

Aquisição de imóveis no Brasil por alemães e conflitos de sistemas no DIP alemão*

Nikolaus Geiben, Heidelberg/Berlim¹

Sumário: 1. Introdução. 2. O princípio de abstração no direito alemão. 3. Conflito de sistemas no DIP na compra e venda de imóveis situados no estrangeiro. 3.1. Contrato de compra e venda. 3.1.1. Exkurs: princípio consensual. 3.1.2. Aquisição no direito brasileiro. 3.2. O compromisso de compra e venda. 3.2.1. Direito material. 3.2.2. A qualificação. 3.3. Outorga marital. 4. Conclusão.

1. Introdução

O número de aquisições de imóveis situados no Brasil por estrangeiros cresce continuamente em consequência da mobilidade das pessoas e do tráfego turístico. Outro motivo é a grande atividade econômica de empresas estrangeiras no país. Um exemplo significativo dos investimentos alemães no Brasil é São Paulo, que é considerada a “maior cidade industrial alemã” fora de Alemanha.²

Este estudo se dedica às situações de fato transfronteiriças, nas quais uma pessoa jurídica ou física alemã adquire um imóvel situado no Brasil. Pode imaginar-se como vendedor uma pessoa jurídica ou física brasileira ou alemã. O contrato pode ser concluído na Alemanha ou no estrangeiro.

* Versão atualizada e ampliada da palestra proferida na Universidade Federal do Rio Grande do Sul a convite da professora Dra. Cláudia Lima Marques, em março de 2002. Agradeço à Professora Dra. Nadia de Araujo e ao Professor Augusto Jaeger Jr. pelas correções linguísticas.

¹ Doutorando em Direito Internacional Privado na Universidade de Heidelberg/Alemanha (Professor Dr. Dr. hc. mult. Erik Jayme). Ex-assistente no Instituto para Direito Privado e Econômico Internacional e Estrangeiro da Universidade de Heidelberg. Bolsista do DAAD para pesquisas na Universidade de Lisboa (Professor Dr. Marques dos Santos) e na PUC do Rio de Janeiro (Professora Dra. Nadia de Araujo). Atualmente é Rechtsreferendar (Estagiário em Direito) em Berlim. Contato: niko@geiben.de.

² Cf. as informações da Embaixada Brasileira na Alemanha (<http://www.brasilianische-botschaft.de>, junho de 2004, rubrica “investimentos”). Em São Paulo existem 1200 empresas alemãs com própria planta de produção ou na qualidade de prestadora de serviços.

Destas situações transfronteiriças resultam problemas no campo do Direito Processual Internacional e do Direito Internacional Privado. Quando ocorre um conflito entre as partes e quando elas pleiteiam perante tribunal alemão, o juiz tem que verificar a sua competência. Os tribunais alemães são especialmente competentes para ações anulatórias e ações de reembolso ou de indenização quando não se transferiu a propriedade. Ações reais relativas a imóveis situados no Brasil devem ser impetradas nos tribunais brasileiros por causa da competência exclusiva (cf. art. 89 C.P.C.) e do fato de o STF recusar uma homologação destas sentenças.³ Se, além disso, o contrato é regulado por uma lei estrangeira, o juiz alemão é obrigado a informar-se sobre esta lei (§ 293 ZPO⁴). Na prática judiciária alemã o juiz solicita um parecer a um especialista. Regularmente são encomendados aos Institutos de Direito Internacional Privado.⁵

Um exemplo para o nosso estudo é a decisão do *Landgericht* (Tribunal de Comarca de segunda instância) de Stuttgart de 3.3.2000⁶, que trata de um contrato de compra e venda sobre um apartamento situado em Recife. Este contrato foi concluído em Recife de forma privada por dois alemães e em língua alemã. O contrato foi designado como “Kaufvertrag” (contrato de compra). As partes ajustaram o preço de 70 mil dólares norte-americanos e o comprador antecipou um pagamento de 15 mil marcos alemães. Depois o comprador recusou-se a executar o contrato e pleiteou a restituição da quantia paga. O tribunal recusou a ação. Segundo o tribunal, este contrato seria regido pelo direito brasileiro. Ele considerou este contrato como compromisso de compra e venda ainda que designado de “*Kaufvertrag*” (contrato de compra e venda), porque as partes tinham a intenção de concluir o contrato definitivo e o seu registro depois do pagamento da quantia inteira. A outorga uxória necessária para a validade deste contrato existisse. Como o promitente comprador recusou a executar este compromisso de compra e venda, o tribunal concedeu ao promitente vendedor o direito de requerer a rescisão do contrato com perdas e

³ Cf. Nadia de Araujo, DIP, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2003, p. 212 e ss.

⁴ ZPO = Zivilprozessordnung (C.P.C.). § 293 ZPO [Fremdes Recht, Gewohnheitsrecht, Statuten]. Das in einem anderen Staate geltende Recht, die Gewohnheitsrechte und die Statuten bedürfen ihres Beweises nur insofern, als sie dem Gericht unbekannt sind. Bei Ermittlung dieser Rechtsnormen ist das Gericht auf die von den Parteien beigebrachten Nachweise nicht beschränkt; es ist befugt, auch andere Erkenntnisquellen zu benutzen und zum Zwecke einer solchen Benutzung das Erforderliche anzuordnen.

Tradução: § 293 [Direito estrangeiro, direito costumeiro, estatutos]. O direito em vigor de um outro Estado, os direitos costumeiros e os estatutos somente precisam da sua prova enquanto sejam desconhecidos do tribunal. Na averiguação destas normas, o tribunal não é limitado às provas apresentadas pelas partes; ele [o tribunal] é também autorizado a usar outras fontes de conhecimento e a ordenar o que for necessário para tanto.

⁵ Por exemplo o Instituto para Direito Privado e Econômico Internacional e Estrangeiro da Universidade de Heidelberg, o Instituto Max-Planck de Direito Internacional Privado em Hamburgo ou o Instituto de Direito Internacional Privado da Universidade de Munique.

⁶ Processo n. 24 O 190/99, decisão não publicada. Cf. o parecer para o tribunal neste litígio do Professor Erik Jayme: LG Stuttgart I, Gutachten zum brasilianischen Kaufrecht für Immobilien, publicado em: Erik Jayme, Christian Schindler (ed.), Rechtsentwicklungen in Portugal, Brasilien und Macau, Baden-Baden: Nomos, 2002, p. 221 e ss.

danos. Por isso o argüido pôde compensar a pretensão do demandante de reembolso da quantia paga com a sua pretensão de perdas e danos que resultou do fato que ele só pudera vender o apartamento para 67,5 mil marcos alemães.

Quando caso transfronteiriço é julgado na Alemanha deve-se começar com a pergunta sobre qual será o direito aplicável. Visto que não existem convenções entre a Alemanha e o Brasil neste campo, é o Direito Internacional Privado alemão que decide na forma estabelecida nos arts. 3 - 46 LICC alemã (EGBGB⁷). Quanto ao direito internacional de obrigações (artt. 27 e ss. EGBGB) inculsivamente da forma (art. 11 EGBGB), o legislador alemão incorporou - com algumas modificações - as normas da Convenção de Roma do 19.6.1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais.

O DIP alemão é regido pelo princípio da autonomia da vontade, ou seja, a possibilidade conferida às partes a escolher o direito que será aplicável ao contrato (art. 27 I 1 EGBGB⁸)⁹.

Na falta de designação da lei aplicável ao contrato pelas partes, a determinação se faz objetivamente: Segundo o Art. 28 I EGBGB¹⁰, o contrato será regulado pela lei do país com o qual apresente uma conexão mais estreita.¹¹ Se o negócio jurídico concerne a um imóvel, existe segundo o art. 28 III EGBGB¹² a presunção de uma conexão mais estreita com o país da situação

⁷ Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Lei de Introdução ao Código Civil).

⁸ Art. 27 EGBGB [Freie Rechtswahl]. (1) Der Vertrag unterliegt dem von den Parteien gewählten Recht. Die Rechtswahl muß ausdrücklich sein oder sich mit hinreichender Sicherheit aus den Bestimmungen des Vertrags oder aus den Umständen des Falles ergeben. Die Parteien können die Rechtswahl für den ganzen Vertrag oder nur für einen Teil treffen. [...].

Tradução: art. 27 EGBGB [Liberdade de escolha]. (1) O contrato rege-se pela lei escolhida pelas partes. Esta escolha deve ser expressa ou resultar de modo inequívoco das disposições do contrato ou das circunstâncias da causa. Mediante esta escolha, as partes podem designar a lei aplicável à totalidade ou apenas a uma parte do contrato. [...].

⁹ Cf. art. 3 da Convenção de Roma.

¹⁰ Art. 28 [Mangels Rechtswahl anzuwendendes Recht]. (1) Soweit das auf den Vertrag anzuwendende Recht nicht nach Artikel 27 vereinbart worden ist, unterliegt der Vertrag dem Recht des Staates, mit dem er die engsten Verbindungen aufweist. Läßt sich jedoch ein Teil des Vertrages von dem Rest des Vertrages trennen und weist dieser Teil eine engere Verbindung mit einem anderen Staat auf, so kann auf ihn ausnahmsweise das Recht dieses anderen Staates angewandt werden. [...].

Tradução: Art. 28 [Lei aplicável na falta de escolha]. (1) Na medida em que a lei aplicável ao contrato não tenha sido escolhida nos termos do artigo 27, o contrato é regulado pela lei do país com o qual apresente uma conexão mais estreita. Todavia, se uma parte do contrato for separável do resto do contrato e apresentar uma conexão mais estreita com um outro país, a essa parte poderá aplicar-se, a título excepcional, a lei desse outro país. [...].

¹¹ Cf. art. 4 da Convenção de Roma.

¹² Art. 28 [...]. (3) Soweit der Vertrag ein dingliches Recht an einem Grundstück oder ein Recht zur Nutzung eines Grundstücks zum Gegenstand hat, wird vermutet, daß er die engsten Verbindungen zu dem Staat aufweist, in dem das Grundstück belegen ist. [...].

Tradução: Art. 28 [...]. (3) Quando o contrato tiver por objeto um direito real sobre bem imóvel, ou um direito de uso de um bem imóvel, presume-se que ele [o contrato] apresenta uma conexão mais estreita com o país onde o imóvel se situa. [...].

da coisa.¹³ Esta presunção pode ser excepcionalmente refutada se resulte do conjunto das circunstâncias que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com outro país (art. 28 V EGBGB¹⁴).¹⁵

O regime da propriedade, incluindo a constituição, o conteúdo, a modificação, a transferência e a extinção, é definido exclusivamente segundo o art. 43 I EGBGB¹⁶ pela *lex rei sitae*.¹⁷ A lei aplicável nesta matéria (se fala de *Sachstatut* em alemão) não pode ser escolhida pelas partes.¹⁸

Precisa-se determinar também a lei reguladora quanto à forma do negócio jurídico. Em princípio, o art. 11 I EGBGB¹⁹ permite alternativamente a forma da lei aplicável à substância do negócio (*lex causae*) e a forma da lei do lugar da conclusão do contrato (*lex loci contractus*).²⁰ Na determinação deste lugar da conclusão é relevante o lugar da declaração negocial e não o lugar da recepção. No caso de negócios à distância (*Distanzgeschäfte*) junta-se uma terceira ligação segundo o art. 11 II BGB²¹ ao lado da conexão alternativa da *lex causae* e da *lex rei contractus*:

¹³ Cf. art. 4 III da Convenção de Roma.

¹⁴ Art. 28 [...]. (5) Die Vermutungen nach den Absätzen 2, 3 und 4 gelten nicht, wenn sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, daß der Vertrag engere Verbindungen mit einem anderen Staat aufweist.

Tradução: Art. 28 [...]. (5) As presunções dos ns. 2, 3 e 4 não serão admitidas sempre que resulte do conjunto das circunstâncias que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com outro país.

¹⁵ Cf. art. 4 V 2 da Convenção de Roma.

¹⁶ Art. 43 [Rechte an einer Sache]. (1) Rechte an einer Sache unterliegen dem Recht des Staates, in dem sich die Sache befindet.

Tradução: Art. 43 [Direitos reais sobre uma coisa]. (1) Direitos reais sobre uma coisa regem-se pela lei do Estado onde o imóvel se situa. [...]

¹⁷ O direito brasileiro aceita este envio (Verweisung) à *lex rei sitae*, cf. Art. 8 LICC. A norma do art. 43 EGBGB justifica-se na base do princípio de abstração que rege o direito alemão material (ver o próximo capítulo). Como transfere-se a propriedade num contrato real próprio e independente do contrato de compra e venda, não resulta uma *dépeçage* do ponto de vista do direito alemão.

¹⁸ Assim a decisão do legislador, publicado nos "Drucksachen des Deutschen Bundestages" (=BT-Drucks.) de 1.2.1999, n. 14/343, p. 16; cf. também Stoll, Hans, em: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Internationales Sachenrecht, Berlin: Sellier-de Gryter, 1996, p. 129.

¹⁹ Art. 11 EGBGB [Form von Rechtsgeschäften]. (1) Ein Rechtsgeschäft ist formgültig, wenn es die Formerfordernisse des Rechts, das auf den Gegenstand bildende Rechtsverhältnis anzuwenden ist, oder des Rechts des Staates erfüllt, in dem es vorgenommen wird. [...]

Tradução: Art. 11 [Forma de negócios jurídicos]. (1) Um contrato é válido quanto à forma, desde que preencha os requisitos de forma da lei, prescritos pela lei aplicável à substância do negócio ou da lei do país em que foi celebrado. [...]

²⁰ Cf. art. 9 da Convenção de Roma. Não existem "disposições imperativas" no direito brasileiro no sentido do art. 11 IV EGBGB (Art. 11 EGBGB [...]. (4) Verträge, die ein dingliches Recht an einem Grundstück oder ein Recht zur Nutzung eines Grundstücks zum Gegenstand haben, unterliegen den zwingenden Formvorschriften des Staates, in dem das Grundstück belegen ist, sofern diese nach dem Recht dieses Staates ohne Rücksicht auf den Ort des Abschlusses des Vertrages und auf das Recht, dem er unterliegt, anzuwenden sind. [...]. Tradução: Art. 11 [...]. (4) Contratos que tenham por objeto um direito real sobre um imóvel ou um direito de uso de um imóvel está sujeito, quanto à forma, à da lei do país em que o imóvel está situado, desde que, nos termos desta lei, essas regras se apliquem independentemente do lugar de celebração e da lei reguladora da substância do contrato. [...]).

²¹ Art. 11 [...]. (2) Wird ein Vertrag zwischen Personen geschlossen, die sich in verschiedenen Staaten befinden, so ist er formgültig, wenn er die Formerfordernisse des Rechts, das auf den Gegenstand bildende Rechtsverhältnis anzuwenden ist, oder des Rechts eines dieser Staaten erfüllt. [...]

Tradução: Art. 11 [...]. (2). Um 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 substância, ou da lei de um desses países.

São relevante os dois lugares onde foi executada a declaração negocial. Tratando-se de carta, telefax ou chamada telefônica é também relevante o lugar da ação, ou seja, p.ex., o lugar da estação de correios onde é mandada a carta. Mais problemático é a determinação deste lugar da execução no caso de declarações na forma eletrônica, como o e-mail. Aqui poderia se tomar em consideração tanto ao ordenador do declarante como o servidor pelo qual passa o e-mail, dependendo se é comparada esta situação mais com uma chamada telefônica ou com o envio de uma carta. A solução é controvertida na doutrina alemã.²² Favorecemos a relevância do lugar do servidor por causa da segurança de direito: O declarante pode ligar ao servidor do qualquer lugar - incluindo ligações sem fios durante viagens. Este lugar da execução não é reconhecido pelo destinatário. Ele tem interesse de poder determinar a lei do lugar da execução da declaração no âmbito do art. 11 II EGBGB.²³ A determinação da posição do servidor é feita regularmente de forma mais fácil.²⁴

A forma de negócios jurídicos reais no sentido do Direito Internacional Privado alemão que tenham por objeto a constituição ou a disposição de um direito real, é exclusivamente regulada pela lei aplicável à substância do negócio, segundo o art. 11 V EGBGB²⁵. Por esta norma é atingido o paralelismo com o art. 43 EGBGB, prevendo a mesma lei aplicável quanto à lei reguladora e quanto à forma.

Assim, percebe-se que o DIP alemão faz distinção entre negócios jurídicos (puramente obrigacionais) e o contrato real. A causa desta distinção é o princípio de abstração, que é significativo para o direito alemão. Para melhor entender estas regras de conflitos alemães, lembramos a seguir as características deste princípio.

²² Para a relevância do „servidor“ ver Winkler von Mohrenfels, Peter, em: Staudinger, op. cit., EGBGB Art. 7 - 12, 13^a ed. Berlin: Sellier-de Gryter, 2000, anot. 158 ao art. 11, p. 330. Para o lugar do ordenador do declarante ver Mankowski, Peter, Internet und besondere Aspekte des Internationalesn Vertragsrechts (II), Computer und Recht (CR) 1999, p. 587.

²³ Cf. Winkler von Mohrenfels, Peter, op. cit.

²⁴ Cf. xyz@t-online.de, xyz@uni-heidelberg.de, xyz@uol.com.br etc. É verdade que existem muitos endereços onde não é visível de primeira vista o lugar do server como “.com”, “.org”, “.net”. Embora o lugar possa ser determinado e não possa ser mudado segundo o gosto do declarante - incluindo o perigo de abuso.

²⁵ Art. 11 [...]. (5) Ein Rechtsgeschäft, durch das ein Recht an einer Sache begründet oder über ein solches Recht verfügt wird, ist nur formgültig, wenn es die Formerfordernisse des Rechts erfüllt, das auf das seinen Gegenstand bildende Rechtsverhältnis anzuwenden ist.

Tradução: Art. 11 [...]. (5) Um negócio jurídico, pelo qual um direito real sobre uma coisa imóvel é constituído ou pelo qual é disposto de um tal direito, somente é válido quanto à forma, desde que preencha os requisitos de forma prescritos pela lei aplicável à substância do negócio.

2. O princípio de abstração no direito alemão²⁶

Entende-se por este princípio a separação entre o negócio jurídico da obrigação (*Verpflichtungsgeschäft*) e o contrato real, ou seja, o ato de disposição (*Verfügungsgeschäft*). *Verpflichtungsgeschäfte*, negócios de obrigação, só constituem a obrigação de uma prestação. Exemplos destes contratos são a compra e venda, a doação, a troca etc. Esclarece-se na definição da compra e venda:

§ 433 BGB [Inhalt eines Kaufvertrages].

(1) Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. [...].

(2) Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen.

Tradução:

§ 433 BGB [Conteúdo do contrato de compra e venda].

(1) Pelo contrato de compra e venda, o vendedor de uma coisa obriga-se a entregar a coisa ao comprador e a lhe transmitir a propriedade sobre a coisa. [...].

(2) O comprador obriga-se a pagar o preço da venda convencionado e a receber a coisa (comprada).

A situação jurídica do objeto do negócio, p.ex. a propriedade da coisa de compra, não é mudada. Contrariamente ao direito brasileiro, os contratos de compra e venda, doação, troca etc. não têm efeitos reais no direito alemão.

Assim, a transferência da propriedade é executada de maneira completamente independente em um negócio jurídico real, que se chama *Verfügungsgeschäft*. A transferência da propriedade necessita do acordo das partes sobre a transmissão (*Einigung*) e a tradição (no caso de móveis) respectivamente o registro no Cartório de Registro de Imóveis (§§ 873, 925 BGB). No caso de imóveis este contrato real se chama *Auflassung*.

§ 873 BGB [Voraussetzungen des Rechtserwerbes an einem Grundstück].

(1) Zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück, zur Belastung eines Grundstückes mit einem Rechte sowie zur Übertragung oder Belastung eines solchen Rechtes ist die Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt. [...].

Tradução:

§ 873 BGB [Condições de aquisição de um direito a um bem imóvel].

(1) Para a transferência de bem imóvel, para o encargo predial dele e para a transferência ou para o encargo daquele direito (sobre um bem imóvel), é necessário o consentimento do titular e da outra parte sobre a mudança da situação jurídica e a inscrição no registro predial, senão é regulado outra coisa. [...]

²⁶ Cf. também Vieira, Iacyr de Aguiar, A compra e venda e a transferência de propriedade: Modelos casuais e abstratos, RT vol. 765 (1999), p. 59 e ss.

Os requisitos de forma para estes dois contratos são diferentes. Enquanto a compra e venda sobre um imóvel precisa da forma notarial (§ 311 b I 1 BGB²⁷, *notarielle Beurkundung*, que corresponde à escritura pública), para o contrato real de transmissão da propriedade é suficiente uma declaração oral. O § 925 BGB²⁸ só exige para validade da *Auflassung*, que este contrato deva ser declarado, com a presença simultânea das duas partes, em lugar competente, ou seja, geralmente o tabelião. Mas para o registro no Cartório de Imóveis o título deve ser apresentado na forma de um documento reconhecido pelo tabelião (§ 29 GBO²⁹). Na prática jurídica alemã, os dois contratos são regularmente integrados em um contrato de forma notarial. Por isso, estas diferenças nos requisitos da forma não têm relevância prática.

A consequência do princípio de abstração é o fato da validade de um contrato não ter efeito para o outro: ainda que um contrato seja inválido, o outro pode existir. A compensação de uma transposição patrimonial sem causa se faz pelas normas dos §§ 812 e ss. BGB (direito do enriquecimento sem causa).

3. Conflito de sistemas no DIP na compra e venda de imóveis situados no estrangeiro

Já vimos que o critério da *lex rei sitae* aplica-se unicamente quanto à transferência da propriedade (art. 43 EGBGB). Por conseguinte, é também a *lex rei sitae* que decide se atribui efeitos reais ao contrato de compra e venda (obrigacional). No nosso estudo é o direito brasileiro. Se a lei aplicável ao contrato (*Vertragsstatut*) e a *lex rei sitae* (*Sachstatut*) divergem, porque as partes escolheram o direito alemão, surge um conflito de sistemas.

A qualificação de uma relação jurídica é feita na Alemanha, em princípio, pela *lex fori*, ou seja, segundo a lei do tribunal perante o qual se processa a relação litigiosa.³⁰ Qualificar uma operação

²⁷ Corresponde ao antigo § 313 BGB antes da reforma do BGB pela “Lei para modernizar o direito das obrigações” (Schuldrechtsmodernisierungsgesetz) de 26.11.2001, que entrou em vigor em 1.1.2002. Segundo o § 311 b I 1 BGB Verpflichtungsgeschäfte (negócios de obrigação) sobre um imóvel, como p.ex. contratos a compra e venda, precisam da forma notarial.

²⁸ § 925 BGB [Auflassung]. (1) Die zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück nach § 873 erforderliche Einigung des Veräußerers und des Erwerbers (Auflassung) muß bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor einer zuständigen Stelle erklärt werden. Zur Entgegennahme der Auflassung ist, unbeschadet der Zuständigkeit weiterer Stellen, jeder Notar zuständig. [...].

Tradução: § 925 [Transferência de propriedade (imóvel)]. (1) O acordo do alienante e do adquirente, necessário, conforme o § 873, para a transmissão da propriedade sobre um prédio (Auflassung), precisa, com a presença simultânea das duas partes, ser declarado em lugar competente. Para a aceitação do acordo é competente, sem prejuízo da competência de outros lugares, todo o tabelião. [...].

²⁹ A GBO (= Grundbuchordnung) corresponde à Lei dos Registros Públicos (capítulo “Registro de imóveis”).

³⁰ Cf. Kahn, o primeiro a expressar esta idéia: Kahn, Franz, Gesetzeskollisionen. Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts, em: Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, n. 30 (1891), p. 130 e ss.; Heldrich, Andreas, em: Palandt, BGB, 63^a ed., Munique 2004, Einl. v. EGBGB anot. 27, p. 2480. Segundo a doutrina brasileira, cf. Jacob Dolinger, Direito Internacional Privado (Parte Geral), 6^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 369 e ss.

de compra e venda no Direito Internacional Privado alemão com a distinção entre o negócio obrigacional e o negócio real não oferece problemas contanto que a lei conheça o princípio de abstração.

Isto se altera quando a lei estrangeira optou por um outro modelo de transferência, como o Brasil. Neste caso, não há necessidade de realizar-se um negócio real e abstrato ao lado do contrato de compra e venda (capítulo 3.1.). Uma outra especialidade na matéria da aquisição de imóveis no Brasil é que se conclui, na prática jurídica, primeiramente um compromisso (ou uma promessa) de compra e venda (capítulo 3.2.). Finalmente pode ser necessário respeitar uma outorga marital se o contrato concerna um imóvel, especialmente o bem de família (capítulo 3.3.).

3.1. Contrato de compra e venda

Para qualificar um contrato de compra e venda sobre imóveis situados em países com uma tradição de direito romano, precisa-se diferenciar entre dois modelos de transferência da propriedade: o modelo consensual e o modelo da tradição. Enquanto França³¹ e Portugal³² adotaram o modelo do princípio de consenso, o direito brasileiro seguiu a teoria de *titulus* e *modus acquirendi*. Significa que há necessidade, por um lado, do contrato de compra e venda (arts. 481, 482 C.C./2002), isto é, o *titulus adquirendi*. Por outro lado é necessário o ato de publicidade de um *modus acquirendi*, ou seja, a tradição - em caso de bens móveis - ou a inscrição no registro - no caso de bens imóveis (arts. 1227, 1245 C.C./2002).³³ Só se houver a conjugação destes dois atos jurídicos pode-se falar em transferência de domínio. *Titulus* sem *modus* e *modus* sem *titulus* não gera a aquisição da propriedade.³⁴

³¹ Art. 1583 C.C. francês. Elle [la vente] est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé .

Tradução Art. 1583. Ela [a compra e venda] é perfeita entre as partes, e a propriedade é adquirida de direito pelo comprador, em relação ao vendedor, desde que convençionados a coisa e o preço, ainda que a coisa não tenha sido entregue, nem o preço pago.

³² Art. 874 C.C. português. (Noção). Compra e venda é o contrato pelo qual se transmite a propriedade de uma coisa, ou outro direito, mediante um preço.

Art. 879 C.C. português. (Efeitos essenciais). A compra e venda tem como efeitos essenciais: a) a transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito; [...].

³³ Cf. Ramos, Erasmo, A Transmissão de propriedade no novo código civil brasileiro e no BGB alemão - um estudo comparado, em: Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, vol. 815 (2003), p. 69 e ss.

³⁴ Cf. Gomes, Orlando, Direitos Reais, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 134 e s.

3.1.1. Exkurs: princípio consensual

A transmissão de propriedade ocorre simplesmente pelo acordo entre as partes. O registro do ato no Registro de Imóveis não é constitutivo para a validade da transferência. O contrato de compra e venda nas leis que seguem o princípio de consenso contém tanto elementos obrigacionais como reais. Ainda que - do ponto de vista da *lex causae* - exista um só negócio, é necessário considerar, no Direito Internacional Privado alemão, os dois caracteres do contrato, ou seja, o obrigacional e o real.

Para uma resolução deste conflito de sistemas pode-se pensar primeiramente em uma qualificação meramente obrigacional (arts. 27 e s. EGBGB) ou meramente real (art. 43 EGBGB). *Wolff* indica uma outra solução que deixa às partes definir se o seu contrato deveria obter ou não o efeito translativo que preve a *lex rei sitae*.³⁵ A doutrina, fundada por *Raape* e seguida pela jurisprudência alemã, cinde o mesmo contrato em uma parte obrigacional e uma parte real.³⁶ Esta solução convence. Uma qualificação unicamente obrigacional ou real não respeita as funções e particularidades da compra e venda nas diferentes leis. A proposta de *Wolff* cria problemas quanto à regra da *lex rei sitae*: As partes poderiam decidir se o contrato produz efeitos translativos enquanto que esta decisão é reservada à *lex rei sitae*.

Outra questão diz respeito à qual lei é aplicável quanto à forma. *Kegel* defende a opinião de que a lei da situação do imóvel também seja competente para o *Verpflichtungsgeschäft* (contrato obrigacional).³⁷ A jurisprudência e a maioria da doutrina seguem esta solução e cindem o contrato também quanto à lei aplicável à forma (*Formstatut*).³⁸ Enquanto a forma do contrato na sua função obrigacional (*Verpflichtungsgeschäft*) é regida pela lei aplicável à substância do negócio, a parte concernente à situação real (*Verfügungsgeschäft*) precisa revestir-se da forma da *lex rei sitae*.

³⁵ Wolff, Martin, *Das Internationale Privatrecht Deutschlands*, 3ª ed. Berlin: Springer, 1954, p. 178.

³⁶ Raape, Leo, em: Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, EGBGB, 9ª ed. Berlin: Schweitzer/Sellier, 1931, art. 11, anot. C II 3, p. 191. Cf. também p. ex. Stoll, Hans, em: Staudinger, *Kommentar [...]*, *Internationales Sachenrecht*, Berlin: Sellier-de Gryter, 1996, p. 86 s., 131 e ss.; Limmer, Peter, em: Christoph Reithmann, Dieter Martiny, *Internationales Vertragsrecht*, 6ª ed. Köln: Ed. O. Schmidt, 2004, p. 765. Na jurisprudência p. ex. Bundesgerichtshof (BGH), 6.11.1969, *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* (=BGHZ, coletânea oficial do BGH corresponde à RSTJ) vol. 52, p. 240 s.

³⁷ Kegel, Gerhard, em: Soergel, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8ª ed. Stuttgart, Köln: Kohlhammer, 1955, p. 114; ainda na 12ª ed. 1996, anot. 16 ao art. 11, p. 501 s.

³⁸ Cf. BGH, 6.7.1969, BGHZ vol. 52, p. 240 e s.; BGH, 9.3.1979, BGHZ vol. 73, p. 393 e ss. Von Bar, Egon, *Internationales Privatrecht*, vol. 2, anot. 771, p. 559 s.; Winkler von Mohrenfels, Peter, em: Staudinger, op. cit., EGBGB Art. 7 - 12, 13ª ed. Berlin 2000: Sellier-de Gryter, anot. 239 ao art. 11, p. 368; Heldrich, Andreas, em: Palandt, BGB, op. cit., anot. 21 ao art. 11, p. 2515.

Significa no nosso estudo que o contrato de compra e venda sobre um imóvel francês ou português regido pelo direito alemão e concluído na Alemanha que deve observar a forma do § 311 b I 1 BGB, ou seja a escritura pública (*notarielle Beurkundung*).³⁹ A *lex rei sitae* decide se esta forma é suficiente quanto aos efeitos reais deste contrato e - dado o caso - aos requisitos para um registro no Cartório.⁴⁰

3.1.2. Aquisição no direito brasileiro

A situação de qualificação se difere no caso de um imóvel situado no Brasil. Como necessita um *titulus* e um *modus acquirendi* para a aquisição da propriedade, no contrato de compra e venda, existe um contrato de caráter obrigacional que não tem eficácia translativa.

Por isso, o contrato de compra e venda sobre um imóvel brasileiro regido pela lei alemã não é cindido em duas partes. No nosso estudo, a compra e venda é regida unicamente pelo direito alemão e a *traditio*, ou seja o registro no Cartório, se efetua segundo o direito brasileiro (*lex rei sitae*).

Como já visto, segundo o art. 11 I EGBGB, é suficiente que o contrato se reviste da forma da lei aplicável à substância do negócio ou a forma da lei do lugar da conclusão do contrato. Enquanto o direito alemão sempre exige a forma notarial para contratos de compra e venda sobre imóveis (§ 311 b I 1 BGB), esta forma só chega a ser necessária no direito brasileiro se o valor do imóvel for superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no Brasil (art. 108 CC/2002). No âmbito da compra e venda de apartamentos ou plantas industriais, que consideramos no nosso estudo, a desnecessidade da forma notarial não deveria aparecer.

Mas esta diferença dos requisitos da forma no direito alemão e brasileiro mostram bem a regra do art. 11 I EGBGB, quando a lei aplicável à substância do negócio e a lei do lugar da conclusão do contrato forem diferentes: Se as partes escolherem o direito alemão para o contrato de compra e venda sobre um imóvel de valor inferior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente e se eles concluírem este contrato no Brasil, o contrato será válido quanto à forma segundo a *lex loci contractus*.

³⁹ A aplicabilidade do § 311 b I 1 BGB (ou seja o antigo § 313, 1 BGB) à compra e venda de imóveis situados no estrangeiro foi recusada primeiramente pela jurisprudência (Rechtsgericht (RG), 3.10.1906, Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (=RGZ, coletânea oficial do RG), vol. 63, p. 18 e ss. A partir da decisão do BGH do 4.7.1969 (BGHZ vol. 52, p. 239 e ss.) é aceita a aplicabilidade do § 311 b I 1 BGB na jurisprudência e na doutrina. Cf. Heinrichs, Helmut, em: Palandt, BGB, op. cit., anot. 4 ao § 311 b, p. 481.

⁴⁰ Na França p. ex. não precisa de uma forma especial para a validade do contrato de compra e venda (cf. Küppers, Karsten, Grunderwerb im Ausland, Deutsche Notar-Zeitschrift 1973, p. 646 e ss., 671 e s.). Em Portugal tem que observar a forma de escritura pública (art. 875 C.C. português). Mas o DIP português permite também a observância da forma da *lex loci contractus* (art. 36 C.C. português).

Também deve-se tomar em consideração os negócios à distância já mencionados. Se uma das partes telefona ou manda uma carta do Brasil ou envia um e-mail mediante um servidor brasileiro, esta forma menos rígida segundo o direito brasileiro é suficiente para a validade do contrato.

3.2. O compromisso de compra e venda

3.2.1. Direito material

Incorporado na prática dos negócios obrigacionais imobiliários está a promessa ou compromisso de compra e venda.⁴¹ O seu uso é tão frequente que *José Osório de Azevedo Jr.* considerou o compromisso „o mais brasileiro dos contratos de direito civil...“. ⁴² Primeiramente regulado no decreto-lei n. 58, de 10.12.1937,⁴³ o compromisso de compra e venda foi desenvolvido pelas leis n. 649, de 11.3.1949, n. 6.014, de 27.12.1973, e n. 6.766, de 19.12.1979. Além disso, a efetividade do compromisso foi sucessivamente melhorada particularmente pelas normas dos arts. 639 e ss., 461 CPC e dos arts. 51 IV, 53 CDC respectivamente arts. 48, 84 CDC.⁴⁴

No Novo Código Civil de 2002 são novamente integradas regras sobre contratos preliminares (arts. 462-466 CC/2002) e promessa de compra e venda (arts. 1225 VI, 1417, 1418 CC/2002). É reconhecido na doutrina atual que o compromisso de compra e venda sobre imóveis se constitui em contrato preliminar segundo os artt. 462 e ss. CC/2002.⁴⁵

É questionado na doutrina, se o decreto-lei n. 58 do 1937 e as leis n. 649, 6.014 e 6.766 se aplicam ao lado do novo CC/2002. A solução interessa ao nosso estudo - quando o juiz alemão tem de aplicar o direito brasileiro - para saber se ainda vale p. ex. o art. 11 do decreto-lei n. 58 com as regras sobre a forma (caput e § 1) e a outorga uxória (§ 2).

Segundo o art. 2045 CC/2002 são expressamente revogados só o Código Civil de 1916 e a Parte Primeira do Código Comercial. Parte da doutrina e o Conselho da Justiça Federal parece ter a

⁴¹ Cf. p. ex. Azevedo Jr., José Osório de, *Compromisso de compra e venda*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros Ed., 1998, p. 15; Corrêa, Luiz Fabiano, *Contratos preliminares ou pré-contratos*, em: RT vol. 735 (1997), p. 740.

⁴² Azevedo Jr., José Osório de, *Promessa de venda*, em: *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 62 (1981), p. 36.

⁴³ Cf. também o decreto n. 3079 de 15.9.1938.

⁴⁴ Cf. Azevedo Jr., José Osório de, *Compromisso de compra e venda*, op. cit., p. 187 e ss.; Marques, Cláudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 4ª ed., São Paulo: RT, 2002, p. 372 e ss., 558 e ss.

⁴⁵ Cf. Alves, Jones Figueirêdo, em: *Fiuza*, Ricardo, *Novo Código Civil comentado*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 410 e ss.; Barros, Ana Lucia Porto de, *O novo código civil: comentado*, Rio de Janeiro: Basotos Freitas, 2002, p. 354 e ss.; Felipe, Jorge Franklin Alves; Alves, Geraldo Magela, *O novo código civil anotado*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 98; Loureiro, Luiz Guilherme, *Teoria geral dos contratos no novo código civil*, São Paulo: Ed. Método, 2002, p. 189 e ss.

Em sentido contrário ver Ribeiro, Leonardo Ferres da Silva, *Compromisso de compra e venda - constitui-se, ou não, em contrato preliminar?*, RT vol. 814 (2003), p. 58 e ss.

tendência de aplicar a mencionada legislação complementar concernente ao compromisso de compra e venda.⁴⁶ Por outro lado a doutrina admite que o compromisso de compra e venda sobre imóvel não deve revestir-se de qualquer forma especial, segundo o art. 462 CC/2002: *O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado.*⁴⁷

Na nossa opinião, o legislador queria criar um regulamento homogêneo para eliminar as incertezas jurídicas quanto às antigas regras sobre o compromisso.⁴⁸ A intenção de criar um Código homogêneo e uniforme é notada também na redação original do art. 2045 CC/2002⁴⁹ e no art. 2043 CC/2002.⁵⁰ Neste contexto *Diniz* fala de uma “omissão legislativa” que “irá requerer do jurista e do aplicador certa argúcia para suprir a falta de uma completa revogação expressa, averiguando quais as normas ainda vigentes, traçando o novo perfil do Código Civil”.⁵¹ A resposta desta averiguação, no caso do compromisso concernente às normas da legislação complementar, é que não são mais vigentes.

Na hipótese contrária, ou seja, de sua vigência, precisa-se solucionar conflitos entre as leis e decreto-leis e o CC/2002. Uma solução conveniente é o diálogo entre estas normas em questão e o CC/2002. Um tal “diálogo das fontes” propõe *Lima Marques* - na tradição da expressão de *Jayme*⁵² - no âmbito da relação do CDC e o CC/2002.⁵³

Este procedimento é interessante também na nossa hipótese, quando as normas concernetes ao compromisso de compra e venda em questão não se aplicam: No caso de lacunas neste Código,

⁴⁶ Cf. p. ex. Nery Jr., Lelson; Nery, Rosa Maria de Andrade, Novo Código Civil e legislação extravagante, São Paulo: RT, 2002, p. 659 e 701 e ss. Eles citam as leis e o decreto-lei concernente ao compromisso de compra e venda na parte „Legislação Civil Extravagante em vigor“. Cf. também o enunciado n. 87 elaborado pelo Conselho da Justiça Federal durante a Jornada de Direito Civil nos dias 12 e 13 de setembro de 2002: “Art. 1245: Considera-se também título translativo, para fins do art. 1245 do novo Código Civil, a promessa de compra e venda devidamente quitada (arts. 1417 e 1418 do Código Civil e § 6 do art. 26 da Lei n. 6766/79).”

⁴⁷ Cf. Loureiro, Luiz Guilherme, op. cit., p. 190; Barros, Ana Lucia Porto de, op. cit., p. 356; Felipe, Jorge Franklin Alves; Alves, Geraldo Magela, op. cit., p. 98.

⁴⁸ Para problemas controvertidos veja p. ex. Azevedo Jr., José Osório de, Compromisso de compra e venda, op. cit., p. 27 e ss., 65 e ss., 117 e ss., 247 e ss.

⁴⁹ Revogam-se [...] toda a legislação civil e mercantil abrangida por este Código, ou com ele incompatível.

⁵⁰ Cf. *Diniz*, Maria Helena, em: *Fiuza*, Ricardo, Novo Código Civil comentado, op. cit., 2002, p. 1842.

⁵¹ *Diniz*, op. cit., p. 1843.

⁵² Cf. *Jayme*, Erik, Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, Haia: Kluwer, 1994, p. 259; o mesmo, Internationales Privatrecht und Völkerrecht, Heidelberg: C.F.Müller, 2003, p. 38; *Jayme*, Erik; *Kohler*, Christian, Europäisches Kollisionsrecht 1995 - Der Dialog der Quellen, IPRax 1995, p. 343 e ss.

⁵³ Cf. *Marques*, Cláudia Lima; *Benjamin*, Antônio Herman V.; *Miragem*, Bruno Marques, Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1. a 74, 1ª ed., São Paulo: RT, 2003, p. 24 e ss.; *Marques*, Cláudia Lima, Das neue brasilianische Zivilgesetzbuch von 2002: Bemerkungen zum neuen Unternehmensrecht und der Quellendialog mit dem Verbraucherschutzgesetzbuch von 1990, em: *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS*, vol. 2, n. 4, Porto Alegre 2004, p. 295 e ss.; *Marques*, Cláudia Lima, Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: o novo „diálogo das fontes“, *Revista do Direito do Consumidor*, n. 45 (2003), p. 71 e ss.

este método poderia ser entendido no sentido do que a antiga legislação compelementar ao CC/1916 na interpretação e a aplicação do CC/2002.

Para a qualificação do compromisso de compra e venda no Direito Internacional Privado alemão, lembramos das características deste instituto. A promessa de compra e venda determina as obrigações dos contraentes com vista ao contrato futuro e definitivo. Revestindo todos elementos essenciais deste contrato futuro exceto quanto à forma (arts. 462 e 104 CC/2002), o compromisso permite às partes exigir a celebração do definitivo, desde que dele não conste cláusula de arrependimento (art. 463 caput). Ainda que o parágrafo único do art. 463 preveja expressamente o registro do compromisso, o Conselho da Justiça Federal pronunciou-se no enunciado n. 30⁵⁴, formulado durante a Jornada de Direito Civil nos dias 12 e 13 de setembro de 2002, em favor do entendimento de que não é preciso do registro para a execução *inter partes*: “A disposição do parágrafo único do art. 463 do novo Código Civil deve ser interpretada como fator de eficácia perante terceiros”.⁵⁵ A efetividade da execução é garantida pela regra do art. 464 CC/2002, que prevê poder ao juiz para “suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar”.⁵⁶ Registrando o compromisso, as partes podem atribuir eficácia real ao contrato (art. 1417 CC/2002). Neste caso, existe um direito real, como esclarece o Novo Código Civil no seu art. 1245 VII.

O compromisso de compra e venda sobre imóveis cumpre a função do contrato de compra e venda no direito alemão do § 433 BGB. Um compromisso registrado com eficácia corresponde funcionalmente à *Vormerkung* (§§ 883 e ss. BGB) no direito alemão: Trata-se do registro preliminar no registro de imóveis para assegurar a pretensão obrigacional.⁵⁷

⁵⁴ Enunciado n. 30: A disposição do parágrafo único do art. 463 do novo Código Civil deve ser interpretada como fator de eficácia perante terceiros.

⁵⁵ No mesmo sentido o enunciado n. 95: Art. 1418: O direito à adjudicação compulsória (art. 1418 do novo Código Civil), quando exercido em face do promitente vendedor, não se condiciona ao registro da promessa de compra e venda no cartório de registro imobiliário (Súmula n. 239 do STJ).

⁵⁶ No caso do compromisso de compra e venda, isto não “se opuser a natureza da obrigação”. Veja também os arts. 461, 639 e ss. CPC.

⁵⁷ Cf. Jayme num parecer concernente ao contrato-promessa com eficácia real do direito português, que corresponde à promessa do direito brasileiro. Jayme, Erik, LG Bonn - Gutachten zum portugiesischen Schuld- und Sachenrecht, insbesondere zum Grundstücksrecht, em: Erik Jayme, Christian Schindler, Rechtsentwicklungen in Portugal, Brasilien und Macau, Baden-Baden: Nomos, 2002, p. 237.

3.2.2. A qualificação

A doutrina alemã não aborda o problema da qualificação de contratos preliminares no Direito Internacional Privado.⁵⁸ Existem decisões na jurisprudência sobre o tema de contratos preliminares visando a compra e venda de imóveis situados no estrangeiro, mas que geralmente não tratam o problema da qualificação deste contrato.⁵⁹ Neste contexto a decisão do *Oberlandesgericht* (=OLG, Tribunal de Apelação) de Colônia de 12.09.2000⁶⁰ traz interessante repercussão. Tratava-se da questão do direito aplicável a um „acordo de reserva“ de um imóvel holandês que foi concluído por dois alemães em língua alemã na Alemanha. O contrato definitivo não foi concluído. Na falta de escolha da lei aplicável pelas partes, o tribunal considerou aplicável a lei alemã. O tribunal considera a regra do art. 28 III EGBGB (presunção em favor da *lex rei sitae*), mas verifica uma conexão mais estreita com a Alemanha no sentido do art. 28 V EGBGB por causa da nacionalidade, da língua alemã, da moeda, do lugar da conclusão e do fato de funcionar um agente imobiliário alemão.

Sem dúvida constatar-se que as partes podem escolher livremente a lei aplicável ao compromisso de compra e venda. No âmbito da qualificação objetiva (art. 28 EGBGB), pergunta-se qual a solução mais adequada ao caso: uma qualificação acessória ao ordenamento jurídico do contrato principal ou uma qualificação independente. A resposta pode ainda variar consoante se venha ou não a concluir o contrato definitivo e na medida do objeto do contrato.

Vischer defende a opinião de uma ligação uniforme do contrato preliminar e definitivo.⁶¹ Argumenta com o princípio da conexão da matéria (*Sachzusammenhang*), segundo o qual os contratos formam um complexo homogêneo, visível para todas as partes, na medida em que o contrato preliminar tem um caráter só auxiliar em relação ao definitivo.

No nosso entendimento começa por uma qualificação independente do contrato definitivo segundo as regras do art. 28 EGBGB. Não se pode partir da tese de que o contrato preliminar

⁵⁸ Cf. não tem notas nos manuais do DIP p. ex. dos autores Gerhard Kegel e Klaus Schurig, Jan Kropholler, Christian von Bar ou Bernd von Hoffmann. Só é tratado à margem, cf. Merkt, Hanno, quanto a contratos preliminares na aquisição de empresas, em: Christoph Reithmann, Dieter Martiny, op. cit., p. 733; Lutter, Marcus, *Der Letter of Intent*, 3ª ed., Colônia: Heymanns, 1998, p. 145 e ss. Cf. para a doutrina brasileira Boucault, Carlos Eduardo de Abreu, *O regime jurídico do contrato preliminar e definitivo no direito dos negócios internacionais*, em: João Grandino Rodas, *Contratos Internacionais*, 3ª ed., São Paulo: RT, 2002, p. 283 e ss.

⁵⁹ OLG Colônia (Köln), 12.9.2000, *BauR* 2001, p. 687 e s. = OLG Report Köln 2001, p. 69 e ss. = IPRspr. (Die Deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts) 2000, n. 26, p. 60 e ss. Cf. também OLG Bonn, 25.1.2002, *IPRax* 2003, p. 65; BGH, 6.7.1990, *BGHZ* vol. 53, p. 189 e ss.; OLG Colônia, 2.7.1968, IPRspr. 1968/69, n. 22, p. 47 e s.; BGH, 23.6.1967, IPRspr. 1966/67, n. 28, p. 87 e ss.

⁶⁰ Ver nota precedente.

⁶¹ *Vischer*, Frank, *Internationales Vertragsrecht*, Bern: Stämpfli, 1962, p. 116; na nova edição falam de uma akzessorischen Anknüpfung (ligação acessória): *Vischer*, Frank; *Huber*, Lucius; *Oser*, David, *Internationales Vertragsrecht*, 2ª ed., Bern: Stämpfli, 2000, p. 140.

sempre ocupa uma posição subordinada. Este contrato pode conter elementos ou acordos que ultrapassam o contrato definitivo. Pode-se pensar na cláusula penal ou na entrega antecipada da coisa vendida combinada com uma locação. Por isso, deve-se verificar, em princípio, independentemente do contrato definitivo, a lei do país com o qual apresente uma conexão mais estreita (art. 28 I EGBGB). O art. 28 II EGBGB⁶² concretiza a noção da conexão mais estreita com a presunção da lei do país onde reside habitualmente a parte que está obrigada a fornecer a prestação característica do contrato.⁶³ No caso de um contrato preliminar unilateral é a residência da parte obrigada pelo contrato. Num contrato preliminar bilateral não se pode determinar a prestação característica considerando que as duas partes são obrigados a fazer uma declaração negocial. Neste caso não se aplica a presunção do art. 28 II EGBGB mas sim a regra do art. 28 I EGBGB. Para determinar a conexão mais estreita, toma-se em consideração critérios como residência habitual das partes, situação do estabelecimento, nacionalidade, lugar da conclusão e de execução, moeda escolhida e língua usada no contrato.⁶⁴ Neste contexto respeitar-se também o contrato definitivo em vista.⁶⁵

No caso do compromisso de compra e venda sobre imóvel, surge a pergunta se o art. 28 III EGBGB⁶⁶ compreende este contrato. Sem dúvida aplica-se esta norma se a posse da coisa foi cedida ao compromitente comprador com um contrato de locação.⁶⁷ Entende-se por “contrato que tiver por objeto um direito real sobre bem imóvel” todos os contratos que tenham por intenção principal a concessão de direitos reais sobre imóvel.

O compromisso de compra e venda é dirigido à conclusão do contrato definitivo da compra e venda. Considerando as mencionadas possibilidades de execução compulsória e o fato que o

⁶² Art. 28 [...]. (2). Es wird vermutet, daß der Vertrag die engsten Verbindungen mit dem Staat aufweist, in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung zu erbringen hat, im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder, wenn es sich um eine Gesellschaft, einen Verein oder eine juristische Person handelt, ihre Hauptverwaltung hat. Ist der Vertrag jedoch in Ausübung einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit dieser Partei geschlossen worden, so wird vermutet, daß er die engsten Verbindungen zu dem Staat aufweist, in dem sich deren Hauptniederlassung befindet oder in dem, wenn die Leistung nach dem Vertrag von einer anderen als der Hauptniederlassung zu erbringen ist, sich die andere Niederlassung befindet. Dieser Absatz ist nicht anzuwenden, wenn sich die charakteristische Leistung nicht bestimmen läßt.

Tradução: Art. 28 [...]. (2). Presume-se que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com o país onde a parte que está obrigada a fornecer a prestação característica do contrato tem, no momento da celebração do contrato, a sua residência habitual ou, se se tratar de uma sociedade, associação ou pessoa coletiva, a sua administração central. Todavia, se o contrato for celebrado no exercício da atividade econômica ou profissional dessa parte, o país a considerar será aquele em que se situa o seu estabelecimento principal ou, se, nos termos do contrato, a prestação deve ser fornecida por estabelecimento diverso do estabelecimento principal, o da situação desse estabelecimento.

⁶³ Cf. Cf. art. 4 II da Convenção de Roma.

⁶⁴ Cf. detalhadamente Martiny, Dieter, em: Münchener Kommentar zum BGB, vol. 10 (EGBGB), 3ª ed. Munique: Beck, 1998, anot. 74 e ss. ao art. 28, p. 1582 e ss.

⁶⁵ Concernente uma ligação acessória no âmbito de contratos modernos como factoring, leasing ou construção de aparelhagem, cf. Jayme, Erik, Moderne Vertragsformen und klassisches internationales Privatrecht, em: Heidelberger Jahrbücher, vol. 29 (1985), p. 21 e ss.

⁶⁶ Ver nota 12.

compromitente comprador pode realizar a conclusão do definitivo sem a participação do compromitente vendedor, deve tratar o compromisso como contrato com objeto de um direito real sobre bem imóvel no sentido do art. 28 III EGBGB.

Se for registrado o compromisso de compra e venda, este produz eficácia real perante terceiros. Por isso, ele deve ser entendido como direito real sobre uma coisa segundo art. 43 EGBGB, significando que este só é regido pela *lex rei sitae*.

Se as partes escolheram a lei alemã para o contrato de promessa e se ele foi registrado depois,⁶⁸ isso tem por consequência uma mudança dos estatutos (*Statutenwechsel*) do direito alemão ao direito brasileiro, o que é geralmente permitido no Direito Internacional Privado alemão.⁶⁹

Além disso coloca-se a questão de qual a forma necessária para o compromisso de compra e venda. A forma do compromisso não registrado é regulada pela lei aplicável à substância ou a *lex loci contractus*. A jurisprudência alemã considera necessária a forma notarial (§ 311 b I 1 BGB) ao contrato preliminar sobre a compra e venda de imóvel.⁷⁰

Por consequência, o compromisso regido pela lei alemã, pode ser concluído sem a observância da forma notarial se a *lex loci contractus* é brasileira. Como já averiguado no capítulo anterior, um contrato preliminar sobre a compra e venda de um imóvel regido pela lei alemã, concluído por carta ou e-mail, é válido se a carta foi mandada do Brasil ou o e-mail passou por um servidor brasileiro.

A forma de um compromisso registrado é regida pela *lex rei sitae* segundo o art. 11 V EGBGB.

Se as partes concluíram um contrato de compra e venda sobre um imóvel, regido por lei brasileira, de forma privada, este contrato é nulo (art. 166 CC/2002). Neste caso, o juiz pode também pensar em uma conversão (art. 170 CC/2002) em um compromisso de compra e venda válido.

⁶⁷ Art. 28 III EGBGB segunda alternativa: “contrato tiver por objeto um direito de uso de um bem imóvel”.

⁶⁸ Com observância dos requisitos da lei brasileira; cf. art. 221 III do Lei dos Registros Públicos.

⁶⁹ Pela definição do “Statutenwechsel” cf. Neuhaus, Paul Heinrich, Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts, 2ª ed., Tübingen: Mohr, 1976, p. 292. Podem ocorrer problemas p.ex. no caso de móveis, que são passados à países que não conheçam o direito real do que é carregado a coisa.

⁷⁰ BGH, 14.6.1961, Wertpapiermitteilungen (WM) 1961, p. 1054; BGH, 7.2.1986, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1986, p. 1983 e ss.

3.3. Outorga marital ou uxória

Uma situação especial se apresenta quando o vendedor é casado. No direito brasileiro é preciso do consentimento do outro cônjuge ao contrato de alienação de bens imóveis, exceto no regime da separação absoluta como estabelece o art. 1647 I CC/2002.

A resposta sobre a necessidade do consentimento no compromisso de compra e venda é controvertida.⁷¹ A jurisprudência tinha a tendência a negar a necessidade do consentimento.⁷² No nosso entender hoje não se pode mais recorrer ao art. 11 § 2 do decreto-lei n. 58 de 1937, sendo aplicável o art. 1647 CC/2002. Considerando o já mencionado, pode-se supor que a jurisprudência seguirá a tendência no âmbito desta norma. Por outro lado, pode-se ver na doutrina a opinião por um consentimento geral ao compromisso.⁷³

O direito alemão reconhece também a necessidade de um consentimento no regime da comunhão de bens (arts. 1421 e ss. BGB). O regime legal é o regime da comunhão de aqüestos. Ele necessita um consentimento segundo o § 1365 BGB⁷⁴ se o imóvel consiste no patrimônio inteiro ou quase inteiro. Além disso o *Bundesgerichtshof* (BGH) exige - no caso de um objeto singular - que o contraente tenha conhecido o fato de que o objeto (ou seja, o imóvel) representa a totalidade ou quase totalidade do patrimônio dos cônjuges.⁷⁵ Considerando a função do compromisso de compra e venda comparável ao contrato de compra e venda no direito alemão, pode-se tratar-lo como disposição no sentido do § 1365 BGB.⁷⁶

O Direito Internacional Privado alemão distingue entre efeitos gerais do casamento (*allgemeine Ehwirkungen*, Art. 14 EGBGB⁷⁷) e o regime de bens (*Güterstand*, Art. 15 BGB⁷⁸).⁷⁹ Pergunta-

⁷¹ Cf. Azevedo Jr., José Osório de, Compromisso de compra e venda, op. cit., p. 201 e ss.

⁷² Cf. STJ, 25.11.1996, RESP 37466 / RS, RT vol. 740, p. 240 e ss.; STJ, 17.2.2000, RESP 171243 / PE, RSTJ vol. 135, p. 420 e ss.

⁷³ Cf. Guimarães, Marilene Silveira, A necessidade de outorga para alienação de bens imóveis no casamento e na união estável, segundo o código civil de 2002, em: Mário Luiz Delgado, Jones Figueirêdo Alves (ed.), Questões controvertidas - novo código civil, vol. 2, São Paulo: Ed. Método, 2004, p. 283 e ss.; Venosa, Sílvio de Salvo, Direito Civil, Vol. 6 (Direito de Família), 2ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2002, p. 149.

⁷⁴ § 1365 [Verfügung über Vermögen im Ganzen]. (1) Ein Ehegatte kann sich nur mit Einwilligung des anderen Ehegatten verpflichten, über sein Vermögen im Ganzen zu verfügen. Hat er sich ohne Zustimmung des anderen Ehegatten verpflichtet, so kann er die Verpflichtung nur erfüllen, wenn der andere Ehegatte einwilligt.

Tradução: § 1365 [disposições sobre o patrimônio por inteiro]. (1) Um consorte só pode dispôr do seu inteiro patrimônio com o consentimento do outro consorte. Se ele se obrigou sem consentimento do outro, ele só pode cumprir a obrigação, se consinta o outro consorte.

⁷⁵ BGH, 26.2.1965, BGHZ vol. 43, p. 174 e ss.

⁷⁶ Jayme, Erik, Zur Anwendung des § 1365 BGB bei ausländischem Geschäftsstatut, em: Peter Gottwald, Erik Jayme, Dieter Schwab (coord.), Festschrift für Dieter Henrich, Bielefeld: Gieseking, 2000, p. 339 e s.

⁷⁷ Art. 14 [Allgemeine Ehwirkungen]. (1) Die allgemeinen Wirkungen der Ehe unterliegen 1. dem Recht des Staates, dem beide Ehegatten angehören oder während der Ehe zuletzt angehört, wenn einer von ihnen diesem Staat noch angehört, sonst dem Recht [...].

Tradução: art. 14 [efeitos (gerais) do casamento]. (1) Os efeitos (gerais) do casamento são regidos: 1. pela lei do Estado, que tinha os dois consortes em último lugar durante o matrimônio, senão pela lei [...]

⁷⁸ Art. 15 [Güterstand]. (1) Die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe unterliegen dem bei der Eheschließung für die allgemeinen Wirkungen der Ehe maßgebenden Recht. [...].

se como é qualificada a outorga marital ou uxória. A resposta interessa para determinar a necessidade do consentimento.

P.ex. se a outorga é (uniformemente) qualificada como parte do regime de bens, pode ocorrer que não é preciso do consentimento. É o caso, quando o regime de bens das partes é regido pela lei alemã e o imóvel não representa todo o patrimônio do casal.

Se qualifica diferentemente instituto da outorga (do direito alemão e brasileiro), pode ocorrer uma duplicação ou uma ausência total dos consentimentos. É necessário lembrar que o estatuto dos efeitos do casamento pode mudar no Direito Internacional Privado alemão enquanto o regime de bens é regido, em princípio, unicamente pela lei aplicável aos efeitos do casamento no momento da celebração. Pode-se imaginar um casal brasileiro que celebrou o casamento na Alemanha e mudou mais tarde para o Brasil. Por isso, uma qualificação diferente do instituto alemão e brasileiro pode resultar uma cumulação das outorgas em questão ou um suprimento total.

A doutrina alemã qualifica unanimemente a outorga segundo o § 1365 BGB sob o art. 15 EGBGB (regime de bens).⁸⁰ Ao outro lado é controvertida a qualificação no caso da outorga no direito brasileiro. *Von Bar, Mankowski*⁸¹ e *Hausmann*⁸² favorecem uma qualificação como efeito de casamento (art. 14 EGBGB) para a norma corespondente no CC/1916 (art. 235). *Henrich*⁸³ e *Jayme*⁸⁴ preferem ao contrário uma subsunção sob o art. 15 EGBGB.

Para uma qualificação como regime de bens, *Henrich* refere-se ao fato que esta regra de limitação do poder de disposição é tirada do Código Civil brasileiro antes dos parênteses das regras concernentes ao regime de bens. No nosso entender esta hipótese é confirmada no CC/2002 ao integrar o art. 1647 no subtítulo I. “do regime de bens entre os cônjuges” do título II. (do direito patrimonial).⁸⁵ Esta solução evita também os casos de cumulação ou do suprimento total dos institutos da outorga marital ou uxória já mencionados.

Tradução: art. 15 [regime de bens]. (1) Os efeitos patrimoniais do casamento são regidos pela lei que regula os efeitos (gerais) do casamento no momento da celebração do matrimônio. [...]

⁷⁹ Não existem normas especiais no sentido do Art. 3 III EGBGB.

⁸⁰ Cf. Jayme Erik, Zur Anwendung des § 1365 BGB ..., op. cit., p. 1338; Hedrich, Andreas, em: Palandt, op. cit., anot. 25 ao art. 15, p. 2533.

⁸¹ Von Bar, Egon, e Mankowski, Peter, em: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Artt.13-18, Berlin: Sellier-de Gryter, 2004, anot. 261 ao Art. 15, p. 523.

⁸² Haumann, Rainer, em: Christoph Reithmann, Dieter Martiny, p. 1869 e ss.

⁸³ Henrich, Dieter, Internationales Familienrecht, 2^a ed., Francoforte d.M.: Verlag für Standesamtswesen, 2000, p. 73 e s.

⁸⁴ Jayme, Erik, Zur Anwendung des § 1365 BGB ..., op. cit., p. 338 e s.

⁸⁵ Se difere à qualificação no DIP brasileiro, cf. Araujo, op. cit., p. 379; Dolinger, Direito Civil Internacional, vol. 1 (A Família no Direito Internacional Privado), Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 127 e ss.

4. Conclusão

Quando nacionais alemães adquirem imóveis situados no Brasil, as partes podem escolher a lei aplicável tanto para o contrato de compra e venda quanto para o contrato preliminar correspondente. Segundo a regra *lex rei sitae*, o registro e a transferência da propriedade é regido pela lei brasileira.

Se escolherem o direito alemão, surge uma facilitação quanto aos requisitos da forma, se uma das partes o fizer por uma carta ou telefonar do Brasil ou ainda enviar um e-mail por um servidor brasileiro. Este aspecto tem relevância prática especialmente no âmbito do contrato preliminar com objeto da compra e venda de imóvel regido pela lei alemã.

Se o vendedor for casado, é necessário verificar a necessidade do consentimento do outro consorte. Enquanto a lei brasileira reconhece uma limitação ao poder de disposição sobre bem imóvel (exceto no caso da separação absoluta), o direito alemão só limita este poder no regime da comunhão de bens e no regime da comunhão de aqüestos se o imóvel representar a totalidade ou quase totalidade do patrimônio do casal. No nosso entender, o instituto da outorga uxória ou marital tanto no direito alemão quanto brasileiro deveria ser qualificado como regime de bens.