para a determinação da lei aplicável. Para SAVIGNY, a sede da relação jurídica contratual seria o local onde a obrigação deveria ser cumprida (estabelecida essa sede, no mesmo momento determinava-se o direito aplicável à relação). A *jurisdição especial da obrigação* repousaria na vontade livre das partes, que poderia resultar (na maioria das vezes) em

uma declaração de vontade tácita e que poderia ser excluída pela expressão de uma vontade contrária. O lugar para o qual as partes dirigiram a sua atenção, por elas visualizado como sede da obrigação, seria aquele no qual se deveria colocar a jurisdição especial da mesma obrigação (ARAÚJO, 1997, p. 46).

Em contraposição, ANTOINE PILLET e CHARLES NIBOYET se posicionaram contrários à autonomia da vontade, chegando este último a afirmar que ela não existe e, conseqüentemente, impossível constituir-se uma teoria (STRENGER, 1968, p. 141).

No Brasil, PONTES DE MIRANDA (1935, p. 541) foi incisivo na crítica da autonomia da vontade. Para ele, o direito pode ser o produto de um querer, mas de um querer aliado a uma estrutura. “O Direito faz-se *cum voluntate*, mas pela só força do querer, *ex voluntate*. Tudo o que é necessário na estrutura constitui o *ius cogens*, os preceitos ininfringíveis. Quando a lei deixa campo livre, no qual o querer se move sem os obstáculos legais, já se está no do-

mínio das regras dispositivas e interpretativas. Gozam aí as partes de certa autonomia”. Lembra que o “conceito de autonomia pertence ao Direito substantivo. Se uma das partes escolheu lei estrangeira, no branco que a lei imperativa deixou, ou ela substitui a lei dispositiva a sua vontade, aproveitando-se de lei estrangeira para se exprimir, ou não exprimiu suficientemente a sua vontade e fica sujeita à regra imperativa”.

O assunto não é descuidado na doutrina dos países da *common Law*, embora com maior flexibilidade na aceitação da autonomia da vontade: a escolha deve harmonizar-se com elementos de conexão existentes na estrutura do contrato (normalmente o domicílio das partes ou o local de constituição do contrato) – (GARCEZ, 1999, p. 99). Entretanto, os direitos inglês e norte-americano assumem posições diversas: o inglês dá proeminência à vontade das partes (DICEY), que afirmava que para se determinar a lei apropriada (*propter law*) para regular um contrato seria preciso que se levasse em conta

aquela vontade, enquanto uma corrente minoritária buscava “*the most real connection*” (WESTLAKE). Nos Estados Unidos, a doutrina e a jurisprudência evoluíram diversamente da Inglaterra: STORY entendia que o contrato para “*ser executado em lugar diferente de sua conclusão, dever-se-ia admitir, segundo a vontade presuntiva, dependente, para a sua validade, a capacidade de obrigar-se a interpretação da lei do lugar onde a obrigação se cumprisse.*” A jurisprudência americana variou, com decisões contrastantes, ora admitindo a lei do lugar da conclusão, ora a lei do local de execução e ora a vontade das partes, mas a tendência atual na doutrina americana é a de se inclinar para a posição de WESTLAKE.

IV

As legislações modernas têm consagrado a autonomia da vontade, a exemplo na nova lei que regula o direito internacional privado na Alemanha que subordina o contrato ao direito eleito pelas partes (admitindo a *dépeçage*, o fracionamento do contrato, ou seja,

partes distintas de uma relação negocial podem ser regidas por leis diversas), escolha que, mesmo que não expressa, emane das condições do contrato ou das circunstâncias do caso. O sistema suíço se assemelha às previsões alemãs, apresentando-se mais detalhista no que tange à indicação da lei aplicável quando na ausência ou defeito da escolha, remetendo à lei da prestação mais característica, particulariza tipos contratuais e ressalta a salvaguarda do direito de terceiros.

O Código Civil peruano, de 1984, estipula que a lei aplicável será a escolhida pelas partes. Na ausência de escolha, ou em seu defeito, será aplicável a lei do lugar do cumprimento da obrigação. Acaso as obrigações devam acontecer em países distintos, a lei de regência será a do cumprimento da obrigação principal e, se não determinada tal obrigação, a lei do local de celebração.

No direito americano, o “*Restatement of The Law Second, Conflicts of Laws* (1971), no § 187, admite que as partes escolham a lei reguladora do

seu contrato, mas com a duplicidade limitação da razoabilidade da escolha (no sentido de que a lei pré-escolhida deve ser substancialmente coligada às partes ou ao negócio) e de que dita lei não vai *contra uma ‘fundamental policy’* de outro Estado, que tivesse um maior interesse do que aquele cuja lei foi pré-escolhida para regular a questão.” (STRENGER, 1996, p. 678-679). Por sua vez, GUIDO FERNANDO DA SILVA SOARES (1999, p. 172), examinando o *Restatement*, confirma que a *choice of law* não é indiscriminada, no direito americano. A autonomia da vontade para escolha da lei aplicável restaria condicionada a que as partes ou os negócios jurídicos se relacionem com a lei indicada e que não afrontem à ordem pública (*fundamental policy*). Para ele, pelo *Restatement Second Conflicts of Laws* torna-se evidente que, no sistema dos EUA, existe a possibilidade da autonomia da vontade das partes nos contratos, ou seja, o poder de elas elegerem as normas que regulam suas relações negociais. Na verdade, a lei eleita pelas partes há de ter ‘the most sig-

nificant relationship to the transaction and the parties’.” Posição diversa da adotada pelo direito da Suíça, ou da Alemanha, as quais espelham uma política da mais completa virtualidade de as partes elegerem legislações de quaisquer países, mesmo que estes em nada se refiram ao negócio ou às pessoas nele envolvidas (SOARES, 1999, p.172).

Já a reforma do sistema italiano de direito internacional privado manifesta tendência atualíssima, ao remeter às convenções internacionais, em particular à Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, de Roma, 1980, que contempla a autonomia da vontade.

V

A autonomia da vontade marca presença na lei internacional. Diversas são as convenções internacionais que versam sobre a autonomia da vontade para a regulamentação das obrigações contratuais, considerada como um princípio geral de direito – para POMMIER, regra de

conflito universal, que responde aos objetos de uma justiça de direito internacional privado, aceita por todos os Estados – (SIQUEIROS, 1994, p. 256-257).

É princípio geral, nas convenções modernas, a liberdade de eleição do direito aplicável. Servem de exemplo, a Convenção sobre a Lei Aplicável às Vendas de Caráter Internacional de Bens Móveis (Haia, 1955), a pioneira em contemplar a autonomia da vontade, afirma que a compra e venda se rege pela lei interna designada pelas partes, contemplando como única exceção à autonomia da vontade a infração à ordem pública (art. 2º). A Convenção da UNCITRAL sobre Compra e Venda Internacional, de 1974, consagrou de forma tão larga a autonomia da vontade a ponto de admitir ter a sua incidência por ela afastada (art. 2º).

A Convenção para a Compra e Venda Internacional de Mercadorias (Viena, 1980), por seu turno, protege a liberdade e o acordo entre as partes (até mesmo para a recusa de se submeter à própria convenção). Permitiu

o mais amplo exercício da autonomia da vontade para os contratos cujas partes tenham o seu estabelecimento em Estados diversos ou quando as regras de direito internacional privado de um deles o determinar. Entretanto, excluiu de seu campo de aplicação alguns contratos, dentre os quais os de leilão, de valores mobiliários, de barcos e aeronaves e de consumo (art. 1º).

Já a Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (Roma, 1980), substituiu as regras internas que regulavam a lei aplicável aos contratos internacionais em cada um dos Estados contratantes, sendo aplicável aos contratos realizados nos países signatários e naqueles em que a regra de conexão aplicável a um contrato internacional indique a lei de um dos mesmos signatários como sendo a lei aplicável à espécie. Como limitação à liberdade de escolha, erige a ordem pública e as regras de foro de caráter impeditivo da aplicação da norma escolhida pelas partes e permite que se

considere regras imperativas de um terceiro país com o qual a transação possua uma conexão próxima e proteja a parte mais fraca em contratos especiais como os de consumo e os de trabalho (art. 3º).

Da América Latina, destaque para o Tratado de Lima (1878) que, ao cuidar dos contratos internacionais, adotou o princípio do local de celebração para os celebrados fora do país (art. 4º). Destaque, ainda, para a Convenção de Havana (1928), que aprovou o Código de Direito Internacional Privado (Código Bustamante): consagra a autonomia da vontade, mas a ela estabelece restrições, por dispositivos que determinam, imperativamente, a lei competente.⁹

Visão particularíssima se encontra no Tratado de Montevideu (1889/1890 - 1939/1940): embora inadmitindo a autonomia da vontade, consagrou a liberdade das partes em escolher o local de execução, garantindo, de for-

⁹ V. arts. 166 e segs..

ma indireta, a aplicação da lei escolhida.

Não se pode esquecer o papel os *Princípios para os Contratos Comerciais Internacionais*, do UNIDROIT que, embora sem caráter cogente, tem servido de inspiração legislativa, a exemplo daquele adotado pela Lei de Arbitragem brasileira (Lei nº 9.307/1006), a desnacionalização da lei aplicável (v. artigo 2º dos *Princípios*).

VI

Na ausência de regramento moderno, há que se conviver com a regência emprestada pela Lei de Introdução, dela extraíndo uma leitura que possa viabilizar o crescente trânsito internacional, próprio da atual sociedade transnacional.

Entretanto, não é tarefa fácil de construção, à vista de larga pendência doutrinária, o que faz NADIA ARAUJO anotar que há na doutrina brasileira três correntes distintas de pensamento: a primeira daqueles enfaticamente con-

trários à autonomia da vontade; a segunda, daqueles a favor, desde que limitadas às regras supletivas, excluindo-se, portanto, a possibilidade de sua aplicação ao contrato como um todo; e finalmente, a terceira, daqueles favoráveis à teoria de forma mais ampla. Essas posições sempre existiram ao longo da história do DIPr e até o momento atual (ARAUJO, 1997, p.104).

MARIA HELENA DINIZ, tal como PONTES DE MIRANDA havia sido¹⁰, é

¹⁰ Reclama PONTES DE MIRANDA (1935, p. 541-542) da admissão da autonomia da vontade para a indicação da lei aplicável, e lastima que os civilistas tenham transportado para o direito internacional privado as suas distinções de direito substancial, e considera ser absurdo Pairando o *sobredireito* sobre tais matérias, lastima que os civilistas tenham transportado para o direito internacional privado as suas distinções de direito substancial e considera ser absurdo “repartir entre Estados e indivíduos a competência de eleger sistema normativo; no fundo, fazer lei. Teríamos a extravagância de se tornarem facultativas as leis cogentes somente por se passar do plano do Direito interno para o plano do Direito internacional pri-

radical em relação a não admissão da escolha da lei aplicável:

a Lei de Introdução, no seu art. 9º, não acolhe o princípio da autonomia da vontade como elemento de conexão para reger contratos na seara do direito internacional privado, que deverão ser disciplinados pela lei do local onde se constituírem no que tange à forma extrínseca (DINIZ, 1996, p.253-254);

não obstante indica como exceções, os contratos de trabalho, por força da Convenção de Roma, de 1980, os contratos de transferência de tecnologia (pelas regras ditas pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI) e os atos relativos à economia dirigida e aos Regimes de Bolsas e Mercados.

Do mesmo modo MARISTELA BASSO (2009, p.181), a qual divisa uma “limitação formal à autonomia da vontade quanto à escolha

da lei aplicável aos contratos. As partes devem observar que tal dispositivo [art. 9º] diz respeito a uma norma de ordem pública e não admite derrogação.”

Posição semelhante é a adotada por LUIZ OLAVO BAPTISTA (1994, p.47-48), o qual entende que o art. 9º, *caput*, da lei de introdução, “*como norma de ordem pública, não pode ser afastada pela vontade das partes*”.

Ainda na linha de contrariedade, encontra-se OSCAR TENÓRIO. Ao se referir ao art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942, afirma: “não contém o texto vigente referência à autonomia da vontade, nem exclui o império da lei do país em que se constituíram as obrigações, para aplicar a lei brasileira, como fazia o art. 13 da revogada Introdução (1916)” (TENÓRIO, 1976, p.177).¹¹

vado, isto é, somente com o fato e pelo fato de intervir elemento de estraneidade”.

¹¹ Adverte o autor que não exclui a possibilidade se adotar a autonomia da vontade, desde que ela seja admitida pela lei do país onde a obrigação se constituir (*lex loci celebrationis*), sem que se contrarie a norma imperativa. Na verdade, não se trataria do exercício da autonomia da vontade para

HERMES MARCELO HULK (1984, p.86-87) entende que o disposto no art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil claramente exclui o exercício da autonomia da vontade, não havendo sequer de se “*falar em sentido subjacente da lei, pois a mesma autonomia da vontade já foi expressamente reconhecida pelo Direito Positivo brasileiro*” (art. 13 da antiga Lei de Introdução ao Código Civil). Entretanto, chega a admitir a sua existência, de “*forma transversa*”, com base no mesmo art. 9º: o local de constituição da relação contratual pode ser escolhido pelas partes e, assim, “*ter-se-á uma liberdade de escolha da lei aplicável, outorgada pela lei do local onde a obrigação se constituiu, indicada como competente pela lei de conflito brasileira*”.

Por seu turno, WILSON DE SOUZA BATALHA (Ano, p.187) chega à conclusão de que “inaceitável é a autonomia da vontade para a indicação da lei aplicável. A auto-

nomia da vontade só pode exercer-se no âmbito das normas dispositivas do direito reputado aplicável”.

Posição semelhante é de LUIS IVANI DE AMORIM ARAÚJO (1998, p.153), que não admite o princípio da autonomia da vontade, somente possível se acolhida pelo sistema jurídico no qual se constituir a obrigação; somente assim poderá ser admitida no Brasil, se não contrariar “*preceito autoritário de nossa lei*”.

Os comentadores da Lei de Introdução ao Código Civil, em suas duas versões, também discutem a autonomia da vontade face às previsões dos arts. 13 (1916) e 9º (1942, vigente). Relativamente à Lei de Introdução ao Código Civil de 1916, EDUARDO ESPINOLA via na autonomia da vontade o princípio dominante e somente na ausência de sua manifestação é que se poderia presumir que o intuito das partes teria sido o de fazer prevalecer a lei do local de celebração. Interpretava a “expressão **salvo estipulação em contrário** como sendo **quando estipulação em**

indicar a lei aplicável, mas sim autonomia para escolha do local para regulamentação de seus interesses ou do foro (*choice of forum clause*)”. (Idem, p. 251-252).

contrário possa ter lugar, o que permitia a autonomia da vontade de forma indireta” (*Apud* ARAÚJO, 1998, p.92-93).

Comentando a Lei de Introdução de 1942, afirmam ESPINOLA e ESPINOLA FILHO (1995, p. 419) que o seu art. 9º, quando determina a qualificação e o regulamento das obrigações, não excluiu a manifestação de vontade dos contratantes, mas apenas “há de restringir-se àquilo que é possível deixar-lhe, livremente”. Para chegar a tal conclusão, refere-se, em interpretação teleológica, ao comentário por efetuado quanto ao art. 13 da Lei de Introdução ao Código Civil original: “1º — a lei competente, em tudo quanto diz respeito à **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 — em relação à **matéria supletiva**, só prevalecerá a **lex loci celebrationis**, como lei interpretativa da vontade das partes, quando estas não tenham esti-

pulado cláusulas ou condições diferentes”.

Firmado, pois, o entendimento, para os comentadores, de que a lei de 1942 não mais permite às partes escolher a lei aplicável, mas não lhes retira a possibilidade de estipular nos limites de sua liberdade contratual. Este, o entendimento de NADIA ARAÚJO (1997, p.103).

O contraponto dessas visões é representado, em especial, por HAROLDO VALLADÃO (1974), para quem sempre se adotou entre nós o princípio da autonomia da vontade. Demonstrando a permanente consagração do instituto no Brasil, diz quanto a atual lei introdutória:

a nova L.I. de 1942, art. 9º, não se referiu à 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 de Processo Civil, de 1939-1940, promulgado no mesmo clima. Mas um princípio básico, qual o da autonomia, não podia desaparecer, assim, por omissão. Foi

o que decidiu logo a jurisprudência para o foro de eleição, baseado no domicílio especial, previsto no Cód. Civ. e incluído no domicílio em geral do art. 134 do Cód. Proc. Civ.. São argumentos também aplicáveis ao art. 9º, uma vez que a Lei de Introdução adotara, fundamentalmente, o princípio do domicílio, e aí o domicílio especial, de eleição, do contrato. O Esboço de TEIXEIRA DE FREITAS, art. 32, indica não só o juiz competente, mas, e principalmente, a lei aplicável (VALLADÃO, 1974, p.353).

Reclamava HAROLDO VALLADÃO (1974, p.181-182) da lei de 1942, “engendrada de inopino, sem publicação do projeto, nem qualquer exposição de motivos, sem consulta à sociedade, ausentes quaisquer discussões, além de ser um decreto-lei”.

IRINEU STRENGER (1968, p.205-206), na crítica do art. 9º, chegou à compreensão de que o princípio da liberdade convencional inexistente da redação da lei, de certa forma deu maior amplitude à sua aplicação, porquan-

to tal possibilidade fica adstrita ao preceito alienígena que, assim, não pode ser desrespeitado, salvo por imposição de ordem pública, ou algumas das restrições contidas no artigo 17 da Lei de Introdução.

Atesta que a autonomia da vontade conta com ampla aceitação na prática do comércio internacional por parte dos tribunais nacionais, bem como nos tribunais arbitrais (*Idem*, p.172).

Atento aos contratos internacionais, GUIDO FERNANDO DA SILVA SOARES ponderava que, embora alguns entendam que a previsão do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil não dá guarida à escolha da lei aplicável, com eles não concorda:

(..) a autonomia da vontade nos contratos internacionais é de tal maneira ínsita aos “mesmos que sempre permanecerá aberta a possibilidade de as partes elegerem, expressamente, a lei ou as leis que irão reger suas relações contratuais ou mesmo de estabelecerem entre elas um inteiro sistema normativo, autocontido

no contrato (SOARES, 1999, p.172).

Entende CLÓVIS V. DO COUTO E SILVA (1988, p.141) que o art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil consagra “*em toda extensão*” o princípio da autonomia da vontade, limitado, apenas, pela ordem pública e pelos bons costumes. Lembra que o princípio da autonomia da vontade é constitucional, pois ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude da lei.

Mesmo que se consagre a autonomia da vontade na escolha da lei aplicável, é evidente que a mesma não é de ser entendida de forma absoluta; bem lembrado o seu limite¹² por COUTO E SILVA (1988): a ordem pública.

VII

Mas, qual o sentido que se empresta à ordem pública?

Ordem pública se constitui em tema tortuoso

(DOLINGUER, 1997, p.350), “*esgueiriço*”¹³, “*un véritable supplice pour l’intelligence*” (RANOUIL, 1980, p. 29.), expressão equívoca, consoante HENRI BATIFFOL (1995, p.412), provavelmente teve o seu germe na Idade Média, com a distinção entre “*estatutos favoráveis*” e “*estatutos odiosos*”. Atribui-se a BARTOLO a sua introdução no direito internacional privado, sendo tratada por STORY (1834), e, posteriormente, por SAVIGNY, MANCINI, PILLET, MARTIN, NIBOYET, entre outros. No Brasil, destaque especial para JACOB DOLINGER (1979).

A equivocidade revela-se quando se encontram qualificações, tais como “ordem pública interna”, “ordem pública internacional”, “ordem pública universal”, “ordem pública brasileira”¹⁴, “ordem pública econômica” (ALTE-RINI, 1995, p.11.).

¹² Dito limite no singular, pois o conteúdo da ordem pública inclui os bons costumes.

¹³ Ministro OROZIMBO NONATO, no Supremo Tribunal Federal, *Apud* (DOLINGER, 1997, p. 349).

¹⁴ Projeto de lei nº 4.905/1995.

HAROLDO VALLADÃO (1974, p.481) é um, dentre muitos, que reconhece a fluidez que informa a ordem pública: é “uma noção fluida, relativíssima, que se amolda a cada sistema jurídico, em cada época, e fica entregue à jurisprudência em cada caso.” Deixa-se de aplicar o direito estrangeiro que “choca concepções básicas do foro, que estabelece normas absolutamente incompatíveis com os princípios essenciais da ordem jurídica do foro, fundados nos conceitos de justiça, de moral, de religião, de economia e mesmo de política, que ali orientam a respectiva legislação.

Em outra oportunidade (BOAVIAGEM, 2006, p.25-36) discorreu-se sobre os sentidos que se atribui à ordem pública, resumindo-se aqui a encampar a definição de ELISA PÉREZ VERA (*Apud* STRENGER, 1968, p.481), qual seja “el conjunto de normas y principios que, en un momento histórico determinado, reflejan el esquema de valores esenciales, a cuya tutela atende de uma maneira es-

pecial cada ordenamento jurídico concreto”.

Na expressão de HAROLDO VALLADÃO (1974, p.474-476), pode-se afirmar que a ordem pública apresenta-se como limite à vontade individual (ordem pública interna) ou à aplicação do direito estrangeiro (ordem pública do direito internacional privado, a ordem pública internacional): “a primeira restringe a liberdade individual e a segunda barra a entrada de normas estrangeiras”.

Prisma com diferentes facetas (COSTA *et al.*, 1997, p.198) faz JACOB DOLINGER (1997, p.358) identificar três níveis, um no direito interno (impeditivo da autonomia da vontade contra normas imperativas e proibitivas) e dois internacionais (um que veda a aplicação do direito estrangeiro e, outro, que limita o reconhecimento do direito adquirido no estrangeiro), *une triple remarque* (LOUS-SOUARN, 1996, p. 358-359).

A compreensão da ordem pública internacional pode ser extraída de sentença do JUIZ MORENO QUINTANA, no

Tribunal Internacional de Justiça:

a ordem pública internacional opera nos limites do sistema de Direito Internacional Público quando estabelece certas regras, tais como os princípios gerais do Direito das gentes e os direitos fundamentais dos Estados, cuja obediência é indispensável para permitir a coexistência jurídica das unidades políticas que constituem a comunidade internacional (PEREZ *Apud* STRENGER, 1986, p.99).

Pouco importa o enfoque que se dê à ordem pública, pois, qualquer que seja, tem como função a garantia das instituições e a proteção dos sentimentos da justiça e da moral, de cada sociedade, inclusive da internacional.

VIII

A reforma da Lei de Introdução, em dúvida, é uma imposição além do aqui particularizado – a escolha da lei aplicável – mas, cuida-se aqui especificamente deste recorte, faria o Brasil integrar-se na

comunidade jurídica internacional, que, por meio de leis internas e de inúmeras convenções, já consagrou a autonomia da vontade na determinação da lei aplicável (...) se adequando à moderna visão do direito internacional privado, que vem abandonando as regras de conexão fixas e rígidas, para adotar o princípio da proximidade, flexível, adaptável de caso a caso, na procura daquilo que sempre foi o objetivo principal da ciência conflitual – encontrar a lei mais apropriada para cada hipótese (DOLINGER, 1997, p.330).

Para tanto, poder-se-ia resgatar o projeto de lei nº 4.905/1995, e em regramentos internacionais, sem perder a referência a aspectos da relação negocial, para a indicação da lei aplicável, a qual deve ser apurada pela “*conduta das partes e das cláusulas contratuais consideradas em seu conjunto*” (CIDIP V, art. 7º). A indicação da lei aplicável há de corresponder ao *centro de gravidade* da relação negocial, ou seja, a que tenha “*the most significant relationship to the transaction and the parties*” (Restatement).

Para o estabelecimento do *centro de gravidade* podet-se-ia louvar, por exemplo, nas previsões da Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (Roma, 1980), antes indicadas ou nas indicações do *Restatement*. (§ 6º do *Restatement Second Conflicts of Law*: “ (SOARES, 1999, p. 174-175).

A escolha da lei aplicável poderia, então, até mesmo ser tácita e se revestir de caráter mutante (se desejarem, as partes poderão promover a sua modificação, desde que resguardados o interesse de terceiros). A escolha — independentemente da atenção à inarredável obediência ao princípio da ordem pública — entretanto, não poderá recair em qualquer sistema jurídico, sem vínculo com a relação contratual. Isto se deduz quando da ausência do exercício da autonomia da vontade ou de sua ineficácia, o contrato é de ser regido “*pela lei do país com o qual mantenha os vínculos mais estreitos*”.

A preocupação restaria em se definir quais os *vínculos mais estreitos*, o *centro de gravidade* da relação contratual; mas,

para tanto há referências que podem ser consideradas, na legislação estrangeira (p. e., a lei federal sobre direito internacional suíço), nas regras do *Restatement* americano e nas convenções internacionais (Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais — Roma, 1980).

Obviamente, não se poderá olvidar a inafastável obediência ao princípio de ordem pública, contemplado universalmente, e conforme o seu entendimento aqui esposado.

O lugar de celebração então, que, atualmente, alguns entendem como absoluto, ficará reservado, tão somente, à “*forma dos atos e contratos*”, desde que a autonomia da vontade não determine “*a adoção de outra forma aceita em direito, que tenha alguma vinculação com o ato ou contrato*”.

Alternativamente, como atualmente advoga a doutrina, poder-se-á cogitar de duas leis autônomas, uma de direito internacional privado, e outra para aplicação das normas jurídicas, para cuidar dos aspectos gerais e intertemporais, lembrança de

JACOB DOLINGER (1997, p.131).

VIII

Mas, enquanto não se edite uma nova lei de introdução, talvez duas, uma reservada às normas próprias à solução dos conflitos de leis, de Direito Internacional Privado, reservando-se a outra à “função de *lei geral*, por orientar a obrigatoriedade, a interpretação, a integração e a vigência da lei no tempo”, é preciso conviver com a lei vigente – no caso com art. 9º da lei de introdução de 1942 – permitindo a inserção do direito brasileiro na comunidade internacional, em face da internacionalização das relações.

Para tanto é que se fazer uma leitura aberta do art. 9º, não a estreitando como o fazem MARIA HELENA DINIZ e MARISTELA BASSO, mas na linha proposta por HAROLDO VALLADÃO, IRINEU STRENGER, JACOB DOLINGER, GUIDO SOARES E CLÓVIS DO COUTO E SILVA.

O art. 9º da lei de introdução se constitui em lei de

ordem pública, mas não é este o sentido que se deve emprestar à ordem pública. Se assim for, vedada estaria de forma definitiva a aplicação do direito estrangeiro. Explica-se: todo e qualquer sistema jurídico (refiro-me aos sistemas legislados) é pleno de normas imperativas, de normas de ordem pública, e, toda a vez que se houvesse de aplicar norma estrangeira e esta contrariasse uma lei cogente do direito interno, seria aquela imprestável. Ora, não se pode esquecer que a aplicação do direito estrangeiro pressupõe a diversidade legislativa, qual seja a diferença de tratamento dos institutos jurídicos.

A verdadeira ordem pública – aquela que o art. 17 da lei de introdução constitui como causa inibidora do exercício da autonomia da vontade na escolha da lei estrangeira – (recordando os níveis que comporta, consoante JACOB DOLINGER), é a chamada, impropriamente, de ordem pública internacional, a qual, na verdade, é interna, por se constituir em princípios básicos, inafastáveis do mesmo sistema. Não quaisquer prin-

cípios, mas aqueles cuja inobservância comprometa a segurança jurídica (entendida como a previsibilidade das conseqüências), e que, *in extremis*, poderá comprometer mesmo o equilíbrio do mesmo sistema. A ordem pública, inibidora da escolha da lei aplicável é a ordem pública universal (esta é que tem caráter internacional) por refletir princípios básicos que marcam presença nos diversos ordenamentos jurídicos. Uma ordem pública que “há de defender padrões de moralidade, de equidade, de igualdade e de segurança entre os Estados para a manutenção de uma ordem que, em última análise, é do interesse de todos os membros componentes da sociedade internacional” (DOLINGER, 1997, p.378).

Ordem pública que responda aos interesses próprios da comunidade internacional, constituindo uma noção autônoma, que venha a substituir, segundo ELISA PÉREZ VERA,

o jogo da ordem pública interna pelo de valores que obtiveram previamente seu

consenso no âmbito da comunidade internacional. Valores que decorrem daquelas normas e princípios que, normalmente também com caráter imperativo, já foram incorporadas ao Direito Internacional Público (*Apud* STRENGER, 1986, p.111).

Por outro lado,

Esta – a ordem pública internacional – é a ordem pública que inspira a colaboração das nações e que materializa em diversos campos, seja na repressão aos crimes de natureza eminentemente internacional, seja na estruturação das relações econômicas e financeiras internacionais, como também na criação de convenções de Direito Internacional Privado uniformizado, na cooperação tecnológica internacional e na regulamentação das atividades das empresas de atividade transnacional”. (COSTA, 1996, p. 202).

Não se pode, entretanto, buscar auxílio na visão judicial. Afirmar IRINEU STRENGER (1986, p.10), que o sistema jurídico pátrio só conhece a

ordem pública internacional “por força de estar contida no Código de Bustamante”, o que tem feito com que o Supremo Tribunal Federal, não sabendo distinguir ordem pública interna da internacional, no *exequatur* dos laudos arbitrais estrangeiros, por vezes, apresente-se rígido, enquanto em outras oportunidades, muito liberal.

REFERÊNCIAS

- ALTERINI, Atílio A. “Os contratos de consumo e as cláusulas arbitrais”, *Revista do Direito do Consumidor*, 15 (5-19), São Paulo, jul/set 1995.
- ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. *Curso de Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, PROCAM, 1998.
- ARAÚJO, Nádía. *Contratos Internacionais: autonomia da vontade, MERCOSUL e Convenções Internacionais*, Rio de Janeiro, Renovar, 1997.
- BAPTISTA, Luiz Olavo HULK, Hermes Marcelo e CASELLA, Paulo Borba (coordenadores). *Direito e Comércio Internacional: tendências e perspectivas*, São Paulo, LTr, 1994.
- BASSO, Maristela. *Curso de Direito Internacional Privado*, São Paulo, Atlas, 2009.
- BATIFFOL, Henri. *Traité Élémentaire de Droit International Privé*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1995.
- BÔAVIAGEM, Aurélio Agostinho da. “A ordem pública: limite da autonomia da vontade na escolha da lei aplicável”, *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*, N. 16, Recife, UFPE, 2006.
- CASTRO, Amílcar. *Direito Internacional Privado*, São Paulo, Forense, 1995.
- COSTA, José Augusto Ferreira et al. “Ordem Pública na Lei n. 9.307/96”, *Arbitragem. A nova lei brasileira e os “Princípios Uniformes dos Contratos Comerciais Internacionais”*, elaborados pela UNIDROIT. CASELLA, Paulo Borba (coordenador), São Paulo, LTr, 1997.
- DELL’OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luiz Ivani de Amorim. *Lei de Introdução ao Código Civil Comentado*. Rio de Janeiro, Forense, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*, São Paulo, Saraiva, 1994.

- DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, Ed. autor, 1979.
- DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado (Parte Geral)*, Rio de Janeiro, Renovar, 1997.
- ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, Renovar, 1995.
- GARCEZ, José Maria Rossani. *Curso de Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, Forense, 1999.
- HUCK, Marcelo. “Contratos Internacionais de Financiamento: a lei aplicável”, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, A. 23 (Nova Série), n. 53 (81/87), jan/mar, 1984.
- LOUSSOUARN, Yvon. *Droit International Privé*, Paris, Dalloz, 1996.
- PONTES DE MIRANDA. *Direito Internacional Privado*, v. I, Rio de Janeiro, José Olympio, 1935.
- RODAS, João Grandino. *Elementos de conexão do Direito Internacional Privado brasileiro, relativamente às obrigações contratuais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.
- RODAS, João Grandino. “Falta a Lei de Introdução ao Código Civil”, *Gazeta Mercantil*, 21 de setembro de 2001.
- RANOUIL, Véronique. *L'autonomie de la volonté: naissance et évolution d'un concept*, Paris, Presses Universitaires de France, 1980.
- SOARES, Guido Fernando da Silva. *Common Law. Introdução ao Direito dos EUA*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.
- STRENGER, Irineu. *Autonomia da vontade em Direito Internacional Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968.
- STRENGER, Irineu. “Aplicação de normas de ordem pública nos laudos arbitrais”, *Revistas dos Tribunais*, a. 75, n. 606 (9/12), abr, 1986.
- STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*, São Paulo, LTr, 1996.
- TENÓRIO, Oscar. *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1976.
- VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1974.