



**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU  
CONTRATOS E RESPONSABILIDADE CIVIL**

**ANA CAROLINA BORGES DE OLIVEIRA**

**A AUTONOMIA DA VONTADE NOS  
CONTRATOS INTERNACIONAIS**

**BRASÍLIA**

**2011**

ANA CAROLINA BORGES DE OLIVEIRA

# **A AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* Contratos e Responsabilidade Civil, do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Paulo Roberto Roque Khouri

BRASÍLIA

2011

Agradeço à minha família, por tudo!

## RESUMO

(Introdução) Trata-se de estudo sobre a autonomia da vontade nos contratos internacionais. Assim, pretende-se estudar o conflito existente entre a autonomia da vontade e norma de ordem pública, qual seja, a norma de direito internacional privado. Dessa forma, se dois contratantes escolhem reger sua relação contratual pela lei de determinado país, seria evidente que desejaram aplicar a lei interna escolhida por eles, mas, em razão da norma de Direito Internacional Privado ser uma norma de ordem pública, caso haja conflito entre tais normas, qual deverá prevalecer. (Conclusão) Assim, a tendência internacional é a de admitir a prevalência da autonomia da vontade nos contratos internacionais, em detrimento da norma de DIP. Essa posição é justificada tendo em vista que o Direito não é apenas instrumento de poder, mas serve também para favorecer o desenvolvimento do Estado. Além disso, verificou-se que essa não é a solução adotada no Brasil, pois, na última redação da Lei de Introdução ao Código Civil, art. 7º, de 1942, foi suprimida a permissiva que existia na redação anterior, de possibilitar a manifestação da autonomia da vontade nos contratos internacionais.

Palavras-chaves: autonomia vontade; contratos internacionais; norma de ordem pública.

## SUMÁRIO

|  |                                      |
|--|--------------------------------------|
| <b>1 INTRODUÇÃO .....</b>  | <b>6</b>                             |
| <b>2 A AUTONOMIA DA VONTADE .....</b>  | <b>ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.</b> |
| 2.1. Autonomia da vontade no direito privado.....                                  | 8                                    |
| 2.2. Autonomia da vontade no direito internacional privado.....                    | 15                                   |
| <b>3 OS LIMITES DA AUTONOMIA DA VONTADE NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO .....</b> | <b>ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.</b> |
| 3.1. O conceito de contrato internacional.....                                     | 15                                   |
| 3.2. O art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro.....                | 21                                   |
| 3.3. Autonomia da vontade no direito internacional privado.....                    | 26                                   |
| 3.4. A autonomia da vontade no direito comparado.....                              | 30                                   |
| <b>4 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA .....</b>                                | <b>33</b>                            |
| 4.1 ANÁLISE PROFERIDA NO RESP 804.306/SP.....                                      | 31                                   |
| 4.2 ANÁLISE PROFERIDA NO RESP 242.383/SP.....                                      | 33                                   |
| 4.3. Análise proferida na Medida Cautelar 15.398/DF.....                           | 33                                   |
| <b>5 CONCLUSÕES.....</b>   | <b>39</b>                            |
| <b>6 REFERÊNCIAS .....</b>   | <b>41</b>                            |

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo se insere no âmbito do Direito internacional privado que trata sobre o reconhecimento da autonomia da vontade<sup>1</sup> nos contratos internacionais. Assim, pretende-se estudar o conflito existente entre a autonomia da vontade e norma de ordem pública, qual seja, a norma de direito internacional privado. Dessa forma, se dois contratantes escolhem reger sua relação contratual pela lei de determinado país, seria evidente que desejaram aplicar a lei interna escolhida por eles, não fazendo sentido indagar se a norma de Direito Internacional Privado deste país indica a aplicação de outro sistema jurídico<sup>2</sup>.

Assim, tendo em vista que a norma de Direito Internacional Privado de um país é uma norma de ordem pública, qual a solução para o conflito entre tal norma de ordem pública e a escolha feita pelas partes, representando a autonomia de vontade das partes na celebração do contrato internacional. É, portanto, esse o problema a ser enfrentado: a autonomia da vontade que as partes dispõem para a celebração dos contratos também pode ser estendida para a celebração dos contratos internacionais, uma vez que as normas de tais contratos são normas de ordem pública?

Inicialmente, para contextualizar o presente debate, é importante ressaltar que a norma de direito internacional privado é lei estrangeira e que, portanto, a sua inobservância gera a nulidade de sentença proferida. Além disso, por se tratar de norma de ordem pública, a mesma poderá ser invocada em qualquer tempo ou instância, bem como de ofício pelo juiz. Portanto, tal breve contextualização teve o objetivo de enfatizar a relevância e importância da norma de Direito Internacional Privado, com o objetivo de demonstrar o conflito objeto desse estudo.

Por outro lado, a possibilidade de escolha pelas partes da norma aplicável ao seu contrato internacional reflete o grau máximo da autonomia da vontade. Isso

---

<sup>1</sup> Para fins metodológicos, conforme lições de Otávio Luiz Rodrigues, há uma diferença entre a expressão autonomia da vontade e autonomia privada. Segundo o Autor, “a autonomia da vontade cedia espaço à autonomia privada. Todos esses movimentos deram ensejo a que se evidenciou uma nova óptica sobre autonomia da vontade, tão peculiar que o repúdio ao termo vontade, determinou sua substituição pelo adjetivo *privata*.” Entretanto, para o presente trabalho, os dois termos serão utilizados como sinônimos. RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Revisão judicial dos contratos*. 2.ed. Atlas: São Paulo, p. 27.

<sup>2</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*. 5.ed. Rio de Janeiro, Renovar, p. 308.

ocorre porque cabe às partes decidir qual a lei regênciã em seu contrato internacional, lei esta que também tem força de norma de ordem pública. Resta, demonstrado o conflito existente entre a autonomia da vontade e a norma de direito internacional privado, problema a ser enfrentado nesse trabalho.

Nesse sentido, no Capítulo 01 será abordada a autonomia da vontade, tanto no direito interno, como no direito internacional privado, com o objetivo de possibilitar a análise sobre a sua prevalência ou não sobre as normas de ordem pública. Após isso, no Capítulo 02, pretende-se averiguar a autonomia da vontade no âmbito do direito internacional privado, especificamente, seus limites em face dos contratos internacionais. Para tanto, inicia-se o capítulo com um breve estudo sobre o contrato internacional, passando-se pela análise do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, norma que trata da autonomia da vontade no âmbito do direito interno e, ao final, estuda-se tal autonomia no âmbito do direito internacional privado.

E, por fim, no Capítulo 03 busca-se demonstrar e analisar três decisões jurisprudenciais brasileiras que tratam sobre a autonomia da vontade nos contratos internacionais, com a finalidade de averiguar se tal entendimento está em consonância com o disposto nas normas brasileiras sobre tal assunto.

## 1. A AUTONOMIA DA VONTADE

### 1.1. Autonomia da vontade no direito privado

No Direito Civil, a vontade é o critério mais utilizado para classificar os atos e fatos jurídicos. Assim, por exemplo, para diferenciar o ato jurídico *stricto sensu* do negócio jurídico basta verificar a intensidade da vontade<sup>3</sup>. Dessa forma, o Direito busca investigar se a vontade que produziu aquele ato foi livremente manifestada. Por isso a vontade só interessa para o Direito quando ela é exteriorizada.

O mesmo raciocínio também pode ser aplicado para o Direito Administrativo, ramo do Direito Público. Segundo Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramon Fernandez o ato administrativo, como toda declaração de um estado psicológico<sup>4</sup> para existir no mundo jurídico, precisa de uma forma para exteriorizar a vontade, no direito civil verifica-se que essa necessidade decorre do princípio de liberdade da forma.

Dessa forma, o Direito Privado é regido pela autonomia da vontade, como pode ser constatado no artigo 110 do atual Código Civil brasileiro, pois conforme Marcelo Caetano a vontade é uma faculdade da alma humana: só os indivíduos têm vontade [...]<sup>5</sup>. *In verbis*:

*Art. 110. A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento.*

---

<sup>3</sup> FLORES, Paulo Roberto M. Thompson. Aula proferida no Curso de Direito, Disciplina Civil II, no UniCEUB. Brasília, 05 de setembro de 2005.

<sup>4</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; Tomás-Ramón Fernandez. *Curso de Direito Administrativo*. Tradução Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 485.

<sup>5</sup> CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. Tomo I. 10. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 93.



Verifica-se que a vontade do ato jurídico só é relevante se ela for manifestada<sup>6</sup>, ou seja, se houver dúvida entre a intenção e a declaração de vontade, prevalecerá a declaração de vontade.<sup>7</sup> Dessa forma, os defeitos do negócio jurídico irão ocorrer quando a vontade declarada estiver em desacordo com a declaração<sup>8</sup>.

Assim, torna-se necessário traçar a distinção entre fato e ato jurídico, para que seja possível determinar qual é o papel da vontade do agente na edição de um ato jurídico.

Primeiramente, conforme esclarece Pontes de Miranda, ato ou fato humano é o fato dependente da vontade do homem<sup>9</sup>, ou seja, os fatos independem da ação humana e os atos resultam da ação humana. Nesse aspecto, Diogo de Figueiredo Moreira Neto explica que ambos, fatos e atos podem, por sua vez, relevar ou não para o Direito.<sup>10</sup>

Dessa forma, os atos jurídicos decorrem de uma manifestação de vontade capaz de gerar efeitos no ordenamento jurídico. Assim, *o contrato é um negócio jurídico, resultado do acordo de vontades, capaz de produzir seus efeitos jurídicos*.<sup>11</sup> Portanto, sendo uma espécie do ato jurídico, o contrato decorre, primordialmente, da autonomia da vontade que as partes dispõem.

Assim, explica Fabio Ulhoa Coelho que *o contrato é uma ação humana nitidamente intencional. Na compra e venda, o comprador tem a intenção de titularizar a coisa, e o vendedor de aliená-la de seu patrimônio em torça de certa quantia de dinheiro*.<sup>12</sup> Dessa maneira, observa-se que não há contrato sem a declaração de vontade e esta é resultado, portanto, da autonomia da vontade.

---

<sup>6</sup> Cumpre ressaltar que o silêncio também é admitido como manifestação de vontade, de conhecimento ou de sentimento. Mas, conforme explica Pontes de Miranda, preciso ser concludente, isto é, que a pessoa que cala tenha o dever de manifestar e se haja de ter o silêncio como uma das manifestações possíveis. Cf. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, Tomo II. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 448.

<sup>7</sup> BRASIL. CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO, art. 112. Disponível em <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em 15 de outubro de 2010.

<sup>8</sup> Nesse sentido se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 698517/SP, de relatoria do Min. Luiz Fux, julgado em 06/12/2005, dispondo na sua ementa que: “E assim, configurando discrepância entre sua vontade e a veiculada no próprio conteúdo de sua decisão, torna-a defeituosa.”

<sup>9</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, Tomo II. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 501.

<sup>10</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 99.

<sup>11</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. Vol. 03. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 18/19.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 20.

No mesmo sentido, Silvio Rodrigues conceitua a autonomia da vontade como a representação de que o direito positivo reconhece aos indivíduos a possibilidade de praticar atos jurídicos, produzindo seus efeitos.<sup>13</sup> Assim, a lei reconhece que, uma vez estabelecida uma relação jurídica, por convenção entre particulares, ela terá força coercitiva e obrigatória.<sup>14</sup>

Por conseguinte, a autonomia da vontade é o princípio maior do contrato, mas que encontra limitações *na ordem pública, na moralidade, na proteção da vontade livre e consciente das partes e dos contratantes débeis*.<sup>15</sup> Isso significa que se as partes resolvem celebrar um contrato criminoso ou mesmo imorais, a autonomia da vontade das partes será limitada, em prol da ordem pública.

É o que se verifica, por exemplo, nos seguintes dispositivos do Código Civil de 2002:

*Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.*

*Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.*

*Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.*

Assim, diante do disposto no Código Civil, a ordem pública é um limite imposto pelo legislador à autonomia da vontade, já que as partes não podem estabelecer preceitos em seus contratos que violam a ordem pública.

Por outro lado, como explica Paulo Roque Khouri, *o princípio da autonomia da vontade ao longo de sua operacionalização produziu tremendas injustiças*

---

<sup>13</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil - Parte Geral*. 33.ed. São Paulo, Saraiva, 2003, p. 170.

<sup>14</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil - Parte Geral*. 33.ed. São Paulo, Saraiva, 2003, p. 170.

<sup>15</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. Vol. 03. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 18/19.

*sociais*,<sup>16</sup> como as desigualdades existentes entre a burguesia e os trabalhadores e consumidores, ou seja, entre fornecedores e consumidores durante e após a Revolução Industrial. Assim, para proteger a parte mais fraca da relação – o consumidor – o Estado passou a intervir fortemente nos contratos, *não apenas para negar eficácia ao livremente pactuado pelas partes, mas criando normas de ordem pública que evitassem essa imposição permanente da vontade do mais forte*.<sup>17</sup>

É o denominado dirigismo contratual pela doutrina, que passou a limitar a autonomia da vontade nos contratos pela vontade da lei, *como uma resposta da sociedade aos contratos injustos e desequilibrados*.<sup>18</sup> Assim, diante do exposto acima, pretende-se estudar se tal limitação à autonomia da vontade por meio das normas de ordem pública também pode ser verificada nos contratos internacionais, regidos por normas também de ordem pública.

## **1.2. Autonomia da vontade no direito internacional privado**

A autonomia da vontade é considerada como princípio, tratado pelos juristas desde o século XVI, quando Charles Dumoulin o desenvolveu para se posicionar quanto ao conflito de leis derivado das diversas leis que estavam presentes na província francesa e não eram unificadas, sendo, assim, um direito estrangeiro<sup>19</sup>.

É nesse passo que, visando o direito internacional privado a resolver os conflitos de lei no espaço, o princípio da autonomia da vontade vai extrapolar as barreiras do direito privado, a fim de determinar o direito que deve ser aplicado àquela relação jurídica de direito privado<sup>20</sup>. Assim, a autonomia da vontade implica na possibilidade das

---

<sup>16</sup> KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. *Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 08.

<sup>17</sup> KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. *Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 09.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>19</sup> ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileiras*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 352.

<sup>20</sup> STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. 5.ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 652.

partes de inserir cláusulas em um contrato internacional, para estabelecer o direito a ser aplicado ali<sup>21</sup>.

Por conseguinte, a autonomia da vontade, no direito internacional privado, é a faculdade concedida aos contratos de escolherem a lei aplicável, pode-se dizer que a comunidade internacional, assim age, por confiar ao indivíduo, no interesse da sociedade, esta faculdade. Até porque, a faculdade dos celebrantes dizerem o direito a ser aplicado, diante de um contrato internacional, é a própria aceitação da autonomia da vontade. Logo, as partes vão exercer suas vontades, indicando e decidindo a lei aplicável àquela relação jurídica<sup>22</sup>.

Após o estudo de que no direito interno as normas de ordem pública limitam a autonomia da vontade, nesse Capítulo pretende-se avaliar se o mesmo ocorre no Direito Internacional privado, ou seja, se as normas de Direito Internacional Privado também limitam a autonomia da vontade das partes na celebração de um contrato internacional.

Segundo Nadia de Araujo, o que caracteriza a internacionalidade de um contrato é a presença de um elemento que o ligue a dois ou mais ordenamentos jurídicos<sup>23</sup>. Assim, diante de tal conceito percebe-se que a diferença entre o contrato interno e o internacional é a presença de dois ou mais ordenamentos jurídicos, ou seja, “basta que uma das partes seja domiciliada em um país estrangeiro ou que um contrato seja celebrado em um país para ser cumprido em outro.”<sup>24</sup>

Por sua vez, as partes, ao celebrarem um contrato internacional, podem escolher as cláusulas que irão reger seu acordo. Tal escolha decorre, portanto, da autonomia da vontade, presente também nos contratos internacionais.

Para Marcel Caleb, a autonomia da vontade no direito internacional privado corresponde à faculdade concedida aos indivíduos de exercer sua vontade, tendo em vista a escolha e a determinação de uma lei aplicável a certas relações

---

<sup>21</sup> RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 134.

<sup>22</sup> STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. 5.ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 650.

<sup>23</sup> ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 346.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 346.

jurídicas, deriva ela da confiança que a comunidade internacional concede ao indivíduo no interesse da sociedade.<sup>25</sup>

Entre os limites encontrados às cláusulas de autonomia de vontade, o mais importante deles são as normas de ordem pública. Estas normas são aquelas em que o Estado estabelece princípios indispensáveis para a conservação da organização da vida social, segundo o sistema jurídico adotado<sup>26</sup>.

Por conseguinte, as normas de Direito Internacional Privado são normas de ordem pública<sup>27</sup> e, conseqüentemente, devem ser observadas independente da manifestação das partes.

Destarte, as normas de ordem pública devem limitar a autonomia da vontade das partes contratantes quanto à escolha da lei aplicável, sem esquecer que as próprias normas do direito internacional privado são normas de ordem pública, logo, devem ser obedecidas, ainda que sobre a vontade das partes. É assim que, se o direito estrangeiro, escolhido pelas partes para ser aplicado, violar os preceitos fundamentais de direito da *lex fori*, deve haver a intervenção das normas de ordem pública<sup>28</sup>.

Com isto, é que entende-se que a ordem pública é uma “válvula de escape” que visa auxiliar o conflito de leis a ter flexibilidade cogente à sua própria conservação. E, ainda, este entendimento deve prevalecer, mesmo que se fale em uso elevado da ordem pública<sup>29</sup>. Parte da doutrina entende que, as normas de ordem pública podem até mesmo impedir o funcionamento do sistema de direito internacional privado<sup>30</sup>.

---

<sup>25</sup> STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. 5.ed. São Paulo: LTr, 2003.

<sup>26</sup> BEVILAQUA, Clovis. *Princípios elementares de Direito Internacional Privado*. São Paulo: RED Livros, 2002, p. 74/75.

<sup>27</sup> Sobre a ordem pública no Direito Internacional Privado, Jacob Dolinger explica que a idéia precursora desse princípio pode ser encontrada em Bártolo, que distinguia os “estatutos odiosos” dos “estatutos favoráveis”, em que os primeiros não poderiam ter aplicação fora das cidades em que haviam sido promulgados. Rodas, Joao Grandino. *Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais*. In RODAS, Joao Grandino (Coord.) *Contratos Internacionais*, 3.ed. São Paulo, RT.

<sup>28</sup> RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 138.

<sup>29</sup> ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileiras*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 100.

<sup>30</sup> ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileiras*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 100.

Dentre as normas de direito internacional privado brasileiro, a reserva de ordem pública vem insculpida, expressamente, no art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil, assim dizendo:

*Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.*

É nesse conjunto, portanto, que a reserva de ordem pública vem para afastar a aplicação de leis, atos e sentenças estrangeiras, quando afrontarem a soberania nacional, a ordem pública<sup>31</sup>.

Vê-se, assim, que serem as normas de ordem pública cláusulas de exceção que, diante de um caso concreto, podem impedir que a aplicação da lei estrangeira resulte em conseqüências contrastantes com os princípios fundamentais de ordem jurídica interna<sup>32</sup>.

Nesse sentido, conforme explica Clovis Bevilacqua, leis de ordem pública são aquelas que, em um Estado, estabelecem os princípios, cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos do direito<sup>33</sup>. Assim é que as leis de ordem pública impedem que a vontade produza efeitos jurídicos em contrario às suas prescrições. Colocada nos seus naturais limites e agindo de acordo com a lei, a vontade é a fonte geradora das obrigações, conseqüentemente lhe deve ser permitido, nas relações internacionais, escolher a lei a que subordina as obrigações livremente contraídas.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*. 5.ed. Rio de Janeiro, Renovar, p. 351

<sup>32</sup> RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 157.

<sup>33</sup> BEVILAQUA, Clovis. *Princípios elementares de Direito Internacional Privado*. São Paulo: RED Livros, 2002, p. 74/75.

<sup>34</sup> BEVILAQUA, Clovis. *Princípios elementares de Direito Internacional Privado*. São Paulo: RED Livros, 2002, p. 259.

## 2. OS LIMITES DA AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS

### 2.1. O conceito de contrato internacional

O estudo aqui presente trata da análise da autonomia da vontade na seleção da lei aplicável ao contrato internacional, por meio da doutrina e a jurisprudência brasileiras, entendendo que cada Estado detém o seu próprio ordenamento jurídico, a ser aplicado dentro de suas fronteiras<sup>35</sup>. Para tanto, de início, é importante estudar, em breves linhas, o contrato internacional.

Um contrato é tido por internacional quando estão presentes elementos – chamados elementos de conexão - que o liguem a mais de um sistema jurídico. São diversos os elementos de conexão, sendo certo que, entre eles, encontra-se o domicílio em um país estrangeiro de uma das partes contratantes e a celebração do contrato em um país para ser cumprido em outro<sup>36</sup>.

Destarte, o que vai diferenciar um contrato internacional e outro não internacional, é justamente que o primeiro vai estar potencialmente ligado a mais de um sistema jurídico<sup>37</sup>.

Já em relação ao contrato em si, a doutrina brasileira vem a ensinar que é um acordo de vontades bilateral que produz efeitos jurídicos; criando, modificando ou extinguindo direitos e obrigações<sup>38</sup>. São, então, negócios jurídicos bilaterais que necessitam da manifestação de vontade da duas partes para que possa se concretizar<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup> RODAS, João Grandino. *Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais*. In: RODAS, João Gradino. *Contratos Internacionais*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 19.

<sup>36</sup> ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileiras*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 346.

<sup>37</sup> RODAS, João Grandino. *Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais*. In: RODAS, João Gradino. *Contratos Internacionais*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 21.

<sup>38</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil, volume 3*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 18.

<sup>39</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Parte Geral*. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 178.

Portanto, ao se deparar com um contrato internacional, aspecto comum é que haja conflito de leis, matéria-prima do Direito Internacional Privado. Assim, estes conflitos de leis decorrem de soberanias diferentes<sup>40</sup> e serão aqui tratados sob a ótica da autonomia da vontade e a lei aplicável aos contratos internacionais.

Finalizando, a determinação do direito a ser aplicado num contrato internacional, através do princípio da autonomia da vontade é um dos principais temas do Direito Internacional Privado<sup>41</sup>, conforme ressaltado pela doutrina.

No que tange à constituição do contrato internacional, importante ponto diz respeito à competência para julgar possíveis lides concernentes ao contrato. Para tanto, cumpre, de início, estabelecer o que é a competência internacional.

Tratando deste assunto, os professores Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini fazem uma crítica ao termo “competência”. Alegam, os professores, que trata-se na verdade de definir a jurisdição internacional e não a competência internacional, uma vez que “*a jurisdição é a função do Estado, decorrente de sua soberania, de resolver os conflitos, na medida em que a ela sejam apresentados*”, enquanto que competência se relaciona às regras que definem “*o âmbito de exercício da atividade jurisdicional de cada órgão dessa função encarregado*”. E, ainda, concluem que “*as regras de competência são aquelas segundo as quais há uma espécie de ‘divisão de trabalho’ entre os órgãos de um mesmo Poder Judiciário*”<sup>42</sup>.

Destarte, para os professores acima citados, a jurisdição de cada Estado encontra um óbice natural nas jurisdições dos demais Estados, precisando, assim, de regras que disciplinem essa convivência.<sup>43</sup> Entendendo, pois, que competência são as regras que atribuem o exercício da jurisdição a cada órgão<sup>44</sup>, pode-se dizer que a competência internacional é fundada no direito interno e, desta forma, cumpre como função estabelecer em que “*medida um Estado pretenda exercer o seu poder de jurisdição em consonância com o*

---

<sup>40</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: (parte geral)*. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 39 – 41.

<sup>41</sup> ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileiras*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 345.

<sup>42</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 112-113.

<sup>43</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 113.

<sup>44</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 246.



*direito internacional público no seu território quando existe uma conexão internacional de uma lide submetida ao julgamento de um juízo nacional*<sup>45</sup>.

Para tanto, em se tratando de competência internacional, a legislação nacional adotou alguns critérios que estão elencados, principalmente, nos arts. 88 a 90 do Código de Processo Civil e, ainda, o art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil – Decreto-Lei 4.657 de 4 de setembro de 1942.

Em primeira análise, a legislação brasileira define, na locução do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil<sup>46</sup> que os contratos serão regidos pela lei do local de sua constituição, quando constituído por presentes. Indo mais, o § 1º do citado artigo estabelece que, sendo a obrigação destinada a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitindo-se as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos. E, por fim, o § 2º vem tratar dos casos em que o contrato é formado entre ausentes, determinando que será considerado constituído no lugar em que residir o proponente<sup>47</sup>.

Neste sentido, em se tratando da escolha da lei aplicável, em relação à formação do contrato internacional, o art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil determina como regra a "*lex loci contractus*", ou seja, a lei do local de constituição do contrato<sup>48</sup>.

Todavia, esse entendimento não é unânime, ao passo que parte da doutrina entende haver a soberania da autonomia da vontade na escolha da lei aplicável<sup>49</sup>, podendo se sobrepor inclusive à lei do local de constituição do contrato internacional, conforme será abaixo discutido.

Assim sendo, deve-se, ainda, analisar os artigos inseridos no Código de Processo Civil, que tratam de competência internacional de duas formas distintas:

---

<sup>45</sup> RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 278.

<sup>46</sup> Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§ 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§ 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

<sup>47</sup> ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 231.

<sup>48</sup> YONEKURA, Sandra Yuri. *O contrato internacional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 146, 29 nov. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4527>>. Acesso em: 20 out. 2010.

<sup>49</sup> STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. 2 ed. São Paulo: RT, 1991, p. 127.

competência exclusiva ou competência concorrente da autoridade judiciária brasileira, conforme será explicado<sup>50</sup>.

A competência internacional exclusiva é, assim, compreendida como aquela definida no art. 89 no Código de Processo Civil, nas hipóteses de (i) ações relativas a imóveis situados no Brasil; (ii) inventário e partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional<sup>51</sup>.

Assim, diante da ocorrência de qualquer das hipóteses acima elencadas, diante da competência absoluta do juízo brasileiro, resta impossível, perante o Superior Tribunal de Justiça, a homologação da sentença estrangeira<sup>52</sup>.

O art. 88 do Código de Processo Civil define, por sua vez, os casos em que há competência concorrente da autoridade judiciária brasileira, nos casos em que (i) o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil; (ii) no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação; (iii) a ação se originar de fato ocorrido ou praticado no Brasil<sup>53</sup>.

Assim sendo, nos casos de competência concorrente, explica a doutrina que a ação pode ser proposta, tanto perante o juiz brasileiro, quanto perante o juiz estrangeiro, uma vez que não há a exclusão do juiz estrangeiro nesses casos<sup>54</sup>.

Por fim, o art. 90 do Código de Processo Civil, tão-somente, traz a idéia de que não induz litispendência a ação, com mesmo objeto, intentada perante tribunal estrangeiro, podendo ser julgada pelo Judiciário de mais de um Estado<sup>55</sup>.

Destarte, as normas dos arts. 88 a 90 do Código de Processo Civil, devem ser verificadas, inclusive, a fim de se definir se há competência internacional, uma vez que, se na lide não se faz presente nenhum elemento de conexão com o Brasil, não

---

<sup>50</sup> RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 228.

<sup>51</sup> GRECCO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro, volume 1: (teoria geral do processo e auxiliares da justiça)*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 183.

<sup>52</sup> ARAUJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 233.

<sup>53</sup> GRECCO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro, volume 1: (teoria geral do processo e auxiliares da justiça)*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 182.

<sup>54</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 114.

<sup>55</sup> ARAUJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 214.

há órgão jurisdicional brasileiro competente para tal lide<sup>56</sup>.

Neste sentido, através de seus próprios critérios de viabilidade e conveniência, cabe a cada Estado, definir as lides que se sujeitarão ao seu poder jurisdicional, de forma que tais critérios são, assim, considerados pelo legislador, o que não ocorre para o julgador, que já encontra a norma estabelecida<sup>57</sup>.

Definido o que se tem por competência internacional, cumpre a análise da eleição de foro, cláusula esta muitas vezes inseridas nos contratos internacionais. Ressalte-se que, não obstante o disposto no arts. 88 e 89 do Código de Processo Civil, resta incluir como elemento determinador da competência internacional, a eleição de foro, fórmula esta utilizada para as partes expressarem suas vontades<sup>58</sup>.

Para definir a cláusula de eleição de foro, diz-se que é o compromisso das partes, que constituem o contrato, em reclamar possíveis direitos dele demandados em determinado órgão jurisdicional<sup>59</sup>.

Neste ponto, as cláusulas de eleição de foro, quando bem escolhidas, podem ter grande utilidade<sup>60</sup>, sendo que há, ainda, diversas razões que podem levar a inserção da cláusula de eleição de foro nos contratos internacionais, tais como: o benefício de uma lei material mais favorável ou mais adequada à solução do litígio; julgadores mais familiarizados com a lide; produção de provas facilitada; incidência de normas processuais que visem a celeridade do julgamento<sup>61</sup>.

A possibilidade de, em face a um contrato internacional, poder-se escolher, entre os foros competentes, qual lhe parece mais agradável é chamado pela doutrina de *fórum shopping*<sup>62</sup>.

---

<sup>56</sup> GRECCO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro, volume 1: (teoria geral do processo e auxiliares da justiça)*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 173.

<sup>57</sup> GRECCO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro, volume 1: (teoria geral do processo e auxiliares da justiça)*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 176.

<sup>58</sup> GRECCO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro, volume 1: (teoria geral do processo e auxiliares da justiça)*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 180.

<sup>59</sup> <http://www.conjur.com.br/2010-out-16/eleicao-foro-contratos-internacionais-decide-lei-aplicavel>

<sup>60</sup> YONEKURA, Sandra Yuri. *O contrato internacional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 146, 29 nov. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4527>>. Acesso em: 20 out. 2010.

<sup>61</sup> JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do Conflito de Jurisdições: a competência internacional da justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 170.

<sup>62</sup> RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 279.

Contudo, a aceitação das cláusulas de eleição de foro no direito brasileiro nem sempre foi unânime, o que, de início, se resolveu com a Súmula 335<sup>63</sup> do Supremo Tribunal Federal, aplicável aos contratos internacionais.

Sob a ótica da referida definição jurisprudencial, encontra-se como fundamento normativo da cláusula de eleição de foro, o art. 78 do Código Civil<sup>64</sup>, possibilitando às partes contratantes estipular o foro de competência para eventuais lides decorrentes do contrato.

Ressalte-se que, parte da doutrina entende que, sendo a vontade dos contratantes manifestarem, expressa ou tacitamente, a escolha pela lei de determinado país, torna-se claro que é esta lei que desejam ver aplicada, não interessando os questionamentos de Direito Internacional Privado que possam indicar a aplicação de outro sistema jurídico<sup>65</sup>.

Entretanto, este entendimento não é pacífico, inclusive na jurisprudência.

É o que conclui Vera Maria Barrera Jatahy<sup>66</sup> ao afirmar que, quanto à validade da cláusula eletiva, a posição da doutrina e da jurisprudência não são unânimes, inclusive no que tange à atribuição de força obrigatória, capaz de prorrogar ou derogar a jurisdição originalmente competente.

Pode-se dizer, também, em relação aos efeitos jurídicos da cláusula de eleição de foro que pode ser derrogação ou prorrogação do foro. Será derrogação quando o foro estrangeiro, eleito pelas partes para dirimir as possíveis lides, não seria o internacionalmente competente, segundo a *lex fori*, acaso as partes não tivessem convencionado. Será prorrogação quando o foro eleito pelas partes já era o internacionalmente competente, mesmo que as partes não tivessem pactuado<sup>67</sup>.

---

<sup>63</sup> Súmula 335: É válida cláusula de eleição de foro para os processos oriundos do contrato.

<sup>64</sup> Art. 78. Nos contratos escritos, poderão os contratantes especificar domicílio onde se exercitem e cumpram os direitos e obrigações deles resultantes.

<sup>65</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: (parte geral)*. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 308.

<sup>66</sup> JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do Conflito de Jurisdições: a competência internacional da justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 170.

<sup>67</sup> RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 295.

Por fim, conforme já se falou dos casos de competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira, deve-se dizer que, diante dessas hipóteses, será ineficaz qualquer cláusula de eleição de foro, sendo claro que tais cláusulas só poderão determinar ou afastar a competência do Judiciário brasileiro nos casos de competência concorrente<sup>68</sup>.

## 2.2. O artigo. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro

Passando da análise da norma brasileira, para o âmbito internacional, sabe-se que, hoje, muitos Estados aceitam a autonomia da vontade em um contrato internacional. Entre as legislações que acatam a autonomia da vontade dos celebrantes, as primeiras foram o ABGB austríaco, alguns Códigos Civis de cantões suíços, a Lei de Introdução ao Código Civil italiano e o *Horei* japonês.

Na atualidade internacional, uma boa parte dos Estados reconhecem o princípio da autonomia da vontade, como se vê na União Européia, onde há um projeto de regulamento que prevê que as partes podem escolher, de forma livre, o direito a ser aplicado, em relação às obrigações extracontratuais. Ainda, a Conferência Especializada Interamericana de Direito Internacional Privado adotou a Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, admitindo a autonomia da vontade das partes para a escolha do direito aplicável. Em relação aos países que integram o MERCOSUL – Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai – são todos signatários dessa convenção, entretanto, nenhum ratificou a convenção; assim, basicamente não admitem a autonomia da vontade, com a ressalva da Argentina, aonde vem prevalecendo o entendimento de aceitá-la<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> GRECCO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, volume 1: (teoria geral do processo e auxiliares da justiça). 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 183.

<sup>69</sup> RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 135 - 141.

Outros países como França e a Inglaterra já aceitam a autonomia da vontade, ressaltando-se que, este princípio, vem expresso tanto em convenções internacionais, como na legislação interna de diversos Estados<sup>70</sup>.

Isto posto, acaso um Estado acate a validade da autonomia da vontade das partes que celebram um contrato internacional, passa a considerar a vontade subjetiva das partes e, assim, deve aplicar a lei que as partes determinaram como aplicável àquela lide. Por outro lado, nesta situação o Estado passa a considerar de forma subsidiária a vontade objetiva do legislador, que somente será aplicada quando as partes nada disserem<sup>71</sup>.

Dentro desse contexto, no direito internacional privado brasileiro, este conflito, de qual lei é aplicável a uma relação jurídica internacional privada, é regulado pelo art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil – Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942<sup>72</sup>, que assim dispõe:

*Art. 9º. Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.*

Este artigo, por sua vez, demonstra que a regra de direito internacional privado, válida no Estado brasileira, é a *lex loci contractus*, ou seja, o contrato é regido pela lei do país em que ele for constituído<sup>73</sup>.

Destarte, para interpretar o artigo supracitado, se faz necessária uma pequena análise histórica<sup>74</sup>, uma vez que este artigo, na antiga Lei de Introdução ao Código Civil de 1916, vinha como art. 13 e possuía a seguinte redação:

*Art. 13 – Regulará, salvo estipulação em contrário, quando à substância e aos efeitos das obrigações, a lei do lugar onde forem contraídas.*

---

<sup>70</sup> ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 354.

<sup>71</sup> RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 135.

<sup>72</sup> ARAUJO, Nadia de. Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro. In: RODAS, João Gradino. *Contratos Internacionais*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 200.

<sup>73</sup> ARAUJO, Nadia de. Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro. In: RODAS, João Gradino. *Contratos Internacionais*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 202.

<sup>74</sup> NARDI, Marcelo de. *Eleição de foro em contratos internacionais: uma visão brasileira*. In: RODAS, João Gradino. *Contratos Internacionais*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 125.

Assim, o que se observa é que a expressão (antes havida no art. 13) “salvo estipulação em contrário”, foi suprimida na nova redação do art. 9°. E, neste passo, o entendimento doutrinário é que a expressão “salvo estipulação em contrário”, validava a autonomia da vontade, no Direito Internacional Privado brasileiro<sup>75</sup>.

Com isto, a supressão da expressão “salvo estipulação em contrário” na nova redação da Lei de Introdução ao Código Civil, deu margem a novos questionamentos a respeito da validade da autonomia da vontade no direito brasileiro<sup>76</sup>.

Nesse novo contexto, o entendimento não unânime, porém majoritário, na doutrina brasileira, é no sentido de que, por não haver expressa menção, no direito brasileiro, aquiescendo com a validade das cláusulas de autonomia da vontade, a consequência é que não há sua aceitação. Ou seja, se não há na norma brasileira expressa anuência quanto à autonomia da vontade nos contratos internacionais, resta que ela não pode ser aceita. Ademais, quando há aceitação da autonomia da vontade, tal anuência deve estar expressa, da forma como ocorre, num exemplo, com a Convenção do México sobre a Lei Aplicável aos Contratos Internacionais que diz ser o contrato regido pelo direito escolhido pelas partes, permitindo, expressamente, a autonomia da vontade<sup>77</sup>.

Diante desse raciocínio, é que se diz que a autonomia da vontade – como elemento válido a determinar a lei aplicável -, não deve substituir a norma do direito internacional privado brasileiro, ou seja, a *lex loci contractus*<sup>78</sup>.

Portanto, a doutrina vem a entender que no Brasil a autonomia da vontade nos contratos internacionais, não é aceita, em razão das alterações sofridas pelo art. 9° da Lei de Introdução ao Código Civil<sup>79</sup>.

---

<sup>75</sup> ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileiras*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 354.

<sup>76</sup> ARAUJO, Nadia de. Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro. In: RODAS, João Gradino. *Contratos Internacionais*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 202.

<sup>77</sup> ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 357.

<sup>78</sup> FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. A Lei e o Foro de Eleição em Tema de Contratos Internacionais. In: RODAS, João Gradino. *Contratos Internacionais*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 81.

<sup>79</sup> RODAS, João Grandino. Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro Relativamente às Obrigações Contratuais. In: RODAS, João Gradino. *Contratos Internacionais*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 59.

Entretanto, como acima já foi dito, o entendimento esposado não é unânime na doutrina brasileira. Assim, outra corrente doutrinária entende que, quando num contrato internacional, as partes que o celebram escolhem determinada lei para ser aplicada, através de cláusula de autonomia da vontade, é porque essa é a vontade das partes, que deve ser acatada; não cabendo ao direito internacional privado questionar qual seria a lei aplicável<sup>80</sup>.

Por sua vez, o cotejo, aqui apresentado, é revestido de primordial importância, posto que é a *lex fori*, ou seja, a lei do foro competente que vai determinar se as partes podem, ou não, através do princípio da autonomia da vontade, escolher a norma aplicável a uma relação jurídica de direito privado internacional<sup>81</sup>.

Finalizando este capítulo, resta dizer que a amplitude da autonomia da vontade no direito internacional, se restringe à liberdade das partes de exercerem sua vontade quanto à escolha da lei aplicável naquela relação jurídica<sup>82</sup>, uma vez que o juiz deve aplicar a norma de direito internacional privado da *lex fori*, que vai estar, assim, sempre regendo a liberdade das partes<sup>83</sup>.

No Direito Internacional Privado brasileiro, por sua vez, a ordem pública aparece para excluir a aplicação de leis estrangeiras, bem como de atos e sentenças estrangeiros, sempre que ofendessem a soberania nacional, a ordem pública.<sup>84</sup> É o que dispõe o art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil:

*Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes*<sup>85</sup>.

Ora, verifica-se que tanto no direito civil, como no direito internacional privado, a vontade das partes está limitada pela ordem pública, ou seja, tanto os contratos internos, como os internacionais, as manifestações das partes não podem ferir a ordem pública.

---

<sup>80</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: (parte geral)*. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 308.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 137.

<sup>82</sup> STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. 5 ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 851.

<sup>83</sup> RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 137.

<sup>84</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*. 5.ed. Rio de Janeiro, Renovar, p. 351.

<sup>85</sup> BRASIL. LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. Disponível em <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em 15 de outubro de 2010.



Entretanto, como afirma Dolinger, o conceito de ordem pública não se encontra positivado em nenhum diploma, mas *se afere pela mentalidade e pela sensibilidade médias de determinada sociedade em determinada época*.<sup>86</sup> Por outro lado, embora de difícil conceituação, as normas de ordem pública indicam que podem ser invocadas a qualquer tempo, instância e de ofício pelo juiz e sua inobservância gera a nulidade da sentença.

Dessa forma, tendo em vista que as normas de Direito Internacional Privado são normas de ordem pública, como subsistirá perante a norma disposta em um contrato internacional, resultado da autonomia da vontade das partes?

Irineu Strenger, explica que o princípio da autonomia da vontade em direito internacional tem menor amplitude, significando que as partes apenas têm liberdade de exercer sua vontade tendo em vista a escolha da legislação à qual querem submeter sua convenção, sob reserva de respeitarem a ordem pública<sup>87</sup>. Assim, “consistindo o direito internacional privado numa disciplina jurídica que visa a resolver conflitos de leis, o princípio da autonomia da vontade desempenha um papel generalizador, no sentido de ultrapassar as fronteiras do direito privado para selecionar nas ordens jurídicas existentes a lei aplicável a uma determinada relação de direito, apresentando caracteres internacionais.”<sup>88</sup>

Esse é, portanto, a tendência da doutrina estrangeira<sup>89</sup> e da jurisprudência, no sentido de reconhecer a prevalência da autonomia privada sobre as normas de Direito Internacional Privado. Entretanto, não é o que dispõe o atual Código Civil brasileiro, em sua lei de introdução. Isso, porque a nova redação da Lei de Introdução do Código Civil de 2002 exclui a possibilidade de manifestação da vontade nos contratos internacionais, conforme havia previsão na antiga lei de introdução ao Código Civil de 1916.

Assim, dispõe a atual redação da Lei de Introdução:

*Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.*

E assim dispunha a antiga redação da lei de introdução:

---

<sup>86</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*. 5.ed. Rio de Janeiro, Renovar, p. 350.

<sup>87</sup> Apud STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. 5.ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 851.

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 652.

<sup>89</sup> ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 358.

*Art. 13. Regulará, salvo estipulação em contrário, quando à substancia e aos efeitos das obrigações, a lei do lugar onde forem contraídas.*<sup>90</sup>

Diante da supressão da expressão “salvo estipulação em contrário”, conforme explica Nadia de Araújo, ocorreu a proibição da manifestação autonomia da vontade.<sup>91</sup>

E, segundo Bevilacqua, citado por Nadia, na redação da Lei de Introdução ao Código Civil de 1916, discutiu-se muito a questão dos seus limites, perguntava-se até onde ia a liberdade das partes para escolher a lei aplicável às obrigações livremente contraídas<sup>92</sup>. O autor esclarecia que a vontade das partes quanto à lei aplicável somente podia ser exercida com relação à substância e aos efeitos do ato. Já com relação à capacidade e à execução, poderia haver a incidência de uma lei diferente daquela aplicável ao contrato internacional.

Assim, com a na redação da Lei de Introdução ao Código Civil de 2002, por não mencionar a autonomia da vontade, entende-se que tal situação ainda não evoluiu no Brasil, ou ainda que, regrediu, diante da grande utilização do princípio da autonomia da vontade nos países europeus.<sup>93</sup>

### **2.3. A autonomia da vontade nos contratos internacionais**

Passando-se para o estudo da autonomia da vontade nos contratos internacionais, Beat Walter Rechsteiner simplificadamente explica que “*a autonomia da vontade das partes, no direito internacional privado, significa que as próprias partes podem escolher o direito aplicável*”<sup>94</sup>.

Trata-se, pois, de um princípio atribuído ao jurista francês Charles Dumoulin quando, no século XVI, o desenvolveu para tratar do conflito entre as diversas leis da província francesa, que não eram unificadas e eram tidas como direito

---

<sup>90</sup> ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 358.

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 354.

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 355.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 358.

<sup>94</sup> RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 134.

estrangeiro, considerando que as partes deveriam escolher a lei para reger seus contratos internacionais e regimes patrimoniais<sup>95</sup>.

Assim, “consistindo o direito internacional privado numa disciplina jurídica que visa a resolver conflitos de leis, o princípio da autonomia da vontade desempenha um papel generalizador, no sentido de ultrapassar as fronteiras do direito privado para selecionar nas ordens jurídicas existentes a lei aplicável a uma determinada relação de direito, apresentando caracteres internacionais.”<sup>96</sup>

Destarte, um Estado ao admitir a autonomia da vontade das partes contratantes, leva em consideração a vontade subjetiva das partes, devendo aplicar a lei por elas escolhida, desconsiderando, assim, a vontade objetiva do legislador, já que este vai determinar de forma subsidiária o direito a ser aplicado, quando do silêncio das partes<sup>97</sup>.

Diante deste contexto, no Brasil a aplicação do princípio da autonomia da vontade ainda é uma questão controvertida, sendo que sua aplicação se dá principalmente em relação às obrigações contratuais<sup>98</sup>.

Parte da doutrina nacional diverge do entendimento majoritário, entendendo que, diante de um contrato internacional, se os contratantes – através do princípio da autonomia da vontade – escolheram determinada lei para reger suas relações, fica manifesto que suas vontades é ver aplicada a lei interna por eles conhecida, não cabendo ao Direito Internacional Privado indagar sobre a aplicação de outro sistema jurídico<sup>99</sup>.

Por outro lado, a corrente doutrinária majoritária sustenta que no Brasil não é aceita a autonomia da vontade nos contratos internacionais, diante das alterações tidas no art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil<sup>100</sup>.

---

<sup>95</sup> ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileiras*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 352.

<sup>96</sup> STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. 5 ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 652.

<sup>97</sup> RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 135.

<sup>98</sup> RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 136.

<sup>99</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: (parte geral)*. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 308.

<sup>100</sup> RODAS, João Grandino. Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro Relativamente às Obrigações Contratuais. In: RODAS, João Grandino. *Contratos Internacionais*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 59.

Na antiga Lei de Introdução ao Código Civil de 1916, o art. 13 (atual art. 9º da LICC) em sua redação dizia: “*Art. 13 – Regulará, salvo estipulação em contrário, quando à substância e aos efeitos das obrigações, a lei do lugar onde forem contraídas*”. Assim, a doutrina entendia que a expressão “salvo estipulação em contrário”, tornava válida a autonomia da vontade, no Direito Internacional Privado brasileiro<sup>101</sup>.

Entretanto, com a nova Lei de Introdução ao Código Civil de 1942, excluiu-se da redação do artigo supracitado a expressão “salvo estipulação em contrário” (“*Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem*”), dando margem a uma nova discussão sobre a aceitação da autonomia da vontade no ordenamento jurídico brasileiro.

Destarte, em não havendo expressa menção no direito brasileiro quanto a aceitação da autonomia da vontade, resta que ela é proibida, em que pese a manifestação de doutrinadores no sentido contrário; se a norma brasileira não menciona a autonomia da vontade é porque não há sua validade, pois de forma contrária há manifestações como, por exemplo, a Convenção do México sobre a Lei Aplicável aos Contratos Internacionais que claramente permite a autonomia da vontade, ao dizer que o contrato é regido pelo direito escolhido pelas partes<sup>102</sup>.

Nesse sentido, diz-se não haver razão para que o Direito Internacional Privado brasileiro substitua as regras definidas pela *Lex loci contractus*, em favor da autonomia da vontade como elemento de conexão<sup>103</sup>.

Tal demonstração se faz necessária, uma vez que a maneira pela qual as partes podem escolher a lei aplicável a uma relação jurídica de direito privado internacional deve ser regida pela *Lex fori*, ou seja, pela lei do foro competente<sup>104</sup>.

A faculdade das partes escolherem o direito a ser aplicado, quando da celebração de um contrato internacional, é justamente a aceitação da autonomia da

---

<sup>101</sup> ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileiras*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 354.

<sup>102</sup> ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 357.

<sup>103</sup> FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. A Lei e o Foro de Eleição em Tema de Contratos Internacionais. In: RODAS, João Gradino. *Contratos Internacionais*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 81.

<sup>104</sup> RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 137.

vontade. Assim, as partes exercem sua vontade, escolhendo e determinando a lei aplicável àquela relação jurídica<sup>105</sup>.

No plano internacional, é grande a aceitação da escolha do direito aplicável através das cláusulas de autonomia da vontade. As primeiras legislações a aceitarem a autonomia da vontade das partes foram o ABGB austríaco, alguns Códigos Civis de cantões suíços, a Lei de Introdução ao Código Civil italiano e o *Horei* japonês. Hoje, o princípio já é reconhecido por grande parte do mundo; outro exemplo é o projeto de um regulamento da União Européia que prevê que as partes podem escolher, de forma livre, o direito a ser aplicado, em relação às obrigações extracontratuais. Ainda, a Conferência Especializada Interamericana de Direito Internacional Privado adotou a Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, admitindo a autonomia da vontade das partes para a escolha do direito aplicável. Os países que integram o MERCOSUL – Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai – são todos signatários dessa convenção, entretanto, nenhum já a ratificou, assim, basicamente não admitem a autonomia da vontade, com exceção da Argentina, aonde vem prevalecendo o entendimento de aceitá-la. Na América Latina a questão ainda é controversa<sup>106</sup>.

Destarte, o princípio da autonomia da vontade é universalmente aceito, incluindo-se, ainda, países como a França e a Inglaterra. Ressalte-se que, este princípio, vem expresso tanto em convenções internacionais, como na legislação interna de diversos Estados<sup>107</sup>.

Por fim, diz-se que a autonomia da vontade no direito internacional tem uma amplitude menor, pois significa que as partes somente têm liberdade para exercer sua vontade quando da escolha da legislação a ser aplicada naquela relação jurídica, sempre respeitando a ordem pública<sup>108</sup>. O que é plenamente compreensível, uma vez que a possibilidade das partes escolherem o direito aplicável a uma relação jurídica de direito

---

<sup>105</sup> STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. 5.ed. São Paulo: LTr, 2003.

<sup>106</sup> RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 135 - 141.

<sup>107</sup> ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 354.

<sup>108</sup> STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. 5 ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 851.

privado internacional deverá sempre ser regida pela *Lex fori*, já que o juiz deve aplicar as normas de direito internacional privado da *Lex fori*<sup>109</sup>.

#### 2.4. Autonomia da vontade no direito comparado

Por fim, outro assunto que merece destaque no que tange ao problema da autonomia da vontade nos contratos internacionais, é sobre a análise de tal autonomia no direito comparado. Tal tópico se mostra importante, pois aborda recente questão de como a autonomia da vontade vem sendo abordada nos tratados assinados pelo Brasil que tratam de obrigações contratuais.

O Professor Paulo Roque Khouri desenvolveu um trabalho no qual analisa a proteção do consumidor nos contratos internacionais, passando, assim, pela análise da autonomia da vontade nos contratos internacionais. Explica o Autor que, tendo em vista que a Lei de Introdução ao Código Civil de 2002 não permitiu a autonomia da vontade na escolha do direito aplicável e, assim, “acabou se constituindo num instrumento indireto de proteção do contratante economicamente mais fraco.”<sup>110</sup>

Dessa forma, passa-se à análise de alguns tratados vigentes no Brasil que abordam a questão da autonomia da vontade, nos termos explicitados pelo Autor. Primeiramente, o Código de Bustamante, ratificando em 1929 e considerado um dos mais importantes de Direito Internacional vigente no Brasil<sup>111</sup>, acaba por excepcionar a “ordem pública internacional” como limitador da aplicação da lei estrangeira em matéria de obrigação contratual.<sup>112</sup>

Nesse ponto, o referido código, ainda segundo o Autor, além de se limitar a “fazer genericamente a reserva da ordem pública internacional, também vai enumerar algumas condições aptas ao acionamento da dita reserva”<sup>113</sup>. Desta feita, o mencionado tratado, ao especificar em seu art. 175 o que são normas de ordem pública, ele

<sup>109</sup> RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 137.

<sup>110</sup> KHOURI, Paulo Roberto Roque A. A proteção do consumidor residente no Brasil nos contratos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 41, n. 164, p. 68-69, out/dez. 2005.

<sup>111</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>112</sup> *Ibidem*, p.68.

<sup>113</sup> *Ibidem*, p. 68.

acabou por limitar a aplicação da lei estrangeira à exigibilidade de aplicação da lei estrangeira “à exigibilidade das obrigações contratuais não só as normas de ordem pública, mas toda e qualquer norma cogente, imperativa, do direito interno.”<sup>114</sup>

Outro tratado que abordou a questão da autonomia da vontade nos contratos internacionais é o Tratado de Roma, que institui a Comunidade Econômica Européia em 1957. Em seu art. 3º, o tratado admitiu “a autonomia da vontade para a designação do direito aplicável, mesmo nos contratos envolvendo consumidores”<sup>115</sup>. Assim, como explica Paulo Roque Khouri, tal dispositivo traçou um importante limite, qual seja, a autonomia da vontade não pode privar o consumidor da proteção que tem no país de residência habitual.<sup>116</sup> Portanto, o Autor entende que a mencionada regra contida no Tratado de Roma “avançou ao reconhecer a necessidade de uma regra de conflito especial para proteger o consumidor”.<sup>117</sup>

A Convenção do México também pode ser considerada um dos mais importantes tratados assinados pelo Brasil que trata das obrigações contratuais. Assim, em seu art. 7º, está assegurada a autonomia da vontade na eleição do direito aplicável e de foro. Entretanto, tal dispositivo ressalta que “a eleição de determinado foro pelas partes não implica necessariamente a escolha do direito aplicável”, pois o foro eleito “poderá ser um dos critérios a ser levado em consideração no momento de estabelecer a conexão”, como explica Paulo Roque Khouri.

Nesse sentido, explica o Autor que, novamente, observa-se uma reserva da ordem pública como limitador da autonomia da vontade e da escolha do direito aplicável. Por conseguinte, novamente, o Autor entendeu que o referido tratado “avançou ao impor como limite à aplicação do direito estrangeiro não só quando estiver em causa a ordem pública internacional”<sup>118</sup>, mas também quando as normas de revestirem de caráter imperativo.

Além disso, como ressalta Paulo Roque Khouri, tal tratado também é importante por ter sido “a primeira vez que um tratado assinado pelo Brasil faz menção expressa às disposições imperativas de foro que deverão ser aplicadas

---

<sup>114</sup> KHOURI, Paulo Roberto Roque A. A proteção do consumidor residente no Brasil nos contratos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 41, n. 164, p. 68-69, out/dez. 2005.

<sup>115</sup> *Ibidem*, p. 69.

<sup>116</sup> *Ibidem*, p. 69.

<sup>117</sup> *Ibidem*, p. 69.

<sup>118</sup> *Ibidem*, p. 71.

necessariamente.”<sup>119</sup> Portanto, pode-se afirmar que, em razão do disposto em tal tratado, o Brasil passou a contar com uma regra expressa sobre normas de aplicação imediata em contratos internacionais.<sup>120</sup>

Por fim, após sua análise sobre a proteção do consumidor nos contratos internacionais, o Autor conclui que “é possível fazer atuar a reserva da ordem pública internacional, nos contratos internacionais”<sup>121</sup>, para garantir uma proteção mínima ao consumidor brasileiro.

Assim, observa-se que, pela análise dos tratados que abordam a questão da autonomia da vontade nos contratos internacionais, a reserva da ordem pública internacional só será acionada excepcionalmente, para garantir a proteção do consumidor brasileiro, “quando o resultado obtido com o método de conflitual clássico se mostrar intolerável no foro brasileiro.”<sup>122</sup>

Nesse sentido, conclui-se que, embora pela última redação da Lei de Introdução ao Código Civil, art. 7º, do Decreto-Lei 4657, de 1942, que suprimiu a permissiva que existia na redação anterior, de possibilitar a manifestação da autonomia da vontade nos contratos internacionais, a abordagem nos tratados é a de que existe a reserva da ordem pública internacional, nos contratos internacionais, especialmente no que tange à proteção do consumidor brasileiro, em suas relações contratuais.

---

<sup>119</sup> KHOURI, Paulo Roberto Roque A. A proteção do consumidor residente no Brasil nos contratos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 41, n. 164, p. 68-69, out/dez. 2005.

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 71.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 82.

<sup>122</sup> *Ibidem*, p. 82.



### **3. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA**

#### **3.1. Análise da decisão proferida no REsp 804.306/SP**

Trata-se da decisão proferida no Recurso Especial nº 804.306/SP, pela Ministra Relatora Nancy Andriahi, em julgamento realizado no dia 19 de agosto de 2008.

O relatório dos autos informa que cuida-se de Recurso Especial, interposto por empresa sediada no Reino Unido, que firmou contrato de distribuição de produtos com empresa brasileira, sob o argumento de que a Justiça brasileira, no presente caso, só seria competente se não houvesse cláusula expressa de eleição de foro no contrato. A recorrente opôs, de início, incidente de exceção de incompetência, sustentando que à espécie deveria ser aplicada a Súmula 335 do STF, uma vez que o contrato firmado previa expressamente a eleição de foro do Reino Unido como competente para apreciar quaisquer controvérsias, afastando a competência concorrente da Justiça brasileira e o comando do art. 9º da LICC. Diante da rejeição da exceção de incompetência, a recorrente interpôs agravo de instrumento, que teve seu provimento negado sob o fundamento de que a cláusula de eleição de foro, neste contrato de adesão, é abusiva, pois dificulta o acesso ao Judiciário, trazendo efetivo prejuízo à empresa brasileira, devidamente comprovado nos autos; restando, pois, que a Justiça brasileira é competente para julgar o feito.

Destarte, no voto da Ministra Relatora restou consignado que a Justiça brasileira é competente, de maneira concorrente à Justiça do Reino Unido, para dirimir as questões contratuais entre as partes. Em que pese a afirmação da recorrente de que o contrato não foi firmado no Brasil e, sim, por cada parte em seu país, sustentou a Relatora que a execução do contrato se dava no Brasil e, ainda, que a cláusula de eleição nos contratos de adesão só é válida quando não trouxer prejuízo para a defesa, de forma diversa do que se sucedeu no presente caso.

O judiciário brasileiro é, assim, competente no caso, em privilégio do preceito esculpido no inciso II do art. 88 do Código de Processo Civil, segundo o qual a autoridade judiciária brasileira é competente, de forma concorrente, nos casos em que a obrigação tiver de ser cumprida no Brasil<sup>123</sup>.

No caso em comento, portanto, formulou-se o entendimento segundo o qual, a cláusula de eleição de foro, prevista no contrato de adesão, por trazer prejuízo para a defesa, não é suficiente para afastar a competência do Judiciário brasileiro, nas hipóteses disciplinadas no art. 88 do Código de Processo Civil, posto que a vontade dos particulares não pode se sobrepor aos limites da jurisdição nacional, ou seja, as partes não podem fugir do direito que lhes é imposto, não é cabível que a escolha do direito, por suas vontades, se sobreponha aos limites estabelecidos pelas normas<sup>124</sup>.

Porém, deve ser de conhecimento que este posicionamento não é unânime na doutrina brasileira<sup>125</sup>, posto que uma corrente oposta afirma que, diante de um contrato internacional, em que as partes, expressamente ou tacitamente, manifestam suas vontades, é evidente que desejam ver esse direito aplicado, não havendo necessidade de verificar se as normas do país indicam outro sistema jurídico a ser aplicado<sup>126</sup>.

E, não só isso, afora os limites estabelecidos pelas normas, a inserção num contrato de cláusula de eleição, a expressar a vontade dos contratantes não deve ferir a ordem pública, pois sabido que, em qualquer sistema jurídico, o juiz não deve aplicar o direito internacional, caso este fira a ordem pública<sup>127</sup>, conforme explicou o acórdão, ora analisado.

É, portanto, sob esses fundamentos que o acórdão em análise, conclui que não há que se considerar, no caso, a cláusula de eleição de foro, uma vez que esta dificulta a defesa e fere a ordem pública e, por conseguinte, há competência concorrente do Judiciário brasileiro, em prol do que reza o inciso II do art. 88 do Código de Processo Civil,

---

<sup>123</sup> RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 228.

<sup>124</sup> FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. A Lei e o Foro de Eleição em Tema de Contratos Internacionais. In: RODAS, João Gradino. *Contratos Internacionais*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 73.

<sup>125</sup> ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 228.

<sup>126</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: (parte geral)*. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 308. s

<sup>127</sup> RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 155.

ao passo que demonstrado nos autos que a execução da obrigação central do contrato se dava no Brasil.

### **3.2. Análise da decisão proferida no Resp 242.383/SP**

Passa-se, agora, à análise da decisão proferida nos autos do Recurso Especial n° 242.383/SP, de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros. Trata-se de lide aonde se discute a competência da autoridade Judiciária brasileira, em confronto com a cláusula de eleição de foro insculpida no contrato internacional, fruto da lide em debate.

Nota-se, no presente caso, que considerou-se não haver nenhuma violação ao art. 88 do Código de Processo Civil, posto que o contrato não era cumprido no Brasil e, sim, em território norte-americano e, ainda, que não havia agência ou filial da empresa no Brasil. Resta, ainda, que no contrato internacional havia cláusula expressa de eleição de foro. Destarte, de acordo com o Ministro Relator, não há nenhuma vedação à cláusula de eleição de foro, salvo se houvesse infringência à ordem pública, ou seja, à soberania nacional e aos bons costumes<sup>128</sup>, o que não ocorreu na presente demanda.

Desta forma, o Recurso Especial não foi conhecido, mantendo-se como foro competente aquele determinado na cláusula de eleição de foro presente no contrato internacional, qual seja, os Estados Unidos, até porque a competência do Judiciário brasileiro só dar-se-ia caso houvesse qualquer das hipóteses firmadas no art. 88 do Código de Processo Civil<sup>129</sup>, o que não ocorreu.

Diferente do entendimento esposado na decisão proferida no Recurso Especial n° 804.306, verifica-se que foi considerada plenamente válida a existência de cláusula de eleição de foro no contrato internacional, entendimento este corroborado por parte da doutrina<sup>130</sup>. Entendimento contrário a este, afirma que nos casos de haver

---

<sup>128</sup> RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 156.

<sup>129</sup> ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 213.

<sup>130</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: (parte geral)*. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 308.

competência concorrente da Justiça brasileira, ainda que haja cláusula de eleição de foro contrária, deve prevalecer o Judiciário brasileiro como competente<sup>131</sup>.

### 3.3. Análise da decisão proferida na Medida Cautelar n. 15.398/DF

E, por fim, importante analisar uma decisão do Superior Tribunal de Justiça que, embora não seja o objeto da ação, entendeu pela prevalência da autonomia da vontade sobre a norma de Direito Internacional Privado. No caso, uma empresa petrolífera ajuizou medida cautelar para atribuir efeito suspensivo a um recurso especial em face de outra empresa de petróleo.<sup>132</sup>

A mesma parte Autora ajuizou perante justiça inglesa ações no que buscavam discutir a cláusula de eleição de foro contida no contrato com a parte Ré, que previa “a regência das obrigações pela lei inglesa e a possibilidade de propositura das ações decorrentes da relação jurídica contratada perante a justiça inglesa.”<sup>133</sup> Assim, o que se discutia perante a justiça inglesa era justamente se havia a prevalência da autonomia de vontade, ou seja, do que foi acordado pelas partes na celebração do contrato.

Assim, a Autora, após restar vencida perante a justiça inglesa, resolveu interpor ação perante a justiça brasileira para discutir a questão. Nesse sentido, o juiz de 1º grau brasileiro enfatizou que a justiça brasileira é incompetente para dirimir tal conflito, já que no contrato celebrado entre as partes havia a determinação de que o foro escolhido por ambas era o inglês. E assim entendeu:

*“Acontece que este raciocínio é simplista, pois o exame da questão manda que se vá além, na medida em que há um ‘plus’, consistente na opção livre que as partes fizeram pelo foro inglês e pela escolha da lei inglesa para dirimir seus conflitos.*

*Ora, ainda que concorrentemente, temos que as partes aceitaram firmar contrato, de forma livre e consciente, a sujeição de suas controvérsias à justiça e às leis inglesas.”<sup>134</sup>*

---

<sup>131</sup> ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 228.

<sup>132</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Medida Cautelar nº 15.398/DF. 3ª Turma. Ministro Relator: Nancy Andrighi. Brasília, DF. 02 de abril de 2009. DJ 23/04/2009.

<sup>133</sup> Ibidem.

<sup>134</sup> Ibidem.

No mesmo sentido, a Ministra Relatora Nancy Andrighi entendeu que, no caso se aplicam dois princípios, pouco aplicados no Brasil, mas amplamente reconhecidos no direito estrangeiro. São os princípios do *forum shopping* e do *forum non conveniens*<sup>135</sup>.

Entretanto, embora a Ministra Relatora admita que os princípios possam ser aplicados no caso, os mesmos não encontram previsão no ordenamento jurídico brasileiro, mas sim a regra do art. 90 do Código de Processo Civil que dispõe que inexistente litispendência entre causas ajuizadas no tribunal estrangeiro e no foro nacional.

Ainda assim, a Relatora aplicou ao caso o entendimento de que tal ação ajuizada no Brasil implica na ocorrência de um comportamento processual contraditório da requerente e aceitar isso viola o princípio da boa-fé objetiva. Ora, percebe-se que, embora não expressamente, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a autonomia da vontade das partes manifestada no contrato internacional não prevalece diante de uma norma de Direito Internacional Privado, mesmo esta sendo norma de ordem pública.

Outro julgado do Superior Tribunal de Justiça também segue essa linha de entendimento. É o da Homologação de Sentença Estrangeira n. 646. Entendeu o Ministro Relator que a manifestação livre de vontade das partes prevalece sobre a norma de ordem pública. *In verbis*:

*Deveras eleito o direito aplicável à espécie em manifestação de vontade livre (GTA) referido pactum , mutadis mutandis, faz as vezes de "compromisso" insuperável pela alegação de aplicação em contrato internacional do Código de Defesa do Consumidor - CDC, lei interna, sob o argumento de que apenação inversa investiria contra a ordem pública.*<sup>136</sup>

Novamente, entendeu-se pela validade de norma contratual de eleição de foro e de lei aplicável, em razão do princípio da autonomia da vontade.

---

<sup>135</sup> Conforme explica Dolinger, “a expressão *forum shopping* significa a procura de uma jurisdição em que as partes, ou uma delas, pensa que lhe será feita melhor justiça, ou onde terá mais probabilidade de êxito.” DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*. 5.ed. Rio de Janeiro, Renovar, p. 386 e ss. Enquanto que segundo o princípio *forum non conveniens* “deixa-se ao arbítrio do juízo acionado a possibilidade de recusar a prestação jurisdicional internacional privada invocada como concorrente e mais adequada para atender aos interesses das partes, ou aos reclamantes da justiça em geral”. JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do conflito de jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 36 e ss.

<sup>136</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Sentença estrangeira nº 646/US. Corte Especial. Ministro Relator: Luiz Fux. Brasília, DF. 05 de novembro de 2008. DJ 11/12/2008.

Além disso, a Lei 9.037/96 expressa que, no caso de arbitragem, admite-se a seleção do direito aplicável pelas partes, conforme seu art. 2º:

*Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.*

*§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.*

*§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.*

Embora a jurisprudência nacional, a estrangeira e alguns dispositivos legais reconheçam a prevalência da autonomia da vontade nos contratos internacionais, após a modificação do art. 9º, da LICC, em 1942, verifica-se que não há mais possibilidade de as partes ajustarem o direito aplicável.

Diante, portanto, da modificação na parte final do art. 9º da LICC, observa-se que o juiz brasileiro ignorará a vontade das partes nesse caso. Esse dispositivo diverge, portanto, da tendência estrangeira em admitir a prevalência da autonomia da vontade nos contratos internacionais.

#### 4. CONCLUSÕES

Por fim, conforme se verificou, nos contratos de direito privado, embora regidos pela autonomia da vontade, a tendência é a sua limitação em razão as abusividades surgidas nos contratos entre particulares, pela ordem pública.

Por outro lado, não é o que se verificou no Direito Internacional Privado. Seja pela análise de diversas Convenções que privilegiam a autonomia da vontade, seja até no estudo de julgados brasileiros sobre a matéria, a autonomia da vontade ainda é determinante na celebração dos contratos internacionais.

Assim, a tendência internacional é a de admitir a prevalência da autonomia da vontade nos contratos internacionais, em detrimento da norma de DIP. Essa posição é justificada tendo em vista que o Direito não é apenas instrumento de poder, mas serve também para favorecer o desenvolvimento do Estado.

Assim, trazendo tal raciocínio para o presente estudo, verifica-se que é importante dar prevalência para a interpretação que favoreça o desenvolvimento do Estado e, ao admitir a prevalência da autonomia da vontade, estar-se-á protegendo também o Estado. Isso ocorre porque a autonomia da vontade nos contratos internacionais permite maior inserção do Estado no cenário internacional, conseqüentemente, favorecendo o seu desenvolvimento.

Por outro lado não é essa a solução encontrada no Brasil. Na última redação da Lei de Introdução ao Código Civil, art. 7º, do Decreto-Lei 4657, de 1942, foi suprimida a permissiva que existia na redação anterior, de possibilitar a manifestação da autonomia da vontade nos contratos internacionais.

Por isso, a doutrina entendeu que o Direito Internacional Privado brasileiro regrediu no que tange à autonomia da vontade nos contratos internacionais.

Por esta razão, é possível adotar duas soluções para essa regressão. A primeira seria a de não adotar o foro brasileiro para resolver um possível

conflito, elegendo-se o foro estrangeiro. Assim, não haveria o risco de ter a autonomia da vontade suprimida em razão da adoção do foro nacional. A outra solução seria a adoção da cláusula de arbitragem, em que as partes têm liberdade para afastar o controle jurisdicional e adotar a arbitragem.

Por outro, vê-se que as decisões judiciais caminham numa posição contrária, no sentido de que as cláusulas de autonomia da vontade, quanto à lei aplicável podem ser aceitas, dentro do contexto fático.

Percebe-se, assim, que a jurisprudência brasileira tende a seguir a tendência internacional, no sentido de que a maioria dos Estados aceita as ditas cláusulas, o que se verifica pelas diversas convenções que privilegiam a autonomia da vontade, o que indica ser uma decisão moderna a aceitação da validade dessas cláusulas.



## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, João Batista. *A proteção jurídica do consumidor*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ARAÚJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- \_\_\_\_\_. Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro. In: RODAS, João Gradino. *Contratos Internacionais*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2007.
- BEVILAQUA, Clovis. *Princípios elementares de Direito Internacional Privado*. São Paulo: RED Livros, 2002, p.259.
- BRASIL. CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. Disponível em <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em 15 de outubro de 2010.
- BRASIL. LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. Disponível em <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em 15 de outubro de 2010.
- BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em 15 de julho de 2010.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em 15 de julho de 2010.
- CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. Tomo I. 10. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.
- COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. Vol. 03. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 246.
- DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*. 5.ed. Rio de Janeiro, Renovar, p. 308.
- FLORES, Paulo Roberto M. Thompson. Aula proferida no Curso de Direito, Disciplina Civil II, no UniCEUB. Brasília, 05 de setembro de 2005.
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. A Lei e o Foro de Eleição em Tema de Contratos Internacionais. In: RODAS, João Gradino. *Contratos Internacionais*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; Tomás-Ramón Fernandez. *Curso de Direito*

*Administrativo*. Tradução Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

GRECCO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro, volume 1: (teoria geral do processo e auxiliares da justiça)*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do conflito de jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. *Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

\_\_\_\_\_. A proteção do consumidor residente no Brasil nos contratos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 41, n. 164, p. 68-69, out/dez. 2005.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado, Tomo II*. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

NARDI, Marcelo de. *Eleição de foro em contratos internacionais: uma visão brasileira*. In: RODAS, João Gradino. *Contratos Internacionais*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

RODAS, João Grandino. *Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais*. In: RODAS, João Gradino. *Contratos Internacionais*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil - Parte Geral*. 33.ed. São Paulo, Saraiva, 2003.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos*. 2.ed. Atlas: São Paulo.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. *Manual de Direito Internacional Público*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. 2 ed. São Paulo: RT, 1991.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Medida Cautelar nº 15.398/DF. 3ª Turma. Ministro Relator: Nancy Andrighi. Brasília, DF. 02 de abril de 2009. DJ 23/04/2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Sentença estrangeira nº 646/US. Corte Especial. Ministro Relator: Luiz Fux. Brasília, DF. 05 de novembro de 2008. DJ 11/12/2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

YONEKURA, Sandra Yuri. *O contrato internacional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 146, 29 nov. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4527>>. Acesso em: 20 out. 2010.