

**Certa ojeriza do direito internacional privado brasileiro à autonomia  
conflitual em matéria patrimonial de família: entre fraude à lei e  
ordem pública**

**Some aversion of brazilian private international law to conflictual  
autonomy in patrimonial family matters: between fraud and public police**

**Gustavo Ferraz de Campos Monaco**

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Professor Assistente Doutor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie

Coordenador do Curso de Direito da Universidade Anhembi Morumbi

Largo São Francisco, 95, São Paulo, SP, 01005-010, Brasil

gfcmonaco@usp.br

<https://orcid.org/0000-0002-8273-5929>

Abril de 2020

**RESUMO:** No contexto da gestão do patrimônio de famílias internacionais, cumpre discutir não apenas as regras de conflito brasileiras acerca do regime de bens do casamento – e sua extensão às uniões estáveis – e das sucessões (sobretudo como tema de planejamento sucessório), como também a dificuldade de se reconhecer a autonomia conflitual em matérias de direito disponível no direito brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** famílias internacionais; regime de bens; planejamento sucessório; autonomia conflitual; direito disponível; conflito de leis.

**ABSTRACT:** In the context of the management of the patrimony of international families, it is necessary to discuss not only the Brazilian conflict of laws rules regarding the marriage property regime - and its extension to stable unions - and succession (especially as a theme of succession planning), but also the difficulty to recognize the conflicting autonomy in matters of available right in Brazilian law.

**KEY WORDS:** international families; marriage property regime; succession planning; available right; conflict of laws.

## SUMÁRIO:

1. Histórico da propalada ojeriza
  2. Normas conflituais vigentes em matéria patrimonial
    - 2.1. Obrigações
    - 2.2. Regime de bens
    - 2.3. Sucessões
  3. Aceitação da autonomia
    - 3.1. Em perspectiva conflitual
      - a) Arbitragem e escolha da lei aplicável
      - b) Eleição de foro competente
    - 3.2. Em perspectiva material: a lei de liberdade econômica
  4. Estratégia de contorno e controle
    - 4.1. Fraude à lei
    - 4.2. Ordem pública
  5. Conclusão
- Bibliografia
- Jurisprudência

## 1. Histórico da propalada ojeriza

As normas brasileiras que regem os conflitos de leis no tempo e no espaço encontram-se contidas na hoje cognominada LINDB, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga Lei de Introdução ao Código Civil, rebatizada em 30 de dezembro de 2010, com a edição da Lei nº 12.376), que revogou a Introdução do Código Civil de 1916. Com efeito, não houve uma Lei de Introdução ao Código Civil de 1916, pois que se houvera e autônoma fosse, teria também numeração que seria referida. Houve, isso sim, uma Introdução àquele Código, com autônoma numeração de seus artigos, mas que era a mesma Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 2016, que instituiu o primeiro Código Civil brasileiro<sup>1</sup>.

Cotejando os conteúdos da Introdução de 1916 e da Lei de 1942, percebe-se como as principais diferenças que interessam para o Direito Internacional Privado brasileiro a mudança de conexão em questões pessoais e familiares, que deixa de ser a nacionalidade e passa a ser o domicílio<sup>2</sup>, uma limitação (e, para boa parte da doutrina brasileira, a proibição mesma) do reenvio<sup>3</sup>, além da exclusão da possibilidade de as partes estipularem contrariamente à conexão prevista no *caput* do então vigente art. 13. Com efeito, conquanto neste se estipulasse expressamente que “Regulará, salvo estipulação em contrário, quanto à substância e aos efeitos das obrigações, a lei do lugar, onde forem contraídas”, o ainda hoje vigente *caput* do art. 9º passou a determinar que “Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”, nascendo aqui a celeuma doutrinária que desemboca naquela certa ojeriza que encima a presente análise.

Desde a edição da LINDB, por meio do Decreto-Lei 4.657, de 1942, diversas foram as iniciativas que reformaram suas normas.

A já mencionada Lei 12.376, de 2010, modificou-lhe a ementa para explicitar que a lei não introduzia apenas o Código Civil, mas todas as normas do ordenamento jurídico nacional, o que lhe valeu a alcunha de “uma lei ridícula”, que procurava explicitar um efeito que doutrina

<sup>1</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm). Último acesso em 30 de abril de 2020.

<sup>2</sup> Para maiores informações sobre as razões que levaram a essa alteração, GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS MONACO, “Diritto internazionale privato della famiglia: influenza della storia e della geografia del Brasile”, *Panorama of Brazilian Law*, Rio de Janeiro, a. 6, n. 9/10, p. 35-58, 2018, disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/pbl/article/view/34715/30644>, último acesso em 30 de abril de 2020.

<sup>3</sup> A redação do art. 16 é a seguinte: “Art. 16.: Quando, nos termos dos artigos precedentes, se houver de aplicar a lei estrangeira, ter-se-á em vista a disposição desta, sem considerar-se qualquer remissão por ela feita a outra lei”. A polêmica centra-se em saber se “ao determinar que não se deva considerar qualquer remissão feita pela lei estrangeira X a outra lei, o legislador do DIP brasileiro afastou integralmente o instituto do reenvio estabelecendo que a determinação de aplicar a lei estrangeira se refere, diretamente, à lei material vigente naquele país, abstraindo-se das normas indiretas existentes naquele sistema jurídico ou afastou apenas o reenvio de segundo grau (a outra lei), sem ter proibido o reenvio de primeiro grau, ao sistema brasileiro, para que fossem aplicadas as disposições materiais brasileiras? [Anteriormente], adotei posição no sentido de estarem proibidos tanto os reenvios de primeiro como de segundo graus, ou seja, defendi que haveria integral veto ao reenvio. Não obstante, após alguns anos de reflexão sobre a temática, entendo que o veto existente no art. 16 da [lei brasileira] atinge apenas as remissões feitas pela lei estrangeira a outras leis, o que exclui eventual remissão da lei estrangeira ao Direito brasileiro, do foro. Nesse sentido, filio-me à doutrina que entende viável o reenvio de primeiro grau, mas proibido o de segundo grau”, GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS MONACO, “Comentários ao artigo 16 da Lei de Introdução”, *Código Civil interpretado*, 13. ed., Barueri, Manole, 2020, p. 31-32.

e jurisprudência sempre lhe reconheceram, pois as leis são o que são e não o que dizem ser<sup>4</sup>.

Já a Lei 3.238, de 1957, deu nova redação ao *caput* do art. 6º da LINDB, acrescentando-lhe três parágrafos para deixar claro que o sistema constitucional de 1946 voltava a garantir proteção ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito, algo que a Constituição de 1937 extirpara do sistema jurídico nacional e que foi a razão efetiva, ao lado da declaração de guerra ao Eixo, para a edição do Decreto-Lei de 1942<sup>5</sup>.

Essa mesma Lei de 1957 modificou ainda o §2º do art. 7º da LINDB para admitir que as autoridades consulares ou diplomáticas de Estados estrangeiros pudessem celebrar matrimônios de seus nacionais, no Brasil, segundo os ditames da lei estrangeira, considerando-se a imunidade de jurisdição dessas repartições<sup>6</sup>. E ainda modificou a redação do art. 18 (que em 2013 veio de ter acrescentados dois parágrafos pela Lei 12.874) e acrescentou o art. 19 e seu parágrafo único à LINDB.

Em 1977, quando se introduziu o divórcio no sistema jurídico brasileiro, também o § 5º do art. 7º sofreu modificação determinada pela Lei 6.515, para permitir aos estrangeiros casados no exterior que optassem, quando de sua eventual naturalização, pelo regime legal de bens vigente no Brasil. Por seu turno, o § 6º do mesmo artigo foi modificado pela última vez em 2009, por força da Lei. 12.036, adequando a realidade dos prazos para reconhecimento de divórcios proferidos no exterior aos prazos vigentes na legislação material nacional, com o intuito de evitar certo tratamento discriminatório que decorria da redação anterior e da flexibilização do direito material brasileiro. A mesma lei revogou, ainda, o parágrafo único do art. 15 da LINDB.

Em 1995, foi o § 1º do art. 10 que sofreu alteração decorrente da Lei 9.047, modificando-se as situações de incidência da regra especial ali contida, aproximando sua redação àquela contida no art. 5º, inc. XXXI da Constituição Federal de 1988.

Por fim, a Lei 13.655/2018 acrescentou uma série de disposições atinentes ao direito público.

Esse longo alinhavar de leis que, ao longo das últimas décadas, modificaram pontualmente a LINDB convive ainda com Projetos maiores, de fôlego doutrinário<sup>7</sup>, que pretenderam alterar substancialmente as disposições dessa importante *lex legum* a fim de dotá-la de um necessário *retrofit* (termo da engenharia que designa o processo de modernização de um equipamento construtivo considerado ultrapassado ou que não atende às normas, mormente as de segurança, vigentes).

<sup>4</sup> JACOB DOLINGER, "Uma lei ridícula", *O Globo*, Edição de 26.01.2011, disponível em <https://oglobo.globo.com/in/uma-lei-ridicula-2902785>, último acesso em 30 de abril de 2020.

<sup>5</sup> HAROLDO VALLADÃO, *Direito Internacional Privado*, 2. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1970, p. 188.

<sup>6</sup> Por todos, sobre imunidades, veja-se CARMEN TIBURCIO, *Extensão e limites da jurisdição brasileira: competência internacional e imunidade de jurisdição*, Salvador, JusPodivm, 2016, p. 257 e seguintes.

<sup>7</sup> É o caso do Anteprojeto da Lei Geral de Aplicação de Normas Jurídicas de HAROLDO VALLADÃO (*Direito Internacional Privado*, 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1970, p. 189) e do Anteprojeto da década de 1990 elaborado por Comissão composta por JOÃO GRANDINO RODAS, JACOB DOLINGER, RUBENS LIMONGI FRANÇA e INOCÊNCIO MARTIRES COELHO, nunca convertidos em lei.

Salvo propostas mais ambiciosas, de substituição integral dos dispositivos de 1942, percebe-se que o legislador não se preocupou em analisar, fosse para aprovar, fosse para rejeitar, qualquer iniciativa de modificação do *caput* do art. 9º da LINDB e que permitissem, expressamente, que as partes dispusessem em seus negócios jurídicos acerca de qual a lei que gostariam de ver aplicada para determinar os marcos de análise das disposições nele contidas.

Doutrinariamente, por outro lado, assistiu-se à construção de um discurso que, bem sintetizado por Jacob Dolinger<sup>8</sup>, demonstra no mínimo uma adesão cautelosa à conveniência de se explicitar a possibilidade de escolha da lei aplicável ao mesmo tempo em que nega essa possibilidade à luz do direito vigente.

E é justamente nessa conjugação de uma atuação legislativa vacilante e um posicionamento doutrinário assaz cuidadoso que parece residir uma certa ojeriza do direito internacional privado brasileiro à possibilidade de determinação da lei aplicável a partir do exercício da autonomia conflitual. Refiro-me a uma certa ojeriza porquanto haja manifestações legislativas esparsas e situadas em outros domínios que, todavia, infirmam essa hipótese. Antes, porém, de fazer referência às situações que parecem aceitar a autonomia, mostra-se conveniente analisar as normas conflituais em matéria patrimonial vigentes no Brasil a fim de demonstrar que estas, de fato, não explicitam a possibilidade de determinação da lei aplicável por vontade das partes.

## 2. Normas conflituais vigentes em matéria patrimonial

Nesse sentido, convém destacar que o estado de exceção constitucional vivenciado no Brasil quando da edição da LINDB pode ter contribuído para a adoção de uma redação que, fechando as portas à vontade dos particulares, atendesse aos interesses políticos daquele regime que perdurou até 1945. Do mesmo modo, o período ditatorial vivenciado nas décadas de 1960, 1970 e 1980 do século passado, pode ter contribuído para a inércia legislativa.

Não obstante, os períodos democráticos vivenciados entre 1945 e 1964 e a partir de meados da década de 1980 poderiam ter contribuído para a adoção de mecanismos mais abertos de determinação da lei aplicável, não fosse o descaso do legislador brasileiro.

### 2.1. Obrigações

A LINDB utiliza o conceito-quadro obrigações, não apartando as contratuais das não contratuais e indica como elemento de conexão a lei do local em que se constituem, ou seja,

---

<sup>8</sup> JACOB DOLINGER, *Contratos e obrigações no Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 422-461.

a lei do local da contratação (*lex loci contractus*) para as obrigações contratuais entre presentes e a lei do local do cometimento do ilícito (*lex loci delicti comissi*) para as obrigações ensejadoras da responsabilidade civil por prática de atos ilícitos. No entanto, essas regras se referem sempre ao conteúdo da obrigação, nunca à sua forma, pois esta, em que pese o silêncio da LINDB, encontra-se afeta ao princípio *locus regit actum/contractum*, de longa tradição no Direito Internacional Privado brasileiro e que constava do art. 11 da Introdução ao Código Civil de 1916. Não obstante o *caput* fazer expressa remissão à *lex causae* para fins de qualificação, é inegável que uma primeira concepção de se tratar de obrigação decorre de conceitos típicos da *lex fori*.

Muita dúvida se estabeleceu, a partir de 1942, acerca da possibilidade de as partes, nas relações obrigacionais contratuais, elegerem a lei que lhes parecesse mais indicada para reger o contrato (*lex voluntatis*). Isso porque, ao contrário da Introdução ao Código Civil de 1916, não há na lei em vigor nenhuma referência expressa à autonomia da vontade das partes para a eleição da lei aplicável<sup>9</sup>.

Parece-me excesso de formalismo não admitir a *lex voluntatis*. Com efeito, desde que o exercício da autonomia privada não venha a modificar a natureza do contrato ou infringir disposições materiais inderrogáveis estabelecidas pela ordem pública brasileira (contratos de consumo ou trabalho, por exemplo), nada obstará que as partes, no curso das negociações, fizessem inserir no contrato cláusulas traduzidas de uma lei estrangeira qualquer. Assim, de se perguntar porque não poderiam, em homenagem a essa mesma autonomia, mas também de flagrante economicidade, fazer incluir, em vez de cláusulas materiais traduzidas da legislação estrangeira, uma única cláusula final que explicitasse o desejo comum dos contratantes de que suas obrigações fossem determinadas pela incidência de lei estrangeira diversa daquela vigente no local em que o contrato foi celebrado?

Na hipótese de contratos internacionais havidos entre ausentes, a obrigação deles decorrente reputa-se constituída no lugar em que reside o proponente. Assim, residindo o mesmo no exterior, será a lei estrangeira aplicada a menos que o contrato tenha de ser executado no Brasil, hipótese em que, por força do § 1º do art. 9º da LINDB, será aplicada a *lex loci executionis*. Por óbvio, para fins de determinação da lei aplicável, incide a ideia de que se em face da proposta de uma parte houver contraproposta da outra, e essa contraproposta for aceita pelo primeiro proponente, inverte-se a situação, com a consideração de que o autor da contraproposta passou à posição de proponente. Aplicada tal ideia no campo do Direito Internacional Privado, em um contrato em que as partes se encontram sob a vigência de leis diversas, o resultado será a inversão da lei aplicável.

Deve-se notar que não se trata, aqui, necessariamente, de contratação havida entre ausentes no tempo, mas, sim, no espaço, sendo esse o critério relevante. Com efeito, dois indivíduos que negociem por sistema de comunicação à distância estão presentes no tempo,

<sup>9</sup> Veja-se, com profundidade, JOÃO GRANDINO RODAS. "Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais", In: JOÃO GRANDINO RODAS (coord.), *Contratos internacionais*, 3. ed., São Paulo, RT, 2002, em especial p. 45-54.

porém ausentes no espaço. E se a distância indicar estarem cada qual sob o resguardo de uma soberania distinta, a lei aplicável dependerá, nos termos da regra em análise, de se identificar quem foi o autor da proposta afinal aceita, será a lei do local da residência deste último a que regerá o contrato.

Ainda no que tange às obrigações, chama atenção a definição da lei do local de sua constituição como a lei aplicável. Muito embora me pareça a lei adequada para reger as obrigações decorrentes da prática de atos ilícitos, considerando-se configurada a obrigação no local em que o dano é percebido pela vítima<sup>10</sup>, tenho para mim que seria mais conveniente, no que concerne às obrigações contratuais, determinar a aplicação da lei do local da execução<sup>11</sup> de sua prestação característica, por ser esta a lei mais próxima<sup>12</sup>. E em havendo mais de uma prestação característica, determinar-se a *dépeçage*, com a consequente incidência de leis diversas e a necessidade de se proceder à eventual adaptação entre elas<sup>13</sup>.

*De lege ferenda*, seria conveniente reintroduzir expressamente a possibilidade de as partes definirem, por meio da autonomia de sua vontade, a lei aplicável na regência de sua relação contratual, que é disponível por essência e por meio da qual as partes podem afastar os elementos categoriais derogáveis<sup>14</sup> traçados pelo legislador civil ou comercial com caráter meramente supletivo. A questão tem natureza de princípio jurídico, não precisando estar formulada em termos de uma regra<sup>15</sup>. Mas, ante a celeuma doutrinária, seria conveniente deitá-la à terra por meio de previsão legislativa que explicitasse essa possibilidade.

## 2.2. Regime de bens

Em matéria de direito de família e relativamente às relações traçadas em âmbito familiar, o sistema brasileiro de Direito Internacional Privado as vincula ao elemento de conexão familiar, gerando algumas dificuldades que em 1942 não se colocavam, sobretudo ante a possibilidade – atualmente admitida – de que os membros da família ostentem domicílios ou residências habituais diversas, mantendo-se, todavia, vinculados ao propósito familiar. Nesse caso, a lei a ser aplicada dependerá da situação fática que se esteja a resolver, podendo a determinação da lei aplicável recair sobre a lei do último domicílio comum do casal, do local

<sup>10</sup> JACOB DOLINGER, *Contratos e obrigações no Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 529 e seguintes.

<sup>11</sup> JOÃO GRANDINO RODAS, *Direito internacional privado brasileiro*, São Paulo, RT, 1993, p. 37.

<sup>12</sup> A respeito, PAUL LAGARDE, "Le principe de proximité dans le Droit International Privé contemporain", *Recueil des Cours*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, v. 196, p. 9-238, 1986.

<sup>13</sup> Veja-se: WILHELM WENGLER, "The general principles of Private International Law", *Recueil des Cours*, Leyde, A. W. Sijthoff, v. 104, p. 273-463, 1961, p. 400-401; JOÃO BAPTISTA MACHADO, "Problemas na aplicação do direito estrangeiro – adaptação e substituição", *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 36, p. 327-351, 1960; GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS MONACO, *Conflitos de Leis no Espaço e Lacunas (Inter)Sistêmicas*, São Paulo, Quartier Latin, 2019.

<sup>14</sup> ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4. ed., 5. tir., São Paulo, Saraiva, 2007, p. 35.

<sup>15</sup> JACOB DOLINGER, *Contratos e obrigações no Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 524-527.



onde efetivamente convivem (onde passam tempo juntos), a lei mais favorável ao interesse superior da criança ou do adolescente etc., cabendo à doutrina e à jurisprudência colmatar tais lacunas enquanto não for aprovado texto normativo mais consentâneo com a realidade das modernas formas de estabelecimento de relações familiares.

Essa dificuldade e as dúvidas dela decorrentes, aliadas à constatação de que a vinculação à lei domiciliar favorece a caracterização de um conflito móvel de leis, mostra-se temerária em questões patrimoniais, em que a segurança e a certeza devem grassar seja em relação aos cônjuges ou aos membros de uma união estável, seja em relação aos terceiros que com eles negociam. Assim é que os aspectos patrimoniais, mormente o regime de bens, configuram conflito fixo, ou seja, conflito que será regido, sempre, pela mesma lei, ainda que no transcorrer do matrimônio as partes alterem o domicílio, que é o elemento da relação escolhido pelo legislador para preencher a conexão da hipótese fática. Trata-se de homenagem à segurança jurídica dos membros do casal e, também, daqueles terceiros que com os membros do casal negociem.

Dispõe a LINDB que, se os nubentes apresentam o mesmo domicílio antes da celebração do casamento, a lei comum regerá a vida patrimonial do futuro casal. A preferência pelo domicílio comum dos noivos coaduna-se com o momento em que os mesmos poderiam ter feito a opção por qualquer dos regimes de bens descritos na legislação civil ou mesmo descrito, de forma minuciosa, os direitos e deveres de cada qual na condução da vida patrimonial futura. Com efeito, a legislação presume que, indagados se desejariam firmar pacto antenupcial, o silêncio dos noivos significa a aceitação tácita do regime legal vigente no local de seu domicílio comum (ao tempo da opção pela não elaboração do pacto).

Todavia, caso o domicílio seja diverso antes da convolação das núpcias, a lei indica o sistema jurídico vigente no local em que vier a ser fixado o primeiro domicílio conjugal como o competente para a regência de tais aspectos. Nessa hipótese, porquanto diversos os domicílios dos noivos ao tempo da opção por não elaborar pacto antenupcial, entendeu o legislador que a presunção de aceitação de um regime legal devesse recair sobre o modelo legal do local onde o casal inicia sua vida em comum<sup>16</sup>.

Não se deve olvidar, no entanto, a possibilidade de que os nubentes estabeleçam, por acordo entre as partes, regime convencional de bens. Nesse caso, as formalidades do pacto antenupcial deverão obedecer à lei do local da celebração, mas o conteúdo da avença será livremente determinado pelos noivos, desde que não ofenda a ordem pública, como seria o caso, por exemplo, de uma disposição convencional que estabelecesse diferença de direitos entre os cônjuges ou companheiros em razão do sexo.

Trata-se da aplicação do princípio da autonomia privada em matéria patrimonial às relações plurilocalizadas. Podendo os noivos livremente dispor relativamente ao conteúdo do pacto

<sup>16</sup> Embora não adentre nessa diferenciação, nem se refira à possibilidade de as partes definirem, *ex voluntate*, o seu regime de bens, veja-se, MARISTELA BASSO, “A determinação do regime de bens do casamento à luz do direito internacional privado brasileiro”, *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 95, 361-372, 2000, disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67474>, último acesso em 30 de abril de 2020.

antenupcial, poderiam eles simplesmente indicar a lei escolhida pelas partes para reger sua vida patrimonial, em cujo arcabouço os intérpretes do pacto deveriam buscar o regime de bens supletivo indicado pela lei para atuar em caso de não opção expressa dos nubentes. A matéria, longe de ser pacífica, é aceita por esse autor, em homenagem ao princípio da autonomia de vontade das partes. Se podem dispor por cláusulas materiais, não se compreende porque deveriam ser impedidos de dispor por meio de cláusula remissiva.

Por fim, cabe mencionar a curiosa hipótese de mutabilidade do regime de bens do casamento que se encontrava vigente no sistema jurídico brasileiro antes mesmo da promulgação do Código Civil atual, de 2002, e que consta do § 5º do art. 7º da LINDB, vazado nos seguintes termos: "O estrangeiro casado, que se naturalizar brasileiro, pode, mediante expressa anuência de seu cônjuge, requerer ao juiz, no ato de entrega do decreto de naturalização, se apostile ao mesmo a adoção do regime de comunhão parcial de bens, respeitados os direitos de terceiros e dada esta adoção ao competente registro" (redação determinada pela Lei nº 6.515, de 1977).

O Código Civil de 1916 determinava a imutabilidade do regime de bens dos casamentos, o que ocasionava a incidência da lei estrangeira às relações patrimoniais de muitos casais de imigrantes domiciliados no Brasil e que tivessem adquirido patrimonial no país. Daí a inserção dessa possibilidade de se adotar o regime legal supletivo determinado pela legislação brasileira (comunhão universal de bens de 1942 a 1977, comunhão parcial de bens de 1977 a 2003, quando entrou em vigor o atual Código Civil, que, ademais, manteve tal regime como o supletivo legal até os dias atuais).

Alterado o princípio pela legislação atualmente em vigor, que introduziu no direito brasileiro a possibilidade de modificação do regime de bens para os casamentos eminentemente nacionais e, também, para os casamentos plurilocalizados em que os elementos estrangeiros existentes na relação fática dissessem respeito a questões outras que não a nacionalidade dos cônjuges. Com a possibilidade genérica de que os cônjuges decidam alterar o regime de bens na constância do matrimônio, deixa de ter muito interesse essa hipótese, em que pese a competência para a análise desse pedido ser do juízo federal responsável pelo procedimento de jurisdição voluntária tendente à naturalização do cônjuge estrangeiro e não do juízo de família, como nas hipóteses reguladas pelo Código Civil.

### **2.3. Sucessões**

Em matéria sucessória, nenhuma das disposições conflituais vigentes no Brasil consagrou a autonomia do sucedido para determinar a lei aplicável a sua sucessão. Não obstante, trata-se de importante campo em que a gestão do patrimônio familiar pode se manifestar, sendo cada vez mais comum a adoção de providências jurídicas *inter vivos* ou *mortis causa* que disponham sobre a gestão do patrimônio por meio da constituição de empresas, o endereçamento dos bens por meio de testamentos dentre tantos outros.

Quando presentes elementos estrangeiros, a questão ganha contornos um tanto mais complexos a exigir o conhecimento das regras sobre competência jurisdicional e das regras de conflito vigentes no local da situação dos bens.

A pessoa que falece e deixa patrimônio situado no Brasil para ser partilhado entre seus herdeiros terá a sucessão necessariamente decidida no Brasil, porquanto se trate de hipótese de competência exclusiva da jurisdição brasileira, que impede a homologação de eventual decisão estrangeira que alcance tais bens no Superior Tribunal de Justiça.

A questão da competência jurisdicional brasileira para determinar a partilha de bens situados no exterior tem sido tratada pela jurisprudência por meio de uma interpretação *a contrario sensu* do quanto disposto na regra processual que avoca a competência para a jurisdição brasileira. Veja-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“Se o ordenamento jurídico pátrio impede ao juízo sucessório estrangeiro de cuidar de bens aqui situados, móveis ou imóveis, em sucessão *mortis causa*, em contrário senso, em tal hipótese, o juízo sucessório brasileiro não pode cuidar de bens sitos no exterior, ainda que passível a decisão brasileira de plena efetividade lá” (STJ, REsp n. 397.769/SP, 3ª T., rel. Min. Nancy Andriahi, j. 25.11.2002).

Há, com todo o respeito, duas imprecisões técnicas no julgado.

A primeira ao se afirmar que o ordenamento jurídico pátrio impede eventual juiz estrangeiro de decidir a questão. O legislador brasileiro estabelece normas para que componham o ordenamento jurídico brasileiro. A aplicação da lei brasileira no exterior, quando ocorrer, ocorre por determinação do legislador de conflitos estrangeiro que entendeu por bem determinar, naquele caso, a aplicação da lei brasileira. Não obstante, é incorreto afirmar que o legislador brasileiro estabeleça uma regra pensando no julgador estrangeiro. Tal legislador sabe que exerce um dos Poderes do Estado soberano brasileiro e que a República Federativa do Brasil se comporta, em suas relações internacionais, com pleno atendimento ao princípio da igualdade soberana dos Estados (*par in parem non habet imperium* ou *judicium*). Daí a afirmação de que o legislador não se dirige ao juiz estrangeiro impedindo-o, proibindo-o de decidir. A atribuição de competência ao juiz estrangeiro cabe ao legislador estrangeiro, que a avocará se entender que seus magistrados se encontram em condições de bem desempenhar tal competência.

Ao determinar que a competência é da jurisdição brasileira, com exclusão de qualquer outra, o legislador brasileiro dirige-se ao Superior Tribunal de Justiça, enquanto autoridade competente para homologar decisões estrangeiras, determinando à alta Corte federal que se abstenha de homologar decisões estrangeiras que determinem a partilha *mortis causa* de bens situados no Brasil. Essa exegese é corroborada e complementada pelo disposto no art. 964, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015<sup>17</sup>.

A segunda imprecisão técnica, a meu ver, reside justamente na interpretação em sentido

<sup>17</sup> GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS MONACO. “Competência internacional (limites à jurisdição nacional) em matéria de ação revisional de prestação alimentícia e partilha de bens (Parecer)”, *Revista de processo*, São Paulo, a. 42, n. 266, abr 2017, p. 365-391.

contrário da disposição do art. 23, II, do mesmo diploma legal, especialmente quando o julgador afirma a hipótese – que pode mesmo ocorrer – da jurisdição estrangeira atribuir efetividade a eventual decisão brasileira que determinasse a partilha de bens sitos no exterior, pois, para tanto, basta que a legislação processual estrangeira admita a homologação e conseqüente reconhecimento da decisão brasileira. Qual a razoabilidade de se excluir esses bens da partilha no Brasil sem que haja uma proibição expressa do legislador brasileiro para que nossos julgadores decidam? A eventual economicidade, evitando-se uma decisão brasileira que se sabe inexecutível no exterior à partida pode ser e deve ser alegada. Mas não como argumento se houver indícios de que a jurisdição estrangeira aceitaria reconhecer efetividade à decisão brasileira<sup>18</sup>.

Tal sucessão será regida pela lei do local em que era domiciliado o autor da herança, ao tempo de sua morte. Pouco importando o local do falecimento, a nacionalidade do *de cujus* ou o local da situação dos bens (que, como visto acima, é importante para fins de fixação da competência jurisdicional, mas não para a determinação da lei a aplicar).

Embora a LINDB nada disponha acerca dos testamentos realizados no exterior (como, também, aos elaborados no Brasil), é forçoso convir que, pelo princípio do *locus regit actum*, a validade formal do testamento será determinada pela lei do local em que tiver sido elaborada a cédula testamentária. Essa, no entanto, deverá guardar cláusulas compatíveis do ponto de vista substancial com a lei do local em que estiver domiciliado o testador ao tempo de sua morte, por ser esta a lei de regência material do endereçamento de seus bens, e porque os testamentos só adquirem eficácia com a morte do testador, nunca antes.

O § 1º do art. 10 da LINDB, que corresponde ao dispositivo contido no art. 5º, inc. XXXI, da Constituição Federal de 1988, resguarda direitos fundamentais do cônjuge brasileiro ou dos filhos brasileiros de autor de herança de nacionalidade estrangeira, domiciliado no exterior. Nesse sentido, exige do julgador a efetiva comparação entre a lei sucessória brasileira e a lei sucessória do local em que era domiciliado o morto, a fim de estabelecer qual delas privilegia o interesse dos nacionais, evitando que sejam lesados pela eventual aplicação da lei estrangeira. Por óbvio, o problema da comparação não se põe caso o último domicílio do estrangeiro fosse em território brasileiro.

A norma fala em filhos, razão pela qual é inviável sua aplicação se os netos brasileiros participarem da sucessão por direito próprio e por cabeça. Mas a norma deve beneficiar o companheiro brasileiro, tal qual beneficia o cônjuge, mormente em razão da declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que com a modulação dos efeitos ali determinada (inaplicabilidade dos efeitos da decisão sobre os inventários e partilhas findos).

Tal disposição afigura-se, segundo me parece, despropositada e, em grande medida, xenófoba. Seu intuito, ao estabelecer conexão alternativa que remete à *lex fori* é claro: beneficiar o cônjuge sobrevivente ou os filhos do *de cujus*, mas apenas se forem brasileiros.

<sup>18</sup> Veja-se o clássico estudo de JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA, "Da competência internacional e dos princípios que a informam", *Revista de Processo*, São Paulo, a. 13, n. 50, p. 51-71, abr-jun 1988.

Se forem estrangeiros, não há espaço para a alternatividade. Assim, se o último domicílio fosse no exterior e um dos herdeiros mencionados for brasileiro, o juiz deverá comparar a lei estrangeira e a do foro e aplicar aquela que traga maiores benefícios para o herdeiro brasileiro. Imagine-se que a legislação vigente no local do último domicílio não conheça a legítima, aquela parcela do patrimônio a respeito da qual o titular não pode dispor em testamento. Eu não tenho a menor dúvida de que seria possível atingir o mesmo resultado nesse caso concreto se recorrêssemos à ordem pública para afastar a lei estrangeira que não garante a reserva da legítima. E mais, se o recurso fosse à ordem pública, seria possível defender todos os descendentes (e não só os filhos), os ascendentes e o cônjuge ou companheiro supérstites, independentemente de suas nacionalidades, tratando igualmente os herdeiros estrangeiros e os herdeiros nacionais.

Diante do quadro normativo vigente atualmente no Brasil, percebe-se que as regras de conflito não admitem o exercício da autonomia conflitual em matéria sucessória.

### **3. Aceitação da autonomia**

A dificuldade criada pela inércia do legislador brasileiro em adequar as normas de conflito em vigor a uma realidade mais consentânea com a aceitação da autonomia das partes para a definição da lei de regência de seus interesses patrimoniais disponíveis convive, todavia, com algumas disposições introduzidas no ordenamento brasileiro pela aprovação de leis especiais ou pela adoção de codificação mais atual.

#### **3.1. Em perspectiva conflitual**

Em perspectiva conflitual, pode-se indicar a aprovação da lei de arbitragem e a introdução, no Código de Processo Civil de 2015, da norma contida no art. 25, como exemplos do reconhecimento pontual e – por isso mesmo – assistemático da autonomia conflitual.

##### **a) Arbitragem e escolha da lei aplicável**

A primeira iniciativa exitosa de se introduzir no ordenamento brasileiro a possibilidade de as partes escolherem a lei aplicável à resolução de seus litígios deve-se à entrada em vigor da Lei 9.307, de 1996, que dispôs sobre a arbitragem.

Não obstante tenha havido dúvidas acerca de sua constitucionalidade, afinal dirimida pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu que o recurso a essa forma de resolução de controvérsias pelas partes em questões de direitos disponíveis não ofendia a norma

constitucional que dispõe sobre a inafastabilidade do Judiciário, as arbitragens tornaram-se cada vez mais usuais no Brasil, não obstante seu custo possa, por vezes, impedir ou dificultar seu manejo.

O § 1º do art. 2º de mencionada Lei, ao facultar às partes a livre escolha das “regras de direito que serão usadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública”, tornou viável a escolha da lei aplicável, mas, apenas, se a questão fosse levada à arbitragem. Com efeito, remanesceu a dúvida se, em uma ação judicial que versasse sobre um contrato celebrado no Brasil e no qual as partes tivessem optado pela incidência de uma lei estrangeira qualquer, o Judiciário brasileiro aceitaria tal disposição como válida, trazendo para o deslinde da demanda as disposições materiais estrangeiras escolhidas pelas partes.

## b) Eleição de foro competente

De outro lado, a recente codificação processual brasileira, em seu art. 25, estabeleceu não competir “à autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação”.

A alteração legislativa teve o condão de encerrar uma certa forma de interpretação de cláusulas de eleição de foro

Nesse sentido, a eleição de uma jurisdição estrangeira qualquer representa, como salientou Moura Ramos, verdadeira “cláusula de *derogatio fori* em relação à jurisdição brasileira. O mecanismo traduz o duplo (e pleno) efeito reconhecido ao princípio da autonomia da vontade<sup>19</sup>, vale dizer, não apenas o de proceder à escolha de um foro querido pelas partes, mas, sobretudo, o de interditar o foro brasileiro, ainda quando eventualmente competente nos termos dos artigos antecedentes.

## 3.2. Em perspectiva material: a lei de liberdade econômica

A Lei 13.874, de 20 de setembro de 2019, ao converter em Lei a Medida Provisória nº 881, de 2019, uniu-se ao rol das manifestações legislativas que visaram proceder a certa atualização da legislação nacional. Derrogações, ab-rogações, mudanças de redação e inclusões de novas normas constam de seu conteúdo, sem que tal expediente represente qualquer inovação do ponto de vista da simples técnica legislativa.

<sup>19</sup> RUI MANUEL GENS DE MOURA RAMOS, “O Direito Processual Civil Internacional nas recentes codificações portuguesa e brasileira”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 93, n. 2, p. 57-88, 2017, p. 76.

Com efeito, aprovar leis com o intuito de inserir novas normas em diplomas legislativos aprovados no passado e que estejam em vigência tem sido um dos vários expedientes utilizados pelo legislador para proceder a certo *aggiornamento* do sistema jurídico pátrio.

Em matéria de liberdade contratual, entendida não nos limites da faculdade de ser parte em um contrato, negociando-o ou aderindo ao conteúdo da proposta elaborada pela outra parte, mas, sim, enquanto liberdade de pactuar seu conteúdo, extrapolando o desenho legislativo naquilo que a autonomia contratual sempre delegou às partes, o legislador de 2019 optou por modificar a expressão “liberdade de contratar” constante da redação originária do art. 421 do Código Civil, substituindo-a pela mais adequada expressão “liberdade contratual”<sup>20</sup>. Além disso, incluiu um parágrafo único ao art. 421, com a seguinte redação: “Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”.

Por outro lado, foi inserido o art. 421-A, que presume paritários e simétricos os contratos civis e empresariais, ressalvados regimes jurídicos previstos em leis especiais, além de garantir que a alocação de riscos pelas partes deve ser respeitada e observada e que as partes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação do clausulado e dos pressupostos estabelecidos para a revisão ou a resolução dos contratos. Por fim, esse dispositivo retoma os conceitos de limitação e excepcionalidade para a revisão contratual, que já tinham aparecido no parágrafo único do art. 421.

Nenhuma alteração, todavia, foi alocada na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro em matéria de determinação da lei aplicável aos contratos, o que poderia ter sido feito pelo legislador, mormente por aquele que visava atribuir maior liberdade [econômica] às partes em negócios juridicamente relevantes e com potente significação econômica como são, certamente, os contratos internacionais.

O contrato será internacional sempre que apresentar em sua estrutura jurídica elementos que apresentem vínculos com mais de um ordenamento jurídico. Basta para que se configure como negócio jurídico que interessa ao direito internacional privado a presença de elementos vinculados a mais de um ordenamento, como se viu acima. Se tais elementos serão relevantes ou não para interferir na norma de regência do negócio é questão a ser resolvida pelas regras de direito internacional privado aplicáveis. Assim, a nacionalidade das partes contratantes, seu domicílio, residência, sede social, o local do estabelecimento do vínculo, do cumprimento das obrigações assumidas pelas partes, o local do pagamento, a moeda de pagamento (quando permitido o pagamento por moeda diversa da que circula oficialmente em determinado território), o local da situação do objeto da relação jurídica são aspectos que influenciam na determinação da internacionalidade do contrato. Se todos são vinculados a um único ordenamento jurídico, o contrato será nacional e o direito internacional privado perderá o interesse em tomá-lo para análise. Não obstante, a presença de um vínculo com o

---

<sup>20</sup> Veja-se as críticas que à redação original do artigo desferiu ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, “Direito dos contratos”, In: *Seminário o novo código civil brasileiro o que muda na vida do cidadão*, Brasília/DF, Senado Federal, 2002, p. 81-82.

exterior em qualquer desses aspectos é suficiente para que o direito internacional privado passe a se interessar pela situação concreta e, assumindo a internacionalidade do contrato em questão, submeta-o ao escrutínio do método próprio a essa disciplina com o fito de vinculá-lo a uma ou a mais de uma dessas leis<sup>21</sup>.

Como já ficou assentado, nada parece obstar, com eficiência e rigor jurídico, a aposição de cláusula que determine a lei aplicável, ainda que essa não decorra da conexão imposta pelo legislador de direito internacional privado do foro. Exceção feita à indicação de lei que viole a ordem pública do foro ou que desnature o tipo contratual.

Se assim agirem os contratantes, as cláusulas contratuais deverão ser interpretadas segundo os parâmetros ora fixados no art. 421-A do Código Civil brasileiro. Nesse sentido, sendo tais contratos paritários e simétricos por presunção, como determina o *caput* da norma, a aposição de cláusulas que traduzam normas estrangeiras desejadas pelas partes deve ser enfrentada como tal. E da mesma forma deveria ser entendida uma única cláusula que dissesse que as partes querem submeter o contrato à lei estrangeira X.

Ademais, assim agindo, nada mais estariam fazendo que alocando riscos jurídicos, de que o conteúdo da lei estrangeira seja mais ou menos favorável comparativamente à lei do local em que celebrada a avença. E nos termos do inciso II do referido artigo, tal distribuição de riscos pelas partes deve ser respeitada e observada.

As partes podem, ainda, estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação de seu clausulado e dos pressupostos estabelecidos para a revisão ou a resolução dos contratos. Ora, ao dizer que o contrato se rege pela lei do Estado X, fazem as partes outra coisa que não estabelecer parâmetros jurídicos objetivos para a interpretação das cláusulas por elas negociadas? Decerto que não. Onde, nos termos do inciso I do art. 421-A do Código Civil, as cláusulas de eleição da lei aplicável deveriam ser encaradas como cláusulas fixadoras de tais parâmetros.

Por fim, ao retomar os conceitos de limitação e excepcionalidade para a revisão contratual, que já tinham aparecido no parágrafo único do art. 421, o legislador parece ter querido dar alcance outro à revisão contratual como excepcional medida, agora desvinculada da função social do contrato. Nesse sentido, ao repetir os conceitos (e, lembre-se, a lei não deve conter palavras inúteis), parece que o legislador teve o intuito de informar o intérprete que o clausulado desapegado de qualquer aspecto atinente à função social, com maioria de razão, deveria ser respeitado.

Ou seja, uma cláusula que indique o ordenamento jurídico cujas disposições servirão de molde para a interpretação do contrato, parecem não dever ser revistas pelo julgador. As partes, ao escolherem a lei aplicável, agem no exercício de sua liberdade econômica. Sendo essa liberdade um direito dos contratantes, reforça-se a possibilidade de escolha da lei aplicável aos contratos.

---

<sup>21</sup> Mais detalhes em LUIZ OLAVO BAPTISTA, *Contratos Internacionais*, São Paulo, Lex Editora, 2010, p. 21-31.



Nesse sentido, parece que o legislador de 2019, que poderia ter estabelecido uma norma indireta que admitisse a escolha pelas partes da lei aplicável aos contratos – o que exigiria a modificação do *caput* do art. 9º da Lei de Introdução ou a inclusão de um novo parágrafo nesse dispositivo –, preferiu criar uma norma de aplicação imediata<sup>22</sup> segundo a qual os contratos que fixam parâmetros para sua interpretação não podem ser revistos pelo magistrado, mormente quando nessa determinação encontra-se subjacente uma paritária e presumida negociação em que a alocação de riscos deve ter sido tomada em consideração pelas partes.

Se isso for assim, a norma de aplicação necessária e imediata subjacente seria a determinação de que o magistrado responsável pela interpretação de um contrato internacional que traga em seu bojo a escolha das partes quanto a lei a ser aplicável para essa interpretação se abstenha de indagar qual a lei aplicável segundo a norma do art. 9º da Lei de Introdução. E isso porque sempre que as partes tenham fixado parâmetros de interpretação, esses devem ser observados pelo intérprete consoante o art. 421-A, inciso I, do Código Civil.

#### 4. Estratégia de contorno e controle

Não obstante, o exercício da autonomia conflitual e a conseqüente escolha da lei aplicável às relações patrimoniais disponíveis não pode estar isenta de limites. Sobretudo porquanto a ausência de normas claras acerca de sua admissão levem as partes, por vezes, à adoção de comportamentos que podem ser tido por fraudulentos.

##### 4.1. Fraude à lei

Enquanto as normas conflituais, como a brasileira, insistem em deixar implícita a possibilidade de serem aceitas pelos judiciários locais as manifestações da autonomia conflitual, aberto estará o espaço para que as partes, visando escapar de um julgamento desarrazoado e que desconsidere a lei indicada pelas partes, recorrem a alguma estratégia de contorno, como é o caso da fraude à lei.

Nesse sentido, deixo consignada uma observação cabível, e que extraio dos ensinamentos de dois grandes mestres europeus que estudaram e lecionaram nas Américas: Werner Goldschmidt, na Argentina<sup>23</sup>, e Jacob Dolinger, no Brasil<sup>24</sup>. Em ambos está claro que a fraude

<sup>22</sup> GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS MONACO, *Controle de constitucionalidade da lei estrangeira*, São Paulo, Quartier Latin, 2013, p. 67 e seguintes.

<sup>23</sup> WERNER GOLDSCHMIDT, *Sistema y filosofía del derecho internacional privado*, Barcelona, Bosch, 1948 (t. I) e 1949 (t. II).

<sup>24</sup> JACOB DOLINGER; CARMEN TIBURCIO, *Direito Internacional Privado: parte geral e processo internacional*. 12. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2016, p. 491.

à lei só ocorre nos assim chamados atos jurídicos em sentido estrito, ou seja, naquelas relações jurídicas de direito privado em que as consequências dadas pelo sistema são iluminadas pela ordem pública local e não podem ser afastadas pela vontade das partes.

É que se se tratar de negócios jurídicos, em que as partes podem fazer sua vontade falar mais alto que a lei, de caráter meramente supletivo, não haveria fraude em determinar a aplicação de outra lei.

Logo, no exercício da autonomia privada, não haveria propriamente fraude<sup>25</sup>, tratando-se de uma razão a mais para se reconhecer a possibilidade de as partes escolherem a lei aplicável a seus contratos, a seus pactos antenupciais e, em certa medida (a da disponibilidade dos interesses contidos nas cláusulas testamentárias), a seus testamentos.

## 4.2. Ordem pública

Ademais, o princípio da ordem pública deverá incidir. Tratando-se de um princípio que incide sobre todo o ordenamento, em três diferentes níveis (na vida juridicamente relevante, de forma indistinta, nas relações privadas internacionais, especificamente, e na recepção de decisões estrangeiras, em hipóteses limite) e com o potencial de limitar ou tolher três diferentes situações juridicamente relevantes (a vontade regulatória nas relações juridicamente relevantes que pode ser limitada ou mesmo suprimida, a legítima expectativa de direito consistente na perspectiva de ver a situação plurilocalizada regulada por uma lei estrangeira e o exercício de direitos legitimamente adquiridos no exterior, sob o influxo de uma lei estrangeira)<sup>26</sup>, torna-se imperioso compreender em qual nível a incidência do princípio se dará.

Antes da edição da Lei 13.874/2019, vinha defendendo que a eventual cláusula de determinação da lei aplicável poderia ser aceita pelo julgador<sup>27</sup>, que deveria, todavia, submeter a lei estrangeira indicada pelas partes ao crivo da ordem pública de primeiro grau, ou seja, àquela ordem pública de caráter mais geral, e que iluminou o legislador a descrever certos elementos categoriais do contrato como derogáveis e outros como inderrogáveis. Nesse caso, seria impossível aceitar que um aspecto inderrogável do contrato segundo a ordem pública brasileira fosse modificado pelas partes com a submissão da questão ao direito estrangeiro que atribuisse ao mesmo aspecto um caráter derogável, a menos que se pudesse proceder à conversão do negócio jurídico em outro, adaptando-se uma situação na outra.

<sup>25</sup> GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS MONACO, "La fraude à la loi hors Europe", In: HUGUES FULCHIRON (Org.). *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, Paris, Lexis Nexis, 2019, p. 289.

<sup>26</sup> JACOB DOLINGER, *A evolução da ordem pública no Direito Internacional Privado* (Tese, Cátedra), Rio de Janeiro, Faculdade de Direito da UERJ, 1979, p. 8-12, 40-42.

<sup>27</sup> A questão não se coloca, como dito, quando a matéria é levada a arbitragem, porquanto a Lei nº 9.307/1996 admita expressamente que as partes escolham, livremente, as regras de direito que serão aplicadas nesse método de resolução do conflito.

Caso as normas conflituais brasileiras admitissem expressamente a escolha da lei aplicável aos negócios jurídicos de conteúdo disponível por atuação exclusiva das partes ou na hipótese de arbitragem, a ordem pública que incidiria, todavia, seria a de segundo nível. No segundo nível o princípio ganha contornos internacionais e sua aplicabilidade relaciona-se com a constatação de que a lei estrangeira indicada pela norma de conflitos interna (inclusive a que admita expressamente a autonomia conflitual) como sendo a lei aplicável para o deslinde da questão jurídica apreciada exprime valores muito diversos dos valores da sociedade nacional, motivo pelo qual sua aplicação incondicional poderia chocar os valores fundamentais do foro. Trata-se de um grau mais elevado de aplicação do princípio (“de maior gravidade”, como refere Jacob Dolinger), justamente por implicar a não-aplicação de uma disposição legal nacional de direito conflitual, em virtude da não-aceitação do conteúdo da regulação legal estrangeira. Isso porque, como salienta o mesmo autor, “a lei que choca, que é incompatível, que escandaliza, esta lei é distante, foge completamente da idéia básica de proximidade, e por isto, não pode ser aplicada”<sup>28</sup>.

Se o alcance que acima se atribuiu às disposições enxertadas no Código Civil após o *caput* do art. 421 estiverem corretas e consoantes à intencionalidade legislativa de 2019, eventual cláusula inserta em contrato internacional constituído no Brasil e que o submeta a uma lei estrangeira enquanto parâmetro de distribuição de riscos entre as partes e enquanto mecanismo balizador da interpretação do pactuado, deverá ter o conteúdo da lei estrangeira escrutinado pelo princípio da ordem pública de segundo grau, que é, em tudo e por tudo, mais tolerante com as diferenças eventuais do que o mesmo princípio quando incide em primeiro nível.

Todavia, no que concerne aos pactos antenupciais e aos testamentos, a limitação remanesceria. Resta apenas perguntar quais seriam os motivos? A meu ver, nenhuns.

## 5. Conclusão

Ante todo o exposto, percebe-se que a dificuldade para a aceitação da autonomia conflitual em geral, e da autonomia conflitual em matéria patrimonial de família, em particular, é desarrazoada. De fato, não existem motivos racionais que justifiquem a inércia do legislador para fazer inserir nas normas vigentes no ordenamento jurídico brasileiro regras que admitam especificamente o exercício da autonomia conflitual por partes capazes em negócios jurídicos que abarcam interesses de natureza patrimonial disponível.

O subterfúgio utilizado, com inserções pontuais e assistemáticas de mecanismos de escolha da lei aplicável é pernicioso para a higidez do sistema.

<sup>28</sup> JACOB DOLINGER, *Contratos e Obrigações no Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 544.

A ojeriza, que afinal parece não existir ou – ao menos – não se sustentar, precisa ser superada. Urge que se assista a ação e não a omissão do legislador.

## Bibliografia

AZEVEDO, ANTONIO JUNQUEIRA DE, “Direito dos contratos”, In: *Seminário o novo código civil brasileiro o que muda na vida do cidadão*, Brasília/ DF, Senado Federal, 2002

AZEVEDO, ANTONIO JUNQUEIRA DE, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4. ed., 5. tir., São Paulo, Saraiva, 2007

BAPTISTA, LUIZ OLAVO, *Contratos Internacionais*, São Paulo, Lex Editora, 2010

BASSO, MARISTELA, “A determinação do regime de bens do casamento à luz do direito internacional privado brasileiro”, *Revista Da Faculdade De Direito, Universidade de São Paulo*, v. 95, 361-372, 2000, disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67474>

BOTELHO DE MESQUITA, JOSÉ IGNÁCIO, “Da competência internacional e dos princípios que a informam”, *Revista de Processo*, São Paulo, a. 13, n. 50, p. 51-71, abr-jun 1988

DOLINGER, JACOB, *A evolução da ordem pública no Direito Internacional Privado* (Tese, Cátedra), Rio de Janeiro, Faculdade de Direito da UERJ, 1979

DOLINGER, JACOB, “Uma lei ridícula”, *O Globo*, Edição de 26.01.2011, disponível em <https://oglobo.globo.com/in/uma-lei-ridicula-2902785>

DOLINGER, JACOB, *Contratos e obrigações no Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007

DOLINGER, JACOB / TIBURCIO, CARMEN, *Direito Internacional Privado: parte geral e processo internacional*, 12. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2016

GOLDSCHMIDT, WERNER, *Sistema y filosofía del derecho internacional privado*, Barcelona, Bosch, 1948 (t. I) e 1949 (t. II)

LAGARDE, PAUL, “Le principe de proximité dans le Droit International Privé contemporain”, *Recueil des Cours*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, v. 196, p. 9-238, 1986

MACHADO, JOÃO BAPTISTA, “Problemas na aplicação do direito estrangeiro – adaptação e substituição”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 36, p. 327-351, 1960

MONACO, GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS, *Controle de constitucionalidade da lei estrangeira*, São Paulo, Quartier Latin, 2013

MONACO, GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS, "Competência internacional (limites à jurisdição nacional) em matéria de ação revisional de prestação alimentícia e partilha de bens (Parecer)", *Revista de processo*, São Paulo, a. 42, n. 266, abr 2017, p. 365-391

MONACO, GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS, "Diritto internazionale privato della famiglia: influenza della storia e della geografia del Brasile", *Panorama of Brazilian Law*, Rio de Janeiro, a. 6, n. 9/10, p. 35-58, 2018, disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/pbl/article/view/34715/30644>

MONACO, GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS, *Conflitos de Leis no Espaço e Lacunas (Inter)Sistêmicas*, São Paulo, Quartier Latin, 2019

MONACO, GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS, "La fraude à la loi hors Europe", In: FULCHIRON, HUGUES (Org.), *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, Paris, Lexis Nexis, 2019

MONACO, GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS, "Comentários ao artigo 16 da Lei de Introdução", *Código Civil interpretado*, 13. ed., Barueri, Manole, 2020

RAMOS, RUI MANUEL GENS DE MOURA, "O Direito Processual Civil Internacional nas recentes codificações portuguesa e brasileira", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 93, n. 2, p. 57-88, 2017

RODAS, JOÃO GRANDINO, *Direito internacional privado brasileiro*, São Paulo, RT, 1993

RODAS, JOÃO GRANDINO (coord.), *Contratos internacionais*, 3. ed., São Paulo, RT, 2002

TIBURCIO, CARMEN, *Extensão e limites da jurisdição brasileira: competência internacional e imunidade de jurisdição*, Salvador, JusPodivm, 2016

VALLADÃO, HAROLDO, *Direito Internacional Privado*, 2. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1970.

WENGLER, WILHELM, "The general principles of Private International Law", *Recueil des Cours*, Leyde, A. W. Sijthoff, v. 104, p. 273-463, 1961

## Jurisprudência

Acórdão do STJ (Brasil) de 25.11.2002 (Nancy Andrichi).

(texto submetido a 3.05.2020 e aceite para publicação a 21.05.2020)