

André de Carvalho Ramos

A Construção do Direito Internacional Privado

**Heterogeneidade
e Coerência**

2021

 **EDITORA**
*Jus***PODIVM**
www.editorajuspodivm.com.br

A TÉCNICA DA PREVALÊNCIA DO DIREITO PRIORITÁRIO: O PRINCÍPIO DO FAVORECIMENTO

2.1. A FORMAÇÃO DO PRINCÍPIO DO FAVORECIMENTO: EVOLUÇÃO (E NÃO REVOLUÇÃO)

Conforme já exposto, o método indireto tradicional inserido no paradigma consagrado por Savigny é moldado na localização do centro da relação jurídica, a partir de categorias jurídicas abstratas e pontos de contato predeterminados, com dedução teórica e racional, sem preocupação inicial com a defesa de determinado resultado material¹.

Essa concepção estava baseada, no século XIX, no direito como expressão da *consciência jurídica dos povos*, que importaria na constituição de uma comunidade de ideias entre os estados, sem maiores distinções envolvendo os *interesses em conflito* em uma sociedade capitalista². O paradigma eliminou resistências e se universalizou pela sua *pretensa* neutralidade diante dos interesses dos estados e dos envolvidos nos fatos transnacionais³.

Contudo, as transformações do Estado social impuseram a consecução de determinados resultados ao estado, exigindo respostas do direito internacional privado que fossem *além da neutralidade* das regras indiretas tradicionais,

1. Lipstein denomina essa consagração do método indireto como sendo o “moderno Direito Internacional Privado”. LIPSTEIN, K. «The general principles of private international law» in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 135, 1972, pp. 97-229, p. 131 e seguintes.
2. AGO, Roberto. «Science juridique et droit international» in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 90, 1956, pp. 851-958, em especial p. 870-871.
3. Nesse sentido, a favor da facilidade de universalização do método indireto graças à sua pretensa neutralidade, ver DE NOVA, Rodolfo. “Historical and Comparative Introduction to Conflict of Laws” in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 118, 1966, pp. 435-642, em especial p. 462-463.

o que estimulou a adoção de diferentes tipos de regras de conexão. Anota Overbeck a crítica às regras “clássicas”, que designavam um direito com olhos vendados (*les yeux bandés*), sem preocupação com o conteúdo dos direitos materiais e tampouco com os interesses em jogo⁴. Para Bucher, esgotou-se o paradigma clássico de Savigny⁵.

Patocchi divide as regras de conexão em: *regras localizadoras*, oriundas da abordagem clássica, que indicam a lei de regência a partir da localização do Estado no qual se encontra a sede ou centro da relação jurídica; e *regras de caráter substancial*, que pressupõem a escolha do ordenamento de regência a partir da identificação de um resultado ou efeito de direito material. A segunda espécie possui um *caráter misto*, sendo fruto de uma “junção” entre o método indireto tradicional e o método direto⁶, motivo pelo qual foram chamadas de regras de conexão múltiplas ou materiais (de caráter substancial).

Foyer denomina as regras de conexão múltiplas de “híbridas”, pois designam uma lei de regência não de maneira neutra (“cega”, para o autor), mas, ao contrário, voltada à realização de um resultado determinado⁷.

As regras de conexão múltiplas de caráter substancial, ditas *regras especializadas* por Gonzáles Campos, introduziram o debate de valores no DIPr ao impor ao intérprete a escolha de lei ou jurisdição que gerasse determinado resultado⁸. Delimita-se uma categoria de regras de conexão com finalidade material, inseridas ao lado das tradicionais regras de conexão concebidas como instrumento formal e abstrato de determinação da lei de regência⁹.

Assim, a abertura à concretização de resultados, com normas que determinam a escolha do direito a partir de princípios de natureza material não se restringindo à ideia de localização espacial das relações transnacionais,

4. OVERBECK, Alfred E. von. «Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents: cours général de droit international privé» in *Recueil des Cours de la Académie de Droit International de la Haye*, vol.176, 1982, pp. 9-258, em especial p. 73.

5. BUCHER, Andreas. «La dimension sociale du droit international privé» in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 341, 2009, pp. 1-526, em especial p. 54.

6. PATOCCHI, Paolo Michèle. *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantie*. Genève: Librairie de l'Université et Georg et Cie SA, 1985.

7. FOYER, Jacques. «Problèmes de conflits de lois en matière de filiation» in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 193, 1985, pp. 9-117, em especial p. 47.

8. GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D.»Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé» in *Recueil des Cours de la Académie de Droit International de la Haye*, vol. 287, 2000, pp. 9-426, em especial p. 166.

9. BALLARINO, Tito. «Questions de droit international privé et dommages catastrophiques» in *Recueil des Cours de la Académie de Droit International de la Haye*, vol. 220, 1990, pp. 289-387, em especial p. 327-328.

já é encontrada em inúmeras normas nos diplomas normativos internos e internacionais em direito internacional privado¹⁰.

Para Symeonides, as regras de “escolha de resultados” (*result-selective rules*) aparecem em diversos temas, com uma característica comum: são desenhadas para realizar determinado resultado material que é considerado, *a priori*, desejável, sendo amostra da introdução do substancialismo ou materialismo na disciplina¹¹.

As regras de conexão múltiplas de caráter substancial são, para Vrellis, elásticas e oferecem ao julgador a possibilidade de controlar a regulamentação oferecida (pelo foro e por ordenamentos estrangeiros), *cotejando-a com o resultado esperado*¹².

Para obter *uniformidade* dos resultados desejados, a melhor opção seria a *unificação* internacional das regras substantivas de direito privado, o que ainda se prova, em várias áreas, impossível¹³. As regras de conexão de caráter substancial visam uma *transição* moderada entre as regras de conexão tradicionais e a adoção de métodos diretos no direito internacional privado, uma vez que empregam elementos de conexão tradicionais (domicílio, lugar do dano, nacionalidade, entre outros), aos quais são *adicionados* resultados a serem perseguidos pelo intérprete.

Juenger, em feliz síntese, sustenta que as regras de seleção de resultados representam uma “evolução” e, não, uma “revolução” no direito internacional privado tradicional¹⁴. As regras de conexão múltiplas de conteúdo material apontam que a mera consecução do direito à segurança jurídica (com a harmonia formal) não é satisfatória se vier separada de uma solução final considerada justa ou conveniente. Evita-se o que a doutrina denomina de “salto no vazio” gerado pela incidência de lei estrangeira que resulte em solução injusta¹⁵.

10. FERRER CORREIA, A. “Miaja de la Muela e a tendência ‘substancialista’ em Direito Internacional Privado” in FERRER CORREIA, António. *Estudos vários de Direito Internacional Privado*. 2ª tiragem, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1982, pp. 255-278, em especial p. 276.
11. SYMEONIDES, Symeon C. “Result-Selectivism in Private International Law” in *Romanian Journal of Private International Law & Comparative Private Law*, n. 3, 2008, pp. 1-30, em especial p. 10.
12. VRELLIS, S. «La justice ‘materielle’ dans une codification du droit international privé» in *E Pluribus Unum - Liber Amicorum Georges Droz*. The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1996, pp. 514-562, em especial p. 558.
13. JUENGER, Friedrich K. «General Course on Private International Law» in *Recueil des Cours de l’Académie Internationale de la Haye*, vol. 193, 1985, pp. 131-387, p. 284-285.
14. JUENGER, Friedrich K. *Choice of Law and Multistate Justice*. Dordrecht, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, em especial p. 196.
15. MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. “Las normas materiales de derecho internacional privado” in *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 16, No. 3, 1963, pp. 425-457, em especial p. 426.

Nesse contexto de evolução, consolida-se o chamado “princípio do favorecimento”, que, para Lima Marques, é a “técnica de elaborar normas alternativas, indicando o fim material ou de favorecimento desejado (*Günstigkeitsprinzip*)”¹⁶. Utilizando termo similar, Valladão assinalou a consolidação, no direito internacional privado, do “princípio da lei mais favorável”, que parte de uma “comparação substancial entre a lei do país onde se levantar a questão, habitualmente a lei do foro, a lei nacional, e a lei ou leis estrangeiras que a impregnaram”, concluindo pela aplicação da lei mais favorável a determinado resultado pretendido (como a validade do ato ou o benefício ao menor, ao filho, ao alimentando)¹⁷.

Traduzindo esse resultado pretendido para a linguagem de direitos, o princípio do favorecimento consiste na adoção da “técnica do direito prioritário”: será escolhido o ordenamento jurídico (do foro ou estrangeiro) que melhor protege determinado direito, que se sobrepõe a outro direito envolvido (individual ou difuso), inclusive ao próprio direito à segurança jurídica.

Para Kish, o conceito de “lei mais favorável” tem origem na fase iniciadora do direito internacional privado, na diferença entre os *estatutos odiosos* e os *estatutos favoráveis*¹⁸. Meijers ensina que o estatuto odioso consistia em lei iníqua em relação a determinados indivíduos e o estatuto favorável era considerado lei justa, em especial protegendo aqueles com determinada fraqueza, como idade ou sexo, alertando, todavia, que a distinção entre os estatutos gerava incerteza pela inexistência de consenso sobre as situações que se enquadravam em cada conceito¹⁹.

O primeiro exemplo histórico do uso contemporâneo do princípio do favorecimento é, para Foyer, o artigo 9.3 do tratado entre Bélgica, Holanda e Luxemburgo (Benelux) sobre lei uniforme de direito internacional privado de 1951, que previa ser a obrigação alimentar do pai ou da mãe *determinada* pela

16. MARQUES, Claudia Lima. “A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado – da necessidade de uma convenção interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a contratos e relações de consumo” in *Revista dos Tribunais*, vol. 788, 2001, pp. 11-56, em especial p. 27.

17. VALLADÃO, Haroldo. “O princípio da lei mais favorável no DIP” in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 76, 1981, pp. 53-61, em especial p. 53-54.

18. KISH, I. «La loi la plus favorable» in *Ius et Lex. Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller. Hrsg. von der Juristischen Fakultät der Universität Freiburg (Schweiz)*. Basel: Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1959, pp. 373-393, em especial p. 388.

19. No caso da proibição de sucessão pela mulher na existência de potenciais herdeiros homens, Meijers traz à colação os juristas da época a favor de que esse estatuto fosse considerado odioso (por exemplo, Bártolo e Baldo) e contra (por exemplo, Jacobus de Arena). MEIJERS, E. M. «L’histoire des principes fondamentaux du droit international privé a partir du moyen age. Spécialement dans l’Europe occidentale» in *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, vol. 49, 1934, pp. 547-686, em especial p. 618-619.

lei nacional da criança (credora dos alimentos) quando fosse mais *favorável* do que a lei nacional do devedor de alimentos²⁰. O confronto entre as duas leis estaria a cargo do juiz, que deveria escolher a “mais favorável” à criança.

Em sentido próximo, Raape menciona a existência das cláusulas *minimum* e *maximum* como sendo as pioneiras na temática (princípio do favorecimento), pois determinavam a regência da obrigação de alimentos pela lei da nacionalidade da mãe *a partir* dos limites mínimo (protegendo o credor de alimentos) e máximo das obrigações (protegendo o devedor de alimentos) estabelecidos pela lei do foro²¹.

A distinção entre essas cláusulas e o dispositivo pioneiro do tratado Benelux dá-se pela ausência, no tratado Benelux, de uma “cláusula país”, que condicione o favorecimento à nacionalidade, domicílio ou outra hipótese que a restrinja a um Estado específico. O não acolhimento da “cláusula país” está fundado na busca da harmonia típica do direito internacional privado convencional, que visa evitar exatamente regras baseadas em restrições voltadas ao foro, sob pena de chegar a decisões conflitantes e ao que Kish chama de “caos que o direito internacional privado busca suprimir”²².

O princípio do favorecimento consiste, em sua essência, na escolha de um direito prioritário e na consequente compressão do direito que com esse venha a colidir. No exemplo de Foyer sobre a prioridade ao direito à vida do credor de alimentos (criança), comprime-se o direito de propriedade (que seria favorecido pelo uso do critério tradicional neutro das regras de conexão abstratamente definidas).

Diversas regras do direito internacional privado contemporâneo são marcadas pelo princípio do favorecimento, que se espalhou por vários domínios da disciplina e levando, conseqüentemente, ao *encolhimento* do modelo *tradicional* de regras de conexão ao estilo savigniano.

20. No original: «l'obligation alimentaire du père (ou de la mère) à l'égard de l'enfant naturel est déterminée par la loi nationale soit de l'enfant, soit de l'auteur, selon que celle-ci ou celle-là est plus favorable à l'enfant». Esse tratado nunca entrou em vigor. Ver em FOYER, Jacques. «Problèmes de conflits de lois en matière de filiation» in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 193, 1985, pp. 9-117, em especial p. 31.

21. RAAPE, Léo. «Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication pratique d'anciens et de nouveaux problèmes du droit international privé» in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 50, 1934, pp. 401-544, em especial p. 463- 466.

22. No original: «le chaos que le droit international privé cherche à supprimer». KISH, I. «La loi la plus favorable» in *Ius et Lex. Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller. Hrg.von der Juristischen Fakultät der Universität Freiburg (Schweiz)*. Basel: Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1959, pp. 373-393, em especial p. 375-376.

Em geral, o princípio do favorecimento é operacionalizado pela adoção de duas ou mais regras de conexão, levando à possibilidade de incidência potencial de várias leis, cuja aplicação será dependente de critério material (e não mais espacial)²³. Cansacchi registra o *efeito ampliativo* do princípio do favorecimento, que aumenta a possibilidade de realização de certos efeitos jurídicos. Por exemplo, o uso do *favor validatis* (que será estudado abaixo) assegura a validade de um ato utilizando, para tanto, diversas leis materiais incidentes²⁴.

Picone classifica em *três categorias* as regras de conexão de caráter substancial a partir do seu *modo de funcionamento à luz do princípio do favorecimento*: (i) regras de conflito *alternativas*, que designam, ao mesmo tempo, e sob o mesmo plano, várias leis para favorecer (pelo uso de uma delas) o efeito pretendido; (ii) regra de conexão *principal*, com uma ou várias regras *subsidiárias*, que serão escolhidas na medida que a regra principal indicar lei que não obtenha o resultado material pretendido; (iii) regras de conexão que atribuem a uma das partes a *escolha* da lei aplicável, entre diversas possíveis, para *obter* o resultado materialmente desejado.

Atualmente, a classificação principal das regras de conexão de caráter substancial abarca o *objeto que favorecem*: (i) validade formal ou substancial de um ato jurídico, como o casamento, testamento ou um contrato; (ii) preservação ou dissolução de determinado *status*, como a filiação, estado de casada ou casado, divórcio; e (iii) parte envolvida na situação transnacional, como a vítima de dano extracontratual, o credor de alimentos e o consumidor²⁵.

O princípio do favorecimento, que convive com o método conflitual tradicional, introduz a preferência a certos resultados materiais e a compressão de outros. A disciplina não pode mais ser retratada como uma disciplina de sobredireito, indiferente à solução final dada ao caso, mas também não regula de modo homogêneo diretamente as situações transnacionais. Trata-se de uma coexistência de métodos, levando a um *substancialismo moderado*, como denomina Boggiano²⁶.

23. ROMANO, Gian Paolo. «Les justiciables face à la comparaison des droits: vers la démocratisation d'un droit» savant?» in *Legal Engineering and Comparative Law - L'ingénierie juridique et le droit comparé. Rapports préparés par les collaborateurs à l'occasion du 25e anniversaire de l'Institut suisse de droit comparé à Lausanne*. Tome 1, Lausanne: Schulthess, 2008, pp. 95-139, em especial p. 113.

24. CANSACCHI, Giorgio. «Le choix et l'adaptation de la règle étrangère dans le conflit de lois» in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 83, 1953, pp. 79-162, em especial p. 105.

25. SYMEONIDES, Symeon C. «Private International Law: Idealism, Pragmatism, Eclecticism. General Course on Private International Law» in *Recueil des Cours de l'Académie Internationale de la Haye*, vol. 384, 2017, pp. 33-385, em especial p. 214-215.

26. BOGGIANO, Antonio. *Derecho Internacional Privado – en la estructura jurídica del mundo actual*. 6ª ed., Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011, p. 194.

A materialização do direito internacional privado, conforme assinala Ballarino, apresenta regras fortemente heterogêneas, com regras diretas e indiretas, as últimas possuindo alternativas (gerando a “cascata” de regras) com o objetivo de privilegiar determinado resultado material²⁷.

Para Hecke, o uso das regras de conexão alternativas preserva *minimamente* o direito à segurança jurídica, evitando a apreciação subjetiva livre do juiz²⁸. O princípio do favorecimento facilita a introdução da busca do melhor direito (*better law*) no direito internacional privado tradicional, por meio de soluções predeterminadas, porém alternativas^{29,30}. A busca de *resultado material* por intermédio do próprio método indireto com o uso das regras de conexão múltiplas afasta-se da liberdade ao julgador preconizada, por exemplo, por Cavers, que pugnou a favor da substituição das regras de conexão pelo princípio da preferência da escolha da solução materialmente mais justa para o caso concreto³¹.

2.2. O FAVORECIMENTO À VALIDADE DOS ATOS JURÍDICOS

2.2.1. O favor validitatis e o favor negotii

O favorecimento à validade dos atos jurídicos é o exemplo mais antigo de *busca de resultados materiais* no bojo do método indireto³². Para Valladão, o primeiro diploma que mencionou o favorecimento à validade dos atos jurídicos foi o artigo 35 do código civil da Prússia, de 1794, que previa a aplicação da lei que fosse *mais favorável à validade dos contratos*³³.

O favorecimento é realizado pela enumeração de leis alternativas à lei normalmente incidente, para assegurar a validade jurídica de determinado

27. BALLARINO, Tito. «Questions de droit international privé et dommages catastrophiques» in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 220, 1990, pp. 289-387, em especial p. 342.
28. HECKE, Georges van. «Principes et méthodes de solution des conflits de lois» in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 126, 1969, pp. 409-588, em especial p. 479.
29. JUENGER, Friedrich K. «General Course on Private International Law» in *Recueil des Cours de l'Académie Internationale de la Haye*, vol. 193, 1985, pp. 131-387, em especial p. 284.
30. No Brasil, Dolinger e Tiburcio apontam a ausência de iniciativa para introduzir na legislação o “princípio generalizado da proteção”. DOLINGER, Jacob e TIBURCIO, Carmen. “O DIP no Brasil no século XXI”. *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, número especial, pp. 79-95, 2000, em especial p. 94.
31. CAVERS David F. «Contemporary conflicts law in American perspective» in *Recueil de Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 131, 1970, pp. 75-308, em especial p. 154.
32. Symeonides as denomina de “old choice-of-law tool”. SYMEONIDES, Symeon C. “Private International Law: Idealism, Pragmatism, Eclecticism. General Course on Private International Law» in *Recueil des Cours de l'Académie Internationale de la Haye*, vol. 384, 2017, pp. 33-385, em especial p. 215.
33. VALLADÃO, Haroldo. “O princípio da lei mais favorável no DIP” in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 76, 1981, pp. 53-61, em especial p. 53-54.

ato. Assim, o (i) *favor negotii* consiste na existência de regra que direciona a busca do direito que conduza à validade do negócio jurídico. Ligeiramente distinto, o princípio do (ii) *favor negotiarum patriae* demanda a escolha do direito que declara válido o negócio, se a validade beneficiar um nacional ou favorecer a segurança jurídica do comércio nacional³⁴. E, por fim, o (iii) *favor validatis* direciona a busca do direito que mantenha a validade do ato jurídico em geral.

Na linguagem de direitos, o favorecimento da validade do ato jurídico prioriza a *liberdade* inserida na autonomia da vontade, pois seria razoável supor que as partes que realizam um determinado negócio ou celebram um determinado ato queiram que sobre ele incida uma lei que assegure a sua validade jurídica. Essa regra baseia-se no direito à segurança jurídica, em sua faceta de proteção da confiança, tanto quando protege os interesses dos nacionais (no caso do *favor negotiarum patriae*) ou mesmo quando é invocada para dar *estabilidade* aos atos jurídicos em geral.

No século XIX, intensa discussão surgiu sobre a preservação da validade de contrato a despeito da incapacidade de um dos contratantes à luz das regras de conexão do seu estatuto pessoal. A tensão na utilização do *favor negotii* para afastar lei indicada que levaria à invalidade do negócio jurídico foi exemplificada, na França, no caso *Lizardi*, sobre a celebração de contrato envolvendo menor de idade de acordo com a lei da sua nacionalidade (lei indicada pela regra de conexão), mas que era maior de idade para a lei material do foro que não incidia na situação³⁵. A Corte de Cassação francesa decidiu que o negócio jurídico era válido, considerando a boa-fé do outro contratante e a ausência de sua negligência quanto à (in)capacidade da contraparte.

Após o caso *Lizardi*, várias regras de conexão previstas em codificações nacionais aceitaram a adoção alternativa da lei do foro (como lei do lugar da celebração do ato) ao invés da lei indicada originalmente pela regra de conexão (por exemplo, a lei da nacionalidade ou lei do domicílio) no que tange ao *favor negotii* envolvendo a capacidade das partes.

No Brasil, a adoção do *favor negotii* é comprovada na hipótese de incapacidade de uma parte estrangeira conforme dispõe artigo 42, parágrafo único

34. GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia*. 7.ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990, p. 398.

35. O caso versou sobre a celebração de um contrato para a aquisição de joias, realizado na França, sendo um dos contratantes (e adquirente de joias) um jovem mexicano (Sr. Lizardi), considerado menor de idade (23 anos) de acordo com a lei mexicana, porém maior de acordo com a lei material francesa. Corte de Cassação Francesa, caso *Lizardi v. Chaize e outros*, julgamento de 16 de janeiro de 1861.

do Decreto nº 2.044, de 1908³⁶, o qual estipula que “[t]endo a capacidade pela lei brasileira, o estrangeiro fica obrigado pela declaração, que firmar, sem embargo da sua incapacidade, pela lei do Estado a que pertencer”.

Lewald menciona o uso de critérios alternativos no artigo 41 do Código Civil grego, que trazia o princípio do *favor validatis* como alternativa ao *lex loci actum*, com o objetivo de facilitar o comércio jurídico transnacional, oferecendo aos indivíduos nos fatos transnacionais a possibilidade de conformação do ato jurídico realizado a uma das leis possivelmente envolvidas. Outro exemplo seria a adoção de critério alternativo à lei do local da celebração do ato jurídico, como lei de regência do estatuto pessoal, quando a lei indicada originalmente considerar um dos envolvidos incapaz. Evitar-se-ia, assim, que um indivíduo incapaz de acordo com a lei indicada pela regra de conexão geral relativa ao estatuto pessoal, invalidasse o ato por ele celebrado³⁷. A lei de direito internacional privado da Venezuela prevê que o ato será válido, mesmo se incapaz a parte de acordo com a lei do seu domicílio, desde que seja capaz de acordo com o direito que regule a substância do ato³⁸.

Cassin utiliza o *favor negotii* para criticar a própria regra de conexão original (a lei da nacionalidade), que teria exigido, pela sua disfuncionalidade, a criação de uma exceção que arruína o sistema inteiro para proteger os terceiros de boa-fé que contrataram, sem negligência, com indivíduo que não teria capacidade³⁹.

A adoção do *favor negotii* gerou críticas. Para Machado Vilella, a doutrina do *favor negotii* é insustentável, porque contraria a evolução do direito internacional privado. Eventual preferência deve ser estabelecida por regras de conexão tradicionais e o resultado incompatível com os valores do foro deve ser *rejeitado* pela cláusula de *ordem pública*. Assim, a eventual lei estrangeira indicada que torne a parte incapaz em um ato celebrado no foro deve ser afastada por ser contrária à ordem pública⁴⁰.

36. Decreto nº 2.044, de 31 de dezembro de 1908, que “define a letra de câmbio e a nota promissória e regula as Operações Cambiais”.

37. LEWALD, H. «Règles générales des conflits de lois. Contribution à la technique du droit international privé» in *Recueil des Cours de la Académie de Droit International de la Haye*, vol. 69, 1939, pp. 5-145, em especial p. 30-31.

38. *In verbis*: “Artículo 18. La persona que es incapaz de acuerdo con las disposiciones anteriores, actúa válidamente si la considera capaz el Derecho que rija el contenido del acto”. Disponível em https://www.oas.org/juridico/mla/private/rexcor/rexcor_resp_ven25.pdf. Acesso em: 30/07/2019.

39. CASSIN, René. «La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de lois» in *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, vol. 34, 1930, pp. 655-809, em especial p. 742.

40. MACHADO VILLELLA, Álvaro da Costa. *Tratado Elementar (teórico e prático) de Direito Internacional Privado*. Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1921, p. 30.

Weiss apontou três soluções para o caso que manteriam a validade do negócio jurídico *sem* o recurso ao *favor negotii*: reconhecer a impossibilidade de um estrangeiro, em face de nacionais, invocar a lei estrangeira que rege seu estado e capacidade, com base na independência dos estados que, na ausência de tratado, não poderiam exigir a aplicação extraterritorial de suas leis; em segundo lugar, admitir o uso da lei estrangeira, desde que não houvesse prejuízo ao nacional; e em terceiro lugar, utilizar a regra de conexão ordinária e fazer incidir a lei estrangeira que regula o estado e a capacidade do contratante, desde que não configure violação à ordem pública ou fraude⁴¹. Já Goldschmidt assinala que a origem dessa faceta do *favor negotii* é puramente a defesa dos nacionais⁴². Nesse ponto, critica Rigaux o aspecto discriminatório da busca da validade dos negócios para proteger os nacionais que contratam com estrangeiros⁴³.

Contudo, Batiffol entendeu que a preservação de direitos de terceiros é *objetivo essencial* de todo ordenamento jurídico, e a proibição da surpresa e do abalo da confiança nas relações jurídicas compõem o *interesse geral* que merece proteção do direito internacional privado⁴⁴. Overbeck, sucintamente, afirmou que o interesse do comércio jurídico deve *prevalecer* sobre o interesse de proteção dos incapazes⁴⁵. Capotorti assinalou que a derrogação da lei estrangeira indicada no caso dependeu da afirmação da boa-fé e da diligência razoável do contratante nacional⁴⁶.

Na leitura da gramática de direitos, traduz-se o caso *Lizardi* na prevalência do direito difuso à segurança jurídica, nas facetas de vedação à surpresa e promoção da confiança.

A transformação vivenciada pelo direito internacional privado no século XX, alinhando-se à consolidação do Estado social de direito em vários países,

41. WEISS, André. *Traité théorique et pratique de droit international privé*. Tome troisième («Le conflit des lois»). Paris: Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, 1898, p. 145-150 e p. 371-372.

42. GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia*. 7.ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990, p. 225.

43. RIGAUX, François. «Les notions d'égalité et discrimination en droit international privé belge» in *Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française. Journée de Luxembourg, 31 mai au 4 juin 1961*. Paris: Dalloz, 1965, pp. 454 e seguintes, em especial p. 454.

44. BATIFFOL, Henri. «Principes de droit international privé» in *Recueil de Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 97, 1959, pp. 431-593, em especial p. 508.

45. No original: «L'intérêt du commerce juridique doit l'emporter sur l'intérêt de protection des incapables». OVERBECK, Alfred E. von. «Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents: cours général de droit international privé» in *Recueil des Cours de la Académie de Droit International de la Haye*, vol.176, 1982, pp. 9-258, em especial p. 78.

46. CAPOTORTI, F. «La capacité en droit international privé» in *Recueil de Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 110, 1963, pp. 153-270, em especial p. 223.

juntamente com a ascensão de diplomas internacionais que elencam direitos a serem protegidos pelos estados, minimizou a crítica ao *favor negotii*.

A busca pela proteção de determinados direitos não poderia mais ser realizada tão somente pela fixação, *a priori*, da regra de conexão em abstrato e, *ex post*, pelo uso da cláusula de ordem pública.

Já em relação às regras genéricas a favor da validade dos atos (*favor validatis*), estas podem ser encontradas em diversos diplomas normativos nacionais, sendo aplicadas a uma gama cada vez maior de atos jurídicos, abrangendo tanto *forma* quanto *conteúdo*. Um dos exemplos de regra nacional de *amplo espectro* a favor da validade dos atos jurídico é o artigo 22 do Código Civil do Paraguai, que nega a aplicação das leis estrangeiras caso sejam menos favoráveis à validade do ato jurídico do que as regras do foro⁴⁷.

Lalive ilustra o uso do *favor validatis* na arbitragem, com o afastamento das objeções formais ou procedimentais para anular sentenças ou compromissos arbitrais em nome do respeito à vontade das partes⁴⁸. No que tange à eleição do foro pelas partes de um contrato, o Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional do Mercosul estabelece, no artigo 5º, que a validade e os efeitos de eleição de foro serão regidos pelo direito dos estados-partes que teriam jurisdição de conformidade com o próprio Protocolo, mas que, em todo caso, será aplicado o direito mais favorável à validade do acordo⁴⁹.

Comentando o tema da lei mais favorável, Jayme traz como exemplo a Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, a qual prevê a validade formal do contrato celebrado entre pessoas que se encontram no mesmo país *desde que se preencha os requisitos prescritos pela lei reguladora da substância, aplicável por força da Convenção ou da lei do país em que o contrato foi celebrado* (art. 9.1). Já o contrato celebrado entre pessoas que se encontram em países diferentes é formalmente válido, desde que preencha os requisitos de forma prescritos pela lei reguladora da

47. *In verbis*: "Art. 22. Los jueces y tribunales aplicarán de oficio las leyes extranjeras, siempre que no se opongan a las instituciones políticas, las leyes de orden público, la moral y las buenas costumbres, sin perjuicios de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de ellas. No se aplicarán las leyes extranjeras cuando las normas de este Código sean más favorables a la validez de los actos." Disponível em: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_pry_ley1183.pdf. Acesso em: 30/07/2019.

48. LALIVE, P.A. «Problèmes relatifs à l'arbitrage international commercial» in *Recueil des Cours de la Académie de Droit International de la Haye*, vol. 120, 1967, pp. 569-725, em especial p. 610.

49. Assinado em 04.05.94, aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 129, de 05.10.95, e incorporado pelo Decreto nº 2.095, de 17 de dezembro de 96.

substância, aplicável por força da Convenção *ou* da lei de um desses países (art. 9.2)⁵⁰.

Para coibir a falta de boa-fé da parte para quem a validade do ato interessa, o artigo 13 do Regulamento (CE) nº 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I) estipula que um contrato celebrado entre pessoas que se encontram no mesmo país pode ser invalidado pela incapacidade resultante de aplicação de lei estrangeira caso o outro contraente tenha conhecimento dessa incapacidade ou a desconheça por *negligência*⁵¹. O *favor negotii* nesse tipo de situação preserva os direitos dos terceiros, protegendo a boa-fé e também a aparência de regularidade do negócio jurídico⁵². Ainda, a pluralidade de leis alternativas do Regulamento Roma I colabora para o contrato não ser formalmente invalidado.

Nas Américas, a Convenção Interamericana sobre o direito aplicável aos contratos internacionais prevê que um contrato celebrado entre partes que se encontrem no mesmo Estado será válido, quanto à forma, *se atender* aos requisitos estabelecidos no direito que rege tal contrato, segundo a própria Convenção, *ou* aos estabelecidos no direito do Estado em que for celebrado ou no direito do lugar de sua execução. Já se, no momento da sua celebração, as partes se encontrarem em diferentes estados, o contrato será válido, quanto à forma, *se atender* aos requisitos estabelecidos no direito que o rege, segundo a própria Convenção, *ou* aos estabelecidos no direito de um dos estados em que for celebrado, ou no direito do lugar de sua execução (art. 13). Repete-se o uso de *listas de leis alternativas* para assegurar a validade do contrato.

Symeonides fez detalhado cotejo sobre o uso de leis alternativas para assegurar a validade formal de ato jurídico ou contrato por várias codificações nacionais de DIPr, resultando: (i) no uso da *lex loci actum* ou de lei estrangeira que regula a substância do ato; (ii) no uso da *lex loci actum*, da lei estrangeira que regula a substância do ato ou da lei do Estado de presença ou residência habitual das partes; (iii) no uso da *lex loci actum* ou da lei nacional comum das partes; (iv) no uso da *lex loci actum* estrangeira ou da lei do foro; (v) no uso da *lex loci actum*, da lei estrangeira que regula a substância do ato ou da *lex solutionis* (lei do local da execução do contrato); (vi) no uso da *lex loci actum* ou da lei estrangeira que regula a substância do ato, ou ainda lei comum

50. JAYME, Erik. «Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne» in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 251, 1995, pp. 9-267, em especial p. 121.

51. Regulamento (CE) nº 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I).

52. ANCEL, B. e LEQUETTE, Y. *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. 5e ed., Paris: Dalloz, 2006, p. 45.

do domicílio ou da nacionalidade das partes; (vii) no uso da *lex loci actum*, da lei estrangeira que regula a substância do ato, lei do foro ou ainda lei no qual o contrato venha a produzir efeitos; (viii) no uso da *lex loci actum*, da lei estrangeira que regula a substância do ato, da lei estrangeira que regula a substância do ato, ou a lei do domicílio de uma das partes; (ix) no uso da *lex loci actum*, da lei estrangeira que regula a substância do ato ou da lei do domicílio do parte exequente; e (x) no uso da *lex causae*, da *lex loci actum* e da lei estrangeira que regula a substância do ato⁵³.

A *abundância* de opções de leis voltadas para a concretização da validade formal do ato jurídico demonstra que, desde do século XIX, embora existam diferenças sobre como atingi-la, a busca pela validade do ato jurídico é *objeto preferencial* do direito internacional privado. Trata-se, na leitura de direitos, de proteção explícita à liberdade de agir das partes, que praticam os atos jurídicos com a expectativa de que sejam válidos e respeitados.

Contudo, o direito prioritário pode entrar em choque com outros direitos: a formalidade desprezada a favor da liberdade de agir poderia ter como propósito proteger o direito das pessoas com deficiência, o direito das crianças, entre outros. Esses direitos são afastados em favor da validade do ato jurídico, ou ainda, no caso do *favor negotiarum patriae*, o favorecimento do nacional pode entrar em choque com o direito à igualdade e a proibição de discriminação⁵⁴.

2.2.2. O *favor testamenti*

A busca de lei que preserve a validade do testamento (*favor testamenti*) é subcategoria longeva da aplicação do princípio do favorecimento de validade aos atos jurídicos, uma vez que a invalidade, aferida após a morte do testador, tem consequências irreparáveis. A diversidade entre as diferentes leis, conforme aponta Rabel, aumenta o risco de invalidade, como se vê no exemplo da distinção de tratamento do testamento particular, com ou sem testemunhas (bem como diferenças quanto ao número mínimo exigido de testemunhas) e do testamento conjuntivo⁵⁵.

53. SYMEONIDES, Symeon C. "Private International Law: Idealism, Pragmatism, Eclecticism. General Course on Private International Law" in *Recueil des Cours de l'Académie Internationale de la Haye*, vol. 384, 2017, pp. 33-385, em especial p. 222.

54. Sobre a discriminação odiosa pelo uso da lei que favoreça os nacionais e a proibição da discriminação, ver MEEUSEN, Johan. «Le droit international privé et le principe de non-discrimination» in *Recueil des Cours de la Académie de Droit International de la Haye*, vol. 353, 2011, pp. 9-184, em especial p. 32 e seguintes.

55. RABEL, Ernst. *The conflict of laws: a comparative study*, vol. 2, 1960, em especial p. 287 e seguintes. Disponível em: https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1011&context=michigan_legal_studies. Acesso em: 30/07/2019.