

A unificação do
direito internacional privado
e a Convenção da CEE
em matéria de lei
aplicável às obrigações contratuais

C. G. J. MORSE

King's College — Londres. Tradução
da Professora ANNA MARIA VILLELA
(UnB e Instituto Rio Branco)

SUMARIO

1. *Introdução*
2. *A unificação do direito internacional privado*
 - 2.1 *Considerações gerais*
 - 2.2 *Propósito e impeto da unificação*
 - 2.2.1 *Propósito*
 - 2.2.2 *Impeto*
 - 2.3 *Conclusão*
3. *A Convenção da CEE sobre a lei aplicável às obrigações contratuais*
 - 3.1 *Antecedentes*
 - 3.2 *Escopo da Convenção*
 - 3.3 *Autonomia das partes*
 - 3.4 *Ausência de expressa escolha da lei*
 - 3.5 *Regras imperativas*
 - 3.6 *Disposições especiais*
 - 3.6.1 *Contratos de trabalho*

3.6.2 *Contratos de consumidor*

3.7 *Escopo da lei aplicável*

3.8 *Disposições gerais*

4. *Conclusões*

1. *Introdução*

As regras de direito internacional privado são um elemento crucial na estrutura de um moderno sistema jurídico. Porque é através destas regras que um sistema jurídico procura regular as relações de direito privado, que contêm significativos elementos internacionais. É conhecido o fato de que o estabelecimento e a formação destas relações se tornaram, cada dia, mais comuns, em razão da mobilidade social entre os povos das várias nações do mundo, as necessidades econômicas e a absoluta simplicidade em concluir tais relações, como resultado da moderna tecnologia. Contudo, é também igualmente conhecido que as regras de direito internacional privado não são verdadeiramente internacionais e não são uniformes entre os vários sistemas jurídicos do mundo. Conseqüentemente, soluções aos problemas de direito internacional privado podem diferir, segundo os tribunais estatais, que forem acionados. Mas, se os problemas, que tenta solucionar o direito internacional privado, são de natureza realmente internacional, não seria possível aos Estados consentir em idênticas regras de direito internacional privado, na tentativa de conseguirem soluções uniformes a tais problemas, independentemente do tribunal nacional, onde a questão é debatida? Neste artigo, propõe-se examinar algumas questões gerais do domínio da unificação do direito internacional privado e, em seguida, enfocar uma recente tentativa de unificação em matéria de contratos, contida na Convenção da CEE sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (daqui em diante citada como a convenção sobre contratos). Referir-nos-emos apenas a um aspecto do direito internacional privado, isto é, a escolha da lei aplicável, através da qual um sistema jurídico prevê regras, que procuram selecionar a jurisdição cujo direito nacional será, em última análise, aplicado pelo foro, onde o litígio se desenrola, de maneira a resolver a disputa. Por isso, não nos ocuparemos, diretamente, de dois outros aspectos do direito internacional privado, a saber, o da competência dos tribunais e o da homologação das sentenças estrangeiras.

Esta é uma versão revista de uma conferência pronunciada, entre outras, na Universidade de Brasília, em janeiro de 1980, quando Professor visitante na John Marshall Law School, em Chicago.

2. A unificação do direito internacional privado

2.1 Considerações gerais

Desde o início, deve ser enfatizado que a unificação das regras de direito internacional privado é, de algum modo, uma solução secundária para o problema da falta de uniformidade, resultante das divergências entre as regras dos vários sistemas jurídicos do mundo. A solução primeira é a unificação das regras de direito substantivo, tarefa que é, obviamente, mais difícil e menos passível de sucesso ⁽¹⁾.

Contudo, o desenvolvimento tecnológico, econômico e social trouxe dúvidas sobre a eficácia das técnicas de direito internacional privado em resolver problemas de natureza e características realmente internacionais. Assim, por exemplo, a nível internacional, o transporte aéreo é regulado pela Convenção de Varsóvia, de 1929, e modificada por posteriores convenções. O resultado destas convenções é fornecer regras uniformes de direito *substantivo* para reger os complexos problemas, que surgem do transporte aéreo internacional de pessoas e mercadorias. A existência de tais convenções adverte-nos dos limites da ciência do direito internacional privado, isto é, de um sistema que se propõe, simplesmente, a escolher uma regra jurídica *nacional* para solucionar o que é, na verdade, um problema internacional ⁽²⁾. Ainda, uma outra área de conotação realmente internacional, onde o processo de escolha da lei parece desapropriado e inadequado, é a da poluição, especialmente a responsabilidade por danos causados pela poluição, a propósito de operações de abastecimento de petróleo ⁽³⁾.

Os problemas de direito internacional privado engendrados por tais atividades são tão intrincados que é vital a necessidade de uma solução

(1) O Instituto Internacional para a unificação do direito privado, de Roma, foi criado em 1926 e teve a si confiada a tarefa de unificação do direito privado. Em 1966, a Assembléia Geral das Nações Unidas criou a Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL). A Comissão se ocupa com a progressiva unificação do direito do comércio internacional.

(2) Vide também a sugestão nos Estados Unidos no sentido de que as consequências dos desastres de avião, advindas de vôos interestaduais, dentro dos Estados Unidos (que não são regidas por estas convenções), deveriam ser reguladas por regras federais, e não por regras de conflito de leis: ler *The Case for a Federal Common Law of Aircraft Disaster Litigation: A Judicial Solution to a National Problem*, 61 N.Y.U.L. Rev. 231 (1976. V., ainda, *Khor v. Allegheny Airlines Inc.*, 504 F. ed. 400 (1974); *Cavers* (1977) I.C.L.Q. 303, pp. 731-733.

(3) V. a este respeito o *Final Act of the Intergovernmental Conference on the Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage from Offshore Operations*, 1977 Cmnd. 6791. O propósito da convenção é estabelecer "regras uniformes e processo para reger questões de responsabilidade e fornecer adequada indenização" em casos nos quais o dano é sofrido em razão de poluição por petróleo, causada pela exploração de recursos minerais do leito do mar.

verdadeiramente internacional, baseada em regras internacionalmente consentidas de direito substantivo.

A despeito desta necessidade óbvia, é provável que tais regras substantivas internacionalmente consentidas somente serão possíveis quando os interesses econômicos e políticos de todos os Estados coincidirem, na área de atividade que se propõe regulamentar. Em nível inferior, quando apenas interesses individuais estiverem em jogo, a perspectiva de sucesso de tais empreendimentos é menos encorajadora. Na Europa, grupos regionais de Estados e organizações intergovernamentais encontraram tempo para se ocupar com os problemas dos veículos automotores e as dificuldades engendradas pela distribuição internacional de produtos (4). Mas, se esta espécie de abordagem se revela mais atraente que a unificação das regras de direito internacional privado, é um fato, até o presente, incerto (5).

Conseqüentemente, assim como demonstra a própria convenção sobre contratos, há ainda muito campo deixado ao direito internacional privado e, em particular, às regras de escolha da lei.

2.2 *Propósito e ímpeto da unificação*

2.2.1 *Propósito*

Por que seria um objetivo desejável a unificação das regras sobre a lei aplicável? Uma razão já foi, brevemente, mencionada acima. As regras sobre a lei aplicável podem diferir de sistema jurídico a sistema jurídico. Conseqüentemente, pode ser possível ao autor de uma demanda escolher o foro cujas regras sobre a lei aplicável lhe são mais favoráveis, desde que tal foro seja competente relativamente ao réu. A unificação das regras sobre a lei aplicável, entre Estados, significaria que esta alegada característica indesejável do processo jurídico estaria eliminada: porque, se cada sistema adotasse regras idênticas de seleção, cada relação jurídica "seria submetida a um determinado sistema jurídico nacional, qualquer que fosse o tribunal que a tivesse de considerar" (6).

O desejo de evitar o *forum-shopping* é freqüentemente o objetivo enfatizado do direito internacional privado. Se a unificação das regras

(4) Conselho da Europa: *European Convention on Compulsory Insurance Against Civil Liability in Respect of Motor Vehicles*, 1969; *European Convention on Civil Liability for Damage Caused by Motor Vehicles*, 1973; *European Convention on Products Liability in Regard to Personal Injury and Death*, 1977. European Economic Community: *Draft EEC Directive on Products Liability: Proposal for a Council Directive relating to the Approximation of the Laws, Regulations and Administrative Provisions of Member States concerning Liability for Defective Products*, 1976.

(5) Embora parecesse ser mais prática uma proposta no campo do direito comercial, mais que, por exemplo, no do direito de família.

(6) DAVID, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. II, Ch. 5, p. 37. Este volume contém uma excelente discussão sobre a unificação do direito, inclusive das regras de direito internacional privado.

sobre a escolha das leis fosse atingível em determinada esfera de relações jurídicas, sua incidência seria ainda mais reduzida.

A afirmativa de que a falta de uniformidade entre as regras sobre a lei aplicável nos diferentes sistemas jurídicos encoraja o *forum-shopping* não foi aceita sem controvérsia (7). De qualquer maneira, parece que a prevalência de *forum-shopping* não pode ser provada ou infirmada empiricamente. Tudo o que pode ser dito com alguma certeza é que, se ele é um fenômeno comum, o *forum-shopping* será reduzido pela unificação das regras sobre a escolha das leis. Além disso, o objetivo paralelo da uniformidade de resultados, independentemente do país onde o caso é julgado, dependerá da extensão geográfica do trabalho de unificação e, naturalmente, da medida em que as regras unificadas receberão consistente aplicação pelos tribunais das nações, que as adotarem. Finalmente, é evidente utopia acreditar que a completa uniformidade dos resultados será sempre conseguida através da unificação das regras sobre a lei aplicável, em razão do impacto que podem ter sobre o resultado do litígio várias regras de direito interno e instituições relacionadas ao processo e à geral administração da justiça (8).

Um outro propósito que a unificação das regras sobre a lei aplicável deveria ter (embora nem sempre reconhecido) é a reforma (ou pelo menos a obtenção de uma maior perfeição) das regras existentes nos Estados que participam deste exercício. Uma recíproca fertilização de regras e princípios entre Estados da comunidade internacional foi sempre evidente em direito internacional privado (9), e o método comparativo que é inevitavelmente implicado na negociação de uma convenção fornece um útil terreno de ensaio para novas soluções, pelo menos quando estas soluções se dirigem a problemas comuns aos vários Estados participantes. Por outro lado, o processo de obtenção da uniformidade pode, em si mesmo, constituir o maior obstáculo à unificação do direito internacional privado. A unificação bem sucedida envolve negociação e compromisso. Quando tais negociação e compromisso são procurados por Estados possuidores de diferentes tradições jurídicas, o compromisso resultante pode não satisfazer a algum ou a nenhum. O sucesso da operação pode depender da medida do consentimento, sobre a relevante área do direito internacional privado, já existente entre os Estados. Inversamente, Estados podem concordar em que suas regras são defeituosas, e não ser capazes de entrarem num acordo quanto às regras apropriadas para substituí-las. Este problema é particularmente

(7) V., por exemplo, COLLINS (1976) 26 I.C.L.Q. 35, p. 36.

(8) Como exemplos, v. VON MEHREN e TRAUTMAN, *The Law of Multistate Problems* (1965), pp. 615-625.

(9) O trabalho influenciador de JOSEPH STORY, que se ateve fortemente ao estudo comparativo, foi um precoce exemplo deste fenômeno. Quanto à influência de STORY na América Latina, v. VALLADAO, 3 Am. J. Comp. L. 27 (1954). Há também provas de que o pensamento americano, em matéria de lei aplicável à responsabilidade civil delituosa, está tendo alguma influência na Europa: v. MORSE, *Torts in Private International Law* (1978), pp. 278-311.

complicado quando as regras existentes se encontram num estado de fluxo ou sofrendo rápida evolução, como, por exemplo, as regras sobre a lei aplicável em matéria de ilícitos civis, tanto no que diz respeito à *common law* (especialmente nos Estados Unidos), quanto nos sistemas de *civil law* ⁽¹⁰⁾. Embora o desejo de reforma possa ser grande em tais circunstâncias, o desejo de unificação pode ser fraco, pela simples razão de que é impossível prever os verdadeiros efeitos da regra unificada num tempo de rápidas mudanças jurídicas. Os Estados ficam relutantes em aderir a uma regra unificada em tais circunstâncias, temerosos que esta regra “congele” ⁽¹¹⁾ o direito num estado insatisfatório.

Segue-se, em consequência, que a prematura unificação fundada em regras que podem se mostrar insatisfatórias recolherá sérias dúvidas sobre a natureza mesma e o processo de unificação do direito internacional privado. A estabilização do direito, que pode ser conseguida pela unificação, só deveria ser procurada quando os reais problemas são manifestos. A mais prejudicial acusação às tentativas de unificação é a produção de convenções que não são adotadas na prática por uma significativa quantidade de Estados que participaram do exercício. A unificação prematura aumentará, provavelmente, o número de tais convenções.

2.2.2 *Impeto*

Impeto em vista da unificação do direito internacional privado pode existir, pelo menos, em dois diferentes níveis. O primeiro e talvez mais abstrato nível envolve a percepção pelos Estados de que as regras unificadas são desejáveis e/ou necessárias. O segundo nível envolve grupos de Estados (algumas vezes por propósitos diferentes) que olham a unificação das regras de direito internacional privado como sendo de alguma maneira relevante para a obtenção destes propósitos. Por exemplo, a criação da Comunidade Económica Européia foi acelerada por motivos económicos, fiscais e, possivelmente, políticos ⁽¹²⁾. Mesmo assim, ela também determinou o ímpeto para o mais remoto objetivo da unificação do direito internacional privado dos vários Estados-Membros ⁽¹³⁾. Ocasionalmente, ímpeto para tal tarefa é fornecido mais diretamente por órgãos cujo objetivo específico é a unificação do direito internacional privado. Talvez o mais eminente órgão desta natureza seja a Con-

(10) V., geralmente, MORSE, *op. cit.*, supra, nº 9.

(11) NADELMANN, *Conflict of Laws: International and Interstate, Selected Essays* (1972), pp. 92-93; 24 *Ab. J. Comp. L.* 1 (1976).

(12) Os seis membros originários da Comunidade eram: Bélgica, França, Alemanha Ocidental, Itália, Luxemburgo e Holanda. Em 1972, Dinamarca, República da Irlanda e Reino Unido tornaram-se membros.

(13) V. *infra*, sobre o trabalho da CEE. Outro grupo de Estados, a União Pan-Americana, mais tarde a Organização dos Estados Americanos, também se preocupou com a unificação das regras de direito internacional privado e produziu o famoso Código Bustamante, em 1928.

ferência de Direito Internacional Privado de Haia, um órgão intergovernamental cujo objetivo é “trabalhar em vista da progressiva unificação do direito internacional privado” (14).

Cada uma destas diferentes espécies de organização compõe-se de países cujas regras de direito internacional privado variam em maior ou menor escala. Mais importante ainda, tais grupos freqüentemente incluem Estados cujos sistemas jurídicos diferem em graus variáveis. Algumas vezes tais diferenças podem ser explicadas em termos de divisão entre países de *common law* e *civil law*. Mas este nem sempre é o caso. Por exemplo, a diferença de enfoque entre Inglaterra e Estados Unidos relativamente aos problemas de Direito Internacional Privado, tanto na teoria quanto na prática, é considerável a despeito da suposta comum tradição histórica destes dois países de *common law*. E isto se deve, talvez, em grande parte, ao fato de que a abordagem americana a este nosso assunto desenvolveu-se num contexto interestadual, e não internacional: as considerações relevantes quanto aos problemas de conflito de leis nestes dois casos não são idênticas. Conseqüentemente, enquanto a criação de um mecanismo institucional apropriado para a unificação do direito internacional privado alcança considerável ímpeto a este declarado propósito, a criação de tais órgãos é o mais fácil degrau do processo considerado como um todo. Porque o êxito culminante do exercício de unificação só será atingido quando, ou talvez se, diferenças fundamentais no pensamento jurídico e na cultura forem superadas ou, pelo menos, acomodadas.

2.3 Conclusão

As observações precedentes não tiveram por escopo denegrir as várias tentativas que, até o presente, se fizeram para unificar as regras de direito internacional privado. A Conferência de Haia, por exemplo, deu uma importante contribuição desde a sua criação, em 1893, e, particularmente, desde que seu Estatuto Permanente entrou em vigor, em 1955. De fato, um notável pensador descreveu seu trabalho, desde o final da Segunda Guerra Mundial como um “brilhante sucesso” (15). Talvez tal descrição seja exagerada, pelo menos no que diz respeito a um *common lawyer*. Além disso, mesmo no âmbito da Comunidade Econômica Européia, não parece existir nenhuma convenção de Haia da qual todos os nove Estados-Membros da CEE sejam partes. Esta é talvez a razão pela qual a CEE se preparou para entrar na arena da unificação, embora numa escala menos extensiva do que a Conferência de Haia. A realização, *inter alia*, da convenção sobre contratos fornece

(14) Estatuto da Conferência de Haia para o Direito Internacional Privado, 1955, art. 1. Para discussão do trabalho da Conferência, v. VAN HOOOSTRATEN (1963), 12 I.C.L.Q. 148; *Conflict of Laws: International and Interstate, Selected Essays*, por KURT H. NADELMANN (1972), pp. 98-139; NADELMANN (1972), 19 *Nederlands Tijdschrift voor International Recht* 107.

(15) NADELMANN, 24 *Am. J. Comp. L.* 1 (1976).

um exemplo específico das dificuldades implicadas na unificação das regras de direito internacional privado, em geral e em particular, quando o exercício envolve Estados de diferentes tradições jurídicas. Igualmente, ela fornece uma indicação de que tal exercício pode revestir-se de êxito. Finalmente, ela dá, como será mostrado, uma visão de algumas das limitações inerentes à unificação do direito internacional privado.

3. A Convenção da CEE sobre a lei aplicável às obrigações contratuais

3.1 Antecedentes

A convenção sobre contratos começou a ter vida como um anteprojeto de convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais e não contratuais (16). Este anteprojeto foi completado por um grupo de juristas originários dos seis países, anteriormente membros da Comunidade Européia. Quando se deu a extensão da CEE, pela acessão da Dinamarca, da República da Irlanda e do Reino Unido, juristas destes novos Estados se juntaram ao grupo com o objetivo de produzirem um projeto revisto.

O anteprojeto era visto como uma tentativa para se conseguir previsibilidade e uniformidade numa área em que tais qualidades faltavam, enquanto que, ao mesmo tempo, seria um mecanismo para desencorajar o *forum-shopping*. Neste sentido, o propósito do anteprojeto era reforçar a anterior convenção da CEE sobre competência e homologação de sentenças em matéria civil e comercial, de 27 de setembro de 1968 (17). Esta convenção estabeleceu regras uniformes sobre competência dos tribunais e homologação de sentenças nos Estados-Membros, mas, deixando em aberto a questão da lei aplicável, não contém antídoto completo ao *forum-shopping*. Porque o Estado no qual a ação é processada pode ainda influenciar o resultado de uma disputa, na medida em que suas regras de direito internacional privado sejam mais favoráveis a um autor que aquelas que prevalecem em outros Estados-Membros. Uma convenção sobre a lei aplicável pareceu, por isso, um natural complemento à convenção sobre competência e homologação de sentenças.

Em 1978, houve acordo no sentido de que a convenção deveria se limitar à lei aplicável às obrigações contratuais. As provisões sobre obrigações não contratuais, contidas no anteprojeto, eram, no mínimo, insatisfatórias sob o ponto de vista tanto formal quanto substancial (18).

(16) Texto no 21 Am. J. Comp. L. 587 (1973) [Para comentários sobre o projeto, v.: Lipstein (ed.), *Harmonization of Private International Law by the E.E.C.* (1978), pp. 1-90; Lando, Von Hoffman and Siehr (eds.), *European Private International Law of Obligations* (1975).]

(17) Negociada e concluída pelos seis membros originários, conforme o artigo 220 do Tratado de Roma, que instituiu a CEE. Esta convenção foi depois "adaptada", a partir da entrada da Dinamarca, da República de Irlanda e do Reino Unido. V. Cmnd. 7395 (1978).

(18) Para a crítica, v.: Karsten in Lipstein (ed.), *Harmonization of Private International Law by the E.E.C.*, 51; MORSE, *ibid.*, 83; MORSE, *op. cit.*, supra, nº 9, pp. 326-336.

Conseqüentemente, ficou decidido que os trabalhos sobre obrigações não contratuais deveriam ser adiados até que a convenção sobre contratos se completasse. Em junho de 1980 o texto final da convenção foi submetido às assinaturas em Roma. Até a presente data a convenção sobre contratos foi assinada por todos os Estados-Membros, exceto a Dinamarca e o Reino Unido.

O texto final da convenção é um produto de acordo entre países de *common law* e de tradições romanistas. Neste sentido, pois, a convenção é um testemunho em favor da proposição de que, a despeito das diferenças de cultura e pensamento jurídicos, os Estados podem, contudo, entrar num acordo a respeito de regras uniformes. Por outro lado, as divergências iniciais entre as regras de direito internacional privado, em matéria de contratos, nos Estados-Membros eram, provavelmente, menos marcantes do que em outras áreas, notadamente a dos ilícitos civis. Talvez este terreno comum, originariamente, tenha tornado mais fácil o acordo final. Além disso, no que diz respeito à Inglaterra, a adoção da convenção envolveria pequenas alterações no direito existente. O cínico, talvez, diria que esta é uma outra razão pela qual era possível alcançar um acordo. De qualquer modo, estes fatores não deveriam ser subestimados ao enfatizar a convenção como um documento, que testemunha fortemente da possibilidade de unificação das regras de direito internacional privado entre países de diferentes famílias jurídicas.

3.2 *Escopo da convenção*

O esquema da convenção é fornecer regras sobre a lei aplicável às obrigações contratuais "em qualquer situação, que envolva a escolha entre leis de diferentes países" (19). Assim, as regras da convenção se aplicam sempre que o problema da lei aplicável surgir no contrato, e mesmo quando a lei tida por aplicável é aquela de um país outro que não seja membro da CEE (20). Deste modo, quando em vigor, a convenção substituirá, totalmente, as regras gerais sobre a lei aplicável em matéria de contratos que presentemente vigem nos Estados-Membros.

Contudo, o escopo da convenção não é tão amplo quanto suas disposições gerais poderiam induzir, desde que o artigo 1 (2) exclui um certo número de questões contratuais de seu âmbito. As mais importantes destas são as obrigações contratuais relativas a testamentos, sucessão e propriedade familiar, muitas questões de direito de família, obrigações provenientes de títulos de crédito, a validade da arbitragem e dos foros de eleição, questões de direito societário e relativas a *trusts*, assim como certos aspectos relativos à representação e matérias de provas e processo. Ao mesmo tempo, a convenção estabelece disposições especiais relativas a contratos de seguro. Porque, embora se aplicando

(19) Artigo 1 (1).

(20) Artigo 2.

a contratos de resseguro, não se aplica a contratos ordinários de seguro, que cubram riscos situados no território dos Estados-Membros.

A razão da exclusão destas matérias não é difícil de encontrar-se.

As sucessões e as questões de direito de família levantam delicados problemas de política social, que não podem ser convenientemente resolvidos naquilo que é, essencialmente, uma convenção sobre contratos mercantis. É talvez por uma razão similar que a convenção, salvo uma exceção, não contém regra uniforme sobre a lei aplicável em matéria de capacidade contratual. *Trusts* são excluídos porque são uma criação da *common law*, sem exata correspondência no Continente, enquanto que os títulos de crédito originam complexas e requintadas questões, que são de solução inapropriada por regras sobre lei aplicável, dirigidas aos contratos, em geral, estando mesmo, de algum modo, já submetidas a uma legislação internacional⁽²¹⁾. Os Estados-Membros estão cuidando, aprofundadamente, das regras sobre a lei aplicável à arbitragem e os acordos relativos aos foros de eleição, enquanto algumas "diretivas" relativas aos seguros estão sendo também negociadas presentemente, com probabilidade de que regras especiais sobre a lei aplicável serão obtidas para seguros de riscos situados no âmbito da CEE. Igualmente, o direito societário está submetido a estudos separados na Comunidade, e, assim, é melhor deixá-lo fora do contexto de uma convenção geral sobre a lei aplicável em matéria de contratos.

3.3 *Autonomia das partes*

A maior força da convenção está na criação de regras uniformes e gerais sobre a lei aplicável para todas as questões contratuais, não excluídas por suas disposições.

Os sistemas europeus de direito internacional privado aceitam amplamente o direito das partes de escolherem a lei aplicável aos contratos. De fato, foi sugerido que este princípio da "autonomia das partes" é tão amplamente aceito nos contratos internacionais que "pertence à essência comum a todos os sistemas jurídicos"⁽²²⁾.

Onde diferenças teóricas e práticas existam entre os países europeus, estas tendem a girar em torno dos limites apropriados a serem dados à autonomia das partes, sem infirmar a existência do princípio em si mesmo. Não é por isso surpreendente que a convenção sobre contratos aceite a livre escolha da lei como um princípio geral. Assim, o artigo 3 (1) estipula:

"Um contrato será regido pela lei escolhida pelas partes.
A escolha deve ser expressa ou demonstrável com razoável

(21) Convenção de Genebra, de 7 de junho de 1930, sobre a solução de certos conflitos de leis relativamente a letras de câmbio e notas promissórias; Convenção de Genebra, de 19 de março de 1931, sobre solução de certos conflitos de leis em matéria de cheques.

(22) LANDO, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. III, capítulo 24, p. 3.

certeza pelos termos do contrato ou as circunstâncias do caso.

Por sua escolha as partes podem seleccionar a lei aplicável a todo o contrato, ou somente a parte dele."

Em virtude desta disposição, a escolha da lei deve ser ou expressa ou dedutível, com razoável certeza, dos termos do contrato ou das circunstâncias do caso. A última abordagem parece requerer uma verdadeira escolha e, teoricamente, pelo menos, não contemplaria uma escolha da lei implícita ou inferida. Contudo, na medida em que a convenção requer que a escolha seja demonstrada pelos termos do contrato ou as circunstâncias do caso, parece que estes fatores relevantes quanto a tal demonstração são bastante parecidos com aqueles dos quais os tribunais, frequentemente, inferem ou deduzem uma escolha da lei: tais fatores ⁽²³⁾ incluiriam uma forma particular, estandardizada de contrato; o curso de negócios entre as partes ou o fato de que o contrato contém ou não uma cláusula arbitral. Neste artigo, por isso, parece haver uma confirmação de muita coisa, que já existe na prática dos Estados-Membros, que aceitam a escolha expressa ⁽²⁴⁾ (embora com limitações), e a escolha implícita ⁽²⁵⁾ da lei aplicável.

Permitir às partes a escolha da lei aplicável é, obviamente, facilitar as relações comerciais internacionais ⁽²⁶⁾. As partes são através disso capazes de escolher ⁽²⁷⁾ um direito apropriado ao contexto comercial de seu contrato ou que, de alguma maneira, lhe é conveniente. Na verdade, o artigo 3 (1) chega até a permitir às partes aplicar a lei escolhida a todo o contrato, ou apenas a parte dele, através disso permitindo a multiplicidade ou *dépeçage*. A liberdade é, além disso, estendida de maneira a permitir que a escolha seja feita tanto ao tempo do contrato quanto em momento posterior, embora, e não é de se surpreender, qualquer modificação ulterior seja insuscetível de prejudicar direitos de terceiros. Sob o ponto de vista prático, a Convenção parece reconhecer que os homens de negócio, que geralmente agem sob con-

(23) Quanto aos fatores seguintes e outros relevantes, v. os exemplos ingleses, CHESHIRE e NORTH, *Private International Law* (10ª ed.), pp. 203-206.

(24) Por exemplo, Inglaterra: *Vita Foods Products Inc. v. Unus Shipping Co.* (1939) A.C. 377. França: Cass. Civ. 5-12-1910, S. 1911. 1.129. Bélgica: Cour de Cassation 24-2-1938 (1938) Rev. crit. d.i.p. 661. Holanda: Hoge Raad. 13-5-1966 (1968) *Nederland Tijdschrift voor International Recht* 38. LANDO relata que o princípio existe na Alemanha, Suíça e Escandinávia: LANDO, *op. cit. supra*, nº 22, pp. 23-24, 28-30.

(25) Por exemplo, Inglaterra, CHESHIRE e NORTH, *op. cit.*, pp. 203-206. V. também LANDO, *op. cit.*, pp. 46-48, para uma visão rápida.

(26) Aceito como tal pelos comentadores socialistas. V. LUNZ (1965), 1 Hague Recueil 5.

(27) A lei aplicável para determinar a validade da escolha da lei aplicável é a lei escolhida quando do contrato: artigo 8. Observe-se que a parte pode-se referir à lei de sua residência habitual para demonstrar a falta de consentimento de sua parte. Isto resolve o problema que pode surgir se o silêncio se presume como aceitação no país do vendedor, mas não no do comprador. O comprador pode-se apoiar na sua falta de consentimento, segundo o direito do país de sua residência habitual.

selho de advogados, são os melhores juizes de seus próprios interesses: o princípio da livre escolha da lei permite-lhes utilizar o sistema jurídico mais apropriado a estes interesses comerciais.

Sob um ponto de vista mais teórico, contudo, a livre escolha da lei, no plano jurídico internacional, é uma emanção da liberdade de contratar, do domínio jurídico interno. Neste último contexto, a liberdade de contratar está sendo, gradualmente, reduzida através de regras de direito interno, que procuram proteger importantes interesses sociais ou econômicos. A característica geral de tais regras é que operam por si mesmas, e não podem ser derogadas pelo contrato. Se a escolha livre fosse absoluta, as partes poderiam ser capazes de evadir a tais regras por uma conveniente seleção da lei aplicável. Conseqüentemente, no artigo 3 (3), a convenção procura reduzir a possibilidade de tal conduta dispondo que, quando, a não ser apenas pela escolha, todos os elementos do contrato estão conectados com o país A, a escolha da lei do país B não pode prejudicar a aplicação das "regras imperativas" do país A. Tais regras são definidas como impassíveis de derrogação pelo contrato.

Na trilha da obtenção desta política, a convenção contém disposições especiais limitadoras da liberdade de escolha, em contratos de "consumidor" e de trabalho, porque as considerações de ordem social, que circundam tais contratos, requerem uma tal limitação. Estas disposições especiais serão consideradas abaixo.

3.4 Ausência de expressa escolha da lei

Um contrato não conterà sempre uma expressa ou implícita escolha da lei. Logo, onde tal escolha não estiver presente, a lei aplicável deve ser aquela do país com o qual o contrato está mais intimamente ligado⁽²⁸⁾. Adotando tal atitude, a convenção, novamente, espelha algumas das atuais tendências dos direitos positivos dos Estados-Membros⁽²⁹⁾. Na anterior prática de alguns desses Estados encontramos que a lei com a qual o contrato é mais intimamente conectado é aplicada pelo motivo de que aquele é o sistema de direito pelo qual as partes, presumivelmente, pretenderam regular o contrato⁽³⁰⁾.

Contudo, tal intenção presumida era, em última análise, vista como uma ficção e os tribunais decidiam, na realidade, sobre a lei aplicável, segundo critérios puramente objetivos. Da mesma maneira, a convenção não faz alusão à presumida intenção das partes.

Como, então, poderá ser identificada a lei com a qual o contrato está mais intimamente conectado? Na Inglaterra, por exemplo, a prática

(28) Artigo 4(1). "Dépeçage" é novamente permitida.

(29) V., por exemplo, BREDIN, *Conflict of Laws in Contract Matters in the European Economic Community*, 1963, Clunet 938, para uma rápida visão. Quanto ao direito inglês, v. *The Assunzione* (1954), p. 150.

(30) Inglaterra: *In Re Missouri Steamship Co.* (1890), L.R. 42 Ch. D. 32. DICEY, *The Conflict of Laws* (1896), p. 670. BREDIN, *op. cit.*

corrente requer que o tribunal examine uma ampla variedade de circunstâncias, as principais delas sendo “o lugar da celebração do contrato, o lugar da execução, o lugar de residência ou a sede dos negócios das partes, respectivamente, e a natureza e o objeto do contrato” (81). Esta espécie de enfoque envolve um patente elemento de incerteza na descoberta da lei aplicável. Por outro lado, uma rígida abordagem ao problema seria improdutiva, desde que a flexibilidade seria sacrificada. Como modo de formulação de uma *via media*, entre soluções incertas e rígidas, a convenção adota um interessante esquema. Há um certo número de presunções que se aplicam para determinar a lei com a qual o contrato está mais intimamente conectado, a não ser que se evidencie, pelas circunstâncias, que o contrato está mais intimamente ligado a um outro país (82).

Assim, segundo o artigo 4 (3), um contrato cujo objeto é a propriedade imóvel presume-se mais intimamente conectado com o país onde se situa a propriedade. Contratos de transporte de mercadorias e de fretamento para uma única viagem e outros contratos cujo principal objetivo é o transporte de bens (83) presumem-se mais intimamente conectados com o país que é, ao mesmo tempo, a principal sede dos negócios do transportador e o lugar do embarque ou do desembarque ou a principal sede dos negócios do consignante. A principal presunção é, contudo, encontrável no artigo 4 (2), sendo talvez esta a mais inovadora característica da convenção.

Pelo artigo 4 (2), em todos os contratos que não os relativos a imóveis e transporte de mercadorias há uma presunção de que o contrato está mais intimamente conectado com o país onde tem sua residência habitual a pessoa que efetuará “a prestação característica” do contrato, ou, em casos de pessoas jurídicas, no lugar de sua administração central. Por outro lado, se o contrato foi celebrado no âmbito do comércio ou da profissão da parte que efetuará a prestação característica, a lei aplicável é aquela do país da sede do principal estabelecimento da parte ou a do lugar dos negócios através do qual, segundo os termos do contrato, a prestação será efetuada.

O conceito de prestação característica, como circunstância de conexão, não é um daqueles que refletem claramente o direito de algum dos Estados-Membros. Na verdade, a doutrina a seu respeito foi mais amplamente desenvolvida na Suíça (84). Foi dito que o conceito identifica o país “em cujo âmbito sócio-jurídico o contrato mais se situa (85). Declarações deste tipo servem para ilustrar a incerteza da doutrina. Esta será uma doutrina que criará dificuldades particulares ao *common*

(31) *Re United Railways of the Havana and Regla Warehouse Ltd.* (1960), Ch. 52, p. 91.

(32) Esta disposição aparece no artigo 4(5).

(33) Artigo 4(4).

(34) V. Vischer in Lipstein (ed.), *Harmonization of Private International Law by the EEC* (1978), p. 25.

(35) *Ibid.*, p. 27.

lawyer, tendo em vista que a referida doutrina está fortemente baseada no hábito romanista continental de classificar os contratos em tipos: seguro, empréstimo etc., de modo a determinar a prestação característica ⁽³⁶⁾. Talvez alguma elucidação sobre este esotérico conceito surja do relatório explicativo que acompanhará a convenção. Esta indica, por exemplo, que num contrato bilateral o pagamento de dinheiro não deve ser tido como prestação característica do contrato, mas antes é o fornecimento de bens e serviços, tais como seguro ou empréstimo, que forma o objeto do contrato ⁽³⁷⁾.

Embora a noção geral de que o sistema jurídico a ser aplicado na ausência de uma escolha expressa é o do país com o qual o contrato tem sua mais íntima vinculação vá determinar pequena alteração na prática corrente, o uso de presunções envolve alguma inovação ⁽³⁸⁾. Na verdade, as presunções caíram de moda no direito inglês ⁽³⁹⁾. Contudo, o uso de presunções provavelmente fará com que os tribunais mantenham a mesma lei aplicável a um contrato, como segundo o direito atual, embora talvez por razões ligeiramente diferentes. E, de qualquer maneira, as presunções serão sempre banidas se as circunstâncias evidenciam que o contrato está mais profundamente vinculado a um outro país. O efeito nítido da convenção estará, então, provavelmente, em substancial acordo com o direito existente, quanto ao problema.

3.5 Regras imperativas

Já nos referimos a tais regras no contexto do artigo 3 (3) da convenção. Foram, então, definidas como regras que não poderiam ser derogadas pelo contrato. O artigo 7 faz mais ampla referência a tais regras, do modo seguinte:

(1) Na aplicação, segundo a presente convenção, da lei de um outro país, devem ser observadas as regras imperativas do direito de um outro país com o qual a situação tem uma íntima conexão, se e na medida em que, segundo o direito deste último país, tais regras devessem ser aplicadas qualquer que seja a lei aplicável ao contrato. Ao considerar-se a eventual aplicação destas regras imperativas, deve-se levar em conta a sua natureza e propósito, assim como as conseqüências de sua aplicação ou não.

(36) Para uma crítica sobre a noção geral, v. OLIVEIRA, 25 Am. J. Comp. L. 303 (1977).

(37) Quanto a um exemplo de tentativa de definição da prestação característica, no contexto dos contratos especiais, v. artigo 12 da lei sobre direito internacional privado da Alemanha Oriental, de 1975; texto no 25 Am. J. Comp. L. 354 (1977).

(38) Há alguma prova de que as presunções têm algum papel no direito alemão: v. DROBNIG, *American-German Private International Law* (1972), p. 238.

(39) Presunções foram oferecidas, nas oito primeiras edições da obra líder inglesa em matéria de conflitos de leis, por DICEY e os editores subsequentes. Presunções foram criticadas por todos os três membros da Court of Appeal, em *Coast Lines Ltd. v. Hudig and Veder Chartering N.V.* (1972), 2 Q.B. 34, pp. 44, 47, 50. V. também DICEY e MORRIS, *The Conflict of Laws*, 9ª edição, p. 743; CHESHIRE e NORTH, *op. cit.*, pp. 210-217.

(2) Nada nesta convenção poderá restringir a aplicação das regras de direito do *forum*, numa situação em que são imperativas, independentemente do direito, de outro modo, aplicável ao contrato.

O artigo 7 (2) é incontroversível. Ele preserva, simplesmente, o poder que tem o *forum* de aplicar suas regras imperativas, independentemente do direito que, do contrário, seria aplicável ao contrato. Esta disposição representa, provavelmente, o direito positivo dos Estados-Membros (40). Contudo, o artigo 7 (1) é, pelo menos, mais discutível. Porque, segundo este artigo, devem ser observadas as regras imperativas de *qualquer* país com o qual a situação tenha uma conexão significativa, mesmo quando este direito não é o do *forum*, a lei validamente escolhida ou a lei que seria aplicável na ausência de escolha. A aplicação de tais regras é discricionária, e, ao decidir-se por aplicá-las, o tribunal deve ter em conta a sua natureza e propósito, assim como as conseqüências de sua aplicação ou não.

O artigo 7 introduz um evidente elemento de incerteza nas regras sobre a lei aplicável da convenção. Ele opera, assim, como uma clara limitação da certeza contemplada pela liberdade das partes ao escolherem a lei apropriada. Porque a aplicação de tais regras é discricionária e deverá haver alguma dúvida quanto ao tipo preciso de regra, que está incluído no conceito de regras imperativas, a despeito da definição geral contida no artigo 3 (3) (41).

Parece, porém, mais provável que tais regras cairão em duas categorias, isto é, tanto as regras que visam proteger a parte mais fraca num contrato quanto as regras que objetivam promover certas políticas do Estado que as promulga e que se fundamentam em considerações de natureza social, econômica ou política.

As dúvidas engendradas pela incerteza inerente ao artigo 7 (1) são tão consideráveis que um poder de opor reservas a respeito foi introduzido na convenção (com a conseqüência de que um Estado-Membro pode excluir o artigo 7 (1) ao implementar a convenção).

Porque, enquanto pode ser verdade que a prática existente (42) nos Estados-Membros fornece a prova de que regras imperativas estão sendo usadas da maneira imaginada pelo artigo 7 (1), a amplitude de seus efeitos pode torná-la inaceitável.

3.6 Disposições especiais

A estrutura clássica do direito contratual interno, pelo menos nos países de *common law*, resultou na criação e formulação de regras

(40) Por exemplo, na Inglaterra, *Boissevain v. Weil* (1950), A.C. 327.

(41) Para uma discussão, v. HARTLEY (1979), E. L. Rev. 236.

(42) Por exemplo, Inglaterra, no contexto da ilegalidade, *Regazzoni v. Sethia* (1958), A.C. 301; *Unfair Contract Terms Act* (1977), Section 27(2). Holanda, *The Ainati* (1967), 56 Rev. Crit. d.i.p. 522.

gerais aplicáveis a todos os tipos de contrato. Contudo, esta coerência e uniformidade está sendo rompida, o que não é de surpreender à luz do fato de que as diferentes espécies de contrato estão envoltas por diferentes considerações políticas. Assim, agora é comum encontrar regras especiais, por exemplo, sobre contratos "de consumidor" e de trabalho, que envolvem uma ruptura com as regras gerais tradicionais do direito contratual, esta ruptura se justificando por considerações de ordem política julgadas relevantes quanto a tais contratos.

Este fenômeno repercutiu no plano dos conflitos de leis, e, em razão disso, a convenção tenta levar em consideração o fato construindo regras especiais para os dois tipos de contrato, em particular.

3.6.1 *Contratos de trabalho*

O artigo 6 estipula que, na ausência de uma escolha da lei, um contrato de trabalho será regulado pela lei do país onde o trabalhador habitualmente exerce sua ocupação, conforme o contrato.

Se tal lugar não existe, então o contrato será governado pelo direito do país onde o negócio a que ele serve se localiza. Contudo, em ambos os casos, a lei de um outro país poderá se aplicar se se evidenciar que o contrato está mais intimamente ligado com aquele país. Além disso, enquanto as partes são livres para escolherem a lei aplicável, esta escolha não pode privar o empregado da proteção das regras imperativas do direito que teria sido aplicável, em ausência de escolha.

Neste artigo constata-se que a convenção usa regras sobre a lei aplicável de maneira a conseguir a proteção do trabalhador, que é também a principal característica das regras internas especiais relativas ao contrato de trabalho existentes nos direitos de vários países europeus.

3.6.2 *Contratos de consumidor*

Os contratos de consumidor (com algumas exceções) são também objeto de regulamentação especial, no artigo 5 da convenção. A liberdade de escolha da lei para reger tais contratos é limitada, porque se prevê que esta escolha não prejudicará as regras imperativas do país da residência habitual do consumidor se duas condições estão presentes. Primeiramente, o contrato deve ter sido precedido de uma oferta específica, dirigida ao consumidor, ou através de anúncios; em segundo lugar, o consumidor deve ter tomado no país de sua residência habitual todas as providências necessárias para concluir o contrato.

Alternativamente, se não há escolha e o contrato satisfaz às condições supramencionadas, ou duas outras condições, relativamente menores, enunciadas no artigo 5 (2), a lei aplicável é a do país da residência habitual do consumidor.

Estas disposições procuram robustecer, através de regras sobre a lei aplicável, a proteção concedida ao consumidor pelo direito interno. Mas deve ser notado que elas são relativamente estreitas, com a consequência de que o artigo 5 aplicar-se-á apenas a pequena proporção dos contratos internacionais celebrados por consumidores dos Estados-Membros.

3.7 *Escopo da lei aplicável*

O artigo 10 enuncia algumas das questões que serão regidas pela lei aplicável, embora também deva ser notado que ele não exclui do abrigo desta lei questões não mencionadas em suas disposições.

A lei aplicável regerá a interpretação e a execução do contrato e os vários meios de extinção das obrigações.

Além disso, o artigo contém duas características novas para o direito inglês. Primeiramente, a lei aplicável regerá a prescrição e a decadência das ações, em contraste com o atual direito inglês, onde a prática generalizada é classificar tais matérias como processuais e submetê-las à *lex fori* (43). Segundo, a lei aplicável também governará, dentro dos limites dos poderes conferidos ao juiz por sua própria lei processual, as consequências da inexecução do contrato, "inclusive a liquidação dos danos, na medida em que sejam regidos por regras jurídicas". Esta é uma mudança bem-vinda no direito inglês, que, até então, tivera uma abordagem indiscriminada em matéria de danos, classificando muitas das questões surgidas deste contexto como processuais e, como tal, dependentes da *lex fori* (44).

3.8 *Disposições gerais*

Há ainda muita coisa importante na convenção, inclusive questões sobre lei aplicável em matéria de cessões, sub-rogação e ônus da prova, assim como uma variedade de artigos de ordem processual e formal, relativos a emendas etc. Talvez dois pontos mereçam menção mais pormenorizada. Primeiro, a exclusão pelo artigo 15 da doutrina do retorno. Assim, uma referência à lei aplicável envolverá referência apenas ao direito interno daquele sistema. Segundo, no artigo 16 encontramos uma reserva quanto à teoria da ordem pública, através da qual existe um supremo poder do *forum* para recusar a aplicação da lei indicada, segundo a convenção, se o fato de assim fazer representar manifesta ofensa à ordem pública.

4. *Conclusões*

Foi sugerido, anteriormente, neste artigo, que algumas lições poderiam ser extraídas, em matéria de unificação do direito internacional

(43) CHESHIRE e NORTH, *op. cit.*, pp. 695-698

(44) *Ibid.*, pp. 707-713.

privado, da convenção da CEE sobre contratos, e poderia ser útil dar-lhes ênfase, como conclusão.

Primeiramente, alegou-se que o exercício de unificação poderia ser ameaçado de dificuldades particulares. Sem dúvida, existiram dificuldades na conclusão da Convenção sobre Contratos, como revela a comparação de seu texto definitivo com o anteprojeto. Mesmo sua forma final não fornece um regime jurídico com o qual todos os membros estejam satisfeitos, como ilustra o poder para excluir o artigo 7 (1). Há fundadas dúvidas quanto ao mérito deste artigo. Mais que isso, mesmo se não houvesse dúvidas quanto ao mérito de outras disposições da convenção, muito dependerá da uniforme interpretação que estas disposições possam receber nos Estados-Membros. Não é sem interesse, no particular, o fato de que outras negociações estão sendo feitas, entre os Estados-Membros, sobre a possibilidade de um protocolo adicional à convenção concedendo competência relativamente à sua interpretação à Corte de Justiça Européia, de Luxemburgo.

Por outro lado, a convenção é uma prova considerável da possibilidade de realização do exercício de unificação, mesmo quando os que nele estão comprometidos fazem parte dos sistemas de *common law* e *civil law*. Da mesma maneira, ainda, a convenção fornece uma visão sobre as limitações inerentes à unificação do direito internacional privado, em inúmeros pontos. Primeiro, vimos que há uma boa dose de fundo comum entre as regras existentes, em matéria de lei aplicável aos contratos, nos vários Estados-Membros. Conseqüentemente, os abismos a serem superados pela convenção eram relativamente pequenos. Segundo, mudanças nítidas quanto ao direito vigente, ocasionadas pelas disposições da convenção, são relativamente poucas. As duas mais controvertidas questões para o *common lawyer* são os conceitos de prestação característica e regras imperativas. Mesmo assim, o primeiro destes conceitos, provavelmente, acabará por produzir os mesmos resultados das regras inglesas vigentes, embora através de um modo de raciocínio ligeiramente diferente. E enquanto este conceito não tem raízes firmes nos Estados-Membros continentais, há vestígios dele na prática dos tribunais. O conceito de regras imperativas é, como uma generalidade, novo, mas consta de maneira mais limitada do direito existente. Contudo, as dúvidas que circundam o artigo 7 (1) servem de admoestação.

O quadro geral que emerge é que a unificação coroada de êxito é provavelmente atingível quando, desde o início, os direitos dos Estados interessados forem geralmente similares e resultar pequena a diferença entre as regras unificadas e o direito preexistente.

Esta é talvez, vista pelo seu lado melhor, uma conclusão neutra, e, pelo pior, uma conclusão negativa. Ainda assim, é, contudo, possível oferecer uma justificativa positiva à Convenção sobre Contratos, a saber, a aceitação de regras uniformes em matéria de lei aplicável e, particularmente, o princípio da livre escolha da lei com o mínimo de restrições, entre os Estados-Membros da Comunidade Econômica Européia.