

**SERGIO EDUARDO MARCON FILHO**

**O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NOS  
CONTRATOS INTERNACIONAIS DO COMÉRCIO**

**CURITIBA  
2005**

**SERGIO EDUARDO MARCON FILHO**

**O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS  
INTERNACIONAIS DO COMÉRCIO**

**Monografia apresentada como  
requisito parcial à conclusão do  
Curso de Direito, Setor de Ciências  
Jurídicas, Universidade Federal do  
Paraná.**

**Orientadora: Tatyana Sheila  
Friedrich**

**CURITIBA  
2005**

SÉRGIO EDUARDO MARCON FILHO

TERMO DE APROVAÇÃO

O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS  
INTERNACIONAIS DO COMÉRCIO

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientador:



Professor Tatyana Scheila Friedrich



Professora Vera Cecília Abagge De Paula



Professor George Bueno Gomm

Curitiba, 17 de outubro de 2005

# ÍNDICE

|   |    |
|---|----|
| RESUMO .....  | 1  |
| I – INTRODUÇÃO .....  | 2  |
| II - CONTRATOS INTERNACIONAIS DO COMÉRCIO .....   | 4  |
| 1. Definição.....   | 4  |
| 2. Elementos de Conexão .....   | 7  |
| III - A AUTONOMIA DA VONTADE.....   | 13 |
| 1. Conceito.....  | 13 |
| 2. Limites à Aplicação.....   | 16 |
| 3. O Âmbito de Atuação da Autonomia quanto à Questão da Lei Aplicável, do<br>Depeçage e dos Contratos sem Lei.....                | 19 |
| 4. O Papel dos Tratados Internacionais.....   | 22 |
| IV - O TEMA NO DIREITO COMPARADO.....   | 24 |
| 1. Sistema Europeu Continental .....  | 24 |
| 2. Common Law.....  | 26 |
| 3. Países do Mercosul .....   | 28 |
| V – A AUTONOMIA DA VONTADE NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO<br>BRASILEIRO.....  | 31 |
| 1. As Regras de Conexão sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais e a<br>Autonomia da Vontade na Legislação e Doutrina..... | 31 |
| 1.1. Lei de Introdução ao Código Civil de 1916.....   | 32 |
| 2.2. Lei de Introdução ao Código Civil de 1942.....   | 34 |
| 2. A Cláusula de Eleição de Foro .....  | 39 |
| 3. A Participação Brasileira nas Convenções Americanas sobre o Direito<br>Internacional Privado .....                             | 40 |
| 4. Jurisprudência Brasileira .....  | 43 |
| V - CONCLUSÃO .....   | 47 |
| VI – BIBLIOGRAFIA .....   | 49 |
| VII – ANEXO.....  | 52 |

## RESUMO

O Direito Internacional Privado, em sua parte especial que trata das obrigações contratuais, estuda os contratos internacionais, que se caracterizam por apresentar conexão com mais de um ordenamento jurídico. Os instrumentos que fazem a indicação de qual direito será aplicável a determinado caso internacional chamam-se *regras de conexão*. Uma das mais importantes regras de conexão leva em consideração a escolha das partes como elemento definidor do sistema jurídico nacional a que o contrato vai se submeter. Esse princípio denomina-se Autonomia da Vontade e não se confunde com eleição de foro. A maioria dos sistemas atualmente faculta aos contratantes essa possibilidade, mas limitados principalmente pela Ordem Pública e Leis Imperativas. O Brasil regula a matéria na Lei de Introdução ao Código Civil. Na lei de 1916, a maioria dos autores concorda sob o ponto de vista de que o princípio era aceito, contudo, na lei de 1942, o artigo que previa a escolha do direito pelas partes foi modificado e há divergências na doutrina quanto à permissão ou proibição da autonomia da vontade no sistema brasileiro. A jurisprudência inclina-se por não aceitá-la.

**Palavras-chave:** Direito Internacional Privado, Contratos Internacionais, Lei Aplicável, Autonomia da Vontade.

## I – INTRODUÇÃO

No mundo globalizado em que vivemos, em que as nações estão economicamente cada vez mais interdependentes, ocupa lugar de destaque o comércio internacional. Seu principal instrumento de realização são os contratos internacionais. Essa figura é estudada pelo Direito Internacional Privado em sua parte especial que cuida das Obrigações Comerciais.

Em que pese a crescente integração econômica internacional, requerendo normas reguladoras que acompanhem sua evolução e necessidades, os países são soberanos, o que significa que possuem cada qual jurisdição própria, criando leis que dispõem inclusive sobre as regras de Direito Internacional Privado. Muitas vezes essa legislação torna-se uma barreira à evolução das trocas comerciais, porquanto não há um posicionamento uniforme entre os países, o que causa insegurança entre os contratantes e demora na solução de litígios. Por esse motivo, assumem importante papel as convenções internacionais em suas tentativas de uniformizar a legislação interna dos países.

O Direito Internacional Privado revela sua importância, sobretudo, no momento em que as partes discordam de algum ponto do contrato e levam a questão para ser resolvida em vias judiciais. O problema surge porque os contratos internacionais caracterizam-se por apresentar vínculos com mais de um ordenamento jurídico e dessa forma deve haver a determinação de qual deles será o competente para apreciar a questão.

Prevendo a questão, os sistemas jurídicos nacionais possuem regras próprias que possibilitam ao operador do direito localizar a lei aplicável ao caso levado a ele. Essas regras são chamadas de *Elementos de Conexão*.

Esses elementos podem levar em consideração para proceder tal indicação o domicílio das partes, o local da celebração, local da execução ou mesmo a lei escolhida pelos contratantes. Esse último, que faculta às partes a determinação da lei aplicável, dá-se o nome de *Autonomia da Vontade*.

No presente trabalho pretende-se analisar o princípio da autonomia da vontade na indicação da lei aplicável aos contratos internacionais do comércio, relativamente ao Direito Internacional Privado brasileiro. Para tanto, primeiramente faz-se necessário o estudo de alguns conceitos basilares à matéria, quais sejam, os contratos internacionais e os elementos de conexão.

Após, em capítulo próprio, o princípio será conceituado, diferenciando-o de figuras afins e traçando seus limites para uma melhor compreensão. Em que pese a tendência global a favor da autonomia da vontade na escolha da lei aplicável, sua utilização não se dá de forma irrestrita, porquanto ela vem limitada de um lado pelo princípio da Ordem Pública, e de outro pelas Leis Imperativas, que também serão estudados.

O estudo do Direito comparado vem a seguir, apreciando-se o tema nos países europeus da *civil law*, nos dois principais integrantes da *common law* e por fim nos países membros do Mercosul.

E por derradeiro, uma análise da autonomia da vontade na doutrina e legislação brasileiras, embasada na opinião dos principais autores, divididos conforme a legislação em vigor à época de seus trabalhos. Também uma consideração sobre as convenções internacionais sobre o tema nas Américas e a participação brasileira. E para encerrar, colaciona-se alguma jurisprudência para indicar a orientação que os tribunais brasileiros vêm seguindo.

A presente obra optou por tratar o tema na ótica do Direito Internacional privado e sua legislação pertinente, qual seja, a Lei de Introdução ao Código Civil de 1942, ainda em vigor, não obstante o advento do novo Código Civil de 2002. Isto posto, pretendeu-se fazer um corte metodológico no qual não fora incluso a lei de arbitragem brasileira, que muito embora represente uma opção aos comerciantes que pretendam, por sua escolha, determinar qual a lei aplicável ao contrato em caso de desavença, o tema é por demais extenso e importante para ser apreciado em apenas um item.

## II - CONTRATOS INTERNACIONAIS DO COMÉRCIO

### 1. Definição

O comércio internacional possui uma importante função no mundo globalizado atual, principalmente devido ao grande número de negócios realizados todos os dias, o que demanda um instrumento capaz de atender às suas necessidades e acompanhar o ritmo veloz de suas mudanças. Esse papel é exercido pelo contrato internacional do comércio. Tal figura deve ser estudada não somente pela importância que exerce frente aos anseios comerciais da civilização atual, mas também porque “gradualmente vêm requerendo outras formas de regência que escapam às figuras doutrinárias clássicas, as quais vêm se mostrando cada vez menos adequadas para as exigências deste comércio”,<sup>1</sup> havendo assim a necessidade de uma regulamentação que o permita acompanhar a célere evolução das atividades comerciais globais<sup>2</sup>.

Por essa mesma razão, não há um conceito de contrato internacional que dê conta de abranger todo seu conteúdo, mas há algumas diretrizes que delimitam suas características e tornam possível identificá-lo e diferenciá-lo das outras espécies contratuais.

Antes de elencar algumas dessas características, vale lembrar que não existe um ordenamento jurídico supra-nacional, ou seja, não há normas coercitivas internacionais capazes de impor sanções em litígios que extrapolem as fronteiras de um determinado país.<sup>3</sup> As regras de interpretação e solução de eventuais desavenças que possam ocorrer nesses tipos contratuais estão dispostas no

---

<sup>1</sup> GARCEZ, José Maria Rossani. *Contratos internacionais comerciais: planejamento, negociação, solução de conflitos, cláusulas especiais, convenções internacionais* / José Maria Rossani Garcez. – São Paulo: Saraiva, 1994, p. 7.

<sup>2</sup> Ainda, no mesmo sentido, Irineu STRENGER: “Do que não se tem mais dúvida, porém, é de que os contratos internacionais do comércio, cada vez mais, isolam-se das figurações doutrinárias clássicas, e válidas, segundo as tradições dos Direitos Nacionais, cuja universalização se expressa em meras identidades, mas que não servem para satisfazer as exigências peculiares do comércio internacional” in *Contratos Internacionais do Comércio* – 3ª ed., rev. e ampl. – São Paulo: LTr, 1998, p. 25.

<sup>3</sup> KUHN, João Lacerda. *A autonomia da vontade nos contratos do mercosul*. Direito Internacional Privado. Luiz Fernando Franceschini e Marcos Wachowicz (coords.). Curitiba: Juruá, 2001, p.45

Direito de cada Estado, variando conforme a orientação legal adotada por cada um deles. A adoção de tratados e convenções internacionais tem a finalidade de uniformização dos procedimentos, visando à maior segurança para as partes, o que não reduz a soberania das nações, individualmente, por ocasião da interpretação e imposição de uma solução ao litígio.

Irineu STRENGER ensina que os contratos internacionais podem apresentar alguns pontos em comum com os de Direito Interno, mas seria um “chauvinismo” adotar como critério distintivo das duas espécies apenas os fatores geográficos. As duas figuras podem apresentar algumas coincidências nominalísticas, mas as origens consuetudinárias do comércio internacional explicam sua variedade e especialidade de formas.

Uma das coincidências apontadas autor é a necessidade de adaptação da ordem jurídica positiva à especialidade técnica da atividade mercantil que se quer regular. Isso se explica pelo alto grau de dinamismo que reveste o comércio, tanto interno quanto internacional.<sup>4</sup>

Entretanto, para que se defina o que sejam os contratos internacionais, é necessário que se excluam todos os de Direito Interno, ou seja, “isolam-se aqueles contratos realizados por pessoas que estejam sujeitas ao mesmo sistema jurídico por imperativo legal, atribuindo-se aos demais a categoria de contratos internacionais”.<sup>5</sup>

Irineu STRENGER define os contratos internacionais como sendo:

“todas as manifestações bi ou plurilaterais das partes objetivando relação patrimonial, ou de serviços, cujos elementos sejam vinculantes de dois ou mais sistemas jurídicos extraterritoriais, pela força do domicílio, nacionalidade, sede principal dos negócios, lugar do contrato, lugar da execução, ou qualquer circunstância que exprima um liame indicativo de Direito aplicável”.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> STRENGER, Irineu, – 3ª ed., rev. e ampl. – São Paulo: LTr, 1998, p. 27.

<sup>5</sup> KUHN, João Lacerda, A autonomia da vontade nos contratos do mercosul. Direito Internacional Privado. Luiz Fernando Franceschini e Marcos Wachowicz (coords.). Curitiba: Juruá, 2001, p. 55.

<sup>6</sup> STRENGER, Irineu, Contratos Internacionais do Comércio, p. 84.

No mesmo sentido, a definição de João Lacerda KUHN:

“Contratos que vinculam as partes jurisdicionadas por sistemas jurídicos diferentes e que, por tal razão, não estão por completo sujeitos a nenhum sistema jurídico perfeitamente identificado, pois, pela peculiaridade da nacionalidade ou do domicílio, não poderão ser alcançados coercitivamente por suporte legislativo ao qual não estejam vinculados, por imperatividade legal ou por convenção”.<sup>7</sup>

Conclui-se então que o contrato internacional é aquele caracterizado por possuir um ou mais elementos de estraneidade, que o liga a mais de um ordenamento jurídico. E aqui reside a grande diferença em relação aos contratos internos: esses possuem todos os seus elementos e são regidos exclusivamente pelo direito de um único país, não extrapolando seus limites territoriais.

A diferença se aprofunda ainda mais quando uma determinada prestação a que ficou submetida uma das partes contratantes não foi devidamente cumprida, as partes não chegaram a uma composição amigável e levam o conflito para ser resolvido por vias judiciais. Como o contrato internacional possui elementos que o conectam a mais de um ordenamento, surge a questão de se saber qual será a lei competente para apreciar o caso e dirimir o conflito. A indicação poderá ser feita por vários critérios, dentre os quais estão a indicação pelo próprio ordenamento de determinado país e a escolha pelas partes contraentes. A esse modo de indicação chamamos de *Elementos de Conexão ou Regras de Conexão*, que serão analisados mais profundamente no capítulo seguinte.

Por fim, extrai-se da obra de José Maria Rossani GARCEZ a conclusão de que as partes, por ocasião da celebração dos contratos, devem, dentro do possível, tentar prevenir os conflitos que possam vir a ocorrer, inserindo cláusulas que prevejam eventuais desavenças e desde logo busquem a melhor alternativa para a composição amigável, evitando a incerteza da definição da lei aplicável.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> KUHN, João Lacerda, A autonomia da vontade nos contratos do mercosul. Direito Internacional Privado. Luiz Fernando Franceschini e Marcos Wachowicz (coords.). Curitiba: Juruá, 2001 p. 56.

<sup>8</sup> GARCEZ, José Maria Rossani, Contratos Internacionais comerciais..., p.11.

## 2. Elementos de Conexão

Uma das questões mais importante do Direito Internacional Privado é a indicação da lei a ser aplicada a determinado caso internacional. Esse ramo jurídico caracteriza-se por ser um “Direito do direito”, ou “meta-direito”, o que significa que suas normas não possuem conteúdo material para a solução de conflitos, mas são apenas indicativas de qual lei deverá incidir no caso concreto para solucioná-lo. Dessa forma, os ordenamentos jurídicos nacionais contêm regras próprias para possibilitar ao operador do direito a localização da lei aplicável àquele caso específico. A essas regras dá-se a denominação de *Elementos de Conexão, Regras de conexão* ou *Normas Indiretas*.

As Regras de Conexão, portanto, são normas indicativas de qual lei deverá ser aplicada, e o aplicador da lei seguirá essa norma como se fora uma seta indicativa do direito aplicável e das normas jurídicas que regulam o caso *sub judice*.<sup>9</sup>

Irineu STRENGER define Elementos de Conexão, no que diz ser uma contribuição à definição de GOLDSCHIMIDT<sup>10</sup>, como sendo “*expressões legais de conteúdo variável, de efeito indicativo, capazes de permitir a determinação do direito que deve tutelar a relação jurídica em questão*”.<sup>11</sup>

Essas regras são os vínculos, ou liames, que submetem determinado fato jurídico a um determinado ordenamento. Assim, é por meio delas que sabemos qual o direito aplicável. São as diretrizes, as chaves, as cabeças-de-ponte para solução dos conflitos de lei, segundo Haroldo Valadão<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> DOLINGER, Jacob, *Direito Internacional Privado*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Ed Renovar, 2001, p. 49.

<sup>10</sup> “É a Indicação de qual o direito aplicável a determinada relação jurídica, mediante expressão variável, que se individualiza em atendimento às particularidade de cada caso”. STRENGER, Irineu, *Contratos Internacionais do Comércio* – 3ª ed., rev. e ampl. – São Paulo: LTr, 1998, p. 286.

<sup>11</sup> DOLINGER as define como sendo “as normas estatuídas pelo DIP que indicam o Direito aplicável às diversas situações jurídicas conectadas a mais de um sistema legal”, DOLINGER, Jacob, *Direito Internacional Privado...*, p. 292.

<sup>12</sup> O Direito Internacional privado visa a solucionar o conflito de leis no espaço, isto é, regular os fatos em conexão, no espaço, com leis autônomas e divergentes. É, pois, o direito que rege os fatos em translação, girando através do espaço ao redor de leis diversas ou de fatos situados entre leis espacialmente contrárias ou o direito que concerne à atividade de uma lei além de sua órbita, além do território, além das pessoas, para que foi feita”. VALADÃO, Haroldo – *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1980, p. 135.

Não obstante os princípios das regras de conexão formulados pela Escola Estatutária italiana já fossem conhecidos (a regra do local da celebração do contrato), atribui-se a Bartolo a sua sistematização. Ele dividiu as questões entre as originadas do contrato e as posteriores, decorrentes de sua execução. Antecipou também a possibilidade de aplicação de mais de uma lei a um mesmo contrato.

No início, essa regra que define o local da celebração do contrato como aplicável fazia sentido, pela dificuldade de celebração contratual entre ausentes. SAVIGNY, contudo, no século XIX, formulou a teoria sobre os conflitos de lei. Ele criticou o uso da *lex loci celebrationis*, por entendê-la “efêmera e fortuita”, e adotou como critério de conexão a regra do local de execução por entender que seria o lugar onde ocorreriam as ações mais importantes da realização da obrigação, de forma que a submissão das partes a uma lei correspondesse a um fenômeno visível.

Com a evolução da sociedade, notadamente dos meios de comunicação e transportes, esses critérios perdem a importância e cedem lugar à possibilidade de escolha pelas partes da lei aplicável ao caso. Todavia, a importância dessas regras ainda é sentida, principalmente nos países latino-americanos que não admitem a autonomia da vontade e as utilizam em seus ordenamentos (como é o caso do nosso país), e disso sobrevém a importância de seu estudo.

Para DOLINGER, quando o Direito Internacional Privado de certo país realiza a aplicação de determinada regra de conexão, adequando a ela o caso concreto, podem-se distinguir três fases: (a) *qualificação da situação ou relação jurídica*, que possibilitará a (b) *localização da sede jurídica* e a (c) *aplicação do Direito escolhido*.

A *qualificação da situação ou relação jurídica*, por sua vez, pode versar acerca do (a) estatuto pessoal, (b) estatuto real ou (c) um ato ou fato jurídico. Essa classificação tripartite vem das escolas estatutárias e ainda é utilizada na França.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Nesse sentido, observa Martin WOLF que a questão relativa aos efeitos que resultam de determinado negócio válido não pode ser resolvida com uma resposta única. A solução deverá levar em conta a causa a que está conectado o negócio jurídico celebrado. Por exemplo, se os

O *estatuto pessoal* engloba o estado e a capacidade da pessoa. O estado da pessoa é definido como o conjunto de atributos constitutivos de sua individualidade jurídica, enquanto que a capacidade é a aptidão da pessoa individual de exercer seus direitos, particularmente os direitos privados, e contrair obrigações. As principais regras de conexão aplicadas ao estatuto pessoal são: a *lex fori* que diz respeito à territorialidade<sup>14</sup>; a *lex patriae*, segundo a qual a capacidade do indivíduo é regida pela lei de seu país e a *lex domicilii*, que aplica a lei do local onde a pessoa é domiciliada para reger sua capacidade.

O *estatuto real* recai sobre o direito de propriedade. Refere-se aos bens imóveis que estão envolvidos na relação jurídica internacional. A regra na grande maioria dos sistemas legais é a aplicação da lei do país em que o bem estiver situado. Os bens, dessa forma, se regem pela chamada *lex rei sitae* ou *lex situs rei*, como preferem alguns autores.

Quanto aos *atos jurídicos* – onde se encontram as obrigações comerciais –, o elemento de conexão pode variar ao sabor das leis internas de cada país ou mesmo quanto à escolha pelas partes do direito aplicável. Alguns países adotam como regra de conexão o local da celebração do contrato, alguns o local em que a obrigação resultante do contrato deva ser adimplida, e outros ainda facultam às partes contratantes a eleição da lei que reputarem mais conveniente.

Irineu STRENGER denomina essa última categoria o nome de *elementos formais ou relativos aos atos jurídicos*, mas destaca em outra espécie a possibilidade de escolha da lei pelas partes, chamando-se de *Elementos Volitivos*, como adiante ver-se-á. Elas ocupam posição de destaque na escolha da norma aplicável ao caso multi-conectado. Conforme a natureza e o conteúdo, como dito acima, os efeitos do ato jurídico obedecem à lei do lugar da celebração ou à do lugar da execução do contrato.

---

efeitos afetam direitos reais, aplica-se a *lex rei sitae*; se afetar direitos sucessórios, o direito nacional do causante; e se afetar as obrigações comerciais, a lei do local da celebração ou execução do contrato, ou ainda, a lei escolhida pelas partes. DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado...*, p. 261.

<sup>14</sup> Essa regra é a menos importante das três e tende a desaparecer, porque aplica a lei do local em que o sujeito se encontra, mesmo que de passagem, o que dificulta o comércio internacional.

A *lex loci celebrationis* leva em consideração para a escolha da lei aplicável o local da celebração do contrato. Essa teoria, proposta por Bartolo, ainda hoje possui grande prestígio como elemento subsidiário em muitas legislações. Contudo, não está a salvo de críticas. Wilson De Souza Campos BATALHA destaca pelo menos duas deficiências desse elemento de conexão<sup>15</sup>: primeira, o local da celebração muitas vezes depende de mera casualidade ou é difícil de localizá-lo, como v.g. aqueles realizados por telefone. A segunda deficiência apontada reside no próprio conceito de lugar de celebração, que é um conceito juridicamente indeterminado, e dessa forma, depende da valoração que lhes é dada pelo ordenamento jurídico do foro (*lex fori*) a que a solução do caso está submetida – o que gera incertezas e insegurança aos contratantes.

A *lex loci solutionis* vincula as obrigações contratuais à lei do país de execução. Como já mencionado, SAVIGNY entendia que o contrato deveria ser regido pela lei do local com que tivesse maior relação, e essa seria visivelmente o local em que as prestações deveriam ser cumpridas. Critica-se essa teoria quando os contratos envolverem prestações que devam ser cumpridas em diferentes locais pelas partes envolvidas, ocorrendo assim uma divisão do contrato.

E por último, os *Elementos volitivos*, em que a lei aplicável ao conflito é determinada pela escolha das partes. Diz respeito à autonomia da vontade nos contratos internacionais. Todo seu conteúdo, princípios, limitações, importância serão esmiuçados no decorrer desta obra.

João Grandino RODAS<sup>16</sup>, tratando especificamente dos elementos de conexão relativamente às obrigações contratuais, propõe uma outra classificação, que a nosso ver, facilita o estudo da matéria. O autor divide a matéria em três aspectos distintos, quais sejam:

- a) *Os elementos de conexão relativos à capacidade das partes obrigadas*, que se dividem naqueles em relação à pessoa física e

---

<sup>15</sup> VALLADÃO, Haroldo – Direito Internacional Privado, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1980, p. 181.

<sup>16</sup> RODAS, João Grandino. Elementos do Direito Internacional privado relativamente às obrigações contratuais. In Contratos internacionais / coordenador João Grandino Rodas. – 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. Vários colaboradores.

jurídica – que se equipara ao que DOLINGER chama de estatuto pessoal.

b) *Os elementos de conexão relativos às obrigações em si*, que se subdividem em:

b1) *relacionados aos aspectos extrínsecos ou formais*, que visam a verificar a forma dos atos jurídicos praticados, certificando sua existência e facilitando a prova dos mesmos. O grande princípio norteador aplicável a esses aspectos, desde a época feudal, é o *locus regit actum*, ou seja, para reger a forma dos atos incide a lei do local em que foram praticados.

b2) *relacionados aos aspectos intrínsecos ou de fundo* das obrigações, que vão eleger a lei aplicável à substância do contrato, possuindo várias soluções, dentre elas *a lex loci contractus, lex loci executionis, lex patrie, lex domicilii*.

c) *a vontade das partes como elemento de conexão*, ou elementos volitivos, que diz respeito à autonomia da vontade das partes e será analisado mais à frente.

Todos esses elementos mencionados são determinadores da lei aplicável ao conflito, não sendo, portanto, problema de justiça material, mas tão somente de determinação do direito que deverá solucionar o conflito. A esse método de escolha da lei aplicável Nadia de ARAÚJO<sup>17</sup> dá o nome de *método conflitual*. Esse sistema, que não se atém à finalidade das normas escolhidas, mas se dedica tão somente a escolher as que estão de fato conectadas à questão, preocupando-se apenas em indicar a norma aplicável, chama-se *multilateral*.

Em um outro sistema, chamado de *unilateral*, os tribunais deveriam se pautar por uma análise orientada pelo resultado final substantivo, ou seja, devem-se levar em consideração as conseqüências que a aplicação de determinada lei traria ao caso *sub judice*, e não apenas fazer escolhas cegas e livres de valoração. A diferença entre os dois sistemas, portando, encontra-se na análise

---

<sup>17</sup> ARAÚJO, Nadia de. Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais – 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 25 e ss.

que o *método unilateral* faz do conteúdo do caso, enquanto o outro se atém a elementos puramente formais, indicativos da lei aplicável material. Essa teoria tem origem com David Cavers e tem continuidade com Brainerd Currie, tendo larga aplicação no Direito americano.

Por fim, ressalta a autora que ambos os sistemas estão se convergindo, atenuando-se as diferenças existentes. Tanto no sistema americano não há mais repúdio às regras de conflito como também na Europa está-se utilizando critérios de justiça material, como v.g. as regras de conexões por vínculos mais estreitos adotados pela Convenção de Roma sobre a lei aplicável aos contratos internacionais.

Para DOLINGER<sup>18</sup>, busca-se por meio de criação de normas conflituais internacionais uniformes a harmonização dos sistemas internos de Direito Internacional Privado. Desempenham importantes papéis nessa unificação os organismos internacionais, notadamente a UNIDROIT (Instituto para Unificação do Direito Privado), a Conferência internacional de Haia e a UNCITRAL (Comissão das Nações unidas pra o Direito do Comércio Internacional).

Concluindo, esse primeiro capítulo foi uma contextualização do tema. Em suma, o Comércio Internacional, como parte especial do Direito Internacional Privado que cuida especificamente do Direito Obrigacional, tem nos contratos internacionais seu instrumento mais utilizado. Assim, esses contratos se caracterizam por apresentarem um ou mais elementos que o conectem a mais de um ordenamento jurídico. Por conta disso, dentro dos sistemas jurídicos de cada país existem normas técnicas, chamadas de *elementos de conexão*, que indicam qual lei deverá ser aplicada a esses contratos. Em alguns países, abre-se a possibilidade para as partes envolvidas na relação jurídica multiconectada escolherem qual direito desejam que seja utilizado para solução do conflito. Esse princípio é chamado de *autonomia da vontade*, e é dele que trata presente trabalho, centrando seu foco no tratamento que ao tema é dado pela doutrina, legislação e jurisprudência brasileiras.

---

<sup>18</sup> DOLINGER, Jacob, Direito Internacional Privado, 3ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1995, p. 37.

### III - A AUTONOMIA DA VONTADE

#### 1. Conceito

Como visto, o elemento volitivo é um dos mais importantes *elementos de conexão* no que tange os contratos internacionais do comércio. Traduz-se na autonomia da vontade, que concede às partes a faculdade de escolher a lei aplicável a determinada relação jurídica internacional. Irineu STRENGER, citando Marcel CALEB, assim a define:

*“Faculdade concedida aos indivíduos de exercer sua vontade, tendo em vista a escolha e a determinação de uma lei aplicável a certas relações jurídicas nas relações internacionais, derivando ela da confiança que a comunidade internacional concede ao indivíduo no interesse da sociedade, e exercendo-se no interior das fronteiras determinadas de um lado pela noção de ordem pública e de outro pelas leis imperativas, entendendo-se que, em caso de conflito de qualificação, entre um sistema facultativo, a propósito de uma mesma relação de direito, a questão fica fora dos quadros da autonomia, do mesmo modo que ela somente se torna eficaz na medida em que pode ser efetiva”.*<sup>19</sup>

Analisando essa definição, extrai-se elementos suficientes para delimitar essa figura jurídica e apontar suas características, o que permite individualizá-la e ao mesmo tempo distingui-la das demais figuras afins, contribuindo para uma melhor compreensão.

Em primeiro lugar, ressalta-se que a autonomia da vontade nos contratos internacionais não assume a mesma configuração que possui no direito privado interno - muito embora estruturalmente não haja mudanças radicais quando analisada nos dois ramos jurídicos. Nesse a autonomia se manifesta na liberdade que o indivíduo tem de regência de seus próprios atos, podendo contratar, estipulando o contrato e seu conteúdo, ou seja, “é a aptidão que possui

---

<sup>19</sup>STRENGER, Irineu, *Contratos Internacionais do Comércio* – 3ª ed., rev. e ampl. – São Paulo: LTr, 1998, p. 300.

toda pessoa capaz, pela vontade unilateral ou pelo concurso de vontades, de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas”.<sup>20</sup>

No Direito Internacional Privado, por sua vez, a autonomia da vontade traduz-se, para além da capacidade de auto-regramento interno do contrato, fundamentalmente na escolha da lei aplicável ao contrato pelas partes celebrantes. Portanto, a autonomia aqui não tem como objetivo a interpretação da norma material, mas apenas selecionar a lei competente, ou seja, ela extrapola “as fronteiras do direito privado para seleccionar nas ordens jurídicas existentes a lei aplicável a uma determinada relação de direito, apresentando caracteres internacionais”.<sup>21</sup>

Sobre esse princípio, duas correntes defendem pontos de vista opostos, na concepção de Oscar TENÓRIO<sup>22</sup>. Para uma, a autonomia da vontade é consagrada pela própria lei, e sua extensão é muito maior no Direito Internacional privado que no Direito interno. Para a outra corrente, a liberdade de escolha das partes não deve ser admitida, posto que não existe autonomia da vontade no Direito internacional privado, mas somente a liberdade convencional.

Essa segunda corrente tem como seu maior representante NIBOYET, para quem não se deve construir uma teoria sobre a autonomia da vontade, porque ela não existe, e a doutrina peca por confundi-la com a simples liberdade de convenção das partes, que são duas concepções diferentes. Complementando suas idéias, WEISS diz que a autonomia da vontade reside nos contratos, e a respeito desses funcionam disposições de três espécies: Imperativas, Facultativas e Supletivas. As primeiras são aquelas de cujo rigor as partes não poderão fugir; as Facultativas são as que até certo momento permitem aos particulares convencionar e as Supletivas as que se impõem quando a manifestação de vontade das partes seja deficiente ou inexistente; salienta ainda que em Direito Internacional Privado podem, ou não, ser encontradas disposições facultativas,

---

<sup>20</sup>BASSO, Maristela, A autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio, in Baptista, L.O.; HUCK, H.M. e CASELLA, P.B. (org.) Direito e Comércio Internacional: tendências e perspectivas – Estudos em homenagem ao Prof Irineu Strenger, São Paulo, Ltr, 1994, p.44.

<sup>21</sup> STRENGER, Irineu, Contratos Internacionais do Comércio..., p. 294.

<sup>22</sup> TENÓRIO, Oscar, Direito internacional privado. 11 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1976, p. 171.

mas isto de nenhum modo importa autonomia da vontade neste ramo do direito, porquanto as partes sempre estarão sujeitas a um ordenamento, e dessa forma, a liberdade de convencionar não é absoluta, mas sim relativa, e dentro de um campo limitado de atuação.<sup>23</sup>

Essa posição não encontra maior repercussão nos autores internacionalistas, que admitem em sua ampla maioria a autonomia da vontade nesse ramo do direito. Ademais, essa discussão perdeu importância posto que hodiernamente a maioria dos países admitem-na em seus ordenamentos como forma de determinação da lei aplicável ao contrato.

Já para os defensores da autonomia da vontade, hoje mundialmente consagrada, a vontade das partes na escolha da lei aplicável pode se dar explícita ou tacitamente. Se a lei for expressamente mencionada no contrato, não haverá maiores problemas. Contudo, se as partes deixarem de mencioná-la, o julgador do caso concreto deverá interpretar pelas cláusulas contratuais qual teria sido a vontade das partes e aplicar o direito que melhor se adequar. Esse entendimento vem sendo adotado tanto pelas cortes julgadoras européias, como nos países da common law.<sup>24</sup>

Contudo, não se pode esquecer que o princípio da autonomia da vontade não concede às partes poder irrestrito na escolha das regras aplicáveis ao contrato. Ela vem limitada, de um lado, pelo conceito de Ordem Pública, e de outro, pelas Leis Imperativas, como se verá no item seguinte.

Importante também ressaltar a diferença existente entre a *escolha da lei aplicável* ao contrato e a *escolha do foro* competente para dirimir as controvérsias. As duas figuras não se confundem. A primeira diz respeito à cláusula de eleição de lei material, designando o sistema aplicável ao conflito. A segunda “traduz-se em indicar o compromisso das partes de submeterem-se a certo órgão jurisdicional para exame dos litígios emergentes do contrato”.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> TENÓRIO, Oscar, Direito internacional privado..., p. 174.

<sup>24</sup> Sobre o assunto, ver jurisprudência da Corte francesa no item 3 desse capítulo.

<sup>25</sup> DE NARDI, Marcelo, Eleição de Foro em Contratos Internacionais: uma Visão Brasileira. In *Contratos Internacionais*, coord. João Grandino Rodas, 3ª ed., São Paulo, RT, 2002, p.129.

Para uma melhor visão dessa diferença existente, a título de ilustração, se junta a seguir um modelo de contrato internacional em que se discrimina o local escolhido para ser o foro competente e a lei aplicável:

“Chose of Law and Venue [ou] (Governing Law and Jurisdiction)

**A.** The essential validity of the contract and all matters pertaining thereto, including, but not limited to, matters of performance, non-performance, breach, remedies, procedures, rights, duties, and interpretation or construction, shall be governed by and construed in accordance with the laws of Brazil.

**B.** Subject to the provision of article \_\_\_\_\_ (Arbitration), the parties hereto elect the courts of the City of Rio de Janeiro, the State of Rio de Janeiro, to receive and judge any claims, actions or disputes arising directly or indirectly from this Contract, the said Courts being preferred to any other, irrespective of any privilege whatsoever”.<sup>26</sup>

Esse modelo de contrato distingue bem as duas figuras. No item A, indica a lei brasileira como competente para apreciar a substância do contrato, elencando exemplificativamente alguns itens como a validade, o processo, etc. O item B elege como foro competente para julgar a questão a comarca do Rio de Janeiro – Capital.

## **2. Limites à Aplicação**

A comunidade jurídica internacional deve ser pensada como uma justaposição de interesses individuais cujo alcance limita-se no momento em que se inicia a esfera do outro. Ultrapassando esse limite, o equilíbrio social é rompido e o Estado entra em ação fazendo cumprir suas regras para restabelecer a normalidade e a segurança jurídica ameaçadas. Daí então a afirmação de que a vontade jurídica deve ser livre e ao mesmo tempo conformar-se com o direito, pois suas normas devem servir para tutelar, garantir e complementar a liberdade.

Assim, em que pese a tendência expansiva do princípio da autonomia da vontade como elemento definidor da lei aplicável a determinada situação jurídica multiconectada, seu uso não é ilimitado. A aplicação de uma lei

---

<sup>26</sup> GARCEZ, José Maria Rossani, Contratos internacionais comerciais: planejamento, negociação, solução de conflitos, cláusulas especiais, convenções internacionais – São Paulo: Saraiva, 1994, p. 115.

estrangeira dentro de um ordenamento jurídico pode encontrar barreiras quando se depara com os valores básicos e tradicionais que alicerçam toda base jurídica de uma nação. São elementos limitadores a essa mencionada incorporação de regras estrangeiras as *Leis Imperativas* e principalmente a *Ordem Pública*.

Sua origem teve início no cenário de crise em que mergulharam os países nos anos seguintes à Primeira Guerra Mundial, que fez com que os Estados passassem a editar regras restritivas para regular o comércio e os juízes a decidir as questões apresentadas levando em consideração algumas normas intervencionistas e protetivas.<sup>27</sup>

Segundo Irineu STRENGER, é muito difícil senão impossível determinar o exato conteúdo da ordem pública, pois seus limites variam de acordo com a aceção de cada Estado. Todavia, para que se tenha uma melhor compreensão do objeto sob análise, transcreve-se aqui o conceito dado pelo autor:

“Devemos entender por ordem pública o conjunto de princípios incorporados implícita ou explicitamente na ordenação jurídica nacional, que por serem consideradas para sobrevivência do Estado e salvaguarda de seu caráter próprio, impedem a aplicação do direito estrangeiro que os contradiga, ainda que determinado pela regra de conflitos”.<sup>28</sup>

Vale dizer que esse conceito é controvertido, e como dito, a noção de ordem pública é de complexa definição (posto que envolve princípios de ordem moral, filosófica, dentre outras), mas não se pretende abrir essa questão no presente trabalho, o que importa é apontá-la como uma das barreiras à aplicação da autonomia da vontade na escolha da lei aplicável e tentar dar alguns contornos dos seus efeitos.<sup>29</sup>

Importante mencionar que a ordem pública tomada pelo Direito Internacional não assume a mesma extensão que possui no direito interno, pois nesse ela se traduz como um princípio limitador da vontade das partes, sendo um conjunto de normas imperativas, assim determinadas pelo legislador, e que não

---

<sup>27</sup> ARAÚJO, Nádía de, *Contratos Internacionais...*, p. 36.

<sup>28</sup> STRENGER, Irineu, *Direito Internacional Privado...*, p. 272.

<sup>29</sup> Nesse sentido, DOLINGER diz que a resposta à indagação de como ela se define é “que a principal característica da ordem pública é justamente sua indefinição”, DOLINGER, Jacob, *Direito Internacional Privado*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1995.

podem ser afastadas pelo acordo das partes. Enquanto que no Direito Internacional ela impede a aplicação de leis estrangeiras, o reconhecimento de ato praticados no exterior e a execução de sentenças de outro país que venham a desrespeitar o sistema jurídico interno.

Como mencionado, o conceito de ordem pública é indeterminado e de conteúdo variável. Dessa forma, cabe ao aplicador do direito, quando analisar o caso concreto em que a regras de conexão determinaram a aplicação de um direito estrangeiro, dizer se essa aplicação desrespeita os princípios do ordenamento jurídico interno, sendo assim contra a ordem pública. Trata-se, em certa medida, de uma discricionariedade do juiz, o que não se deve confundir com o arbítrio, conforme diz Irineu STRENGER<sup>30</sup>, mas todos os ordenamentos sofrem com esse tipo de inconveniente. Conclui o autor que seus limites, em última análise, repousam no entendimento reiterado dos tribunais.

A consequência da incidência dessa norma, portanto, é afastar a lei estrangeira e aplicar em seu lugar a *lex fori*, ou simplesmente apenas afastar a norma estrangeira determinada pela regra de conflito.

Por fim, ressalta-se uma das características da norma de ordem pública que faz possível diferenciá-la das leis imperativas, que é justamente a sua incidência a *posteriori*. Vale dizer, a norma de ordem pública somente se aplica após a determinação do direito aplicável por meio das regras de conexão (sejam elas volitivas ou não)<sup>31</sup>; enquanto que as leis imperativas são de aplicação imediata e devem ser seguidas por todos, ou seja, sua aplicação se dá antes mesmo de utilizar-se o método conflitual, que nem mesmo é considerado.<sup>32</sup>

Concluindo, a ordem pública funciona como uma “válvula de segurança” ao direito nacional, mas deve ser utilizada com parcimônia e somente quando necessária para manter o equilíbrio entre a sociedade internacional e os fundamentos de direito interno. Deve-se ponderá-la a ponto de não desrespeitar

---

<sup>30</sup> STRENGER, Direito Internacional Privado, 2<sup>o</sup> ed., São Paulo, Ed. RT, 1986, p. 374.

<sup>31</sup> BASSO, Maristela, A autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio..., p. 44.

<sup>32</sup> ARAÚJO, Nadia de, Contratos Internacionais..., p. 37.

os princípios norteadores do ordenamento jurídico de cada nação nem tampouco prejudicar a segurança nas relações jurídicas internacionais.<sup>33</sup>

Além das restrições determinadas pelas noções de ordem pública e leis imperativas, a autonomia da vontade também sofre o que Maristela BASSO<sup>34</sup> chama de “*limites estratégicos*”, que devem ser observados para que a cláusula de escolha surta os efeitos desejados.

O primeiro desses limites é o caráter internacional do contrato, pois não é possível que essa regra tenha validade em um contrato puramente interno. Nesse sentido, a autora cita fragmento da “Exposição de Motivos da Lei Uniforme BENELUX em Matéria de Direito Internacional Privado”:<sup>35</sup>

*“dans un contrat international, c’est-à-dire un contrat qui comporte des éléments d’extranéité donné à plusieurs lois vocation de s’y appliquer, les parties ont la faculté de choisir la loi qui le régira”*

Deve-se considerar também no momento da escolha da lei aplicável ao contrato os sistemas de direito que contenham estreita relação com o mesmo, com os quais possua elementos de estraneidade.

E por fim, saber que a cláusula de escolha da lei somente terá efeito no ordenamento em que facultar às partes tal escolha e se corresponder a um legítimo interesse delas.

### **3. O Âmbito de Atuação da Autonomia quanto à Questão da Lei Aplicável, do Depeçage e dos Contratos sem Lei.**

A primeira questão que surge é de se saber até que momento as partes podem eleger a lei que regerá o contrato, e ainda, escolhida uma lei, se por nova convenção podem os interessados modificar aquela lei escolhida por outra. O problema, apesar várias discussões já travadas, parece ainda não ter uma solução

---

<sup>33</sup> DOLINGER, Jacob, Direito Internacional Privado..., p. 376.

<sup>34</sup> BASSO, Maristela, A autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio..., p. 54.

<sup>35</sup> BASSO, Maristela, A autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio..., p.55.

definida. A “Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais” assim estabelece:

*“Art. 3 (2) Le parti possono convenire, in qualsiasi momento, di sottoporre il contratto ad una legge diversa da quella che lo regolava in precedenza, vuoi in funzione di altre disposizione della presente convenzione”.*

*“qualsiasi modificazioni relativa alla determinazione della legge applicabile, intervenuta posteriormente alla conclusione del contratto, non inficia la validità formale del contratto e non pregiudica i diritti dei terzi”.*

Pelo enunciado do artigo entende-se que em qualquer momento pode haver a modificação, ressalvados direitos de terceiros. Desse entendimento compartilham os tribunais franceses, alemães, holandeses e ingleses.

A segunda questão que se coloca diz respeito à *depeçage*, ou seja, a possibilidade das partes escolherem mais de um sistema jurídico para reger o contrato, dividindo-o em partes e cada uma dessas partes sendo regida por um ordenamento.

A tendência é considerar possível, em que pese as poucas decisões que se tem na prática sobre o assunto. Deve-se atentar para que a escolha de mais de um sistema seja coerente, de forma que eles não se contradigam quando analisados na totalidade do contrato, o que convenhamos, não é uma tarefa simples. Isso leva alguns autores, dentre os quais Maristela BASSO<sup>36</sup>, a entenderem que em princípio deve o contrato ser regido por uma única lei, a não ser que o contrato seja grande e possa ser separado em partes, atribuindo-se a cada uma delas um direito. A “Convenção de Roma” tratou do tema, permitindo a prática da *depeçage*, seja pela escolha expressa das partes, seja possibilitando a aplicação de outra lei pelo julgador, no caso de não indicação:

*Art. 3º, item I, parte final: “le parti possono designare la legge applicabile a tutto il contratto, ovvero a una parte soltanto de esso”.*

*“Art. 4 (1) Nella mistura in cui la legge che regola il contratto non sia stata scelta a norma dell’articolo 3, il contratto è regolato dalla legge del paese col quale presenta il collegamento più stretto. Tuttavia, qualora una parte del contratto sia separabile dal resto e presenti um collegamento più stretto com um altro paese, a tale parte del contratto potrà applicarsi, in via eccezionale, la legge di quest’altro paese”.*

---

<sup>36</sup> BASSO, Maristela, A autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio..., p. 53.

Ainda, para realçar essa tendência europeia de aceitação da *depeçàge*, junta-se recente julgado da Corte de Cassação francesa, em 25 de janeiro de 2000:

**Convención de Rome du 19 juin 1980 – CONTRAT. – LOI APPLICABLE. – ARTICLE 3.1 – LOI CHOISIE PAR LES PARTIES. – CHOIX EXPRÈS. – CHOIX IMPLICITE. – GARANTIES BANCAIRES. – CONTRE-GARANTIES AUTONOMES.**

*Selon l'article 3.1 de la Convencion de Rome, le contrat est régi par la loi choisie par les parties et ce choix, par lequel elles peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause.*<sup>37</sup>

Por derradeiro, surge o debate sobre a possibilidade das partes, em sua capacidade de auto-regulamentação, elaborar o chamado *contrato sem lei*, que vem a ser a submissão não a uma determinada lei escolhida, mas aos princípios gerais que norteiam a prática comercial internacional, como por ex. a nova *Lex Mercatória*, os laudos arbitrais, etc.

Um ponto a ser ponderado é a sua aceitação pelos diferentes ordenamentos, o que dependerá, entre outros fatores, de ser o país codificado ou não, de ser excessivamente nacionalista e do apego de seus julgadores às leis escritas.<sup>38</sup> Afirma-se que um juiz jamais deixará de estar vinculado a um direito interno, pois, não poderá deixar de apreciar o valor jurídico em função de seu próprio direito.

Maristela BASSO repudia essa questão, primeiro ao acatar a tese de outros autores que entendem que no campo da autonomia contratual subsistem as normas imperativas e os princípios de ordem pública que são inderrogáveis por vontade das partes, e segundo, por entender que ao aderir a essa prática, facilitaria o desenvolvimento de “relações contratuais patológicas”, nas quais a parte comercial mais fraca estaria à mercê dos grupos mais fortes, vendo-se diante de instrumentos que não lhe trariam proteção frente a essa desigualdade,

---

<sup>37</sup> Rev. crit. dr. internat. privé, 89 (4) octobre-décembre 2000, pág. 737.

<sup>38</sup> Véra M. Jacob de Fradera, A Saga da uniformização da compra e venda internacional: Da lex mercatória à convenção de Viena de 1980, p. 814

como por exemplo os contratos-tipo ou de adesão, e finaliza salientando que somente a lei pode garantir equilíbrio contratual e garantir interesse de terceiros.<sup>39</sup>

Convencionou-se chamar de nova *Lex Mercatória* o conjunto de regras, princípios e costumes oriundos da prática comercial internacional, sem vinculação a qualquer direito nacional.

Irineu STRENGER a define como "um conjunto de procedimentos que possibilita adequadas soluções para as expectativas do comércio internacional, sem conexões necessárias com os sistemas nacionais e de forma juridicamente eficaz".<sup>40</sup>

Importante diferenciá-la da *lex mercatória* desenvolvida pelos tribunais medievais para dirimir extrajudicialmente os conflitos relacionados ao comércio, além das fronteiras de determinado burgo<sup>41</sup>. Cada uma delas surgiu para atender às necessidades de seu tempo, aquela como forma dos comerciantes desatarem-se das amarras feudais, e a *Nova*, criada pelo empresariado, visando a obter uniformidade nas relações comerciais internacionais sem a interferência dos Estados, o que traz celeridade na busca de instrumentos adequados e segurança para a realização dos negócios.

#### **4. O Papel dos Tratados Internacionais.**

Importante papel para o Direito Internacional Privado exercem as convenções internacionais no sentido de uniformização das regras de conexão dos ordenamentos jurídicos internos dos países com a finalidade de proporcionar maior segurança e clareza para as transações comerciais.

No tange a aceitação do princípio da autonomia da vontade, a primeira convenção que tratou do tema foi a de Haia, finalizada em 1955.<sup>42</sup>

---

<sup>39</sup> BASSO, Maristela, A autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio..., p. 56.

<sup>40</sup> STRENGER, Irineu., *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*. São Paulo: Ltr, 1996. p. 78.

<sup>41</sup> Véra M. Jacob de Fradera, A Saga da uniformização da compra e venda internacional: Da *lex mercatória* à convenção de Viena de 1980.

<sup>42</sup> No Capítulo sobre as Vendas de Caráter Internacional de Objetos Móveis – "Art. 2º - A venda é regida pela lei interna do país designado pelas partes contratantes".

Posteriormente, frente à necessidade dos países de uniformizar as regras de comércio, foi criada em 1966 pela ONU a Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional – UNCITRAL – que se dedicou ao estudo do tema, que resultou na Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional, finalizada em 1980. Essa convenção entrou em vigor em 1988, e embora não tenha abarcado a Convenção de Haia em detrimento de um novo texto que incluísse as diferentes correntes legais, manteve o posicionamento favorável ao princípio da autonomia da vontade em seu artigo 7º, e no artigo 6º<sup>43</sup> permitiu a amplamente sua aplicação, não apenas na escolha da lei aplicável, mas também para a escolha da própria convenção.

Embora restrita aos países da União Européia, também não se pode deixar de mencionar a importância da Convenção de Roma de 1980 sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais. Esse foi um importante trabalho no sentido de uniformização do Direito Internacional Privado Interno dos países signatários, influenciando inclusive na reforma de algumas legislações nacionais, como é o caso da Áustria e da Finlândia, que a adotaram com lei interna.

Importante papel na uniformização das práticas comerciais internacionais exerce também o Instituto para Unificação do Direito Privado – UNIDROIT. Esse instituto foi criado em 1926 com o objetivo de tentar a unificação do direito privado interno de cada país. Em 1994 foi publicado um estudo no qual continham 120 artigos (e seus comentários) intitulado *Princípios para os Contratos Comerciais Internacionais*<sup>44</sup> para servirem de parâmetro tanto para os

---

<sup>43</sup> Art. 6º - *As partes podem excluir a aplicação da presente Convenção ou, sem prejuízo no disposto no artigo 12, derogar qualquer das suas disposições ou modificar-lhes os efeitos.*

Art. 7º - *O contrato rege-se pelo direito escolhido pelas partes. O acordo das partes sobre esta escolha deve ser expresso ou, em caso de inexistência de acordo expresso, depreender-se de forma evidente da conduta das partes e das cláusulas contratuais, consideradas em seu conjunto. Essa escolha poderá referir-se à totalidade do contrato ou a uma parte do mesmo. A eleição de determinado foro não implica a escolha do direito aplicável.*

<sup>44</sup> Nesse sentido, Nadia de ARAÚJO: “Os Princípios foram publicados pelo UNIDROIT em 1994. Ressalte-se que o trabalho do Instituto não é dirigido para a transformação de seus textos apenas em convenções internacionais, mas ainda para serem utilizados como uma fonte para os tribunais que precisam cuidar dessas questões. Seus estudos podem servir também de base para novas leis, inspiradas em seus postulados. Podem, ainda, servir de fonte para partes que estão negociando um contrato e precisam esclarecer determinadores pontos de direito privado, e mesmo adotar no bojo do contrato, algumas de suas normas, Por outro lado, partes em um contrato internacional contendo uma cláusula arbitral podem determinar a aplicabilidade dos princípios do

contratantes como para os julgadores que se deparem com um contrato internacional do comércio. Um dos primeiros artigos desses *Princípios* já permite a autonomia das partes para escolher a lei aplicável ao contrato.

## IV - O TEMA NO DIREITO COMPARADO

### 1. Sistema Europeu Continental

O princípio da autonomia da vontade inicia seu desenvolvimento no Direito Internacional Privado com o jurista francês Charles DUMOULIN, considerado um continuador das doutrinas estatutárias italianas, mas diferenciando-se delas justamente por defender a possibilidade da escolha pelas partes da lei aplicável aos contratos.

Assim como o italiano, o direito francês dessa época - século XVI - não era codificado, de forma que havia diferenças entre as leis parisienses e as demais províncias francesas. Nesse cenário, DUMOULIN expôs sua tese em um parecer que dizia respeito ao regime matrimonial aplicado ao casal *Ganey*; ele entendia que a convenção feita pelos cônjuges era um contrato, e dessa forma, deveriam eles ter o direito de escolher a lei aplicável, no caso, a lei parisiense.

Suas idéias foram sendo complementadas com outros autores. ALFONSIN, interpretando-o, dizia que “quando a eleição fosse expressa, devia ser respeitada, quando tácita, interpretada”. Ainda por BOULLENOIS, H. BARTIFFOL, Jules AUBRY, este último descrevendo a limitação da autonomia pela ordem pública. A opinião de SAVIGNY<sup>45</sup>, segundo J. SAMTLEBEN, dividiu a doutrina a

---

UNIDROIT para resolver uma disputa futura. Por fim, os princípios podem servir para encorajar estudos de direito comparado e a conclusão de que há um denominador comum entre várias legislações, contribuindo para a criação de um novo *jus commune*”. In ARAÚJO, Nádya de. Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais – 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.150.

<sup>45</sup> “A jurisdição especial da obrigação (que coincide com a verdadeira sede da obrigação) repousa na submissão livre das partes, submissão esta resultante, no mais das vezes, de uma declaração de vontade não expressa, mas tácita, e que desde então será sempre excluída pela expressão de

respeito de sua conformidade ou não com o princípio e disse que o jurista alemão teve uma visão bastante ampla da autonomia das partes.

Contudo, houve também na doutrina francesa uma corrente contrária ao princípio da autonomia, tendo como seus principais doutrinadores CHASSAT, NIBOYET e PILLET. Seus argumentos, em suma, diziam que a vontade das partes não poderia se sobrepor à lei, que governa a todos, não podendo derrogar regras imperativas. Todavia, não obstante os argumentos apresentados por esses autores, a grande maioria dos países aderiu à teoria que permite às partes a escolha da lei aplicável, motivo pelo qual não se aprofundará mais nas razões dessa corrente.

O caso marco se deu na jurisprudência francesa em 1910, que consagrou o princípio da autonomia da vontade no acórdão da Corte de Cassação sobre o caso “American Trading Company v. Quebec Steamship Company Limited”. Tratava o caso de um transporte marítimo de mercadorias feito pela segunda empresa de um produto da primeira. O contrato possuía cláusula de não responsabilidade da transportadora em caso de avaria, estipulação que foi questionada pela American com o argumento de que a lei do local de celebração do contrato tinha tal cláusula como nula, e assim decidiu o tribunal francês:

*“La loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée”.*<sup>46</sup>

Como se vê, o tribunal entendeu que, ao adicionar a cláusula, as partes não desejavam que a lei de Nova York, que possuía norma contrária, regesse o contrato, designado assim a lei francesa como aplicável. A partir dessa decisão, o direito francês passou a posicionar-se favoravelmente à aplicação do princípio em detrimento do local da celebração, até então utilizado.

Em outros países, da mesma forma, a autonomia da vontade foi consagrada pela jurisprudência, como é o caso da Alemanha, Bélgica, Países Baixos. Nos países do Benelux a questão foi colocada no “Tratado sobre a Lei

---

*uma vontade contrária. Devemos colocar a jurisdição especial da obrigação fundada na livre submissão das partes”.* Tradução livre de Nádia de Araújo, Contratos Internacionais..., p. 57.

<sup>46</sup> BASSO, Maristela, A autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio..., p. 46.

Uniforme em Matéria de Direito Internacional Privado”. Na Itália, nas Disposições Preliminares do Código Civil de 1942<sup>47</sup>, foi consagrada a autonomia, assim como no código português.

Em 1967 surgiram debates entre os países europeus que aceitaram o princípio em seus respectivos direitos com a finalidade de promover uma uniformização das regras conflituais, resultando com a entrada em vigor em 1991 da Convenção de Roma de 1980, adotando a autonomia da vontade:

“ Artigo 3.º

*Liberdade de escolha*

*1- O contrato rege-se pela lei escolhida pelas Partes. Esta escolha deve ser expressa ou resultar de modo inequívoco das disposições do contrato ou das circunstâncias da causa. Mediante esta escolha, as Partes podem designar a lei aplicável à totalidade ou apenas a uma parte do contrato”.*

## **2. Common Law.**

No Direito inglês, somente após a segunda parte do século XIX, com o desenvolvimento do comércio internacional, o princípio da autonomia da vontade foi adotado como regra em detrimento do local de celebração do contrato. Esse entendimento foi concretizado no caso “Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co.”, de 1939, no qual não somente a vontade expressa das partes deveria indicar o direito aplicável, como também no caso da ausência dessa, deveria o juiz presumi-la. Atualmente, o princípio está consolidado no Direito daquele país, que sofreu algumas modificações devido à adoção da Convenção de Roma.

O Direito inglês utiliza-se do sistema da *proper law* relativa ao contrato. Segundo essa teoria, o ordenamento jurídico que vai reger o contrato será aquele escolhido pelas partes, ou, em caso de silêncio dessas, aquele que o juiz entender que as partes deveriam ter escolhido quando da conclusão do contrato.

---

<sup>47</sup> Art. 25: “Le obbligazioni che nascono dal contratto sono regolate dalla legge nazionale dei contraenti, se è comune; altrimenti da quella del luogo nel quale il contratto è stato concluso. È salva in ogni caso la diversa volontà delle parti”.

Quando ocorre a segunda hipótese, em que as partes não declararam expressamente qual a lei aplicável, cabendo assim ao juiz fixá-la, surgem algumas questões que devem ser consideradas, como v.g. o local da celebração, da execução do contrato. Todavia, a forma mais satisfatória de determinação da lei, e mais usada pelas cortes inglesas, é aquela que submete a transação das partes à lei com a qual tem conexão mais próxima e real, inferindo-se da natureza do contrato e das circunstâncias gerais do caso.<sup>48</sup>

Por fim, vale lembrar que não obstante a grande amplitude que ela assume do direito inglês, a autonomia da vontade não é absoluta, porque também nesse sistema é limitada pela ordem pública, definida pela jurisprudência.

Nos Estados Unidos a matéria é tratada pelo nome de *Conflicts of laws*, abrangendo tanto os conflitos internacionais como os interestaduais. No final do século XIX até meados do século XX, não houve consenso quanto à determinação do método de escolha da lei aplicável aos contratos internacionais. Contudo, a partir da década de 50, a doutrina e a jurisprudência inclinaram-se pela aceitação da vontade das partes na escolha do Direito que deverá reger os contratos, culminando com a edição do Uniform Commercial Code, de 1962, prevendo a aplicação do princípio.

Nadia de ARAÚJO<sup>49</sup> ensina que no tocante à questão da lei aplicável ao contrato, quando as partes não designaram expressamente uma, é resolvida da mesma forma como acima exposto quanto ao direito inglês, pela relação mais estreita com a intenção das partes. Quanto à questão dos limites da escolha, ainda não é pacífica a aceitação de uma lei de regência que não tenha qualquer relação com o contrato. E por fim, conclui a autora que autonomia das partes esbarra nos princípios de *ordem pública* e das *leis imperativas*. Todavia, o critério

---

<sup>48</sup> Segundo Suzan Lee Zaragoza de Rovira, “Em certos casos é possível depreender uma intenção comum às partes contratantes. Por exemplo, se concordam que a corte de um determinado país terá jurisdição sobre questões que surjam do contrato, uma cláusula arbitral geralmente indica que as partes quiseram submeter o contrato à lei do lugar onde ocorrerá a arbitragem, ou ainda o uso de certos termos peculiares a um certo sistema jurídico, ou de um método de negociação ou financiamento desenvolvido em um determinado país”. In *Contratos internacionais* / coordenador João Grandino Rodas. – 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. Vários colaboradores. 2. Estudos comparativos sobre os contratos internacionais: aspectos doutrinários e práticos, p. 58.

<sup>49</sup> ARAÚJO, Nadia de, *Contratos Internacionais...*, p. 75.

adotado difere do sentido que possuem nos países da civil law, porquanto o julgador analisa a substância do contrato para visualizar qual interesse envolvido na questão, e muitas vezes a não aplicação de uma norma escolhida não ocorre por conta da ordem pública, mas por questões políticas de interesse de algum Estado da federação.

### **3. Países do Mercosul**

Com a assinatura do tratado de Assunção em 26 de maio de 1991 foi criado o Mercado Comum do Sul – Mercosul – com a finalidade de proporcionar aos Estados partes melhores condições de enfrentar as dificuldades globais, “tendo em conta a evolução dos acontecimentos internacionais, em especial a consolidação de grandes espaços econômicos e a importância de lograr uma adequada inserção internacional para seus países”.<sup>50</sup>

Ao longo dos seus pouco mais de 14 anos de existência, e como não poderia deixar de ser, o bloco enfrentou várias dificuldades, tanto na área econômica como política. Todavia, o problema que interessa ao Direito Internacional Privado – e por consequência ao presente trabalho – diz respeito à divergência encontrada nos ordenamentos jurídicos de cada país ao tratar da questão da escolha da lei aplicável às situações jurídicas conectadas a mais de um sistema legal. Os Estados membros do Mercosul utilizam o método conflitual para localizar lei que regerá os contratos que contenham algum elemento de extraneidade. Contudo, divergem quanto à determinação da regra de conexão que fará tal localização, o que acarreta incerteza e insegurança nas trocas comerciais realizadas em grande escala diariamente, dificultando o desenvolvimento econômico dos países integrantes e do próprio bloco em si.

A partir de agora se estuda as questões atinentes à escolha da lei aplicável nos Sistemas Jurídicos da Argentina, Paraguai e Uruguai, com exceção do Brasil, que será tratado com exclusividade no capítulo seguinte, com enfoque

---

<sup>50</sup> Exposição de motivos do Tratado de Assunção.

na posição adotada por esses países quanto ao princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio.

Na Argentina, o Código Civil regula a matéria em seus artigos 1205 a 1216. Tratando-se de contrato celebrado fora do território daquele país, a lei competente para julgá-lo será a do local em que ele foi celebrado. Contudo, para os casos em que o contrato tiver alguma conexão com o Direito argentino, o código adota como regra de conexão a *lex executionis*. Em outras palavras, se o contrato for celebrado ou exeqüível na Argentina, aplicar-se-á a lei do local em que ele deverá ser cumprido. Para uma melhor visualização, transcrevem-se os três artigos, *in verbis*:

*Art. 1205 – Los contratos hechos fuera del territorio de la República, serán juzgados, en cuanto a su validez o nulidad, su naturaleza y obligaciones que produzcan, por las leyes del lugar em que hubiesen sido celebrados.*

*Art. 1209 – Los contratos celebrados en la República o fuera de ella, que deben ser ejecutados en el territorio del Estado, serán juzgados en cuanto a su validez, naturaleza y obligaciones por las leyes de la República, sean los contratantes nacionales o extranjeros.*

*Art. 1210 – Los contratos celebrados en la república para tener su cumplimiento fuera de ella, serán juzgados, en cuanto a su validez, naturaleza y obligaciones, por las leyes y usos del país en que debieron ser cumplidos, sean los contratantes nacionales o extranjeros.*

Apesar de não consagrado expressamente na legislação argentina, o princípio da autonomia da vontade é aceito de forma pacífica pela doutrina, que encontra nas entrelinhas do código e com base nos tratados assinados, fundamento suficiente para sustentá-lo.

O mesmo, contudo, não ocorre com a jurisprudência. Se por um lado decisões reiteradas rechaçaram a autonomia das partes para eleger a lei aplicável nos contratos relacionados ao transporte marítimo, nos demais casos ela é permitida. A explicação para isso encontra-se no fato de que grande parte dos negócios internacionais realizados pela Argentina são desenvolvidos por transporte marítimo, o que levou à confecção da lei de navegação 20.094 que proíbe expressamente a autonomia das partes.

Na opinião de Nadia de Araújo, essa posição antagônica precisa modificar-se porque esse tema não é passível de divisão, e a adesão da Argentina à Convenção Interamericana poderia resolver essa questão.<sup>51</sup>

No Uruguai, a questão também é regulada pelo Código Civil, que dispõe em seu artigo 2.399 que a lei aplicável é a do local do cumprimento da obrigação. Assim como a lei argentina, a uruguaia também não disciplina expressamente a autonomia da vontade, contudo tanto a doutrina como a jurisprudência apresentam contra ela forte resistência. A explicação para isso, segundo Nadia de Araújo<sup>52</sup>, se deve à forte influência que o pensamento de Gonzalo Ramirez teve no Dipri no início do século passado. Segundo esse autor, a disciplina teria como objeto resolver o conflito de interesses entre soberanias e em consequência os particulares estariam excluídos da faculdade de escolha da lei e da jurisdição aplicáveis a um contrato. Contudo, hodiernamente, em decorrência da participação uruguaia na Conferência de Haia e em especial na CIDIP V, a tendência desse país vem se modificando para vim ao encontro daqueles que aceitam amplamente o princípio da autonomia da vontade.

A lei paraguaia adota como regra de conexão a *lex loci executionis* para o conteúdo do contrato e a lei do local da celebração para as questões de capacidade. Quanto à autonomia da vontade, a lei paraguaia não a disciplina expressamente, levando a crer que o princípio não é contemplado pela legislação daquele país.

---

<sup>51</sup> ARAÚJO, Nadia, Contratos Internacionais: autonomia da Vontade, Mercosul e convenções internacionais..., p. 82.

<sup>52</sup> ARAÚJO, Nadia, Contratos Internacionais: autonomia da Vontade, Mercosul e convenções internacionais..., p. 83.

## V – A AUTONOMIA DA VONTADE NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEIRO

Em 11 de agosto de 1827, com a instituição das Faculdades de Direito de São Paulo e do Recife, iniciou-se a formação de profissionais jurídicos no país, desvinculados das faculdades portuguesas. Desde então a matéria dos conflitos de lei já integrava o currículo dessas faculdades. Contudo, foi somente a partir de 1907 que o Dipri passou a ser uma matéria autônoma.<sup>53</sup>

Desde então, vários autores passaram a se dedicar ao estudo do tema, em diferentes épocas e sob vigências de legislações diversas. O pensamento de alguns dos mais importantes desses autores será analisado a seguir, divididos de acordo com a lei a que estavam submetidos quando realizaram seus estudos.

Após, analisar-se-á a questão do foro de eleição no Direito pátrio e suas repercussões nos contratos internacionais, os tratados sobre a matéria que ocorreram no continente americano, atentando para a participação brasileira, e por fim, uma amostra das orientações jurisprudenciais mais recentes em relação ao tema.

### **1. As Regras de Conexão sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais e a Autonomia da Vontade na Legislação e Doutrina.**

No Brasil, a exemplo de outros países, o diploma legal que cuida do Direito Internacional Privado é a Lei de Introdução ao Código Civil. Não obstante, o primeiro dispositivo legal a tratar do tema em nosso país foi o *Regulamento nº 737, de 25 de novembro de 1850*, em seus artigos 4º e 5º, consagrando a *lex loci executionis*.<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> ARAÚJO, Nadia, Contratos Internacionais: autonomia da Vontade, Mercosul e convenções internacionais..., p. 91.

<sup>54</sup> Regramento 737 de 1850 “art. 4º - Os contratos comerciais ajustados em país estrangeiro mas exequíveis no Império, serão regulados e julgados pela legislação comercial no Brasil”. E “Art. 5º - Presumem-se contraídas conforme a legislação do Brasil as dívidas entre brasileiros em país estrangeiro”.

Pimenta BUENO foi quem escreveu a primeira obra brasileira dedicada exclusivamente ao Direito Internacional Privado em 1863. Ao tratar da lei aplicável aos contratos internacionais, o autor não parece ter deixado margem à autonomia da vontade<sup>55</sup>, pois essa somente exercer-se-ia nos assuntos que a legislação interna a permitir, e nos silêncio das partes aplica-se a lei do lugar em que o ato se passa ou da execução do contrato.<sup>56</sup>

As obras de TEIXEIRA DE FREITAS tiveram especial importância no final do século XIX e início do século XX, principalmente nas regras contidas no seu *Esboço do Código Civil*. O autor adotava a regra *locus regit actum* para as formas do contrato e a *lex loci executionis* para definir a lei aplicável ao seu conteúdo e efeitos<sup>57</sup>. Para SAMTLEBEN, o autor, ao contrário de SAVIGNY, se preocupou mais com a lei aplicável do que com a eleição do foro, por esse motivo passou a reconhecer a autonomia das partes em determinar a lei. Irineu STRENGER entende que o princípio da autonomia está ressalvado na forma do domicílio especial do artigo 1.965 do seu Esboço.<sup>58</sup>

### 1.1. Lei de Introdução ao Código Civil de 1916

A antiga lei de introdução ao Código Civil de 1916 em seu artigo 13 adotou o princípio da *lex loci contractus* para as obrigações contratuais em seu

---

<sup>55</sup> BATALHA, Wilson de Souza Campos. Tratado de Direito Internacional Privado, volume II, parte especial. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977, p. 178.

<sup>56</sup> Nadia de ARAÚJO, nesse sentido “Todavia, sobre a autonomia das partes em escolher a lei aplicável, Pimenta BUENO nos parece contrário a tal idéia. Isso porque ao descrever o que no seu entender é autonomia, colocava o conceito como o livre-arbítrio das partes em contratar e, por conseguinte, regular seus interesses como julgarem melhor. Foi bastante claro ao definir essa liberdade como a de *clausular*, finalizando com o esclarecimento de que a lei aplicável não poderia ser outra senão a do lugar em que o ato se passava ou daquele em que devesse ser executado”, in *Contratos Internacionais...*, p. 94.

<sup>57</sup> Art. 1.962 do *Esboço do Código Civil* de TEIXEIRA DE FREITAS: “Os efeitos dos contratos celebrados no Império ou fora dele, para terem seu cumprimento no Império, serão julgados pelas leis do Império, ou as partes sejam nacionais ou estrangeiras. Mas os efeitos dos contratos, ainda que celebrados no Império, para terem seu cumprimento fora do Império, serão julgados pelas leis e usos do país em que deviam ter sido cumpridos, ou as partes sejam nacionais ou estrangeiras”. BATALHA, obra citada, p. 178.

<sup>58</sup> ARAUJO, Nadia, *Contratos Internacionais...*, p. 95. A autora ainda cita Lafayette Rodrigues PEREIRA, que elaborou um projeto de Código de Direito Internacional Privado em 1912, no qual adotou “de forma expressa e categórica” o princípio da autonomia da vontade. Mas sua contribuição ao Direito Internacional Privado tem sido ignorada por vários autores.

caput, mas manteve a orientação do local da execução contratual em seu parágrafo único:

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

Parágrafo único – Mas sempre se regerão pela lei brasileira:

I – Os contratos ajustados em países estrangeiros, quando exeqüíveis no Brasil;

II) As obrigações contraídas entre brasileiros em país estrangeiro;

III) Os atos relativos a imóveis situados no Brasil;

IV) Os atos relativos ao regime hipotecário brasileiro.

É de autoria de Clóvis BEVILÁQUA a Lei de Introdução ao Código Civil. Em sua obra sobre o tema o autor defende a autonomia das partes na escolha da lei aplicável aos contratos internacionais, ressalvados os limites a ela impostos pela lei. Nas suas palavras,

“A verdadeira opinião parece-me aquela que, em primeiro lugar, atende à autonomia da vontade. Certamente não se erige o querer individual em força dominadora, cujo império desfaça as determinações das leis. (...) Colocada nos seus naturais limites e agindo de acordo com a lei, a vontade é a fonte geradora das obrigações convencionais e unilaterais, conseqüentemente, lhe deve ser permitido, ns relações internacionais, escolher a lei a que se subordinem as obrigações, livremente contraídas”.<sup>59</sup>

Eduardo ESPÍNOLA<sup>60</sup> foi outro autor que também defendeu a autonomia da vontade, mas entendeu que ela somente se aplica nas disposições supletivas da legislação competente<sup>61</sup>. Para ele, era preciso considerar separadamente as partes do contrato reguladas por normas supletivas e imperativas, e nessas a norma seria indicada pela regra de conexão disposta na lei. O autor critica o artigo 13 da lei de introdução, sendo, a seu ver, censurável, porque em uma sua análise superficial poderia ela levar ao entendimento de que o princípio geral era o da autonomia da vontade, quando na verdade essa só era aplicável nas disposições supletivas do caput do artigo em comento. No mais, em tudo que diz respeito à matéria imperativa, a lei competente é a designada pela *lex loci celebrationis*.

---

<sup>59</sup> BEVILÁQUA, Clóvis, Princípios Elementares de Direito Internacional Privado, 4ª ed., Rio de Janeiro, Livraria Ed. Freitas Bastos, 1944, p.358.

<sup>60</sup> ESPÍNOLA, Eduardo, Elementos de Direito Internacional Privado, Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, Ed., 1925.

<sup>61</sup> BATALHA, Wilson de Souza Campos, Tratado de Direito Internacional Privado..., p. 178.

A opinião dos mais importantes autores brasileiros sobre o tema, todavia, não coincidiam quanto à aceitação do princípio da autonomia da vontade e também quanto à exegese da legislação vigente à época quanto à determinação da lei aplicável. Machado VILELA entendia que cada relação jurídica deveria ter uma lei que a regule imperativamente, evitando-se assim o absurdo de uma anarquia que representaria se as relações obrigacionais pudessem ser reguladas por regras imperativas diferentes ao “arbítrio” dos contratantes. Por esse motivo, a expressão “salvo estipulação em contrário” do artigo 13 deveria ser lido com *granus sales*, como “quando estipulação em contrário possa ter lugar”.<sup>62</sup> A esses ensinamentos aderiu Rodrigo OTÁVIO. PONTES DE MIRANDA também possuía a mesma opinião contrária à autonomia da partes, e foi categórico ao afirmar que a autonomia da vontade não existe no direito internacional<sup>63</sup>.

## 2.2. Lei de Introdução ao Código Civil de 1942.

A Lei de 1942, que substituiu a lei de Introdução de 1916, manteve como elemento de conexão a *lex loci celebrationis*, contudo supriu a expressão “*salvo estipulação em contrário*” da lei anterior, assim como determinou que somente as obrigações exeqüíveis no Brasil que dependerem de forma especial estarão submetidas à lei do nosso país:

---

<sup>62</sup> Nas palavras de VILELA: “As relações jurídicas devem conservar em direito internacional privado o mesmo caráter que têm em direito interno, e por isso devem estar sempre subordinadas a uma certa lei que discipline a vontade na sua constituição e marque os limites da autonomia da mesma vontade. Cada relação jurídica deve ter, pois, uma lei que a regule imperativamente, naquilo em que as relações jurídicas são reguladas imperativamente pela lei, e dentro da lei competente para reger uma relação jurídica é que pode mover-se a autonomia da vontade”. BATALHA, Wilson de Souza Campos, Tratado de Direito Internacional Privado..., p. 179.

<sup>63</sup> Nas palavras de PONTES DE MIRANDA: “A autonomia da vontade não existe, no direito internacional, nem como princípio, nem como teoria aceitável. Porque: a) Na parte de cogência, há uma lei aplicável, que poderá conferir à vontade, por estranha demissão de si mesma, o poder de desfazer tal imperatividade, quer dizer – um imperativo que se nega a si mesmo, que se faz dispositivo; b) fixados pela lei aplicável os limites da autonomia, dentro deles não há escolha de lei, há “lei” (ou outra coisa, lei revoada, página de livro, *memoranda*, cartas”, que constitui conteúdo, citação, parte integrante de um querer”. BATALHA, Wilson de Souza Campos, Tratado de Direito Internacional Privado..., p. 180.

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.

O Direito Internacional Privado é um ramo disciplinado no ordenamento jurídico interno de cada país. Esse fato, por si só, já o torna uma matéria complexa. Todavia, essa complexidade se acentua ainda mais no campo obrigacional, e uma amostra disso que se fala passa-se agora a expor com as opiniões dos principais doutrinadores internacionalistas brasileiros, que não são pacíficas nem quanto à aceitação do princípio, nem quanto à interpretação que a legislação lhe conferiu.

Segundo entendimento de Nadia de ARAÚJO, é possível visualizar na doutrina brasileira três posições distintas com relação ao princípio: a primeira, daqueles contrários à autonomia da vontade; na segunda admitem-na desde que limitada às regras supletivas, ou seja, excluem a possibilidade de sua aplicação no contrato como um todo; a terceira, amplamente favoráveis à autonomia da vontade.<sup>64</sup>

Amílcar de CASTRO está entre os autores que não admitem a autonomia da vontade. Para ele, o princípio da autonomia não existe, o que há é a “submissão voluntária” a determinada lei, dentro dos limites por ela fixados. Em outras palavras, a escolha da lei aplicável se daria de forma indireta, pois o indivíduo poderia contratar em lugar diverso do seu domicílio para dessa forma submeter-se à lei do local da celebração.<sup>65</sup>

Wilson de Souza Campos BATALHA trata do tema na parte especial de seu livro<sup>66</sup>, no capítulo referente às obrigações. Analisa a opinião de diversos autores sobre o artigo 13 da lei introdução de 1916 e por fim conclui que o princípio somente pode ser exercido no âmbito das normas dispositivas do Direito

---

<sup>64</sup> ARAÚJO, Nádía, *Contratos Internacionais...*, p. 117.

<sup>65</sup> CASTRO, Amílcar, *Direito Internacional Privado*, 4ª ed., com notas de Osiris rocha, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1987.

<sup>66</sup> BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de Direito Internacional Privado...*, p. 192.

competente. Dessa forma, no artigo 9º da lei e introdução de 1942, a autonomia está expressamente afastada por conta da imperatividade do caput do referido artigo. Nas suas palavras, “Face à nova Lei de Introdução ao Código Civil não pode pairar dúvida: inaceitável é a autonomia da vontade para a indicação da lei aplicável. A autonomia da vontade só pode exercer-se no âmbito das normas dispositivas do direito reputado aplicável”.<sup>67</sup> Ao encontro dessas opiniões vão também as de Oscar TENÓRIO.<sup>68</sup>

Dos autores cuja opinião é favorável à autonomia da vontade, talvez o único que não a exclui da Lei de Introdução ao Código de 1942 seja Haroldo VALADÃO<sup>69</sup>. O autor estava entre aqueles que aceitavam amplamente o princípio da autonomia, inclusive a aplicação na íntegra da lei escolhida, tanto nas suas disposições facultativas como imperativas. Entendia que o artigo 13 da lei de 1916 permitia expressamente a escolha da lei aplicável, o que continuou a ocorrer no artigo 9º da lei de 1942, embora não de forma expressa, pois “um princípio básico, qual o da autonomia, não podia desaparecer, assim por omissão”.<sup>70</sup>

Na doutrina contemporânea, a opinião dos principais autores parece caminhar num mesmo sentido. A maioria deles aceita o princípio da autonomia das partes, ressalvados os limites da Ordem Pública e das Leis Imperativas. Também é consenso a aceitação da *depeçage* quanto à aplicação da lei aos contratos internacionais, e como exemplo clássico tem-se a aplicação de leis diversas à capacidade das partes e à substância e efeitos dos contratos. Na interpretação sobre a Lei de Introdução ao Código Civil de 1942, também há consenso sobre a inaplicabilidade do princípio, notadamente quando ela omitiu a expressão “*salvo estipulação em contrário*”, não deixando, portanto, margem para que as partes possam dispor sobre a lei que deverá reger os contratos. Sua disposição é imperativa quando optou pela *lex loci celebrationis* como regra de

---

<sup>67</sup> BATALHA, Wilson de Souza Campos. Tratado de Direito Internacional Privado..., p. 180.

<sup>68</sup> TENÓRIO, Oscar, Direito Internacional Privado, vol. I e II, 9ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1970.

<sup>69</sup> VALADÃO, Haroldo, Direito Internacional Privado; em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados americanos. v.I. Introdução e Parte geral. 4ª ed. ver. E atual. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1974.

<sup>70</sup> VALADÃO, Haroldo, Direito Internacional Privado..., p. 353.

conexão. A única exceção se abre quando a lei do lugar da celebração do contrato – assim determinada pela regra de conexão brasileira – facultar tal escolha, havendo, dessa forma, uma indicação indireta do Direito aplicável. Passa-se agora a expor algumas peculiaridades das opiniões de cada um dos principais autores contemporâneos, posto que, no mais, todos se alinham no ponto de vista acima exposto.

Irineu STRENGER possui uma obra específica sobre o tema<sup>71</sup>, mas tratou dele em diversos livros seus. O autor discorre sobre as origens históricas do princípio, com ênfase em autores franceses, ressaltando as opiniões prós e contrárias, mas entende que a autonomia já está amplamente consagrada nas práticas comerciais internacionais, sendo admitida tanto por tribunais nacionais como por câmaras arbitrais. No Direito pátrio, entende que a autonomia da vontade somente foi consagrada de forma indireta, como acima exposto. E por fim explica que o parágrafo segundo do artigo 9º da lei de 1942 é regra complementar que se aplica somente às obrigações contratuais, às demais espécies obrigacionais aplica-se o caput do artigo, mas conclui ao final, citando opinião de Amílcar de CASTRO, que esse parágrafo segundo foi mal colocado entre as disposições de Direito Internacional privado, pois pertence ao direito material:

“Contudo, foi mal colocado entre normas de direito internacional privado; deveria continuar entre as regras de direito privado, já que se refere diretamente à constituição da obrigação, sendo por isso mesmo direito primário. Há aparentemente divergência de redação, pois, enquanto o art. 1087 (do código civil de 1916, reproduzido pelo art. 435 do CC/2002) fala que o contrato se reputa celebrado no lugar em que foi proposto, o art. 9º, §2º, dispõe que a obrigação resultante de contrato se reputa constituída no lugar em que residir o proponente; divergência aparente, porque o verbo “residir” tem dois sentidos: significa estabelecer morada ordinária, morar, ter sede, mas significa também achar-se, ser- estar, e com este último sentido se encontra no art. 9º, §2º. Lugar em que residir o proponente, continua Amílcar de Castro, quer dizer onde estiver o proponente. A pessoa pode ter residência, morada, no estrangeiro e propor contrato no Brasil; e o que o art. 1087 e o art. 9º, §2º têm em vista é o lugar onde foi feita a proposta. Se for feita no Brasil, aqui se considerará constituída a obrigação, e pelo direito brasileiro é que deverá ser regida no fundo e na forma. O §2º não abre exceção, e sim apenas esclarece e confirma o que dispõe o art. 9º, mantendo a mesma regra do art. 13 da antiga lei de introdução ao código civil”.<sup>72</sup>

---

<sup>71</sup> STRENGER, Irineu, *A autonomia da vontade em Direito Internacional Privado*, São Paulo, RT, 1968.

<sup>72</sup> STRENGER, Irineu, *Direito Internacional privado* 3. ed. aum. – São Paulo: LTr, 1996.

Jacob DOLINGER, também é favorável à autonomia das partes na escolha da lei aplicável aos contratos, com a reserva do princípio da Ordem Pública. Esclarece o autor que a opção do legislador pelo lugar em que o contrato se constituiu é em decorrência do princípio da autonomia, pois “há sempre uma vontade tácita de submeter o contrato à lei do local em que este se realizou”.<sup>73</sup>

João Grandino RODAS expôs sua opinião em um capítulo de um livro por ele organizado<sup>74</sup>, fazendo críticas à atual lei de Introdução ao Código Civil, aduzindo que ela é insuscetível de continuar atendendo ao Direito Internacional Privado, sendo imperioso que a mesma seja substituída com urgência. Nas palavras do autor:

“A complexidade com que se apresenta o Direito Internacional Privado em matéria obrigacional é por todos admitidos. Entretanto uma legislação precisa e adequada pode minorar essa dificuldade. Pelos comentários já expedidos, chega-se à conclusão que tal não vem acontecendo com os dispositivos da Lei de Introdução referentes às obrigações.”<sup>75</sup>

Nadia de ARAÚJO tem uma obra específica sobre a autonomia da vontade no Direito Internacional Privado.<sup>76</sup> Analisando a Lei de Introdução de 1942, a autora se debruça sobre os fundamentos e motivos que lhe deram origem, e explica que a principal preocupação do legislador à época foi a mudança na adoção do princípio regulador do estatuto pessoal, direito de família e sucessório, pelo critério do domicílio, ficando o assunto dos contratos fora de especial atenção.<sup>77</sup> Conclui dizendo que no atual estágio da legislação brasileira, não há que se falar em autonomia da vontade nos moldes conhecidos atualmente na comunidade internacional e ainda adverte para a falta de segurança jurídica na inserção de tal cláusula em um contrato internacional:

---

<sup>73</sup> DOLINGER, Jacob, *Direito Internacional Privado...*, p. 172.

<sup>74</sup> RODAS, João Grandino, *Elementos de conexão do Direito Internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais* in *Contratos internacionais / coordenador João Grandino RODAS*. – 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. Vários colaboradores. RODAS, João Grandino, *Elementos de conexão do Direito Internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais...*, p. 46.

<sup>76</sup> ARAÚJO, Nádia de. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*. – 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

<sup>77</sup> ARAÚJO, Nádia de, *Contratos internacionais...*, p. 114.

“Mas no que tange à prática diuturna, há que ser cauteloso, quando da redação de uma cláusula deste tipo em um contrato internacional, pois os tribunais não enfrentaram a questão nem parecem ter abraçado as teses pró-autonomia da doutrina mais recente”.<sup>78</sup>

## 2. A Cláusula de Eleição de Foro

Como já fora advertido no item 1 do Capítulo II do presente trabalho, a *escolha da lei aplicável* não se confunde com a *escolha do foro* que vai julgar a questão. Todavia, ao que parece, os tribunais não têm clara tal distinção, e as repercussões dessa diferença podem ser muito importantes na solução de um litígio de origem contratual.

Frente à insegurança causada pela legislação brasileira no que tange a possibilidade das partes em escolher a lei aplicável, surge a alternativa de submeter o contrato a um foro que aceite o princípio e respeite a escolha feita pelos contratantes. Contudo, mesmo que escolhido o foro estrangeiro, é possível que haja problemas na utilização dessa cláusula se a competência for concorrente com a legislação brasileira.

A cláusula de eleição de foro é permitida na legislação brasileira, mas no âmbito processual, relativamente à competência territorial internacional, surgem algumas nuances. No caso do artigo 89 do Código de Processo Civil, não há a possibilidade de prevalência da cláusula estipulada pelas partes, posto tratar-se de competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira. Entretanto, quando se analisa o art. 88, que trata da competência brasileira concorrente com os demais países, torna-se imprevisível a solução do caso *sub-judice*.<sup>79</sup>

Sobre essa cláusula, VALADÃO a considera como uma “extensão da autonomia da vontade ao processo”, particularmente à competência. ARAÚJO analisa a posição de alguns autores sobre o assunto, tais como Oscar TENÓRIO, José Inácio FRANSCSCHINI, José Inácio Botelho MESQUITA, que entendem válida a cláusula de eleição de foro, assim como a maioria dos autores, desde que

---

<sup>78</sup> ARAÚJO, Nádya de, *Contratos internacionais...*, p. 118.

<sup>79</sup> Nesse sentido, DE NARDI, Marcelo, “Eleição de Foro em Contratos Internacionais: uma Visão Brasileira” in *Contratos Internacionais*, 3ª ed., coord. João Grandino Rodas, São Paulo, RT, 2002.

respeitados os limites da Ordem Pública.<sup>80</sup> A autora apresenta algumas jurisprudências sobre o assunto. Primeiro, citando VALADÃO, mostra uma em que se discute a competência do foro inglês, em um caso de homologação de sentença estrangeira<sup>81</sup>. Em outra, evidencia a confusão formada pelos próprios tribunais entre *lei aplicável e cláusula de eleição*.<sup>82</sup>

“Há uma decisão do Tribunal de Alçada de São Paulo na qual houve confusão entre a determinação do foro do contrato e da lei aplicável. A análise das duas cláusulas foi feita em conjunto. A obrigação constituía-se na Alemanha, sendo esta a lei aplicável (art.9º), mas o tribunal entendeu que ali também deveria ser proposta a ação. Por ser a lei aplicável a estrangeira, não quer dizer que o foro competente seja também o estrangeiro. Não haveria nenhum problema em aplicar a lei alemã se o caso fosse julgado no Brasil. O que de fato ocorreu é que não era caso de nenhuma das hipóteses do artigo 88 do CPC, mas isso não foi mencionado na decisão”<sup>83</sup>

### **3. A Participação Brasileira nas Convenções Americanas sobre o Direito Internacional Privado**

Na América, os trabalhos para a tentativa de uniformização do Direito Internacional Privado têm início em 1878, com a convenção de Lima. Ela não produziu os efeitos desejados, não sendo ratificada pelos países signatários, mas teve grande relevância teórica, também como marco histórico. A autonomia da

---

<sup>80</sup> ARAÚJO, Nadia. Direito Internacional privado: teoria e prática brasileira – Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 331 a 336.

<sup>81</sup> “(...) é interessante ver o parecer do Procurador Geral da República, Gabriel de Resende Passos (Arquivo judiciário 73/88), que discute a competência da justiça inglesa, em um caso de homologação de sentença estrangeira. A firma brasileira havia sido acionada em Londres, lá comparecido e se defendido, e depois, por ocasião da homologação, tentara evitar a execução da sentença. Disse o parecerista ser este um caso em que, segundo a nova lei de introdução (pos estávamos em 1944), autorizava-se a adoção da doutrina da submissão. Em casos excepcionais, sendo este um deles. O § 1º do art. 12 toleraria exceções razoáveis, admitindo, assim, a prorrogação voluntária. Utiliza, ainda, um outro argumento: ‘não há razão para ser encorajada a deslealdade de um litigante que, proferida a sentença (a que se submeteu sem protestos) em sentido a ele desfavorável, vá refugiar-se à sombra dos tribunais de seu domicílio para buscar uma proteção que ele foi o primeiro a repudiar’. Versando a decisão inglesa sobre demanda que não feria a ordem pública brasileira, e cumpridos seus requisitos, deveria a mesma ser homologada”. ARAÚJO, Nadia, Direito Internacional privado, p. 658.

<sup>82</sup> ARAÚJO, Nadia, Direito Internacional privado, p. 341.

<sup>83</sup> Ementa: Representação Comercial – Empresa estrangeira – Cláusula contratual estabelecendo que haverá prorrogação automática do contrato por períodos sucessivos de um ano, se não for rescindido por qualquer das partes ou não houver infração contratual. Acerto verbal posterior que representa uma prorrogação da avença original e não um novo contrato. Fato que impõe a validade de cláusula de eleição de foro que estabelece a competência da justiça alemã para conhecer dos litígios decorrentes da avença. Voto vencido.

vontade ficou excluída da convenção, conforme os artigos 4º e 5º<sup>84</sup> que tratavam dos contratos internacionais e elegeram o local da celebração como regra de conexão. O Brasil não participou dela.

Em 1889/90, em oposição às idéias defendidas no tratado anterior, foi realizado no Uruguai o Congresso de Montevideu. Em 1939/40 ele viria a se repetir, revisando as idéias do anterior, que com algumas modificações, foram mantidas.<sup>85</sup> O Tratado relativo ao Direito Civil Internacional deixou a autonomia da vontade de lado e elegeu como regra de conexão aos contratos internacionais a *lex loci executionis*, com fundamentos nas obras de vários autores, mas principalmente de SAVIGNY. O Brasil participou mas deixou de aprovar o tratado, dentre outras razões expostas, porque o critério por aqui adotado era o da *lex loci celebrationis*.

Nesse sentido, outras tentativas foram realizadas. Uma das mais importantes foi a série das Conferências Pan-Americanas. A primeira foi em 1889, pelo Governo norte-americano, a segunda realizou-se no México, 1890, a terceira no Rio de Janeiro, em 1906, a quarta no Chile, em 1923 e a sexta em Havana, em 1928, da qual decorreu o Código de Direito Internacional Privado, conhecido como Código de Bustamante.<sup>86</sup>

Esse código, de autoria de Antônio Sanchez BUSTAMANTE, por tentar conciliar as diversas orientações legais dos países americanos, acabou redigido de forma bastante confusa<sup>87</sup>. Destaca-se o artigo 186, que estabelece como lei aplicável, em regra, a lei comum às partes, e à sua falta, a do local de celebração<sup>88</sup>. Contudo, os artigos anteriores fazem menção à “*lei das partes*”, mas

---

<sup>84</sup> Art. 4º - Os contratos celebrados fora da república, serão julgados, quanto à sua validade intrínseca e efeitos jurídicos de suas estipulações, pela lei do lugar de sua celebração; porém, se esses contratos, por sua natureza ou por convenção das partes, tiverem de ser cumpridos precisamente na República, sujeitar-se-ão às leis desta. Em um e outro caso o modo de executá-lo se regulará pelas leis da república.

Art. 5º - As formas ou solenidades externas dos contratos ou de quaisquer outros atos jurídicos se regerão pela lei do lugar em que tenham sido celebrados.

<sup>85</sup> VALLADÃO, Haroldo, Direito Internacional Privado, vol. I, 4ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1974, p.195.

<sup>86</sup> KUHN, João Lacerda. A autonomia da vontade nos contratos do MERCOSUL..., p.66.

<sup>87</sup> VALLADÃO, Haroldo, op. cit., p. 199.

<sup>88</sup> Art. 186 – Nos demais contratos, e para o caso previsto no artigo anterior, aplicar-se-á em primeiro lugar a lei pessoal comum aos contratantes e, na sua falta, a do lugar da celebração.

não se refere de forma clara e objetiva à autonomia da vontade. Esclarecendo alguns pontos do Código, o próprio BUSTAMANTE posicionou-se a favor do princípio:

“Nosotros entendemos que, sin perjuicio de examinar concretamente las reglas aplicables a cada uno de sus detalles, en cuanto a la esencia misma de los contratos y a sus estipulaciones y efectos deben prevalecer el criterio de la autonomía de la voluntad, o autarquía personal..

El legislador debe inclinarse en materia de contratación ante la ley que las partes se dan a sí mismas...

Ante el silencio absoluto de la voluntad y la falta de todo elemento para conocerla, debe acudirse a una presunción.”<sup>89</sup>

Para STRENGER, análise do artigo 186 determina o respeito, com força de lei, do inteiro teor das obrigações estipuladas entre as partes, “o que nos levaria ao permissivo legal de escolherem estas a lei aplicável ao contrato”.<sup>90</sup> Para ARAÚJO, o aludido artigo permite a autonomia da vontade, mas de forma defeituosa. Assim, embora BUSTAMANTE reconhecesse a liberdade das partes, “admitiu a sua eleição como lei do contrato, restringindo-o ao âmbito do direito positivo segundo os conceitos da *lex fori*.”<sup>91</sup> O Brasil promulgou essa Convenção em 13 de agosto de 1929 pelo decreto nº 18.871.

A partir da Década de 1950, a OEA começou seus estudos visando a Uniformização do Direito Internacional Privado. Em 1965 esses estudos começaram a ser aprofundados e a partir de 1971 começaram as Conferências Especializadas Interamericanas sobre o Direito Internacional Privado (CIDIPs). Seis conferências foram realizadas: a CIDIP I, realizada no Panamá, em 1975; A CIDIP II, em Montevidéu, em 1979; A CIDIP III, em La Paz, em 1984; CIDIP IV, em Montevidéu; CIDIP V, no México, em 1994 e a CIDIP VI, em Washington, 2002.

O tema da autonomia da vontade começou a ser discutido na CIDIP III, mas foi na seguinte que os países participantes decidiram por aprofundar-se mais no tema, com inspiração principalmente na Convenção de Roma. Com isso foram

---

<sup>89</sup> ARAÚJO, Nadia, Contratos Internacionais..., p. 173.

<sup>90</sup> STRENGER, Irineu, Autonomia da Vontade em Direito Internacional Privado, São Paulo, Ed. RT, 1968, p.206.

<sup>91</sup> ARAÚJO, Nadia, Contratos Internacionais..., p. 174.

fixados alguns parâmetros para que o tema fosse debatido em uma próxima Convenção, a CIDIP V, que se realizou no México.

A Convenção do México sobre os contratos internacionais é o mais importante trabalho realizado nessa área na América Latina. A Convenção contou com a presença de 17 países latino-americanos mais Estados Unidos e Canadá, sendo dessa forma representada por países cujo sistema jurídico pertence tanto ao *civil law* quanto ao *common law*.

Os primeiros artigos da Convenção trazem a definição de Contratos Internacionais, fixando critérios geográficos e objetivos para sua verificação.<sup>92</sup> Quanto à questão da lei aplicável, o princípio da autonomia da vontade foi consagrado expressamente, aceitando o *depeçage* voluntário, a sua modificação posterior e a admissão de escolha tácita, quando evidente. Também foi expressamente prevista a diferença entre a escolha da lei aplicável e a escolha do foro.<sup>93</sup>

Os reflexos dessa Convenção no Brasil, da qual participou, podem-se notar através do Projeto de Lei nº 4.905/95, que manteve as posições adotadas na convenção, inclusive o princípio da autonomia. O Projeto foi encaminhado ao Congresso Nacional, mas foi dele retirado pelo poder executivo.

#### **4. Jurisprudência Brasileira**

A jurisprudência sobre o artigo 9º da Lei de Introdução ao Código civil é muito escassa. E mesmo nos acórdãos encontrados, cujo objeto de apreciação é a discussão acerca das regras de conexão, não são todos que enfrentam a

---

<sup>92</sup> Art. 1º - Esta Convenção determina o direito aplicável aos contratos internacionais. Entende-se que um contrato é internacional quando as partes no mesmo tiverem sua residência habitual ou estabelecimento sediado em diferentes Estados-partes ou quando o contrato tiver vinculação objetiva com mais de uma Estados-partes(...)

<sup>93</sup> Art. 7º - O contrato rege-se pelo direito escolhido pela partes. O acordo das partes sobre esta escolha deve ser expresso ou depreender-se de forma evidente da conduta das partes e das cláusulas contratuais, consideradas em seu conjunto. Essa escolha poderá referir-se à totalidade do contrato ou a uma parte do mesmo. A eleição de determinado foro não implica necessariamente a escolha do direito aplicável.

matéria sob a ótica que a ela deveria ser dada, qual seja, a do Direito Internacional Privado.

A única jurisprudência encontrada que aborda diretamente a autonomia da vontade em um contrato internacional *sub judice* é o Agravo de Instrumento nº 70005228440, julgado no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, interposto em face de decisão de juiz de primeiro grau que julgou improcedente a exceção de incompetência que alegava incompetência da jurisdição brasileira para conhecer do contrato em consequência de cláusula de eleição de foro constante no mesmo. O relator do acórdão, DES. LUÍS AUGUSTO COELHO BRAGA, principia seu voto reconhecendo a qualidade de internacional ao contrato, e para tanto, cita o artigo 1º da Convenção do México (CIDIP V), entendendo dessa forma que os artigos 9º e 12 da LICC e 88/90 do CPC são as normas pertinentes ao caso. No mérito, conclui o magistrado que a lei aplicável, na forma do artigo 9º é a lei do Uruguai, posto que foi o local da celebração do contrato. Quanto ao foro competente, afasta o Código de Defesa do Consumidor (ou seja, a lei imperativa), entendendo que não há relação de hipossuficiência, e portanto, sob pena de causar instabilidade jurídica, deve-se obedecer ao que foi pactuado entre as partes contraentes.

Complementando o voto do relator, o DES. MÁRIO JOSÉ GOMES PEREIRA trás ao acórdão a distinção entre a cláusula de eleição de foro e a escolha da lei aplicável. Aborda diretamente o princípio da autonomia da vontade, entendendo que o artigo 9º da LICC expressamente o excluiu, e dessa forma, a lei aplicável é o do lugar da celebração contratual. No caso em apreço, como não é determinável o local da celebração, aplica-se o artigo 9º caput e §2º, determinando como competente a lei uruguaia, assim como o foro competente, porque assim escolhido pelas partes:

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPETÊNCIA INTERNACIONAL. JURISDIÇÃO CONCORRENTE. FORO DE ELEIÇÃO. ILÍCITO CONTRATUAL.**

**O foro local não é o competente, eis que o contrato firmou a competência do Uruguai para eventual demanda, que ora se processa. Não há como se relativizar a competência do foro, eis que os agravados não são hipossuficientes – são autores de outras ações do porte que corre em primeiro grau -, podendo se deslocar ao foro do Uruguai para se defenderem na demanda que ajuizaram contra o agravante. AGRAVO PROVIDO.**<sup>94</sup>

---

<sup>94</sup> Ver adiante íntegra do acórdão no Anexo.

Todavia, conforme podemos observar no próximo excerto juntado, nem mesmo a questão da eleição de foro é pacífica nas decisões dos Tribunais brasileiros. O Agravo de Instrumento nº 2004.002.10255, julgado no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro pela DES. ROSITA MARIA DE OLIVEIRA NETTO, adota posição diversa em relação ao anterior. Nas palavras da Desembargadora relatora, “a despeito do foro de eleição, aquele não afasta o direito do agravado de litigar em Jurisdição brasileira, pois a competência concorrente o possibilita e não pode ser excluída pelas partes, Ademais, é no Brasil o domicílio do agravado, bem como o lugar onde a obrigação vinha sendo cumprida”. E dessa forma, com base no art. 12 *caput* da LICC e no artigo 88 do CPC, conclui que a jurisdição brasileira é competente para o caso:

**2004.002.10255 - AGRAVO DE INSTRUMENTO DES. ROSITA MARIA DE OLIVEIRA NETTO - Julgamento: 21/02/2005 - DECIMA TERCEIRA CAMARA CIVEL**

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. REJEIÇÃO DE EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. CLÁUSULA FIRMADA EM CONTRATO QUE ELEGE O FORO DO TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE PARIS PARA DIRIMIR AS QUESTÕES DELE ORIUNDAS. TRATANDO-SE DE COMPETÊNCIA RELATIVA CONCORRENTE NÃO FICA AFASTADA A POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DA AÇÃO NA JURISDIÇÃO BRASILEIRA, ONDE A OBRIGAÇÃO DEVE SER CUMPRIDA. JURISDIÇÃO INTERNACIONAL CONCORRENTE QUE NÃO PODE SER AFASTADA PELA VONTADE DAS PARTES. RECURSO IMPROVIDO.**

A próxima ementa juntada refere-se à questão da ordem pública como limitador à faculdade das partes. No caso em tela, a ausência de questões de ordem pública possibilitou ao Superior Tribunal de Justiça julgar válida a cláusula de eleição de foro constante no contrato:

**Processo:** Resp 242383/SP; Recurso Especial 1999/0115183-0  
**Relator:** Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS (1096)

**Ementa**

**RECURSO ESPECIAL – PREQUESTIONAMENTO – SÚMULAS 282/STF E 211/STJ – REEXAME DE PROVAS E INTERPRETAÇÃO CONTRATUAL – SÚMULAS 5 E 7 – JURISDIÇÃO INTERNACIONAL CONCORRENTE – ELEIÇÃO DE FORO ESTRANGEIRO – AUSÊNCIA DE QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA – VALIDADE DIVERGÊNCIA NÃO-CONFIGURADA**

1. Em recurso especial não se reexaminam provas e nem interpretam cláusulas contratuais (Súmulas 5 e 7).
2. A eleição de foro estrangeiro é válida, exceto quando a lide envolver interesses públicos.
3. Para configuração da divergência jurisprudencial é necessário demonstrar analiticamente a simetria entre os arestos confrontados. Simples transcrição de ementa ou súmula não basta.

#### **Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Nancy Andrighi e Castro Filho votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

## V – CONCLUSÃO

Com base nos estudos realizados, temos que a autonomia da vontade não foi contemplada pelo artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, que estabelece como regra de conexão o local da celebração do contrato. Em que pese a opinião contrária de alguns poucos autores, a maioria deles, assim como a jurisprudência pátria, vêm corroborando esse pensamento.

As nossas regras de Direito Internacional Privado se mostram inadequadas e incompatíveis com o papel que o Brasil almeja desempenhar no mercado internacional, assim como assevera João Grandino RODAS<sup>95</sup>. Elas provocam insegurança nos contratantes por conta das incertezas causadas pelo sistema adotado. Um mesmo caso pode vir a ter diferentes desfechos se levar em consideração os países conectados à questão.

Poder-se-ia argumentar que a autonomia da vontade é aceita indiretamente na legislação brasileira, no caso de um contrato celebrado com cláusula determinando o Direito aplicável, em um país que admite tal princípio. Entretanto, essa afirmação não pode ser feita sem o devido receio. Em primeiro lugar, não é unânime a aceitação por parte da jurisprudência brasileira nem mesmo da cláusula de eleição de foro, como acima se mostrou. E ainda, essa indicação indireta descaracteriza o elemento volitivo das normas de conflito; não se estaria utilizando a autonomia da vontade perante o Direito brasileiro, mas sim a *lex loci celebrationis*.

Adotando esse posicionamento, a legislação brasileira vai de encontro à tendência atual de aceitação do princípio da autonomia da vontade, principalmente no que tange a maioria dos países europeus continentais e dos principais países representantes do sistema da *common law*. Sem dúvida, esse critério, que faculta às partes a escolha da lei aplicável ao contrato, proporciona melhores condições

---

<sup>95</sup> RODAS, João Grandino, Elementos de conexão do Direito Internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais in Contratos internacionais / coordenador João Grandino RODAS. – 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. Vários colaboradores

para o desenvolvimento comercial em escala internacional, que se vem revelando indispensável na conjectura global em que vivemos.

Uma solução para caso, como bem propôs Nadia de ARAÚJO<sup>96</sup>, é a alteração da Lei de Introdução, substituindo-se o artigo 9º pelo tratado do México de 1994 ratificado pelo Brasil. Isso traria um avanço para não só o país, em termos de segurança jurídica, como também para o fortalecimento da integração comercial no Mercosul.

Por fim, aos contratantes, por hora, resta analisar os aspectos da lei dos países que terão alguma relação com o contrato, por ocasião de sua celebração, para tentar prevenir ao máximo os conflitos que possam vir a ocorrer, inserindo cláusulas que prevejam eventuais desavenças e desde logo busquem a melhor alternativa para a composição amigável, evitando a incerteza da definição da lei aplicável, bem como procurar não ferir os princípios de ordem pública nem afrontar as leis imperativas dos ordenamentos jurídicos envolvidos.

---

<sup>96</sup> ARAÚJO, Nádía de, Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais – 3. ed. -, Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

## VI – BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Nádía de, *Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais* – 3. ed. -, Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ARAÚJO, Nádía de, *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARAÚJO, Nádía de e CASELLA, Paulo Borba, *Integração Jurídica Interamericana – as convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado e o Direito Brasileiro*, São Paulo: Ltr, 1998.

ARAÚJO, Nádía de, *O direito do comércio internacional e o mercosul*, in *Contratos internacionais / coordenador João Grandino Rodas*. – 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. Vários colaboradores.

BASSO, Maristela, “A autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio”, in Baptista, L.O.; Huck, H.M. e Casella, P.B. (org.) *Direito e Comércio Internacional: tendências e perspectivas – Estudos em homenagem ao Prof Irineu Strenger*, São Paulo: Ltr, 1994.

BASTOS, Celso Ribeiro, *Contratos internacionais: compra e venda internacional, carta de crédito comercial, o “hedge”*, São Paulo: Saraiva, 1990.

BATALHA, Wilson de Souza Campos, *Tratado de Direito Internacional Privado*, volume II, parte especial, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977.

BATISTA, Luiz Olavo, *Dos Contratos Internacionais: uma visão teórica e prática*, São Paulo: Saraiva, 1994.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Livraria Ed. Freitas Bastos, 1944.

CASTRO, Amílcar, *Direito Internacional Privado*, 4ª ed., com notas de Osiris rocha, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1987.

DE NARDI, Marcelo, *Eleição de Foro em Contratos Internacionais: uma Visão Brasileira*. In *Contratos Internacionais*, coord. João Grandino Rodas, 3ª ed., São Paulo, RT, 2002.

DOLINGER, Jacob, *Direito Internacional Privado*, 6ª ed., Rio de Janeiro: Ed Renovar, 2001.

DOLINGER, Jacob, A evolução da ordem pública no Direito Internacional Privado, Rio de Janeiro, 1979.

ENGELBERG, Ester, Contratos internacionais do comércio – 2. ed. -, São Paulo: Editora Atlas, 1997.

ESPÍNOLA, Eduardo, Elementos de Direito Internacional Privado, Rio de Janeiro: Editora Jacintho Ribeiro dos Santos, 1925.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga, A lei e o foro de eleição em tema de contratos internacionais. in Contratos internacionais / coordenador João Grandino Rodas. – 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. Vários colaboradores.

GARCEZ, José Maria Rossani. Contratos internacionais comerciais: planejamento, negociação, solução de conflitos, cláusulas especiais, convenções internacionais / José Maria Rossani Garcez. – São Paulo: Saraiva, 1994.

KUHN, João Lacerda, A autonomia da vontade nos contratos do mercosul. Direito Internacional Privado. Luiz Fernando Franceschini e Marcos Wachowicz (coords.). Curitiba: Juruá, 2001.

MAEKELT, Tatiana B. de, La flexibilización del contrato internacional em la Convención Interamericana sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales, in Dimensão internacional do direito: estudos em homenagem a G.E. do Nascimento e Silva / Paulo Barbosa Casella coordenador. – São Paulo: Ltr, 2000.

RODAS, João Grandino, Elementos de conexão do Direito Internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais. in Contratos internacionais / coordenador João Grandino Rodas. – 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. Vários colaboradores.

ROVIRA, Suzan Lee Z. de, Estudo comparativo sobre os contratos internacionais: Aspectos doutrinários e práticos, in Contratos internacionais / coordenador João Grandino Rodas. – 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. Vários colaboradores.

SAMTLEBEN, Jürgen e SALOMÃO Filho, Calixto, O mercado comum Sul americano – uma análise jurídica do Mercosul, in Contratos internacionais / coordenador João Grandino Rodas. – 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. Vários colaboradores.

STRENGER, Irineu, Autonomia da vontade em Direito Internacional Privado, São Paulo: Ed. RT, 1968.

STRENGER, Irineu, Contratos internacionais do comercio / Irineu Strenger – 3ª ed., rev. e ampl. -, São Paulo: LTr, 1998.

STRENGER, Irineu, Direito do Comércio Internacional e Lex mercatória, São Paulo: Ltr, 1996.

STRENGER, Irineu, Direito internacional privado. 2ª ed. –, São Paulo: Editora revista dos tribunais, 1991.

TENÓRIO, Oscar, Direito Internacional Privado. 11 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1976.

VALADÃO, Haroldo. Direito internacional privado; em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados Americanos. v.I. Introdução e parte geral. 4ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1974.

# VII - Anexo



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LACB  
Nº 70005228440  
2002/CÍVEL

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPETÊNCIA INTERNACIONAL. JURISDIÇÃO CONCORRENTE. FORO DE ELEIÇÃO. ILÍCITO CONTRATUAL.**

O foro local não é o competente, eis que o contrato firmou a competência do Uruguai para eventual demanda, que ora se processa. Não há como se relativizar a competência do foro, eis que os agravados não são hipossuficientes – são autores de outras ações do porte que corre em primeiro grau -, podendo se deslocarem ao foro do Uruguai para se defenderem na demanda que ajuizaram contra o agravante. **AGRAVO PROVIDO.**

AGRAVO DE INSTRUMENTO

DÉCIMA NONA CÂMARA CÍVEL

Nº 70005228440

PORTO ALEGRE

BANKBOSTON N A SUCURSAL URUGUAI E  
FEDERAL STREET INVESTIMENTOS S/A,

AGRAVANTES;

NED SMITH JUNIOR E  
DYRFORD INVESTMENT S/A,

AGRAVADOS;

BANK BOSTON BANCO MÚLTIPLO S A,  
ERNESTO CORREA DA SILVA FILHO,  
CETRO CORRETORA DE TÍTULOS E VALORES  
MOBILIÁRIOS LTDA E  
PRODESENHO PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS LTDA., INTERESSADOS.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Décima Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à **unanimidade, em dar provimento ao recurso.**

Custas na forma da lei.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LACB  
Nº 70005228440  
2002/CÍVEL

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores Desembargadores GUNTHER SPODE, Presidente/Revisor e MÁRIO JOSÉ GOMES PEREIRA.

Porto Alegre, 08 de abril de 2003.

**DES. LUÍS AUGUSTO COELHO BRAGA,**  
Relator.

## **RELATÓRIO**

**DES. LUÍS AUGUSTO COELHO BRAGA (RELATOR)** – Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por **BANKBOSTON N A SUCURSAL URUGUAI E FEDERAM STREET INVESTIMENTOS S/A**, em face da decisão que julgou improcedente a exceção de incompetência que propôs contra **NED SMITH JÚNIOR E DYRFORD INVESTIMENT S/A**. Alega que os ora agravantes entraram com Ação de Indenização contra o Banco de Boston genericamente, sem fazer distinção entre o ora agravante e o BankBoston Banco Múltiplo S/A, que são pessoas jurídicas distintas, dotadas, cada uma, de personalidade jurídica própria, não possuindo uma ingerência na outra. Aduz que o contrato foi firmado com ora agravante, elegendo como foro de eleição o Uruguai. Sustenta que a exceção de incompetência que argüiu não poderia ter sido decidida como a Exceção de n.º 10568462, que foi proposta pelo interessado Bankboston. Postula a concessão do efeito suspensivo ao recurso e, ao final, o provimento do mesmo, para que seja declarada a incompetência da Justiça Brasileira para conhecer e julgar a Ação Ordinária de Indenização ajuizada pelos ora agravados, estabelecendo-se, por via de consequência, como competente o foro contratual livremente eleito pelas partes, qual seja, a Justiça Uruguaia.

Foi deferido o efeito suspensivo.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LACB  
Nº 70005228440  
2002/CÍVEL

Em resposta, alegou **NED SMITH JÚNIOR e DYRFORD INVESTMENT S.A**, preliminarmente, em apertada síntese, que a 2ª Câmara Especial Cível está preventa para o julgamento do agravo, pois já discutiu a matéria, quando ventilada em agravo anterior.

Quanto ao mérito, alegou que a competência para o julgamento da causa é brasileira, pois o Banco de Boston uruguaio é uma filial da matriz, que se encontra nos Estados Unidos da América, assim como o Banco brasileiro também é uma filial do poderoso grupo econômico. Desta forma a empresa que se beneficia de marca mundialmente conhecida tem o dever de responder por meio de sua filial pelos atos ilícitos praticados pela sua congênere não podendo a causadora do ilícito se beneficiar da distinção da personalidade jurídica para se esquivar de sua obrigação. Destacou que com escopo no art. 88, I, III e § único do CPC o banco tem que responder sob a jurisdição brasileira.

Alega que o banco demandado deve compor a lide como litisconsórcio passivo.

Destaca que a cláusula de eleição do foro deve ser declarada ineficaz, pois a competência do juiz brasileiro para apreciar a causa não pode ser afastada pela vontade das partes.

Por fim, propugnou que fosse declinada a competência para a 2ª Câmara Especial Cível e, ou, fosse negado provimento ao recurso.

O feito foi levado para julgamento, sendo que em sessão de 26.11.2002, após este relator ter votado pelo provimento do agravo, em regime de discussão foi adiado o mesmo. Em seguimento, no dia 3.12.2002, a Câmara determinou diligências, a fim de que o Banco Central verificasse o confinamento ou não da operação realizada entre as partes, no Brasil.

Oficiou o Banco Central dizendo que não tem interesse no feito, bem como informando que “não conseguiu identificar, em seu banco de dados que contém informações sobre saídas e ingressos de recursos de/para o País,



LACB  
Nº 70005228440  
2002/CÍVEL

seja em moeda nacional ou estrangeira, quais dos registros ali encontrados podem ter como origem as operações descritas pelos autores da ação de indenização. De qualquer forma, continuam sendo efetuadas diligências nesse sentido, bem como para identificar possíveis irregularidades na esfera cambial envolvendo as citadas operações” (fl. 212).

É o sucinto relatório.

## VOTO

**DES. LUÍS AUGUSTO COELHO BRAGA (RELATOR)** – Tenho que deva ser dado provimento ao agravo, conforme já me manifestara por ocasião do início do julgamento:

“A causa posta em discussão é quanto à competência em razão do lugar para o julgamento da presente ação, face contrato assinado por parte brasileira com parte uruguaia, onde existia cláusula de eleição de Foro.

O contrato em tela é um contrato internacional, conforme convencionado pela *Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos contratos internacionais – México – 1994*, cujo Brasil é signatário<sup>1</sup>, onde está previsto que: “*Artigo 1 – Entende-se que um contrato é internacional quando as partes no mesmo tiverem sua residência habitual ou estabelecimento sediado em diferentes Estados Partes ou quando o contrato tiver vinculação objetiva com mais de um Estado parte*”. Assim, as normas pertinentes à aplicação no caso concreto estão inseridas no artgs. 9º e 12 da LICC e artgs. 88/90 do Código de Processo Civil, bem como convenções e tratados cujo Brasil é signatário.

“Antes de adentrar-se no mérito, urge a necessidade de afastar-se a competência da 2ª Câmara Especial Cível para o julgamento da causa, posto que a mesma tem somente competência para julgamento quando da distribuição nas férias regulares desta casa, pois terminados os recessos de



LACB  
Nº 70005228440  
2002/CÍVEL

julho ou janeiro a competência para julgamento é das Câmaras regulares, rompendo com qualquer vinculação existente. Desta forma desacolho a preliminar de incompetência.

“Quanto ao mérito, após longo pensamento, tenho que a competência para o julgamento da causa é do Uruguai, pois no contrato firmado pelas partes existe foro de eleição.

“Diferente do que possa parecer, as partes agravadas, **NED SMITH JÚNIOR e DYRFORD INVESTMENT S.A.**, não são hipossuficientes frente ao banco, já que Ned Smith é o responsável pela empresa Dyrford, conhecendo os meandros dos mercados, devendo não ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor a causa por esta razão e, também, porque a parte não era consumidor final do serviço contratado, já que, conforme dito na p. 166, o agravado concentrou seus investimento **e de terceiros que tinha responsabilidade** no banco, claramente demonstrando que não era o consumidor final do serviço prestado.

“Afastada a aplicação do CDC, norma que permitiria a relativização da cláusula de eleição do foro, tenho que não se aplica o art. 88, I e III e § único do CPC à espécie, pois o foro de eleição é válido.

“A obrigação foi contraída por pessoa maior e capaz, não sendo demonstrado qualquer vício de consentimento que pudesse macular o clausulado. Desta forma, conforme art. 9º da LICC, tenho que para qualificar e reger a obrigação contratada deve-se a lei do país onde se constituiu a obrigação. Caso não houvesse foro clausulado, entendo que aí prevaleceria o art. 88, I e III e § único do CPC, mas como se trata de direito disponível, entendo que não é possível manter a competência em território Pátrio, sob pena de causar uma instabilidade jurídica. Aliás, nesta senda, já explicitou Caio Mário em sua obra *Lesão nos Contratos*, 4ª ed. p. 110, que: “*Ter-se-á assim, sob o pretexto de resguardar a regra moral, e restabelecer a justiça no*

---

<sup>1</sup> Jacob Dolinger Carmem Tiburcio *in* Direito internacional privado. Ed. Renovar. Pgs. 278, 291,



LACB  
Nº 70005228440  
2002/CÍVEL

*contrato, um resultado que na essência é divorciado da mesma regra moral e atentatória da mesma justiça.*

*“Uma vez que o direito forneça o meio de faltar o contratante à fé jurada, e venha em abono da atitude assumida pela parte inadimplente, é todo o comércio jurídico que sofre, é a insegurança que se institui como norma, é a infidelidade protegida pela lei que abala e ameaça todo o edifício do direito obrigacional, lançando o germe da desconfiança e do receio nos meandros da vida econômica.*

*“Se o pretexto de fazer justiça é que leva à própria injustiça e se é o direito que consagra a quebra da fidelidade sob color de afinar-se com a regra moral, no fundo que se desprestigia é a justiça e quem se desvaloriza é o direito.”*

“A cláusula de eleição de foro, no direito pátrio, encontra-se em pleno vigor, eis por que o art. 111 do CPC preconiza a faculdade das partes de disporem da competência territorial para a solução de suas lides.

“Assim também está cristalizado na súmula 355 do Supremo Tribunal Federal que preceitua:

*“É válida a cláusula de eleição de foro para os processos oriundos do contrato”.*

“Ademais, como se trata de contrato internacional, cabe à espécie a aplicação do Código de Bustamente, ou seja, da Convenção de Direito Internacional Privado Dos Estados Americanos, firmada em Havana, na data de 1928 e promulgada pelo Brasil em 13-8-1929 pelo Decreto nº 18.871, já que a mesma preceitua em seus artigos, que seguem, a obediência do convencionado em contrato, como segue:

**“Art. 166 – As obrigações que nascem dos contratos têm força de lei entre as partes contratantes e devem cumprir-se segundo o teor dos mesmos, salvo as limitações estabelecidas neste Código.**



LACB  
Nº 70005228440  
2002/CÍVEL

**“Art. 318 – O juiz competente, em primeira instância, para conhecer dos pleitos a que dê origem o exercício das ações cíveis e mercantis de qualquer espécie, será aquele a quem os litigantes se submeterem expressa ou tacitamente, sempre que um deles, pelo menos, seja nacional do Estado contratante a que o juiz pertença ou tenha nele o seu domicílio e salvo o direito local em contrário.**

**“Art. 321 – Entender-se-á por submissão expressa a que for feita pelos interessados com renúncia clara e determinante do seu foro próprio e a designação precisa do juiz a quem se submetem.”**

“Assim, pelo exposto, voto pela rejeição da preliminar e provimento do agravo para reconhecer a ilegitimidade da justiça local para conhecer da ação, face o foro eleito pelas partes”. (fls. 179/185).

É como voto.

**DES. GUNTHER SPODE, Presidente** – De acordo com o Relator.

**DES. MÁRIO JOSÉ GOMES PEREIRA** – A hipótese em exame envolve contrato internacional impendendo que se examine da competência do juízo estatal e da legislação que rege o caso concreto.

Na esfera do direito internacional privado cumpre analisar-se o conteúdo das cláusulas referentes à escolha da lei e do foro do contrato, pois apesar de distintos, uma tem implicação direta na outra.

Em decorrência da cláusula de eleição de foro, é estipulado o foro no qual ser]ao apreciadas e julgadas eventuais controvérsias do contrato. As partes podem, a princípio, livremente convencionarem esta cláusula, salvo



LACB

Nº 70005228440

2002/CÍVEL

eventuais limitações existentes no ordenamento jurídico do foro eleito e também daquele das partes contratantes.

Difere da cláusula de eleição da lei aplicável ao contrato, através da qual é convencionada a legislação a ser observada tanto pelas partes quanto pelo órgão julgador. Além da limitação imposta pela ordem pública, há ordenamentos que expressamente vedam a livre estipulação da lei aplicável ao contrato.

E em relação às cláusulas de eleição da lei, o art. 9º, caput, da Lei de Introdução ao Código Civil, não contemplou, no direito pátrio, a autonomia da vontade como elemento de conexão, impossibilitando que as partes livremente estipulem qual a lei aplicável ao contrato internacional firmado pelas mesmas.

Esta distinção é de suma importância, pois, conforme salienta Nadia de Araújo, apesar da influência que uma cláusula exerce na outra, ambas não se confundem: *“É preciso deixar bem claro que a cláusula de eleição de foro e de lei aplicável ao contrato não se confundem. Pode-se escolher um determinado foro para discutir os litígios advindos da relação contratual e naquele local utilizar-se a lei de um terceiro país no que diz respeito às regras materiais concernentes ao contrato em questão. No entanto, a redação e a escolha dessas cláusulas deve ser feita em conjunto, de modo que se o foro escolhido proibir a autonomia da vontade, a cláusula de lei aplicável poderá ser invalidada pelo juiz que estiver discutindo a questão em face de uma proibição da lei local. Dessa forma, estão interligadas e as conseqüências de uma determinada escolha influi na outra cláusula”* ( A autonomia da vontade nos contratos internacionais –O direito brasileiro e países do Mercosul: Considerações sobre a necessidade de alterações no Direito Internacional Privado Obrigacional do Bloco. Palestra proferida no Curso de Especialização ‘O Novo Direito Internacional’ promovido pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 16.07.1999, p. 7).



LACB  
Nº 70005228440  
2002/CÍVEL

Assim também já se posicionava Arnaldo Wald acerca do tema, ao ressaltar que embora as cláusulas de eleição de foro e de lei aplicável a um contrato sejam distintas, devem ser analisadas conjuntamente: *“Os dois problemas, embora materialmente conexos, são distintos, importando a cláusula eletiva de foro na concessão de uma competência contratual à Justiça de determinada cidade ou de certo país, enquanto a escolha de lei estrangeira para firmar as conseqüências jurídicas do contrato se fundamentam no princípio da autonomia da vontade e estabelece o regime jurídico substantivo aplicável à relação jurídica. A primeira questão é puramente processual e se apresenta tanto no plano nacional como internacional, sendo a segunda tipicamente de direito internacional privado”* (Validade das Convenções sobre foro de contrato. Estudos e pareceres de Direito Comercial. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1972, p. 261).

Como visto e consoante os ensinamentos de Eduardo Espínola, *“quando se suscita alguma questão de direito internacional privado, o primeiro problema, que se apresenta, é o da autoridade competente para o exame e decisão da controvérsia”* e superada a questão da competência do órgão julgador deverá este verificar qual a legislação aplicável ao caso. A primeira questão a ser abordada é, portanto, a da competência e validade da cláusula de eleição de foro para que, após, possa ser analisado o disposto pelas partes no tocante à lei aplicável ao contrato firmado pelas mesmas.

No caso em apreço, considera-se válido o pacto de eleição do foro e também da lei a ser aplicada, qual seja, a da República Oriental do Uruguai.

E obrigacional a matéria, procede-se à verificação da validade à luz do ordenamento jurídico do país em que se constituiu a obrigação, cabendo notar que a resultante de contrato se reputa constituída no lugar em que residir o proponente (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 9º, caput e 2º).



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LACB  
Nº 70005228440  
2002/CÍVEL

Repita-se: O caso presente diz com a cláusula de lei aplicável aos contratos e também com a eleição de foro para solver as controvérsias.

E no passo, há que se prestigiar o princípio da autonomia da vontade na determinação do foro e da lei aplicável.

Na espécie, indeterminado o local da celebração dos contratos, deve prevalecer o do proponente (ora agravante), qual seja, a República Oriental do Uruguai.

A hipótese repita-se, é de legislação e jurisdição uruguaia, sendo incompetente a justiça local para conhecer e decidir as causas que aqui tramitam.

Por tais razões, manifesto-me pelo provimento do recurso de agravo.

Agravo de Instrumento n.º 70005228440, de PORTO ALEGRE - A decisão é a seguinte: **“DERAM PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME”**.

Julgador(a) de 1º Grau: Leo Romi Pilau Junior.