

# AUTONOMIA DA VONTADE NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. CONTRATOS E TRANSAÇÕES INTERNACIONAIS

HAROLDO VALLADÃO

SUMÁRIO: I. Autonomia da vontade e Contrato Internacional. II. Assunto multissecular: das origens do DIPr., Sécs. XII a XIV, Bartolo, contrato com estranhos, "aliquem forensem", leis do lugar do contrato e Séc. XVI, Dumoulin, autonomia da Vontade. III. Lançamento e consagração do princípio, Sécs. XVII, XVIII, grande ênfase, Séc. XIX, reação violenta, princípios do Séc. XX e posição contemporânea de plena restauração, condenados os excessos. IV. Direito Brasileiro: correspondente, Freitas, Esboço, arts. 32 c/30, Introd. Cód. Civ., art. 13, jurisprudência STF, mantida vigência L. I., art. 9.º, § 2.º, Cód. Civ., art. 42, súmula 335, Anteproj. L. Geral Aplicação Normas Jurídicas, arts. 6.º, 19, § 8.º e arts. 36, 50, § 1.º, 66, § 1.º, letra a. V. Fundamento e importância do princípio da autonomia da vontade, acima de ordens jurídicas positivas. VI. O poder jurígeno dos seres humanos — As fontes jurídicas voluntárias, convencionais — O art. 6.º, alínea 2.ª do Anteproj. L. Geral e jurisprudência do STF — O limite à autonomia da vontade: a ordem pública. VII. O funcionamento da Lei da autonomia — Métodos — Direto: formulação dos textos — Indireto: designação de lei e tribunal — Matéria contenciosa — Conjunção. VIII. Ausência de escolha da lei — Recurso a outros elementos de conexão — O lugar do contrato, sua conceituação, conflitos. IX. Capacidade dos contratantes e forma do ato — Fuga da "dépeçage", do dilaceramento contratual — Marcha para unificação com a lei da substância do contrato. X. Presunções e exceção. XI. Nascimento e evolução de um direito uniforme internacional — Sua precariedade. XII. A solução de normas materiais uniformes para o contrato internacional — Uma *lex mercatoria*? — Tentativa malograda... XIII. Fracasso nas Convenções uniformes sobre Venda Internacional, da Haia (1955 e 1964, poucas ratificações, 1972 e 1974) — "Imbroglío" (professores, Nadelman, Harvard e F. Rigaux, Louvain): confusão. XIV. Contrato interno e Contrato internacional — Conceituação clássica. XV. Conclusão.

I. Cabe-me dissertar sobre *Contratos e Transações Internacionais*.

É tema que tenho versado largamente em minha obra de *DIPr.*, vol. I<sup>4</sup> 1974, Cap. XXX, vol. II<sup>2</sup>, 1977, Cap. LVI e vol. III (final), 1978, Cap. LXI, e em estudos monográficos, pareceres, artigos, relatórios, conferências e debates, anteprojetos de leis (em

especial no da Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas, reforma da Lei de Introdução do Código Civil) e Convenções (ver H. VALLADÃO, *Estudos de DIPr.*, 1947, e Bibliografia atualizada no livro *Material de Classe de DIPr.*, 10.<sup>a</sup> ed., 1979, págs. 413 e segs.).

O contrato internacional tem conotação genérica e apresenta problemática fundamental.

O contrato é a base multissecular nas obrigações voluntárias (ressalve-se, modernamente, também, a obrigação por declaração unilateral de vontade) civis e comerciais, hoje econômicas, e atualmente expandiu-se, em aparência gritante, *internacional*.

II. O assunto é central e básico e vem *das origens do DIPr.*, versado há quase nove séculos.

Estudava-se a lei reguladora do “contrato com estranhos” à cidade, e aplicava-se a do lugar do contrato, Séculos XII (final) e XIII, *Faventinus, Balduinus, Jacobus de Arena, Dinus*, e XIV, *Cinus de Pistoia, Albericus de Rosate* (de ONCLIN, *De Territor. vel Person, legis indole...*, 1938; obra-prima sobre as doutrinas estatutárias).

Afinal vem o grande consolidador, BARTOLUS DE SASSOFERRATO (1314-1357) que, após reger a forma do contrato pela lei do mesmo e a forma do processo pela lei do lugar do juízo (*lex fori*), estabeleceu: a) acerca das dúvidas que surgem do próprio contrato, no tempo em que é feito, *rege a lei do lugar do contrato onde é feito*, e não a do lugar da execução (*in Codicem Justiniani Commentaria*, trad. portuguesa de H. VALLADÃO e discípulos, 1938, §§ 15 e 16 (Folheto pág. 11, e Rev. Fac. Nac. Dir., 4/73) e b) quanto a questões que surgem “ex post facto”, da negligência ou mora na execução, ou esta é fixada em determinado lugar, ou, na alternativa, em vários lugares, de modo a se proceder a uma escolha para a execução; ou mesmo em lugar indeterminado, porque a promessa foi feita sem condição. Na primeira hipótese, regula o costume do lugar onde a execução é fixada; na segunda e terceira hipóteses, o do lugar em que o pagamento é demandado, porque a negligência ou mora ocorreu nesse lugar.

Note-se aí a *duplicidade do regime*, do próprio contrato ou da execução, que *virá renascer nas doutrinas* e textos do século XIX até hoje, distinguindo: *substância e efeitos das obrigações*, “lex contractus” e *modalidades da execução*, “lex solutionis” (*idem*, §§ 15 e 17).

E na doutrina passou a seus numerosos discípulos, nos séculos seguintes. Mas ANGELUS ARETINUS (1451) e sobretudo ROCHUS CURTIUS (*post* 1515) justificaram a regra de BARTOLO não pela lei "Si fundus" mas porque agindo num certo local "*censetur tacite contraxisse secundum consuetudinem loci*", isto é, pela *vontade tácita*, abrindo o caminho para outra regra famosa (VALLADÃO, DIPr., II<sup>2</sup>, pág. 183).

Foi a da autonomia da vontade que CARLOS DUMOULIN (*Carolus Molinaeus*, 1500-1566) continuador da escola italiana na França, iria personalizar. Distinguiu ela as disposições que dependem da vontade das partes, "quae pendent a voluntate partium" ou que por estas podem ser alteradas, "vel per eas immutari possunt", ensinando, em fórmula admirável, que devem ser atendidas as manifestações da vontade, expressa ou tácita, das quais uma é o estatuto do lugar em que foi feito o contrato; outras, os domicílios antigos ou recentes dos contraentes e circunstâncias semelhantes (VALLADÃO, DIPr., I<sup>4</sup>, Cap. XXX, e ONCLIN, 46, LAINÉ, Int., I, 205 e 228 e segs., e CALEB, "Le Principe de l'Autonomie de la Volonté en DIP", 132-141).

III. Estava lançado o princípio da *autonomia da vontade*, vitorioso e consolidado nos séculos seguintes, XVII e XVIII, na própria doutrina holandesa com HUBER (*Conflito de Leis*, Rio, 1951, trad. do Seminário de DIP) e os VOET (*Jeanprêtre*, R., cit., 16 e segs.).

Teve sua grande ênfase no individualista século XIX, nas *decisões dos principais países* e com STORY (seguindo HUBER), § 232 (*lex loci contractus*) e § 280 (*lex solutionis*), se estipulada, expressa ou tacitamente, conforme a intenção das partes. E prosseguiu em muitas leis; no Brasil, desde FREITAS, *Esboço*, art. 1965, 1.º, Introd. Cód. Civil, art. 13.

SAVIGNY adotou para reger as obrigações a lei do local da execução, onde ela tinha eficácia, e que era escolhida pela *submissão voluntária* dos interessados, § 382, e MANCINI dava ênfase suprema ao princípio da autonomia, incluindo as obrigações no *direito privado voluntário* (VALLADÃO, DIPr., I<sup>4</sup>, págs. 348/9).

Assim consagrado doutrinariamente, meado o século XIX, vemos a seguir no direito comparado e convenções internacionais principalmente da Europa e da América, a *evolução do princípio da autonomia da vontade nos contratos*, na seguinte linha: consagração e exagero condenável no século XIX, reação violenta no século XX e *posição contemporânea de plena restauração*, mas sem excessos, com referência à doutrina e a todas as mais recen-

tes leis, inclusive da Rússia, Tcheco-Eslováquia, Polônia e dos EEUU, *Restatement Second*, § 322 (2), da Espanha 1973, novo Título Preliminar, art. 10, n.º 5, da República Democrática Alemã, Lei de Aplicação do Direito, 1975, art. 12, da Áustria, Lei de DIP, 1978, § 35 (1) (ver H. VALLADÃO, DIPr., I<sup>4</sup>, págs. 351/353; II<sup>2</sup>, págs. 184/7, com toda essa evolução, longa, atualizada e minuciosamente desenvolvida).

Adite-se o último Projeto francês (novo art. 2.313, para o Cód. Civil) e a Resolução do Institut de Droit International, Zagreb, 3/IX/71, sobre Conflitos de Leis em Matéria de Direito do Trabalho, reforçando extraordinariamente o princípio da autonomia da vontade, ao estabelecer no art. 5.º que a lei explícita ou implicitamente escolhida pelas partes aplica-se para excluir as leis antes indicadas para regular os contratos de trabalho (do emprego), isto é, as leis do lugar em que o trabalho deve ser executado.

A admissão geral e firme do princípio da autonomia da vontade, que expusemos e apresentamos, está confirmada no direito comparado e no direito internacional, qual se vê na obra magnífica, "*Le Contrat Économique International — Stabilité et Évolution*", Bruxelas-Paris, Bruylant-Pedone, 1975, através de trabalhos de ilustres especialistas europeus, da Europa do Oeste e do Leste, em particular dos Estados do Mercado Comum europeu e dos Estados socialistas.

IV. No direito brasileiro, o princípio da autonomia da vontade nos contratos foi sempre uma constante, segundo demonstramos em profundo estudo histórico, legislativo e doutrinário, a princípio no livro, *Estudos de DIPr.*, págs. 208/221, 290/304, etc., na RT 136/26 e segs., na Rev. Direito, 19/118 e segs., e, atualmente, na obra *DIPr.*, I<sup>4</sup>, págs. 353/4 e II<sup>2</sup>, págs. 185/186.

Demonstramos que no Brasil sempre vigoraram e vigoram para as obrigações por declaração de vontade as três regras clássicas, de DUMOULIN (a) e dúplice de BARTOLO (b e c); a) da autonomia da vontade; b) do lugar do contrato; c) do lugar da execução (Reg. 737, de 1850, arts. 5.º e 4.º; Intr. 13, L. I. 9; Cód. Bustamante, 166 e 170, e doutrina e jurisprudência). Por tudo isso vamos encontrá-las no Anteproj. L. Geral, arts. 50 a 52.

Começemos pelo princípio da autonomia da vontade, que consolidamos ali inicialmente no art. 19, § 8.º, do Anteproj. L. Geral (Cód., art. 20): "a fixação de domicílio especial para subordinar a uma lei (emenda do autor) certo e determinado negócio estabelece-se, mediante manifestação de vontade, expressa ou tácita,

nos casos em que for admitida a autonomia dos interessados, sem abuso de direito (art. 11) ou ofensa à ordem pública (arts. 12 e 79)". E, especificamente para o nosso presente estudo, o art. 50; "A substância e os efeitos das obrigações oriundas de declaração da vontade regem-se, salvo estipulação em contrário, segundo a lei do lugar em que forem contraídas" (Textos mantidos, Cód. 20 e 51).

*Insistiremos mais uma vez no princípio da autonomia da vontade*, para não se dizer, simplisticamente, que, apesar de secular vigência no direito brasileiro (já estava no Reg. 737 de 1850, em FREITAS, Esboço, art. 32, e todos os Projetos e na Introdução, artigo 8.º, *fine*, e 13) teria desaparecido porque a ele não se referira, categoricamente, o art. 9.º, *caput*, da Lei de Introdução.

A mesma Lei de Introdução adotou, *básica e amplamente*, o princípio da lei domiciliar e da residência, arts. 7.º e §§, 8.º, § 2.º, 10 e §§, 12. E na doutrina e na prática do domicílio há uma forma de domicílio universal e tradicional, inclusive no Brasil, o *domicílio especial*, a eleição de domicílio *para fins legislativos*: a *lei do contrato*, escolha da lei competente para o negócio e, *para fins processuais* o *foro do contrato*, escolha do Juiz competente para a causa. Sintetizou-o, com sua perfeição habitual, o insigne TEIXEIRA DE FREITAS: "O *domicílio especial* será o que as partes elegerem por contrato em relação a certo e determinado negócio, para um ou outro dos efeitos do art. 30, nos casos e pela forma que se determinar na legislação deste código sobre contratos" (Esb. 32). No art. 30 previram-se os *fins legislativos*, arts. 4.º, n.º 1, e arts. 26, 27, 28, etc. e os *fins processuais*, art. 4.º, n.º 3, e textos sobre a competência judicial.

E o Código Civil, no art. 42, reproduziu na forma tradicional, *da eleição de domicílio, a eleição do foro ou da lei no contrato*, dispondo: "Nos contratos escritos poderão os contraentes especificar domicílio onde se exercitem e cumpram os direitos e obrigações dele resultantes". Apenas a fórmula de eleição mudou. Outrora dizia-se: as partes "elegem domicílio no Rio de Janeiro ou no Brasil para os pleitos ou para os direitos e obrigações oriundas deste contrato"; hoje diz-se: "as partes escolhem o juízo do Rio de Janeiro ou a lei do Brasil para os processos ou para os direitos e obrigações deste contrato".

Aliás o princípio da autonomia da vontade está, ainda no § 2.º do art. 9.º, no emprego ali do verbo "reputa-se", sinônimo de "presume-se". De fato, as fórmulas, "presume-se", "reputa-se", equivalentes a "julga-se", "supõe-se", "pretende-se", "entende-se", *cobrem sempre o princípio da autonomia da vontade*, abrindo a

tradicional ressalva, “salvo estipulação em contrário” ou “em falta de vontade expressa ou tácita”. Havendo tal escolha expressa ou tácita, não predomina a lei da residência do proponente, substituída pela eleita pelas partes. Aliás o preceito, quais vários outros da L.I. foi copiado do Código Bustamante que dispôs no seu artigo 185, mas só para o contrato de adesão: “Fora das regras já estabelecidas e das que no futuro se consignem para os casos especiais, nos contratos de adesão presume-se aceita, na falta de vontade expressa ou tácita, a lei de quem os oferece ou prepara” (ver H. VALLADÃO, DIPr., vol. II<sup>2</sup>, págs. 189/90).

Há a considerar decisivamente, no assunto, a jurisprudência brasileira.

O Código de Processo Civil de 1939, ao disciplinar a competência judicial, *não previu* (art. 133) o *foro de eleição*, o *foro do contrato*, admitido há mais de um século em nossos Códigos e Leis processuais. Mas a jurisprudência, a princípio dos tribunais estaduais, de Minas Gerais (caso *leader*, da Companhia Brasil de Grandes Hotéis, contra o Estado de Minas Gerais, Revista Forense, vol. 85, 109, acórdão de 21/X/1940) e de São Paulo (Revista Forense, vol. 85, 365) e afinal do Supremo Tribunal Federal (acórdãos de 1943 e de 1950, Revista Forense, vol. 99/66 e Arquivo Judiciário, vol. 95/235) *crystalizou-se pacificamente no sentido de permanência do foro do contrato, pois uma norma universal e tradicional do nosso direito, o domicílio especial, não poderia desaparecer senão através de um texto positivo e claro*, suprimindo-a (vide o trabalho e o acórdão do nosso *Chief Justice*, Ministro OROSIMBO NONATO, em Revista Forense, vols. 85/517, e 88/66, e, ultimamente, a lição do Prof. JOSÉ FREDERICO MARQUES, Instituições de Processo Civil, vol. I, n.º 222, pág. 337, *princípio*).

E essa jurisprudência, em especial a do Supremo Tribunal Federal, reconheceu a eleição de domicílio, o foro do contrato, também na ordem internacional, para um foro estrangeiro, por exemplo, para o foro da Holanda, admitida aí a autonomia das partes, embora não prevista, expressamente, no art. 12 da Lei de Introdução (Ac. do antigo *Chief Justice*, Ministro JOSÉ LINHARES, no Rec. Extr. 14.328, Arq. Jud., vol. 95, pág. 285). E ali passou à Súmula n.º 335.

Igualmente a não referência do art. 9.º, *caput*, da Lei de Introd., à autonomia da vontade, à *eleição da lei*, à lei do contrato, secular no Brasil (ver H. VALLADÃO, Estudos de DIPr., 1947, 292/3, e DIPr., 3.ª ed., 1972, 352/4 e 370/1) não significou a sua eliminação, a supressão do domicílio especial para escolha da lei competente em determinado negócio. Segundo decidiu o Supremo

Tribunal Federal, em acórdão do saudoso Ministro PHILADELPHO DE AZEVEDO, princípios básicos de nosso direito não podem desaparecer por *sua simples omissão num código ou numa lei* (ac. em Diário da Justiça, Apenso 135, 12/VI/1945, pág. 2.550/1). Aceitam, também, a eleição do domicílio, em comentários à L.I., TENÓRIO, art. 9.º, para as leis imperativas e facultativas, e OS ESPÍNOLAS, citados, só para as facultativas.<sup>1</sup>

V. Consideremos, agora, a fundamental base e a suma importância do princípio da autonomia da vontade em qualquer ordem jurídica, local ou extralocal, pública ou privada, interna ou internacional. É princípio universal.

A vontade humana é *aespacial*, não se limita a uma cidade, a um Estado ou província, a uma nação, Estado-membro da Comunidade Internacional, às próprias Comunidades Internacionais, e transcende, assim, às categorias jurídicas formais e clássicas.

Constitui emanção direta do segundo direito humano, o da *liberdade* (o primeiro — temos dito — é o direito à vida), e está, por isto, no Capítulo máximo de nossa Constituição, na Declaração de Direitos, onde se assegura “*a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, a liberdade...*”, de 1967, art. 150 (idem, *ibidem* na Emenda Constitucional n.º 1, 1969, art. 153).

E se reitera, especialmente, no § 2.º: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

O Código Napoleão, em texto ainda em vigor, proclamou que os *contratos* legalmente formados têm força de lei para todos que os fizeram, art. 1.134. Noutros Estados o princípio é o mesmo, ainda que não formulado tão fortemente.

Um exemplo, no direito brasileiro, de consagração da autonomia, em matéria sempre do respectivo domínio, a do regime de

---

1 A “*professio legis*” da antiguidade aos nossos dias sempre abrangeu a lei escolhida, na íntegra, em suas normas cogentes ou supletivas. Ainda atualmente veja-se o art. 22 da Lei Federal (norma intercantonal adotada também no plano internacional) suíça de 1891, já citado, permitindo à vontade individual escolher a lei reguladora da sucessão em geral e, pois, abrangendo disposições imperativas: reserva hereditária e outras. Considerem-se disposições das Concordatas e do direito interno da Itália permitindo a escolha entre o casamento civil e o canônico, e, pois, eleger entre normas imperativas de um ou de outro (Fedozzi, loc. cit.), e mais relevante, ainda, as de Portugal autorizando a escolha entre o casamento católico, regido pelo direito canônico e o civil, disciplinado pelo Cód. é leis civis portuguesas, **que autorizam o divórcio**, ficando, assim, afinal, a **dissolubilidade do vínculo conjugal na dependência de uma prévia manifestação da vontade individual**, de anterior escolha dos nubentes” (DIPr., vol. II 2., pág. 351).

bens entre os cônjuges, encontra-se no art. 256 do Código Civil: "É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular quanto aos seus bens, o *que lhes aprouver*" (ver, a respeito, parecer de H. VALLADÃO, e acórdão do STF, no Rec. Extr. 86.787, RS, julgado em 20.10.1978; ementa longa, fundamentada, publicada no D. J. da União de 4.5.1979, pág. 3.520).

Os nubentes, nos próprios contratos internos, de dois brasileiros, feitos no Brasil, sobre bens aqui situados, podem escolher no contrato, p. ex., o sistema de "los ganaciales" da lei uruguaia, copiando os respectivos textos ou escolhendo diretamente a lei uruguaia, salvo a ordem pública do Brasil, L.I., art. 17.

E, de fato, em um contrato podem e devem ser disciplinados todos os aspectos de um negócio, bi ou plurilateral, interno ou internacional, dos atos preliminares aos finais, das *propostas à execução*.

Ficam para as leis estatais apenas a capacidade dos contratantes, a forma do respectivo instrumento.

Os denominados "*substância e efeitos* das obrigações contratuais" dependem estritamente da vontade dos indivíduos, acima de quaisquer disposições legais vigentes, salvo ofensa a ordem pública de uma ordem jurídica estatal que, porventura (caso raro), os venha executar...

VI. Esse *poder jurígeno* que têm os seres humanos, torna a sua vontade notável fonte jurídica, e representa manifestação de um valor supremo e eterno, a *liberdade*.

Expressa-se no quadro geral das fontes do direito, nas chamadas *fontes convencionais*, verdadeiras leis *particulares* ou *privadas*, *expressando o direito voluntário*, provindo da autonomia da vontade, aparecem em acordos *internacionais*, seja de Estados (tratados e convenções), seja de associações, empresas, indivíduos (contratos) ou *internos*, no âmbito de cada Estado, das mesmas ou semelhantes organizações e pessoas físicas (contratos).

Através desses acordos criam-se e desenvolvem-se, além das normas superestatais e estatais, outras normas jurídicas bi ou plurilaterais, aplicadas cotidianamente, a reger numerosas e importantíssimas atividades internacionais e internas, *v. g.*, em matéria religiosa (o larguíssimo direito das Igrejas e demais confissões), científica, literária, artística, *esportiva* (das empresas, dos contratos de adesão, das câmaras de comércio, na compra e venda, nos transportes, seguros, na arbitragem, etc.).

Por essa *forma voluntária, expressa* nos acordos, *tácita* nos usos e costumes, *dá-se uma produção jurídica espontânea*, direta,



dos interessados, dos grupos, do povo, fora e além do Estado, fontes estas que o direito internacional e o direito interno, através de suas autoridades e tribunais, *não desconhecem mas acolhem*, reconhecendo-lhes caráter jurídico, e também, às vezes, *repelem*, quando constituem perigo social, contrariando a ordem pública. (H. VALLADÃO, DIPr., I<sup>4</sup>, págs. 91/92).

Por tudo isto, incluí no Anteproj. Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas, no artigo 6.<sup>o</sup>, 2.<sup>a</sup> alínea, entre as fontes a que devem recorrer juízes e autoridades, nos casos omissos: "... as normas estabelecidas pelos indivíduos e pelas pessoas jurídicas em atos, contratos, convenções coletivas, estatutos, regimentos, que não ofendam a ordem pública (art. 12 desta lei)".

Aliás, o Supremo Tribunal Federal, em jurisprudência uniforme, tem, em Recursos Extraordinários, defendido e aplicado leis particulares, oriundas da autonomia da vontade, p. ex., estatutos de simples associações nas lutas entre os respectivos membros.

Assim, da Igreja Católica, o Código Canônico, no RE 5.342 (célebre caso do Recolhimento dos Perdões, na Bahia), publicado no Arquivo Judiciário, v. 67/286 e segs.

E, ainda, da Maçonaria, Constituição Maçônica, RE n.<sup>o</sup> 26.490, D. Just. 3.10.1957, pág. 12.040 e RE n.<sup>o</sup> 45.004, D. Just. 23.8.1962, em que funcionamos como advogado *em defesa das disposições dos respectivos Estatutos*, Memoriais, Rio, 1954 e 1960.

Os *limites da autonomia da vontade* encontram-se na cláusula genérica, em todos os sistemas jurídicos, de *não ofensa à ordem pública*, no Brasil, L.I., art. 17, Anteproj. L. Geral, art. 12 (ordem pública interna) e art. 179 (ordem pública internacional).

Alguns autores, porém, *estatizantes*, pretendem ampliar a exceção, restringindo a autonomia às leis facultativas.

É um equívoco: escolhida uma lei pelos contratantes, aplica-se a mesma lei em suas disposições cogentes e voluntárias, imperativas e facultativas.<sup>2</sup>

E assim serão observadas todas suas disposições.

A lei de ordem pública é excepcionalíssima e representa um grau máximo de cogência.

Ela só funciona quando cláusulas de um contrato são levadas, em caso de discordância radical, contenciosamente, a um órgão estatal, autoridades ou tribunal, solicitando execução coativa (ver o trabalho dos juristas romenos, TRAJAN IONASCO e ION NESTOR, "The Limits of Party Autonomy I", que concluem pelo vigor, mes-

---

<sup>2</sup> Ver nota 1, anterior.

mo nos regimes socialistas e comunistas, do princípio da autonomia da vontade, e que a reserva da ordem pública na matéria, das obrigações de comércio internacional é, ali, muito rara).

VII. O funcionamento da lei da autonomia comporta *vários métodos*. Pode ser *direto*, quando os contratantes formulam eles próprios as cláusulas do seu acordo, ou *indireto* se escolhem, designam, uma lei sobre a espécie, e, ainda, *conjunto*, quando empregam o primeiro método e, prevendo lacunas, completam-no com o segundo. *Nos contratos internos ou internacionais*.

Na prática é comum o método conjunto.

A formulação de normas reguladoras do negócio no próprio contrato depende, naturalmente, das várias espécies de contrato, apresentando maior ou menor extensão.

Mas podem ocorrer lacunas. Um dos casos mais comuns era a hipótese de futuros desacordos, no cumprimento do contrato, seja parcial, seja amplamente, inadimplemento total.

Nos tempos atuais, porém, notam-se nos contratos cláusulas de composição amigável, com previsão de reuniões e entendimentos dos interessados, num mútuo auxílio para que o negócio prosiga, venha a se completar, realize-se e não fracasse. Prevê-se, mesmo, a escolha amigável de árbitros, comerciantes e juristas experimentados. Procura-se permanecer no domínio da autonomia.

E, afinal, recorre-se a uma solução, de preferência no mesmo ambiente negocial, a da arbitragem *comercial*, com a designação de conhecidos órgãos internacionais para a matéria, a Chambre de Commerce, a American Arbitration Association, a London Court of Arbitration, e as de todos os Estados do Leste (ver “Le Contrat Économique International”, cit.) e das regras processuais respectivas, e com o acatamento e o cumprimento, ainda amigável, das decisões.

Mas pode persistir o impasse. E apela-se para o método *indireto*. Um contratante sai do ambiente profissional e quer, ou tem de, recorrer a órgãos judiciais estatais para a resolução do dissídio ou a execução do julgado arbitral.

Entramos no funcionamento da autonomia pelo método *indireto*, os contratantes elegem, para reger o contrato, uma lei, e para decidir, um órgão, *estatais*.

As vezes os dois métodos se conjugam. Contém o contrato normas ou textos dos contratantes, completados por cláusulas de eleição de lei e de foro.

VIII. Pode acontecer num contrato que os participantes não tenham utilizado a lei da autonomia da vontade, nas formas antes explicitadas, direta e indiretamente, ficando um vácuo jurídico.

Mas, segundo já escrevemos, *Jus abhorret a vacuo*, não é possível deixar o contrato desregulado juridicamente (H. VALLADÃO, *História do Direito...*, pág. 108).

Recorrem-se no DIPr. a diferentes leis, baseadas em outros elementos de conexão, a leis do lugar do contrato, ou, na falta, do lugar da execução, ou da nacionalidade, do domicílio ou da residência dos contratantes.<sup>3</sup>

Acerca do lugar do contrato ou da constituição da obrigação (L.I., art. 9.º), o problema básico é o de sua conceituação.

O assunto tem sido amplamente debatido e sobre o direito comparado e a doutrina, atualizados, solicitamos ler o que escrevemos em DIPr., II<sup>2</sup>, 1977, págs. 189/190.

Segundo acentuamos, preferimos seguir para os conflitos de leis sobre a conceituação do elemento de conexão, *lugar do contrato* ou do ato, os princípios seguidos para semelhantes conflitos, positivos ou negativos, quanto a outros elementos de conexão, nacionalidade, domicílio e, assim, nos §§ 4.º e 5.º, do art. 5.º do Anteproj. Lei Geral (Cód., art. 51) *estabelecemos a localização do contrato no Brasil se assim o determina a lei brasileira, e se divergem as respectivas leis estrangeiras determinamos a aplicação de outras leis, subsidiárias*, residência habitual, domicílio ou nacionalidade comuns dos interessados ou lugar da execução; e, por fim, *as mais favoráveis* à plenitude da intenção dos interessados, na forma de FREITAS, arts. 1.936, § 2.º, e 1.965, § 3.º; também estas leis subsidiárias se aplicam no caso de impossibilidade de localizar o contrato no Brasil ou no estrangeiro.

IX. Nos contratos, a matéria concernente à *capacidade (de agir e de fato) dos contratantes e a forma extrínseca do ato, têm sido reguladas pelas gerais de DIPr., em tais matérias.*

---

<sup>3</sup> É moda falar-se, agora, para a regência dos contratos em falta de eleição da lei, **na lei que tem o mais significativo relacionamento** (expressão apriorística, chave absoluta para todos os conflitos) com o negócio e as partes, ver Rest. Sec. § 188, indicando sucessivamente, o lugar do contrato, o lugar da sua negociação, o lugar da execução, a localização do objeto do contrato, o domicílio, residência ou nacionalidade... SAVIGNY não estava longe com "o direito mais adequado à própria e essencial natureza da relação", "ao qual ela pertence, onde tem sua sede" (DIP, I<sup>4</sup>, p. 123). Resolver todos os conflitos com tais palavras, deixando-os ao Juiz, é a anarquia completa no DIP. KAHN FREUND chegou a excluir, "words words, words", Revue, 1973/614 (H. VALLADÃO, II<sup>2</sup>, 1977, p. 191).

Temos, porém, defendido a aplicação aí, também, da lei reguladora da substância e efeitos do contrato.

Procuramos evitar o preocupante problema da tão condenada “dépeçage” do contrato, do seu “despedaçamento ou dilaceramento”. Defende-se a sua unidade (H. VALLADÃO, em estudo de profundidade sobre a regra “*locus regit formam actus*”, II<sup>2</sup>, páginas 23/31).

Assim, no Anteproj. L. Geral, estabelecemos no art. 29: “A forma extrínseca dos atos públicos ou particulares rege-se segundo a lei do lugar em que se praticarem, se não foi observada *quer a forma da lei reguladora da substância do ato*, quer a da lei da nacionalidade ou do domicílio do declarante (emenda do autor, ou da residência habitual) ou, comum, dos contratantes”.

Na mesma ordem de idéias, formulamos naquela Lei Geral, quanto à capacidade de agir, no art. 27, este § 1.º: “Não será nulo o ato de direito das obrigações realizado no Brasil, se o agente for capaz pela lei brasileira”.

E defendemos sua ampliação na tradição brasileira, invocando direito comparado recente, leis e convenções, como uma aplicação do princípio do *favor negotii* (II<sup>2</sup>, 19/20).

Concluí: “A exposição acima mostra séria tendência, mesmo nos países da Europa Continental e da América Latina, de aplicar para a *capacidade* nos atos patrimoniais *inter vivos*, particularmente nos contratos, a lei do lugar do ato ou do contrato ou disciplinadora deste, a “proper law of contract”, já vitoriosa no direito dos Estados Unidos (RABEL, I, 192) e em franca ascensão na Inglaterra (*Dacey Morris*, Regra 139, *Cheshire*, 1961, pág. 231, *Graveson*, 1960, pág. 202, etc.) e sugerida pelo próprio “Institut de Droit International”, embora com certas restrições, na Reunião de Cambridge, de 31.7.1931” (II<sup>2</sup>, págs. 20/1).

Concluindo: tudo no contrato, *capacidade, forma extrínseca, substância e efeitos*, por uma só lei, a da autonomia, em falta, a do lugar do contrato, ressalvada sempre a ordem pública.

X. Aditem-se no DIPr. *presunções* em favor de certas leis. Já consideramos a do art. 9.º, § 2.º da L.I.<sup>4</sup> E as tradicionais, consolidadas no Anteproj. L. Geral, art. 50, §§ 2.º e 3.º, da lei brasileira para obrigações contraídas entre brasileiros, e para contratos realizados nos Consulados do Brasil.

E no § 6.º, uma *exceção* clássica, da lei brasileira para os contratos relativos a imóveis situados no Brasil.

---

<sup>4</sup> Ver, antes, n.º IV.

XI. Uma diretriz, quase centenária, iniciada com Jitta, em 1890, após as primeiras Convenções, *de normas únicas ou uniformes* em certas matérias, p. ex., a do transporte ferroviário, preconizava que esse deveria ser o regime adotado nas relações e contratos internacionais. Afirmava-se que eles têm um caráter autônomo, próprio, que não se amolda a normas do direito interno deste ou daquele Estado, mandado aplicar pelas regras de DIPr., de conflitos.

Destarte o contrato internacional escaparia aos sistemas de DIPr. vigentes, passando ao novo regime das Convenções especiais, uniformes, de transportes, de venda comercial, etc.

Mas a experiência do direito uniforme internacional tem sido um malogro. Compreende *apenas certos assuntos*, atinge somente grupos pequenos de Estados, restringe-se, tecnicamente, à formulação legislativa (tratados, leis uniformes...) de certos e limitados preceitos.

Não é geral e completo no seu objeto nem universal quanto aos diversos grupos sociais, nem amplo na técnica, para abranger, como seria necessário, a unidade de interpretação através de *um só tribunal supremo*.

Uma uniformização restrita e precária é que tem vingado em nossos dias, *quer entre Estados-membros de Federações*, Estados Unidos com os "Uniforms Acts", sobre "Negotiable Instruments", "Sales", "Bills of Lading", etc., Canadá com textos uniformes nas províncias de origem inglesa sobre seguros de vida e de fogo, e legitimação, *quer internacionalmente*, de Estados de um mesmo grupo regional, da Escandinávia, da Benelux, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, das Américas, ou de Estados com interesses comuns em convenções a propósito de correspondência postal, telegráfica, e radiotelegráfica, de transportes ferroviários, de Berna, de propriedade industrial de Paris, dos direitos de autor, de direito marítimo, de Bruxelas, de navegação aérea, de Paris, Havana, Varsóvia, Roma e Chicago, de circulação de automóveis, de Paris, de letras de câmbio e cheque, do direito do trabalho, etc.

Nessas Convenções a uniformidade não é total, pois muitos países não as ratificaram, e dos que o fizeram, vários aceitaram-nas de forma incompleta, ou mantendo em vigor, fora do âmbito convencional, suas antigas leis, ou adotando as convenções, parcialmente, com reservas...

*Um direito uniforme assim limitado, parcial, incompleto, deixa persistir o problema* do DIPr., criando, como fez a Convenção de Genebra sobre cambial, *novas regras substanciais* de direito cambial e a entrar, também, em conflito com as das leis cambiais das

nações ou Estados que não ratificaram a Convenção, ou que o fizeram restritamente, e exigindo, assim, qual se viu em Genebra, sobre letra de câmbio, 1931, duas Convenções, a da lei uniforme e a dos conflitos de leis... (ver H. VALLADÃO, DIPr., I<sup>4</sup>, Cap. V, págs. 28/29).

XII. Ultimamente na doutrina, em especial franco-belga, retornou o movimento com a tentativa de ressuscitar uma *lex mercatoria* (ver o trabalho, com esse título, do Prof. de Paris, BERTHOLD GOLDMAN, *Frontières du Droit et "lex mercatoria"*, nos *Archives de Philosophie du Droit*, tome IX, Sirey, 1964).

Impressionou-se com a venda comercial internacional, através de contratos típicos da "London Corn Trade Association" e aos *Incoterms* da Câmara de Comércio Internacional, com regras e usos uniformes relativos ao crédito documentado, aos contratos tipos de transportes marítimos e aéreos (estes da famosa IATA, contra a qual nos temos insurgido em reuniões internacionais, em Montreal desde 1967). Citou mesmo GOLDMAN célebres decisões arbitrais em casos de petróleo, adotando, segundo declarou: "princípios da prática comum de conjunto das nações civilizadas".

Os Estados em desenvolvimento têm longa e farta experiência desses malfadados contratos tipos e princípios, base de sua espoliação por tantos anos (ver H. VALLADÃO, *Democratização e Socialização do Direito Internacional*, Rio, 1961, em francês, Sirey, Paris, 1962, em espanhol, México, 1963).

Para felicidade humana, estão definitivamente repudiados na comunidade internacional. Considerem-se as absurdas cláusulas de limitação de responsabilidade, de uma renitência inexplicável em 1979!

Peço licença para citar o meu trabalho, "Codificação e Desenvolvimento Progressivo do Direito Internacional na OEA e na ONU", na sessão de 9 de junho de 1977 da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, de Genebra (ata e comentários favoráveis dos respectivos membros), como observador da Comissão Jurídica Interamericana do Rio de Janeiro, trabalho publicado na *CJI*, julho-agosto 1977, em inglês (OEA, n.º 32, julho de 1977, págs. 113/122) e em francês na *Rev. Acad. Interam. Dir. Internac. e Comparado*, II, 71 e segs.).<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Veja-se a crítica que ali fizemos, apoiada naquela Comissão do incrível art. 38, c, Estatuto da Corte de Justiça Internacional, determinando a aplicação "dos princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas (sic)"! Correspondiam ao direito internacional aristocrático, das grandes potências, colonizadoras, dos fins do Séc. XIX e princípios do Séc. XX hoje completamente superados (ver H. VALLADÃO, *Democrat. et Socialis. du Dr. Internat.*).

XIII. Recentemente (1972) entraram em vigor as “inter-náveis” Convenções da Haia, “portant loi uniforme” sobre a *Venda Internacional* de Objetos Móveis Corpóreos, e a Formação dos Contratos de Venda Internacional de Objetos Móveis Corpóreos, entre os Estados ratificantes, Reino Unido, República de São Marinho, Bélgica, Holanda, Itália, Alemanha (1974), Israel (só a primeira).

Daí um renovado movimento pelo direito uniforme (ver “Le Contrat Écon. Internat.”, cit.). Mas... decepcionante, pois, pediu outra Convenção, paralela, sobre “a lei aplicável às *vendas de caráter internacional* e objetos móveis corpóreos”, de 1955, vigência desde 1964, ratificada pelos 4 Estados Nórdicos (Dinamarca, Finlândia, Suécia e Noruega), Bélgica, França, Itália, Suíça e Nigéria.

A aplicação dessas três Convenções veio demonstrar o completo confucionismo que vieram representar, no assunto, e a mui precária efetivação.

Leia-se, do eminente especialista Prof. KURT NADELMAN, de Harvard, “The Uniform Law on the International Sale of Goods, a *Conflict of Laws Imbroglia*”, “Yale Law Journal”, v. 74, 449 e segs. Essa expressão depreciativa, “um embrulho”, acabou sendo repetida pelo eminente Prof. belga, F. RIGAUX, no trabalho especial que escreveu a respeito das três Convenções, mostrando, aliás, a todo momento sua complexidade e as numerosas dúvidas que elas estabeleceram...

Eis esta sua conclusão: “L’adoption successive, en 1955, d’une Convention de conflit de lois, en 1964 de lois uniformes de droit privé substantiel, couvrant les unes et l’autre des matières voisines et souvent similaires, a donné lieu à un *imbroglio* dont la vente commerciale internationale est la victime” (*Le contrat économique international...*, cit., pág. 112).

Veja-se a que estado desolador chegaram as tentativas de alguns Estados da Europa, de construir um direito uniforme da venda internacional.

XIV. Em valiosa obra recente, já citada, “Le Contrat Économique International”, das Jornadas de Estudos Jurídicos JEAN DABIN, de Bruxelas, págs. 33/34, após constatar-se que essa expressão não está consagrada, explica-se que o elemento econômico não foi evocado nem utilizado e ainda não se apresenta “até o presente na ordem internacional” e conclui-se que, terminologicamente, corresponderia aos “contratos comerciais internacionais” mas “com uma nova insígnia”...

Não concordaria com a palavra “comercial” em face da tendência de superar a distinção com a “civil”.

Com relação ao elemento internacional aquelas Jornadas “re-tiveram *a priori*”, acepção ampla que serve de critério de aplicação da lei da autonomia: “o contrato é internacional desde que ele contenha um elemento estrangeiro”.

É uma definição do ponto de vista clássico, do DIPr. tradicional, vinda mesmo de suas origens segundo mostramos neste trabalho em o número II. Poderia ser restringida se se exigisse que *houvesse dúvida*, acerca da lei material aplicável — o que não é raro — basta citar que as leis materiais em causa podem ser idênticas, caso em que seria indiferente aplicar uma ou outra. Note-se que na Europa, por exemplo, França e Bélgica, ou na América Latina, Argentina e Paraguai e Chile (Cód. de Dom Andrés Bello) e dos múltiplos Estados que o seguiram (H. VALLADÃO, DIPr. I<sup>4</sup>, pág. 147). Mas seria sempre possível considerar uma divergência de interpretação...

XV. Mas, em verdade, a concepção jus-internacional-privatista continua a prevalecer, plenamente.

Foi a conclusão a que chegaram as referidas jornadas: “Des ces septième Journées d'études juridiques JEAN DABIN, il ressort que le contrat économique international, quoi que l'on puisse en dire, *reste encore ferment imprégné des enseignements du droit international privé classique*. Ni l'évolution de la pratique, ni les courants de doctrine n'on réussi à supprimer, tant s'en faut, les fondements essentiels de la science des conflits de compétence législative et juridictionnelle dans la matière des actes juridiques internationaux”. (*Contrat Économique International*, cit., página 452, n.º 4.)

É o que somos obrigados a *aceitar, prazerosamente*, na qualidade de professor de direito internacional privado...

Veja-se, porém, que segundo mostramos no desenvolvimento do presente trabalho, *substancialmente*, cada vez o contrato internacional e o interno se aproximam mais, com a lei da autonomia que domina os dois, com o método direto ou indireto (ver antes ns. V a VII).