

## APLICAÇÃO DA “LEX REI SITAE”

MIGUEL REALE

Por mais que se universalizem ou se uniformizem as normas de Direito Internacional Privado (DIP), já agora através de instituições político-econômicas do tipo da Comunidade Européia ou do Mercosul, o certo é que cada Estado conserva o seu “poder-dever” (tomado este termo no sentido que lhe dá o grande internacionalista italiano, Santi Romano) de promulgar as regras que devem presidir as relações de natureza privada. Tal competência resulta tanto da proteção de interesses nacionais como da preservação das chamadas “normas de ordem pública”, às vezes consagradas em textos constitucionais, como se dá, por exemplo, no § 4º do art. 173 da Constituição brasileira de 1988, ou se inferem de vários incisos de seu art. 5º, relativo à salvaguarda dos direitos individuais.

Todavia, o apontado “poder-dever” do Estado não tem caráter absoluto, visto como, há centenas de anos, se reconhece que os legisladores e juízes nacionais não podem deixar de atender a determinados princípios de ordem ética, jurídica e econômica, indispensáveis à convivência internacional e aos interesses de cada país.

Foi à luz do conceito de *ius naturale* que surgiram, como se sabe, na Idade Média, as primeiras regras delimitadoras dos direitos e obrigações locais, graças à “teoria estatutária” inspirada pela idéia de um sistema jurídico universal, parecendo-me dispensável referir-me às diversas doutrinas concebidas pelos jurisconsultos europeus ou americanos para estabelecer o fundamento do Direito Internacional Privado a partir do século passado, quando entrou em declínio a idéia do *Direito Natural*.

Na vida jurídica contemporânea, ao invés de se recorrer a conceitos abstratos, prevalece cada vez mais o entendimento de que o problema de um *sistema superior de regras de conflito*, para resolver e superar os contrastes surgidos entre distintos direitos nacionais, deve ser resolvido à luz da raciona-

lidade intrínseca ao Direito Internacional Privado, em função das “qualificações jurídicas” prevalentes em sucessivas situações concretas, objeto de análise e confronto no plano do Direito Comparado.

Não se cuida, como se vê, de “identidade de soluções”, mas de “*uniformidade prevalecente*” nas decisões internacionais relativas à qualificação dos casos ocorridos em face da norma de direito considerada aplicável à respectiva espécie, o que demonstra a natureza histórica e concreta das soluções normativas próprias do Direito Internacional Privado (Nesse sentido, cfr. o verbete de Giuseppe Barile, da Universidade de Florença, sobre “*Diritto Internazionale Privato*”, na *Enciclopedia del Diritto*, Varese, 1964, t. XII, p. 12 e ss.).

Nesse estudo, é invocado o pensamento conclusivo de Wengler, para quem, não obstante vários pontos de vista,

“... it appears that there is at least one other guiding principle for all conflict cases. It is the idea that a social relation should be allocated by the conflict rules to the law of one state in such a manner that uniformity of allocations by all countries is ensured as far as possible”. (Wengler, *The General Principles of Private International Law*, in *Recueil des Cours*, de l'*Academie de Droit International*, La Haye, 1961, III, 364).

É com base no “*princípio de uniformidade*”, que o citado Prof. Barile chega a sustentar a independência do sistema internacional privado perante os ordenamentos estatais, escrevendo:

“Sembra, in conclusione, dimostrato che tutti i problemi di rilevazione, integrazione ed interpretazione delle norme di diritto internazionale privato si incentrano nel principio di indipendenza del sistema internazionaleprivatistico da quello materiale di un dato ordinamento statale, principio di indipendenza che, a sua volta, *trova la sua ragione di essere in quello della uniformità di regolamento*, che costituisce la funzione determinante di ogni sistema di risoluzione dei cosiddetti conflitti di legge (*Op. cit.*, p. 1.059 — Meus os grifos).

Ora, entre as *normas uniformes*, que embasam o Direito Internacional Privado, figura a que determina que, em se tratando de bens imóveis ou móveis, ressalvadas determinadas hipóteses, seja em princípio aplicada a *lex rei sitae*, isto é, a do lugar onde estiver situada a coisa sobre a qual versa o litígio.

Pode-se dizer que essa é também a orientação dominante no Direito Brasileiro, confirmada expressamente pelo art. 10 da *Introdução ao Código Civil*, promulgada concomitantemente com este (Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916) ao depois reiterada substancialmente pelo art. 8º da *Lei de Introdução ao Código Civil* ora em vigor (Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942).

Para comprová-lo, basta a leitura dos respectivos textos:

“*Art. 10 da Introdução ao Código de 1916* — Os bens, móveis ou imóveis, estão sob a lei do lugar onde situados; ficando, porém, sob a lei pessoal do proprietários os móveis do seu uso pessoal, ou os que ele consigo tiver sempre, bem como os destinados a transporte para outros lugares.

*Parágrafo Único* — Os móveis, cuja situação se mudar na pendência de ação real a seu respeito, continuam sujeitos à lei da situação, que tinham no começo da lide”.

*Art. 8º da Lei de Introdução de 1942* — Para qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes, aplicar-se-á a lei do país em que estiverem situados.

§ 1º — Aplicar-se-á a lei do país em que for domiciliado o proprietário quanto aos bens móveis que ele trouxer ou se destinarem a transporte para outros lugares.

§ 2º — O penhor regula-se pela lei do domicílio que tiver a pessoa, em cuja posse se encontre a coisa apenhada”.

Foi fundado na primeira das disposições introdutórias supra citada que Pontes de Miranda fez a seguinte peremptória afirmação: “Um dos princípios fundamentais é o da subordinação das coisas à *lex rei sitae*. Os problemas, que daí exsurtem, são mais aparentes que reais” (*Tratado de Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, 1935, t. I, p. 485).

Também Oscar Tenório explicitamente reconhece ser essa “uma regra expressa tradicionalmente no direito brasileiro” (*Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1944, p. 203).

Por sua vez, Eduardo Espinola e Eduardo Espinola Filho, após procederem ao cotejo do disposto na lei brasileira com o determinado pela maioria dos códigos em vigor no mundo ocidental, afirmam: “*Legislação comparada* — Inquirindo os Códigos civis vigentes, quanto aos princípios de direito internacional privado, que concernem aos bens e aos direitos reais, vemos coincidente com o sistema adotado pelo legislador brasileiro” (*A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, São Paulo, 1944, p. 447).

A situação não mudou após tais asserções, mas veio, ao contrário, cada vez mais adquirindo sentido universal, não me parece que possa haver dúvida quanto à aplicação do princípio de *lex rei sitae* na hipótese de situar-se fora do Brasil a coisa entregue, por exemplo, em virtude de um contrato de mútuo, cabendo a aplicação do disposto no *art. 8º da Lei de Introdução*.

É necessário, com efeito, esclarecer, desde logo, que seria equívoco considerar que, em virtude das partes terem assinado um *contrato de mútuo*, quaisquer divergências surgidas, em razão dos direitos e obrigações assumidas, devam ser enquadradas no *art. 9º da Lei de Introdução* vigente, segundo o qual:

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

O mesmo se diga quanto a contratos outros que se impliquem transferência de domínio da coisa sita no estrangeiro, pois a compreensão extensiva do citado art. 9º, com base tão-somente no fato de terem sido contraídas obrigações mediante contrato, choca-se, no entanto, com a verdade inconteste de que, como salienta Serpa Lopes, “na maioria dos casos, o *direito real* é produzido pelo de obrigação, mesmo nos países como o nosso, em que a constituição do vínculo real depende do registro imobiliário” (*Lei de Introdução ao Código Civil*, 2ª ed., vol. II, p. 159. Grifei).

Foi o que afirmei em parecer que versava sobre a aplicação da *lex rei sitae* no caso de um contrato de mútuo, no qual o domínio sobre a coisa fora transferido ao mutuário, residente na Suíça, a ela entregue por uma empresa brasileira, estando parte do urânio emprestado situada na Alemanha e parte na Inglaterra. Vê-se, pois, que estamos perante uma indagação sobre a *titularidade do bem* resultante de um contrato de mútuo, configurando-se, desse modo, incontestavelmente, *uma questão de direito real*.

Dessarte, quando o art. 8º indica o sistema jurídico a ser aplicável em se tratando de bens no plano internacional, tal indicação tem um sentido genérico, abrangendo também os atos relativos à transferência de *titularidade de domínio*, como bem o salienta Pontes de Miranda, ao escrever:

“Todo o direito das coisas é dominado pela *lex rei sitae*: conceito, classificação dos bens (móveis, imóveis, alienáveis, inalienáveis, penhoráveis, impenhoráveis); os *modos voluntários de aquisição da propriedade*, quer para a transmissão entre partes, quer para com terceiros; os modos legais de aquisição de propriedade (prescrição, usucapião, proteção dos possuidores de boa fé, posse); os direitos e efeitos reais (privilégios, direitos reais de garantia, as servidões e os outros direitos reais), quer quanto ao nascimento e publicidade, quer quanto aos efeitos e à extinção deles” (*Tratado, cit.*, p. 485 — Meus os destaques).

Esclarecidos esses pontos, uma vez positivado que a coisa objeto de contrato de mútuo se encontra na Europa, entendo, e tal situação se rege pelo disposto no *caput* do art. 8º da Lei de Introdução ao Código Civil, que não só permite mas exige a aplicação da *lex rei sitae* não somente para a qualificação jurídica da coisa como tal, no âmbito do Direito Internacional Privado, mas também para decidir sobre as relações emergentes da execução do contrato.

A bem ver, o citado art. 8º constitui imperativo *elemento de conexão* entre o nosso sistema jurídico e o dos demais países, no que se refere aos bens negociados entre as pessoas naturais ou jurídicas nacionais e as estrangeiras.

Configura-se, pois, como norma de Direito Internacional Privado, cuja característica consiste em individualizar o ordenamento que deve regular em concreto determinadas situações, quase sempre resultantes de um acordo de vontades. Dessarte, esse mandamento legal não somente pode, mas deve ser considerado *preceito de ordem pública*, insuscetível de ser alterado por acordo entre as partes contratantes no tocante à qualificação dos bens e ao regramento das relações a eles concernentes.

Note-se, outrossim, que a qualificação jurídica dos bens e dos atos, situações ou praticados em distintos países, só pode ser feita de conformidade com as normas legais que, em cada Estado fixam os chamados *critérios de conexão*, termo este correspondente a *connecting factors*, *Anknüpfungsbegriffe*, *circonstances de rattachement* e *criteri di collegamento*, todas elas expressões denotadoras da concreção do atual Direito Internacional Privado.

Importante é realçar que tais *elementos ou critérios de conexão*, têm em vista, como já notei supra, estabelecer diretrizes cada vez mais uniformes, a fim de assegurarem de maneira positiva tanto os interesses nacionais como os internacionais, o que lhes confere um superior *caráter institucional, e imperativo*, com conseqüências de grande relevo no plano hermenêutico. A meu ver, as regras de conexão devem ser sempre interpretadas tendo-se presentes as exigências postas pela convivência internacional.

Conforme já antecipei de maneira genérica, não me pareceu que a escolha da lei brasileira para reger um contrato de mútuo, por mim analisado, fosse elemento bastante para não se aplicar um dos princípios dominantes no DIP *no que se refere à aplicação obrigatória, "in casu", da lex rei sitae*.

As disposições de nosso Código Civil sobre contrato de mútuo vinham, a meu ver, resolver uma das questões em foco, no concernente à transferência da propriedade da coisa e dos riscos ao mutuário, consoante o estatuído em seus arts. 1.256 e 1.257, os quais sempre devem ser interpretados em conjunto.

Na realidade, essas duas disposições legais situam-se em um mesmo contexto, como resulta de seus enunciados, a saber:

“Art. 1.256 — O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade.”

“Art. 1.257 — Este empréstimo transfere o domínio da coisa emprestada ao mutuário, por cuja conta correm todos os riscos dela desde a tradição.”

Temos, desse modo, um *preceito de direito real*, atinente à *transferência de domínio da coisa emprestada*, inserido no Capítulo V do Livro III do Código Civil sobre *Direito das Obrigações*, tornando irrecusável a aplicação, na espé-

cie analisada, do tantas vezes citado art. 8º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Por tal motivo, é mansa e pacífica a doutrina jurídica brasileira — nem poderia ser de outra forma, dadas a clareza e a precisão dos textos legais citados — quanto à natureza de *ius in re* do ato translativo da propriedade inerente ao contrato de mútuo, não obstante esteja enunciado entre normas de natureza obrigacional.

Pontes de Miranda situa a questão nos seus devidos termos ao asseverar: “No direito brasileiro, o mútuo é, de regra, *contrato real*: exige para ser, o elemento ‘entrega da coisa’. A entrega da coisa, aí, não é elemento necessário à validade do contrato, nem à sua eficácia; é elemento necessário à sua existência. (.....). Há o dever e a obrigação de restituir, porque houve o acordo e a entrega, de modo que, se o acordo foi anterior à entrega, o suporte fáctico só se torna suficiente com a entrega” (*Tratado de Direito Privado*, Tomo XLII, 2ª ed., p. 8, Rio de Janeiro, Ed. Borsoi, 1963 — Grifei).

No mesmo sentido e com igual precisão é o pronunciamento de Orlando Gomes: “A característica fundamental do *mútuo* é a transferência da propriedade da coisa emprestada, que sucede necessariamente devido à impossibilidade de ser restituída na sua individualidade. Daí se dizer que é *contrato translativo*. A propriedade da coisa se transmite com a tradição” (*Contratos*, 13ª ed., 1994, p. 318). Cfr. também Carlos Alberto Bittar, *Contratos Cíveis*, 1ª ed., 1990, Ed. Forense Universitária, p. 93 e Arnold Wald, *Obrigações e Contratos*, 11ª. Ed., Vol. II, 1994, Editora Revista dos Tribunais, p. 370).

Ademais, o próprio contrato de mútuo submetido a meu pronunciamento, preveu em suas cláusulas nº 2.6 e nº 9, a transferência, em plena propriedade, desembaraçada de qualquer ônus, de todo o urânio emprestado, do mutuante para o mutuário, contra a entrega desse bem de acordo com as regras contratuais.

Nenhuma objeção pode ser oposta à validade da mencionada avença, nem quanto à forma, nem quanto ao conteúdo, pois ela não colide com qualquer norma jurídica de ordem pública, interna ou internacional.

Foi o contrato livremente estipulado com base na *autonomia da vontade* de ambas as partes contratantes, sendo dominante no Direito Internacional Privado o princípio da livre escolha pelos interessados do ordenamento jurídico a ser aplicado para a execução do pactuado, desde que em consonância com os *critérios de conexão* a que fiz referência.

Dir-se-á que, no Direito brasileiro — como o art. 9º da nova Lei de Introdução não reproduziu a ressalva da Lei anterior que permitia a opção por outro sistema de direito que não o do lugar onde a obrigação é estipulada —

não mais prevaleceria a escolha baseada na autonomia da vontade na órbita do DIP. Não há dúvida que, em geral, se reconhece ser impossível a livre eleição do direito aplicável, dada a natureza imperativa do preceito vigente, segundo o qual “para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”. Sobre esse debate teórico, *vide* o esclarecedor relato de José Inácio Gonzaga Franceschini em estudo inserto na coletânea *Contratos Internacionais*, coordenada por João Grandino Rodas, São Paulo, 1985, p. 97 *usque* 101.

Todavia, há que ponderar que, no caso especial analisado, essa questão é despidianda, uma vez que a opção dos signatários do contrato de mútuo em apreço foi feita pelo Direito brasileiro, ao qual pertence a norma imperativa do art. 9º que consagra o foro do lugar onde as obrigações se constituem, fato este que, todavia, não exclui a vigência da *lex rei sitae* no caso particular de qualificação de bens e as relações a eles pertinentes, de acordo com o que longamente já explanei.

Cumpra ainda realçar que, no que se refere ao contrato de mútuo, são específicas as disposições de nosso Código Civil, supra citadas que determinam que o domínio do bem fungível, dado em empréstimo, é transferido ao mutuário. Isto posto, impõe-se estender tal entendimento ao plano internacional através do disposto no art. 8º da Lei de Introdução ao Código Civil, a qual, de conformidade com o anteriormente demonstrado, representa o *elemento de conexão* para a qualificação jurídica da *fattispecie*, ou seja, da espécie de fato que está sendo analisado, sendo, pois, indubitável a sua imperatividade.

Essa integração da norma nacional no ordenamento do DIP tem como conseqüência natural o entendimento de que, com a transferência do título de domínio ao mutuário, na forma estabelecida na avença, passou ele a ter *livre disponibilidade* do urânio a ele entregue.

Quanto aos deveres e obrigações do mutuário, na hipótese de vencimento antecipado do contrato de mútuo, ou de expiração do prazo nele previsto, são acordes os juristas em declarar que ele configura um *contrato real*, entendendo alguns que ele é *unilateral*, de tal modo que haveria obrigações somente para o mutuário (neste sentido, *vide* Orlando Gomes, *op. cit.*, p. 319; C.A. Bittar, *op. cit.*, p. 94; A. Wald, *op. cit.*, p. 374) enquanto que para outros, dada a obrigação que tem o mutuante de fazer a entrega dos bens, na quantidade e qualidade previstas, com a possibilidade de auferir juros e outros proveitos e garantias, torna-se o contrato *bilateral*, o que me parece mais acertado (Cfr. Pontes de Miranda, *op. cit.*, p. 19 e ss., invocando a opinião de jurisconsultos germânicos do porte de Josef Kohler, PH. Heck, Josef Esser e outros).

De uma forma ou de outra, no entanto, sobreleva, entre os deveres do mutuário, o de *restituir* ao mutuante a coisa por ele entregue, uma vez que, no mútuo, o ato translativo de domínio do bem emprestado ao mutuário tem, como correspectivo lógico e essencial, a *devolução* do bem por ele recebido. No contrato de mútuo, esses dois atos se situam numa correlação incidível.

No caso da Consulta, antecipado que foi o vencimento do contrato em razão da falência do mutuário, subsiste para este, ou para quem o tenha substituído em seus direitos e obrigações, o *dever de devolver o bem objeto do contrato*, de conformidade com as normas que regem a restituição de bens fungíveis, como é o caso do urânio — assunto a ser tratado logo mais —, sob pena de responder pelo dano causado pelo inadimplemento da obrigação, tendo a indenização como base o *valor atual* da coisa, com juros de mora e demais cominações cabíveis na espécie. Tal divergência, atendendo-se ao estatuído na Cláusula 17.3.1 do contrato de mútuo, deve ser resolvida, em caráter final, mediante arbitragem da Câmara Internacional do Comércio.

Assente a responsabilidade da mutuária, não podem, entretanto, prevalecer as exigências formuladas pela mutuante na “Extrajudicial Notice de 15.12.1994 e na carta de 8 de março de 1995” ambas da mutuante, pois a extinção antecipada do contrato não implica, absolutamente, a desconstituição de todos os atos praticados pelo mutuário quando ainda estava vigente a avença, inclusive no tocante ao *direito que ela tinha de dispor da coisa* recebida. Dar efeito retroativo à denúncia do contrato seria desrespeitar atos perfeitos e acabados e direitos adquiridos, maxime no Brasil, onde eles se revestem de garantia constitucional.

Julgo necessário ressaltar que, se é aplicável a *lex rei sitae* no que se refere às relações *in re* entre a mutuante e a mutuária, nos demais casos, porém, de ordem obrigacional subsistem por inteiro as normas do Direito brasileiro sobre mútuo, com base nas quais a empresa, que fez entrega do urânio a título de empréstimo, poderá exigir da empresa suíça, ou de quem tenha passado a responder por seus direitos e obrigações, a indenização plena dos prejuízos porventura por ela sofridos.

Quanto à indagação sobre a obrigação do mutuário de devolver o mesmo bem fungível que recebeu, nada o impede que o faça, se esse bem estiver disponível, livre de qualquer dívida ou ônus de qualquer natureza, na quantidade e qualidade previstas no contrato de mútuo.

Em se tratando, porém, de bem fungível, não é obrigatório que o mutuário restitua o que recebeu, mas o equivalente ao recebido em gênero, quantidade e demais especificações dos lotes de urânio por ele não restituídos (lotes 2, 3 e 5).



Não é demais acrescentar que a obrigação que tem o mutuário de devolver o bem recebido é de tal ordem que, verificada a não equivalência entre os bens entregues e os dados em devolução, cabe ao mutuante o direito de rejeitá-los, ou de exigir indenização bastante para completar o valor integral e atual do bem, mais reparação das perdas e danos que houver.

Finalmente, quanto ao fato dos lotes de urânio disputados estarem atualmente armazenados na Alemanha e na Inglaterra, importa na necessidade do Tribunal Arbitral fazer uma distinção essencial entre as *obrigações "in re"*, exigíveis em razão do lugar em que se situam os bens em litígio (matéria sujeita à *lex rei sitae*, isto é, ao ordenamento jurídico de cada um daqueles dois países) e as *obrigações de outra natureza*, constantes do contrato de mútuo, subordinadas que estão ao Direito brasileiro, acordado pelas partes em plena consonância com o disposto no art. 9º da Lei de Introdução ao nosso Código Civil, como foi a seu tempo salientado.

É com base nessa distinção fundamental que, a meu ver, o Tribunal Arbitral deverá resolver as disputas e divergências submetidas à sua apreciação por ambas as partes contratantes, adotadas as regras de arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, consoante convencionado no contrato de mútuo.

A circunstância de não serem partes na lide as empresas depositárias dos lotes de urânio não impede, *in casu*, a aplicação do princípio da *lex rei sitae*, acolhido tanto pelo Direito alemão como pelo inglês, sem prejuízo de serem as questões de direito obrigacional disciplinadas segundo o Direito brasileiro.

--oOo--