

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO  
FACULDADE DE DIREITO

Natana Santin Menegasso

CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO EM CONTRATOS  
INTERNACIONAIS

PASSO FUNDO  
2012

Natana Santin Menegasso

CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO EM CONTRATOS  
INTERNACIONAIS

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação da professora Me. Patricia Grazziotin Noschang.

PASSO FUNDO  
2012

## RESUMO

O contrato internacional, assim caracterizado por qualquer elemento que o ligue a dois ou mais ordenamentos jurídicos distintos, é o maior instrumento de formalização dos negócios celebrados internacionalmente. Sendo de grande relevância, portanto, a discussão de seus elementos e cláusulas, especialmente a cláusula de eleição de foro e seus efeitos, ainda pouco estudada e analisada pela doutrina e jurisprudência. Com efeito, para se perscrutar a possibilidade teórica e prática de pactuação da cláusula, fez-se necessário uma análise da aceitação da escolha pelas partes de lei aplicável ao contrato, conforme o método de solução de conflitos de leis no espaço adotado e dos limites impostos à aplicação do princípio da autonomia da vontade, mesmo porque a escolha da lei e a eleição de foro são ainda muito confundidas. Além disso, essencial se verificar a influência das normas de competência internacional nas decisões dos tribunais, bem como no posicionamento doutrinário. Para tanto, foi utilizado o método dedutivo e o procedimento comparativo. Por fim, enfatizam-se as consequências práticas benéficas da aceitação da cláusula de eleição de foro como válida, apesar da matéria não ter sido pacificada no Direito brasileiro, o que causa insegurança jurídica e prejuízos econômicos ao país.

Palavras-chave: Cláusula especial. Competência internacional da justiça brasileira. Contrato internacional. Eleição de foro. Escolha da lei aplicável.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	4
<b>1 ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL ÀS RELAÇÕES JURÍDICAS</b> .....	7
1.1 Método conflitual tradicional, sua evolução com advento das revoluções de método americana e européia.....	7
1.1.1 Método conflitual tradicional.....	7
1.1.2 Evolução do método pela codificação.....	11
1.1.3 Revolução de método americana.....	13
1.1.4 Revolução de método europeia.....	14
1.2 Sistemas de qualificação, e <i>lex causae</i> como critério de qualificação adotado pelo direito pátrio nos contratos internacionais.....	15
1.2.1 Qualificação geral no direito brasileiro.....	15
1.2.2 Elementos de conexão no direito internacional privado brasileiro.....	17
1.3 Princípio da autonomia da vontade, inaplicabilidade e suas consequências.....	21
1.3.1 Evolução histórica do princípio.....	21
1.3.2 Autonomia da vontade no ordenamento jurídico brasileiro.....	25
<b>2 CONTRATOS INTERNACIONAIS E SUAS CLÁUSULAS ESPECIAS</b> .....	29
2.1 Contratos internacionais e seus desdobramentos em paralelo com os contratos nacionais.....	29
2.1.1 Características dos contratos internacionais.....	32
2.2 <i>Lex mercatoria</i> e direito convencional em matéria de contratos internacionais.....	36
2.2.1 <i>Lex mercatoria</i> .....	36
2.2.2 Direito convencional.....	38
2.3 Cláusulas especiais dos contratos internacionais.....	40
2.3.1 Cláusula de <i>hardship</i> .....	40
2.3.2 Cláusula arbitral.....	42
2.3.3 Cláusula de eleição de foro.....	44
<b>3 POSSIBILIDADE DE PACTUAR CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS</b> .....	52
3.1 Competência relativa e exclusiva da jurisdição brasileira e sua relação com a cláusula de eleição de foro.....	52
3.1.1 Competência absoluta da justiça brasileira.....	54
3.1.2 Competência relativa da justiça brasileira.....	56
3.2 Posicionamento jurisprudencial brasileiro.....	61
3.2.1 Tribunais de Justiça do Rio de Janeiro e do Rio Grande do Sul.....	61
3.2.2 Decisões dos Tribunais Superiores.....	69
3.3 Possibilidade de pactuação de cláusula de eleição de foro estrangeiro nos contratos firmados por nacionais e suas implicações práticas.....	71
<b>CONCLUSÃO</b> .....	78
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	83

## INTRODUÇÃO

Apesar das questões relativas ao direito das obrigações, como são as contratuais, ocuparem um espaço, cada vez maior, na área do direito internacional privado, sendo que a principal zona de conflito permeia a decisão de qual lei será aplicável aos contratos internacionais, bem como onde eventuais litígios serão dirimidos, é praticamente inexistente jurisprudência que aceite ou rejeite a eleição de foro estrangeiro para dirimir conflitos ou reger contratos internacionais firmados no Brasil.

Ademais, frequentemente é possível acompanhar pelos jornais a codificação e tratativas internacionais do Brasil. Entretanto, não há notícias da aplicação prática dessas normas. Fato esse que deveria chamar atenção dos acadêmicos de direito e juristas, ainda silentes e excessivamente conformados com a falta de pesquisas, as inúmeras decisões discordantes na área ou, ainda, com a insuficiência de debates quanto a entendimentos já consagrados.

Essa deficiência de discussão e segurança de jurisprudência estaria provocando certa retração dos negócios internacionais envolvendo o mercado brasileiro, uma vez que há grande cautela frente à possibilidade de as sentenças estrangeiras, que apliquem direito alienígena, não serem homologadas no ordenamento jurídico nacional. Enfim, a inércia doutrinária e jurisprudencial incentiva advogados a prestarem pareceres desestimulando clientes estrangeiros a efetuar contratos, prejudicando, assim, a economia brasileira.

Ainda, a discussão tem grande relevância jurídica, uma vez que traz à luz interpretações diversas, da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), com ênfase ao seu artigo 9º, bem como análise do tripé fundamental dos contratos, qual seja, princípio da autonomia da vontade, da boa-fé e do *pacta sunt servanda*, procurando determinar sua abrangência perante questões de ordem pública, envolvendo hipossuficientes, assim como frente partes de igual esclarecimento jurídico.

Outrossim, é sempre saudável argumentar sobre temas como o direito convencional, já que o estado brasileiro, apesar de assinar e participar de diversas conferências, como a Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, não as ratifica ou acaba por as abandonar.

Percebe-se que a clausulação da escolha do foro é assunto de importância flagrante e permeia o debate quanto à aplicação do princípio da autonomia da vontade aos contratos internacionais, os métodos de solução de conflito, critérios de qualificação, elementos de conexão e competência internacional da Justiça brasileira.

O método de abordagem a ser utilizado será o dedutivo. Segundo esse método inicia-se com premissas gerais, chegando-se a conclusões particulares, isto é, a partir da leitura do material pesquisado, estudo efetuado no campo teórico, mundo ideal, analisar-se-á os casos práticos, contratos realizados por brasileiros ou empresas nacionais com pessoas jurídicas e físicas internacionais, inseridos no mundo real, mundo dos fatos. Assim, aplicar-se-á a teoria às hipóteses práticas, por meio da análise dos casos mais comuns ou relevantes, e encontrar uma resposta adequada ao problema proposto.

O método utilizado para o desenvolvimento da pesquisa jurídica é o comparativo, constituindo-se em um confronto entre a admissão ou a rejeição da pactuação da cláusula de eleição de foro em contratos internacionais, fazendo-se uma comparação, também entre os entendimentos das correntes favoráveis a validade e eficácia da cláusula, bem como das contrárias, definindo semelhanças e diferenças entre as duas frentes. Por fim, explana-se sobre as consequências práticas da controvérsia, concluindo-se pela melhor solução da problemática.

Enfim, analisando a legislação e o ordenamento jurídico nacional, sem prejuízo à soberania, bem como se levando em conta a relevância social do tema na área econômica, pretende-se analisar a possibilidade de haver pactuação de cláusula de eleição de foro nos contratos internacionais.

Iniciar-se-á abordando o conflito de leis no espaço, que não é uma colisão propriamente dita, mas ocorre quando há incidência de duas ou mais normas sobre a mesma situação concreta e decorre da multiplicidade de sistemas jurídicos existentes. Saliente-se que é tarefa do Direito Internacional Privado (DIPr) indicar qual ordenamento jurídico será aplicado para solucionar o conflito. Para tanto, é essencial se fazer uma análise dos três métodos de solução de conflito, quais sejam, o tradicional, o americano e o europeu.

Saliente-se a importância da análise dos critérios de qualificação, questão prévia a ser enfrentada pelo juiz, principalmente a *lex causae* e a *lex fori*, utilizados pelo Brasil. Após qualificar-se a questão e localizar-se a sua sede, a lei do foro ou a lei estrangeira será aplicada, em consonância com a disposição da regra de conexão. Ainda, não há como omitir exame

quanto à aplicação do princípio da autonomia da vontade contratos internacionais, o que acarretaria na possibilidade de indicação pelas partes da lei aplicável ao contrato.

Posteriormente, imprescindível um estudo das peculiaridades inerentes aos contratos internacionais nas suas duas principais fases, formação e execução. Esta compreende o período em que os efeitos do contrato de materializam. Aquela, por sua vez, corresponde à trajetória, em que há um ajuste de interesses e vontades das partes, em direção a conclusão de um acordo.

Antes de se adentrar nas cláusulas especiais dos contratos internacionais, em especial na abordagem da cláusula de eleição de foro, essencial fazer um estudo da *lex mercatoria* e do direito convencional. A *lex mercatoria*, que surgiu ainda na Idade Média e ressurgiu como uma forma de poder normativo independente do direito positivo dos diversos estados, é ponto crucial para um melhor entendimento da dinâmica do comércio internacional. Já o estudo do direito convencional é interessante para ter-se uma ideia macro do posicionamento internacional sobre contratos internacionais e a cláusula de eleição de foro.

Após minuciosa apreciação da cláusula de eleição de foro, importante perscrutar a influência que as normas e definições acerca da competência internacional da Justiça brasileira exercem sobre o tema. Para então se passar a uma pesquisa jurisprudencial que evidencie o posicionamento dos tribunais, favorável ou contrário, a validade da eleição de foro em diferentes casos práticos. Assim, será possível encontrar uma resposta adequada a indagação referente à viabilidade da pactuação da cláusula de eleição de foro e seus efeitos concretos.

Em síntese, pretende-se indagar a possibilidade de pactuação da cláusula de eleição de foro, segundo a legislação vigente no país e o entendimento doutrinário pátrio. Ainda, uma vez viável a escolha do foro, tentar-se-á estabelecer quais as consequências práticas da cláusula como a efetividade ou a ineficácia do acordo, segundo o posicionamento jurisprudencial.

## **1 ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL ÀS RELAÇÕES JURÍDICAS**

A convivência humana em sociedade gera espontaneamente conflitos, sendo que a sua frequência vem se intensificando pelo aumento da interação entre os núcleos sociais, seja pelo desenvolvimento do transporte, seja pela evolução dos meios de comunicação. Encontrar uma solução adequada para o conflito de leis no espaço é objeto do DIPr. O que sinaliza a relevância de se analisar os métodos de escolha da lei aplicável e a aceitação ou rejeição do direito pátrio à aplicação do princípio da autonomia da vontade, visto que tratam-se de tópicos com grande influência sobre os contratos internacionais. Os três métodos com importância são o tradicional ou bilateral, o unilateral e o plurilateral.

Frise-se, outrossim, que diante de um conflito de leis no espaço o juiz se depara com a questão prévia da qualificação e deve verificar qual das teorias da lei qualificadora se adéqua ao caso. Em matéria de contratos internacionais, a lei brasileira aponta para o critério da *lex causae*, bem como para o elemento de conexão do local de sua celebração. Nesse caso, a lei qualificadora é a nacional, porém esta pode indicar uma lei estrangeira como aplicável. Enfim, importante se distinguir a lei qualificadora, da lei aplicável e da eleição de foro, comumente muito confundidas.

### **1.1 Método conflitual tradicional, sua evolução com advento das revoluções de método americana e europeia**

#### **1.1.1 Método conflitual tradicional**

No mundo jurídico, quando uma pretensão é resistida entende-se que o litígio nasce. Assim, para solucionar-se um litígio dois procedimentos são essenciais: determinar o direito aplicável, conforme a norma de DIPr vigente no país, e aplicar esse direito ao caso concreto em exame.

O estudo do DIPr no Brasil foi influenciado principalmente por duas escolas, quais sejam, a escola francesa e a escola anglo-americana.



A doutrina francesa, tendo como principais representantes Lainé, na França, e Pillet, na Bélgica, traz como objetos do DIPr a condição jurídica do estrangeiro, o conflito de leis e o exercício em um país dos direitos adquiridos ou assegurados por sentença em outro.<sup>1</sup>

Por sua vez, a corrente anglo-saxônica, iniciada na Inglaterra por Dicey e implementada por Beatle nos Estados Unidos, tem por elementos nucleares as questões de conflito de jurisdição (em que local acionar), qual lei é aplicável, bem como qual procedimento adotar na execução de atos e decisões estrangeiras.<sup>2</sup>

Qualquer que seja a doutrina utilizada fica evidente que o conflito de leis é matéria de grande relevância no âmbito do DIPr, sendo parte do seu objeto desvendar qual a solução mais adequada perante um conflito de leis no espaço.

Irineu Strenger cita pertinente conceito de conflito de leis elaborado por João Baptista Machado, nos seguintes termos:

Forçoso é concluir que o fator operativo do direito internacional é o conflito de leis bem traduzível na expressão de João Baptista Machado como o fato jurídico de que depende a consequência desse direito, identificada pela aplicabilidade de certa lei a determinado fato concreto.<sup>3</sup>

Saliente-se que, desde seus primórdios, as lentes do direito internacional privado não estão voltadas apenas para o confronto de normas de países diferentes. Nesse diapasão, Jacob Dolinger menciona exemplos de problemas comuns nos séculos XIV a XVIII como “que lei se aplicaria a um contrato firmado entre um cidadão de Bolonha e outro de Módena”.<sup>4</sup> O autor também faz referência a situações atuais em que conflitos nacionais são objeto de estudo do DIPr como ocorre nos Estados Unidos, que concedeu autonomia legislativa para os estados-membros da federação.

Sobre o conflito de direitos dentro do território do mesmo Estado, Friedrich Carl Von Savigny traz à luz o exemplo da Alemanha, em sua época imperial, bem como do Império Romano, denominando os direitos diversos existentes no interior de um país de direitos particulares, os quais estão em contraposição ao direito comum do país. Ademais, afirma que

---

<sup>1</sup>STRENGER, Irineu. **Direito internacional privado**: parte geral. 6. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 57.

<sup>2</sup>ARAÚJO, Nadia de. **Direito internacional privado**: teoria e prática brasileira. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 36.

<sup>3</sup>STRENGER, **Direito internacional privado**, p.46-47.

<sup>4</sup>DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**: parte geral. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 19-20.

o conflito desses direitos particulares deveria ser resolvido com base na legislação geral de cada um dos estados.<sup>5</sup>Cumpra citar as palavras do autor para obter-se maior fidelidade ao seu entendimento:

Essa origem do direito particular das cidades já é encontrado no Império Romano quando, antes de sua união ao império, tinham sua legislação especial, direito que sua anexação ao império não eliminava completamente, embora estivessem sempre sujeitas às novas leis emanadas de Roma.<sup>6</sup>

Apesar de alguma divergência, o foco do direito internacional privado é regular situações conectadas a mais de um sistema jurídico. Essencial, portanto, à matéria de eleição de foro conhecer os métodos de escolha da lei aplicável. Frise-se, o patente significado de conflito de leis, qual seja, a possibilidade de duas ou mais normas incidirem sobre uma mesma situação posta, não se confundindo com uma literal colisão, portanto.<sup>7</sup>

Uma vez diante de um conflito de leis, é imperioso se fazer uma escolha quanto ao método de resolução desse conflito. No século XIX, os autores Savigny e Story foram os pioneiros na criação de teorias sobre o tema.

Segundo Jacob Dolinger, Joseph Story trouxe ao mundo jurídico a ideia de *lex fori* e de *lex loci*. De acordo com entendimento de Story, se uma transação que ocorreu na França for levada ao conhecimento de corte americana, e as leis dos dois países forem contrárias, surge uma dúvida. A transação deve reger-se pela lei americana ou francesa? Caso a corte decida pela aplicação da lei francesa, estará vinculada a essa lei para fixar os direitos das partes, tendo em vista que a justiça assim exige, e não somente por questão de urbanidade ou por cortesia.<sup>8</sup>

Para Story, o magistrado deveria apreciar cada questão que lhe é posta, levando em conta a lei estrangeira, a lei nacional e o fato, para estabelecer uma regra adequada à resolução do conflito<sup>9</sup>. Dessa forma, após avaliar diversas questões jurídicas, Story foi construindo um sistema de regras referentes à lei a ser aplicada para cada seção do direito. Por exemplo, para a capacidade das pessoas, fixou a regra geral do domicílio; para os contratos, a

---

<sup>5</sup>SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema do direito romano atual**. Tradução de Ciro Mioranza. vol. 8. Ijuí: Unijuí, 2004, p. 44-45.

<sup>6</sup>SAVIGNY, **Sistema do direito romano atual**, p. 45.

<sup>7</sup>BRAGA, Marcelo Duque. **Direito internacional: público e privado**. 2. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 360.

<sup>8</sup>DOLINGER, **Direito internacional privado**, p. 140-143.

<sup>9</sup>STRENGER, **Direito internacional privado**, p.234.

lei do local de sua constituição ou do local da sua execução; e para bens móveis, a lei do domicílio do proprietário.<sup>10</sup>

Fredrich Carl von Savigny, por outro lado, ressaltava que, com o estreitamento das relações entre os povos e os indivíduos, surge a demanda por igualdade de tratamento das questões jurídicas, isto é, soluções iguais para colisão de leis independentemente do país que realizar o julgamento. Essa visão de Savigny é denominada de Teoria da Comunidade de Direito entre os Diferentes Povos, consoante a qual o direito mais conforme com a natureza da relação jurídica deve ser aplicado, qual seja, o da localização da sede da relação em causa, o local onde a relação atua de forma mais direta.<sup>11</sup>

Nas palavras do próprio jurista Fredrich Carl von Savigny:

Até aqui fomos levados a reconhecer que, para decidir sobre relações jurídicas que entram em contato com diferentes Estados independentes, o juiz deveria aplicar o direito local, ao qual pertence a relação de direito litigioso, sem distinguir se esse direito é aquele de seu país ou aquele de um Estado estrangeiro.<sup>12</sup>

O autor descreveu cinco grupos possíveis de sedes das relações jurídicas: 1) *lex domicilli* para a capacidade, os direitos de família e os direitos sucessórios; 2) *lex rei sitae* para bens imóveis e móveis; 3) *lex loci executionis* no que se refere às obrigações; 4) *lex fori* quanto à matéria processual; e 5) *locus regit actum* quanto à forma dos atos jurídicos, forma extrínseca. Dentre os agrupamentos, considerava que o liame mais seguro seria o domicílio, já que a pessoa, que está vinculada permanentemente ao local de seu domicílio, lugar onde exerce seus direitos, é o centro de toda relação jurídica.<sup>13</sup>

Por fim, Savigny reconheceu algumas exceções, em progressiva extinção, ao princípio da comunidade do direito dos povos, de certa maneira, limites de ordem pública internacional. Assim, algumas normas como a poligamia, o instituto da morte civil e a escravidão não seriam aplicáveis em países que não as aceitassem.<sup>14</sup>

<sup>10</sup>DOLINGER, *Direito internacional privado*, p. 142.

<sup>11</sup>DOLINGER, *Direito internacional privado*, p. 144-145.

<sup>12</sup>SAVIGNY, *Sistema do direito romano atual*, p. 53.

<sup>13</sup>STRENGER, *Direito internacional privado*, p. 236-241.

<sup>14</sup>DOLINGER, *Direito internacional privado*, p.145.

Savigny, ao discorrer sobre essa exceção, estabelece que “instituições jurídicas de um Estado estrangeiro, cuja existência não é reconhecida no nosso e que, por conseguinte, não têm nenhum direito à tutela jurídica em nosso Estado”.<sup>15</sup>

Uma segunda classe de exceção trazida pelo autor abarca “leis de natureza rigorosamente positiva, coativa, que não admitem por isso mesmo essa liberdade de apreciação que não condiz com os limites de Estados diversos”. Savigny adverte que não se pode atribuir a todas as leis absolutas o caráter coativo. Tal característica só pode ser conferida às leis determinadas por um motivo de interesse geral, em virtude do seu caráter político, de ordem pública ou de ordem econômica.<sup>16</sup>

Outro importante escritor no DIPr foi Pasquale Mancini. Este estabeleceu a nacionalidade como melhor indicador da lei a ser aplicada à pessoa em todas as matérias relacionadas ao seu estado, à sua capacidade, ao direito de família e sucessões. Tal critério foi acolhido por diversas codificações europeias, pelo Instituto de Direito Internacional e pela Conferência de Direito Internacional Privado de Haia.<sup>17</sup>

Mancini admitia, ainda, a liberdade das partes em optar por normas supletivas quanto aos negócios jurídicos e contratos. Por outro lado, limitou a inserção do direito estrangeiro na jurisdição nacional quando as normas forem de ordem pública, mesmo que as partes sejam de direito privado, pelo princípio da soberania.<sup>18</sup>

### 1.1.2 Evolução do método pela codificação

Até a primeira guerra mundial não se podia falar em uniformidade de normas, cite-se o exemplo trazido por Nadia de Araujo quanto à divergência de normas a regulamentar o estatuto pessoal, no Brasil (até a LICC - Lei de Introdução ao Código Civil) utilizava-se o critério da nacionalidade, por outro lado nos Estados Unidos e nos demais países da América Latina seguia-se o critério do domicílio.<sup>19</sup>

---

<sup>15</sup>SAVIGNY, *Sistema do direito romano atual*, p. 54.

<sup>16</sup>SAVIGNY, *Sistema do direito romano atual*, p. 53-56.

<sup>17</sup>DOLINGER, *Direito internacional privado*, p. 145-147.

<sup>18</sup>STRENGER, *Direito internacional privado*, p. 244-245.

<sup>19</sup>ARAUJO, *Direito internacional privado*, p.43.

Diante disso, surgiu uma tendência à utilização da codificação de caráter internacional com ênfase na jurisprudência, sendo que o continente americano foi o pioneiro com advento do Tratado de Lima, Tratado de Montevideu, Código de Bustamante e, após a OEA (Organização dos Estados Americanos), com as Conferências Especializadas, CIDIPs (Conferências Interamericanas de Direito Internacional Privado).<sup>20</sup>

Segundo o método conflitual tradicional ou bilateral a função do DIPr é apontar em qual ordenamento jurídico a norma deve ser encontrada, isto é, usa-se normas indiretas ou indicativas. Percebe-se que por esse método não se indica a norma material propriamente dita a ser aplicada ao caso concreto. Em suma, a finalidade principal é garantir a continuidade e a estabilidade das relações por meio de segurança e certeza jurídicas.<sup>21</sup>

Segundo Jacob Dolinger, as normas indiretas não solucionam a questão propriamente dita, não dizem se o contrato é válido ou não, por exemplo.<sup>22</sup> Além disso, o método conflitual apresenta três problemas principais, que fragilizam a almejada segurança jurídica: pode gerar soluções diferentes para o mesmo caso concreto, dependendo do país em que ocorra; uma decisão válida em um Estado pode não ser em outro; bem como as partes podem usar essas diferenças a seu favor e promover o chamado *forum shopping*.<sup>23</sup>

O sistema conflitual acima exposto vem sendo derogado pelos métodos unilateral e plurilateral, os quais não abordam as regras indiretas ou de conexão como exclusivas. Nas palavras de Nadia de Araujo:

Nos últimos anos, essa metodologia tem sido muito criticada por sua indiferença com o resultado concreto. O sistema americano a atacou frontalmente, primando pela escolha das normas a partir do resultado final, sem se basear em normas bilaterais. Na Europa, a metodologia também sofreu modificação através da aceitação do pluralismo de métodos e da flexibilização das normas de conflitos. Isso se deu através da elaboração de regras materiais de DIPr, em convenções internacionais, da possibilidade de regras alternativas, da cláusula de exceção, da utilização da autonomia da vontade em outras áreas do direito, e de princípios mais flexíveis como o da proximidade.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> ARAUJO, **Direito internacional privado**, p. 43.

<sup>21</sup> ARAUJO, **Direito internacional privado**, p. 44-46.

<sup>22</sup> DOLINGER, **Direito internacional privado**, p. 50.

<sup>23</sup> ARAUJO, **Direito internacional privado**, p. 44-46.

Aqui cumpre analisar o significado da expressão *forum shopping*, para tanto se mencione as palavras de Jacob Dolinger “a expressão “*forum shopping*” significa a procura de uma jurisdição em que as partes, ou uma delas, pensa que lhe será feita melhor justiça ou onde terá mais probabilidade de êxito, por uma ou outra razão”. DOLINGER, **Direito internacional privado**, p. 428.

<sup>24</sup> ARAUJO, **Direito internacional privado**, p. 47.

Outra forma de evitar a divergência de normas conflituais foi a uniformização do DIPr em iniciativas como a Convenção sobre a Compra e Venda Internacional, da UNCITRAL, e os Princípios para os Contratos Comerciais Internacionais, do UNIDROIT. Cabe ressaltar que, hodiernamente, a finalidade principal do DIPr deixou de ser apenas promover a segurança jurídica, faz-se necessário adequar o método tradicional à proteção dos direitos fundamentais.<sup>25</sup>

### 1.1.3 Revolução de método americana

A partir disso, no ordenamento americano, surge o método unilateral, parte da chamada revolução dos métodos. Nesse diapasão, Nadia de Araujo comenta:

Sugeria como *modus operandi* que se fizesse uma análise pormenorizada da situação *sub judice*: a comparação dos resultados obtidos pela aplicação em concreto das leis em contato com a situação, e afinal, a avaliação dos resultados, em função das considerações de justiça social, para então se decidir qual das leis em contato aplicar à situação concreta.<sup>26</sup> (grifo do autor)

Em outras palavras, pelo método americano, o resultado da aplicação de uma lei ao caso concreto deve ser considerado, quando da seleção da norma material. Há uma ênfase ao resultado, ao contrário do método europeu, que valoriza as normas multilaterais em detrimento do resultado.

Em atenção à preocupação com o resultado, os tribunais americanos passaram a aplicar o princípio da proximidade ou do vínculo mais estreito, principalmente no intuito de proteger as vítimas de situações, conectadas a dois sistemas jurídicos diferentes, em que se apurava a responsabilidade civil.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> ARAUJO, *Direito internacional privado*, p. 47.

<sup>26</sup> ARAUJO, *Direito internacional privado*, p. 49-50.

<sup>27</sup> ARAUJO, *Direito internacional privado*, p. 50-53.

Nesse sentido, por exemplo, no caso Babcock, para solucionar litígio decorrente de um acidente de trânsito, ocorrido no Canadá, aplicou-se a lei americana e não a canadense, lei do local do sinistro, como ocorreria pelo método tradicional.

Aplicou-se a lei americana, à medida que os pontos de contato levavam a Nova York, o carro era registrado em Nova York, o motorista e a passageira machucada moravam em Nova York e o seguro do carro era de Nova York. Para o tribunal seria injusto e anômalo aplicar a lei canadense, pois a passageira não teria direito a qualquer indenização.<sup>28</sup>

Posto isso, fica evidente que método unilateral pretende aplicar a lei mais adequada ao caso concreto, isto é, aquela que mais preservar os direitos humanos, tendo reflexo apenas na área da responsabilidade civil e contratual.

#### **1.1.4 Revolução de método europeia**

A revolução europeia, por sua vez, trouxe à luz o método plurilateral, pelo qual não há taxaço de critérios para escolher a lei a ser aplicada, há regras materiais, narrativas e de aplicação imediata. Essa alteração se deu em diversos fóruns, na Conferência da Haia e, posteriormente, em codificações de caráter comunitário.

Nessa esteira, escreve Nadia de Araujo:

A Conferência Permanente de Direito Internacional Privado, sediada na Haia, é uma instituição dedicada exclusivamente ao estudo e desenvolvimento da codificação uniforme do DIPr. Faz seu trabalho através da elaboração de convenções sobre matérias a específicas, tendo aprovado 33 convenções, no período de 1951 a 2000. Nos últimos anos, algumas Convenções da Haia adotaram regras de conflito de caráter substancial, através de diversas técnicas, estabelecendo regras com vínculos alternativos, subsidiários ou cumulativos.<sup>29</sup>

Essas técnicas foram aplicadas, por exemplo, na Convenção de Haia sobre Cooperação Internacional e Proteção de Crianças e Adolescentes em Matéria de Adoção Internacional, de 1993, quando esta estabeleceu um sistema de cooperação entre autoridades judiciárias com

<sup>28</sup> ARAUJO, **Direito internacional privado**, p. 51.

<sup>29</sup> ARAUJO, **Direito internacional privado**, p. 57.

normas tendentes à proteção do melhor interesse da criança. Nota-se que a Convenção abandonou as normas conflituais clássicas, tendo adotado normas materiais e normas abertas, mais flexíveis.<sup>30</sup>

Com efeito, apesar das inúmeras mudanças que vem ocorrendo e de ser signatário de diversas convenções, o Brasil continua a adotar normas conflituais tradicionais ou bilaterais. Enfim, a multiplicidade de sistemas jurídicos cria o conflito de leis no espaço. Este se resume na possibilidade de aplicação de mais de sistema jurídico para reger uma situação jurídica, sendo empreitada do Direito Internacional Privado indicar qual o sistema jurídico aplicável para solucionar o conflito.<sup>31</sup>

## **1.2 Sistemas de qualificação e *lex causae* como critério de qualificação adotado pelo direito pátrio nos contratos internacionais**

### **1.2.1 Qualificação geral no direito brasileiro**

A qualificação é matéria inerente a todos os ramos do direito, todavia torna-se essencial, ganha importância maior no Direito Internacional. No momento em que se está diante de um conflito de leis no espaço e de legislação de Estados distintos, isto é, da escolha da lei aplicável, o juiz se depara com uma questão prévia, a qualificação, isto é, deverá verificar a qual instituição jurídica os fatos em julgamento pertencem.

A teoria das qualificações foi proposta primeiramente pelos juristas Franz Kahn, na Alemanha, em 1891, e Etienne Bartin, na França, em 1987<sup>32</sup>, sendo que a qualificação abarca as normas indicativas ou indiretas de DIPr. Essas normas meramente apontam qual direito é aplicável a uma situação vinculada a mais de um ordenamento jurídico, o nacional ou o estrangeiro, sem solucionar o caso propriamente dito.<sup>33</sup> Assim, a partir do reconhecimento de

<sup>30</sup> ARAUJO, **Direito internacional privado**, p. 59-60.

<sup>31</sup> RODAS, João Grandino. Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais. In: João Grandino Rodas (Coord.). **Contratos internacionais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 19-20.

<sup>32</sup> RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado: teoria e prática**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 160.

<sup>33</sup> RECHSTEINER, **Direito internacional privado**, p. 152.



uma situação multifacetada, há a necessidade de se estabelecer regras de conexão, as quais são normas indicativas ou indiretas.<sup>34</sup>

Nesse passo, cumpre citar as palavras de Jacob Dolinger:

A norma indireta de Direito Internacional Privado conflitual objetiva indicar, em situações conectadas com dois ou mais sistemas jurídicos, qual dentre eles deva ser aplicado. Assim, determinará que ordenamento jurídico será aplicado para questões de capacidade, para os institutos do direito de família e do direito das sucessões, para os contratos e demais obrigações e para as questões de direito real, fazendo esta escolha por meio de pontos de contato, nacionalidade, domicílio ou residência das pessoas, local da assinatura do contrato ou local do cumprimento da obrigação, local da situação do bem, pontos estes, e outros mais, denominadas regras de conexão.<sup>35</sup>

Nota-se que essas normas não indicam se o contrato é válido ou não, exemplificativamente, elas apenas indicam o direito aplicável, em que o jurista irá encontrar as normas aplicáveis ao caso sob exame.

Para se buscar uma solução adequada a cada conflito, que eventualmente tenha surgido com as relações humanas, utiliza-se o procedimento da qualificação. Segundo Jacob Dolinger, a aplicação boa e justa das normas jurídicas depende da conceituação e da classificação dos elementos fáticos e jurídicos de cada matéria. Dessa forma, o autor apresenta a equação conceituar + classificar = qualificar.<sup>36</sup>

Nesse ponto, surge mais uma escolha a ser feita, escolha da lei qualificadora, a qual não se confunde com a escolha da lei aplicável, sendo perfeitamente possível que a lei qualificadora seja a nacional e que essa qualificação venha a apontar para a aplicação da lei material de outro sistema jurídico. O oposto também é plenamente aceitável.<sup>37</sup>

Existem três teorias principais sobre a escolha da lei qualificadora, quais sejam, *lex fori*, *lex causae* e qualificação por referência a conceitos autônomos e universais. A última teoria, de Ernst Rabel, determina que, utilizando-se do método comparativo, o juiz deve buscar conceitos autônomos e de caráter universal, sem vincular-se exclusivamente à qualificação de determinadas leis (do foro ou da causa). Deste modo, com a adoção por diversos estados dessa teoria, os conflitos de qualificação seriam eliminados. A teoria foi

<sup>34</sup> BRAGA, **Direito internacional**, p. 362.

<sup>35</sup> DOLINGER, **Direito internacional privado**, p. 49-50.

<sup>36</sup> DOLINGER, **Direito internacional privado**, p. 363-364.

<sup>37</sup> DOLINGER, **Direito internacional privado**, p. 367-368.

considerada irrealista e utópica, uma vez que o problema da qualificação só existe quando presente a diversidade de qualificação entre sistemas jurídicos.<sup>38</sup>

A qualificação pela *lex fori* preceitua que, quando se está enfrentando uma questão jurídica que extrapola a jurisdição nacional, visto que está ligada a outro sistema jurídico, o qual não tem qualificação idêntica ao seu, deve-se optar pela qualificação segundo o seu próprio direito. Por sua vez, a qualificação pela *lex causae* estabelece que se deve solicitar ao direito estrangeiro a qualificação aplicável à relação jurídica.<sup>39</sup>

### 1.2.2 Elementos de conexão no direito internacional privado brasileiro

A LINDB<sup>40</sup> adotou um sistema misto de qualificação, já que abrangeu a *lex fori* e a *lex causae*. Segundo a *lex fori*, a qualificação deve ser feita pela lei interna, lei do foro, isto é, conforme o ordenamento jurídico nacional, sendo essa a regra geral no ordenamento pátrio. O critério da *lex causae*, por sua vez, é a exceção, foi utilizado nos artigos 8º<sup>41</sup> e 9º<sup>42</sup>, ambos da LINDB, segundo os quais aplica-se a norma do local em que o imóvel se encontra e do lugar onde a obrigação foi constituída, respectivamente. Nesse rumo, Oscar Tenório afirma que a Lei de Introdução “contém duas disposições qualificadoras, uma para os bens, outra para as obrigações”.<sup>43</sup>

Após qualificar-se a questão e localizar-se a sede da mesma, aplica-se a lei do foro ou a lei estrangeira, consoante disposição da regra de conexão.<sup>44</sup> A qualificação, destarte, leva aos elementos de conexão.

<sup>38</sup> DOLINGER, **Direito internacional privado**, p. 370-371.

<sup>39</sup> DOLINGER, **Direito internacional privado**, p. 368-369.

<sup>40</sup> O Brasil, segundo Nadia de Araujo, define a regra de conexão aplicável aos contratos internacionais em conformidade com as disposições da escola estatutária italiana. Pela qual, divide-se as questões contratuais entre as oriundas do contrato e referentes a sua forma, regidas pela lei do país em que foram constituídas, conforme o critério da *lex causae*, e as questões posteriores, regidas pela lei do local da execução. ARAUJO, **Direito internacional privado**, p. 386-388.

<sup>41</sup> Art. 8º Para qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes, aplicar-se-á a lei do país em que estiverem situados. §1º Aplicar-se-á a lei do país em que for domiciliado o proprietário, quanto aos bens moveis que ele trouxer ou se destinarem a transporte para outros lugares.

§2º O penhor regula-se pela lei do domicílio que tiver a pessoa, em cuja posse se encontre a coisa apenhada.

<sup>42</sup> Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

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

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

<sup>43</sup> TENÓRIO, Oscar. **Direito internacional privado**. vol. 1. 8. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A., 1965, p. 302-303.

<sup>44</sup> DOLINGER, **Direito internacional privado**, p. 374.

Haroldo Valladão salienta a importância dos elementos de conexão quando os descreve como “as diretrizes, as chaves, as cabeças-de-ponte para a solução dos conflitos de lei, em linguagem atual, são os mísseis que põem em órbita a regra de DIP”.<sup>45</sup>

Os elementos de conexão fazem parte da norma indicativa, no auxílio da escolha da lei aplicável, e são determinados segundo o direito internacional de cada Estado, todavia é possível encontrar certa semelhança entre os elementos utilizados pelos diversos países.<sup>46</sup>

Os elementos mais utilizados e analisados são o do domicílio e o da nacionalidade. Os aspectos positivos da nacionalidade são o fácil conhecimento, a certeza, a estabilidade, a menor suscetibilidade à fraudes e a maior adaptação aos hábitos populares<sup>47</sup>, todavia o princípio nacionalístico vem perdendo a relevância como elemento de conexão, tendo em vista o aumento do deslocamento e interação entre países, fato que resulta em pessoas com mais de duas nacionalidades.<sup>48</sup>

Nos casos de apátridas, pessoas físicas que não possuem nacionalidade, e refugiados, o elemento de conexão nacionalidade, também, vem perdendo importância e é substituído pelo domicílio ou *lex loci domicilli*, elemento de conexão predominante, principalmente, como indicador do direito aplicável ao estatuto pessoal das pessoas físicas.<sup>49</sup>

A lei do domicílio é o elemento de conexão encontrado no artigo 7º, da LINDB. É o que se pode perceber quando o artigo dispõe que a lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família.

Outro exemplo de elemento de conexão é o da *lex rei sitae* (lei da situação do bem) aplicável ao regime jurídico dos bens, não no sentido amplo conferido ao patrimônio, mas especialmente em relação aos bens corpóreos, imóveis e aos direitos de propriedade intelectual.<sup>50</sup>

O elemento da *lex rei sitae* está presente no *caput* do artigo 8º, da LINDB, o qual estabelece que para qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes, aplicar-se-á a lei do país em que estiverem situados.

---

<sup>45</sup>VALLADÃO, Haroldo. **Direito internacional privado**: em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos estados americanos. vol. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1980, p. 264.

<sup>46</sup>RECHSTEINER, **Direito internacional privado**, p. 164.

<sup>47</sup>RODAS, Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais, p. 22-25.

<sup>48</sup>RECHSTEINER, **Direito internacional privado**, p. 166.

<sup>49</sup>RECHSTEINER, **Direito internacional privado**, p. 167.

<sup>50</sup>RECHSTEINER, **Direito internacional privado**, p. 171.

Quanto às obrigações o elemento de conexão é o da *lex loci obligationis*, isto é, lei do local da realização da obrigação, correspondendo ao artigo 9º, da LINDB. O referido artigo 9º, em seu parágrafo segundo, dispõe que as obrigações resultantes dos contratos reputam-se constituídas no lugar em que residir o proponente. Assim, percebe-se que a lei do local em que os contratos forem celebrados (*lex loci contratus* ou *lex loci celebrationis*) é que os rege.

Quando se utiliza a *lex causae*, por meio do elemento de conexão da *lex rei sitae* ou da *lex loci obligationis*, portanto, também no caso dos contratos internacionais, o juiz brasileiro eventualmente acaba por aplicar a lei estrangeira. Porém essa incorporação de normas estrangeiras não é ilimitada, há exceções que vedam a aplicação de normas estrangeiras.<sup>51</sup>

Um dos limitadores da aplicação da lei estrangeira é a ordem pública. No direito interno entende-se ordem pública como um limitador da vontade das partes, cuja liberdade não é plena frente a determinados aspectos da vida privada<sup>52</sup>, isto é, mesmo que as partes desejem, essa lei de ordem pública não pode ter suas consequências afastadas.<sup>53</sup> O renomado Jacob Dolinger elucida esse conceito com excelente exemplo.

O autor cita uma decisão da corte de Montpellier, de dezembro de 1932, que não admitiu cláusula testamentária, em que o testador estipulou que, após sua morte, sua casa deveria ser demolida e o terreno isolado com muros, jamais devendo ser vendido, alugado, etc. Essa disposição de vontade evidentemente afrontava a ordem pública.<sup>54</sup>

No campo do direito internacional privado a ordem pública impede que as leis estrangeiras sejam aplicadas de forma indiscriminada, inibe o reconhecimento de atos realizados no exterior e a execução de sentenças provenientes de outros países.

Ainda, Irineu Strenger conceitua ordem pública, consoante transcrição abaixo:

Devemos entender por ordem pública o conjunto de princípios incorporados implícita ou explicitamente na ordenação jurídica nacional, que, por serem considerados para a sobrevivência do Estado e salvaguarda de seu caráter próprio, impedem a aplicação do direito estrangeiro que os contradiga, ainda que determinado pela regra dos conflitos.<sup>55</sup>

<sup>51</sup>STRENGER, *Direito internacional privado*, p. 414.

<sup>52</sup>DOLINGER, *Direito internacional privado*, p. 385.

<sup>53</sup>STRENGER, *Direito internacional privado*, p. 415.

<sup>54</sup>DOLINGER, *Direito internacional privado*, p. 385.

<sup>55</sup>STRENGER, *Direito internacional privado*, p. 415.

Na LINDB, artigo 17, se encontra o limitador da ordem pública. O artigo preceitua que as leis, os atos e as sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional (plano político), a ordem pública (plano jurídico e econômico) e os bons costumes (plano moral).<sup>56</sup> Dessa forma, a consequência da inadmissibilidade da norma estrangeira é a aplicação da *lex fori*.

Por outro lado, é preciso ter cautela ao determinar a incompatibilidade da norma forasteira. Nesse rumo, a autora Nadia de Araujo fornece exemplo ilustrativo das dívidas de jogo. O direito brasileiro não prevê a execução de dívidas contraídas com jogos de azar, todavia o Supremo Tribunal Federal (STF), anteriormente a mudança de competência para o Superior Tribunal de Justiça (STJ), admitiu a citação de cidadão domiciliado no Brasil por força de ação movida nos EUA, na qual se fazia a cobrança de dívidas de jogo.<sup>57</sup>

O *exequatur* foi concedido porque não ofendia a soberania nacional ou a ordem pública. Dentro desse contexto, o indeferimento sim seria contra a ordem pública brasileira, uma vez que acarretaria enriquecimento indevido e desrespeito ao princípio da boa-fé, bem como desrespeito ao artigo 9º.<sup>58</sup>

Ainda, pode-se referir como limitador da aplicação do direito estrangeiro a fraude à lei, intenção de utilizar um benefício de outro ordenamento jurídico que no seu não existe. Conforme o jurista Florisbal de Souza Del’Olmo “a fraude à lei é a prática, pelo indivíduo, de um ato legal na forma e na aparência, mas que esconde a intenção de burlar a lei aplicável *in casu* e que lhe seria desagradável”<sup>59</sup>, sendo que a vítima da fraude à lei é a própria coletividade.

Nesse diapasão, Haroldo Valladão pondera:

---

<sup>56</sup>DOLINGER, **Direito internacional privado**, p. 387.

<sup>57</sup>ARAUJO, **Direito internacional privado**, p. 131-132.

<sup>58</sup>ARAUJO, **Direito internacional privado**, p. 132-134.

<sup>59</sup>DEL’OLMO, Florisbal de Souza. **Direito internacional privado: abordagens fundamentais, legislação e jurisprudência**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 59-60.

O segundo e importante limite à aplicação da Lei estranha ou estrangeira é a *exceção de fraude à lei* (1), reação da ordem jurídica contra atividade individual oculta e a ela contrária, denegação de eficácia à fuga de uma lei imperativa ou proibitiva realizada através de ato(s) lícito(s) que leva(m) à aplicação de uma outra lei mais favorável ao(s) interessado(s).<sup>60</sup> (grifo do autor)

Assim, a fraude à lei ocorre quando o indivíduo artificialmente altera o elemento de conexão que indicaria a lei aplicável. É decorrência do princípio moral de que os fins lícitos não podem ser alcançados por meios ilícitos, sendo vedada a fuga da lei normalmente aplicável.<sup>61</sup>

Enfim, a qualificação ocorre com o somatório do conceito e da classificação, podendo ocorrer pelo critério da *lex fori* (regra geral) ou da *lex causae* (utilizada excepcionalmente como nos contratos internacionais) e nos levando a um elemento de conexão. Segundo Haroldo Valladão esses elementos seriam os mísseis que carregam as leis de um ordenamento jurídico ao outro. No que se refere aos contratos internacionais, o elemento de conexão é o local da sua celebração.

Importante, outrossim, não confundir elemento de conexão (domicílio, local do bem, local da celebração, etc) com o objeto da conexão (sucessão, o bem imóvel, o contrato). Por fim, ressalte-se que a aplicação da lei estrangeira não é feita de forma indiscriminada, existem limitadores. Se os elementos de conexão são os mísseis, nas palavras de Valladão, os antimísseis ou escudos protetores são, especialmente, a ordem pública e a fraude à lei.

### **1.3 Princípio da autonomia da vontade, inaplicabilidade e suas consequências**

#### **1.3.1 Evolução histórica do princípio**

A autonomia da vontade é matéria intrínseca aos contratos, sendo considerada a capacidade das pessoas determinarem obrigações para si mesmas por meio de manifestação de vontade. Inicialmente tal autonomia era incondicionada no direito privado, entretanto, com os frequentes abusos, praticados em decorrência do marcado desequilíbrio de poderes entre as

<sup>60</sup>VALLADÃO, *Direito internacional privado*, vol. 1, p. 530.

<sup>61</sup>DOLINGER, *Direito internacional privado*, p. 425.

partes contratantes, o Estado passou a restringir a autonomia como estabelecendo normas de ordem pública. Com isso o conceito de autonomia plena da vontade se modificou para a chamada autonomia privada.<sup>62</sup>

A liberdade de contratar, fruto da autonomia da vontade, significa a liberdade de definir o conteúdo do contrato, de definir as disposições a serem seguidas em caso de descumprimento das prestações e o modo que os litígios decorrentes serão resolvidos. Essa é uma das matérias mais relevantes no caso dos contratos internacionais, juntamente com a cláusula de eleição de foro e a escolha da lei aplicável.<sup>63</sup>

No direito civil, a autonomia de vontade e a ideia de que o contrato faz lei entre as partes sempre foram aceitas, porém seus conceitos amplos vêm sendo modificados, principalmente, em virtude dos contratos de massa e da tutela estatal aos consumidores, contratantes em posição desprivilegiada. Nesse contexto, os excessos no intervencionismo estatal ou a falta dele vem gerando inúmeras discussões.

Para Sílvio de Salvo Venosa, a autonomia da vontade continua sendo essencial aos contratos, todavia ela não pode atingir normas cogentes, ferindo a ordem pública ou deixando de cumprir a função social do contrato. Este não pode mais ser “visto pelo prisma individualista de utilidade para os contratantes, mas no sentido social de utilidade para a comunidade”.<sup>64</sup>

O tema da autonomia da vontade gera polêmica, também, no direito internacional privado. Alguns autores descrevem a evolução histórica da teoria da autonomia da vontade de forma tripartida. João Grandino Rodas comenta que Álvaro da Costa Machado Villela divide a evolução nas fases do combate, do exagero e da reação, por outro lado, o autor Haroldo Valladão diferencia as fases como da consagração, do exagero e da manutenção sem excessos.<sup>65</sup>

---

<sup>62</sup>TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Boa-fé na escolha da lei aplicável aos contratos internacionais. In: POSENATO, Naiara (Org.) **Contratos internacionais: tendências e perspectivas: estudos de direito internacional privado e de direito comparado**. Ijuí: Unijuí, 2006, p. 188.

<sup>63</sup>TOMASEVICIUS FILHO, Boa-fé na escolha da lei aplicável aos contratos internacionais, p. 188-189.

<sup>64</sup>VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 375-384.

<sup>65</sup>RODAS, Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais, p. 46-47.

Charles Dumoulin, jurista francês, no século XVI, foi o autor que desenvolveu o princípio da autonomia da vontade no DIPr<sup>66</sup>, este seria o direito das partes escolherem a lei que vai disciplinar o ato por elas entabulado.<sup>67</sup>

Dumoulin trazia como únicos limites à vontade das partes a ordem pública internacional e a capacidade das partes para expressar plenamente suas intenções, todavia não diferenciou claramente lei imperativa da lei dispositiva, bem como entendeu ser patente a razão pela qual apenas a intenção das partes deveria ser atendida, por isso não justificou sua relevância.<sup>68</sup>

A ideia da autonomia da vontade se disseminou por toda a Europa com apoio de diversos doutrinadores e da jurisprudência, sendo o seu apogeu alcançado quando, no século XIX, Hauss assumiu a posição de que em qualquer questão de DIPr as partes poderiam escolher a lei a ser aplicada, sem limitações ou referência às normas imperativas. Conforme Haroldo Valladão, esse foi o período de exagero que perdurou até o século XX.<sup>69</sup>

O combate inicial ao entendimento de Dumoulin, logo após a formulação da tese, ficou a cargo de Bernard D'Argentré. Mais tarde, Antoine Pillet, também, passou a tecer críticas, nesse rumo cumpre transcrever os dizeres de Rodas referindo-se ao posicionamento de Pillet:

Para ele o princípio de Dumoulin é legítimo quando seu campo de aplicação se restringe ao conflito entre leis facultativas, pois admitir que a vontade possa escolher entre várias leis obrigatórias significa em última análise espoliar a lei de seu caráter legal, amesquinhando-se o império do legislador. Não há razão, completa ele, para existência dessa faculdade no comércio internacional, quando ela inexistente nas relações internas e quando contraria o objeto do Direito Internacional Privado.<sup>70</sup>

<sup>66</sup>ARAÚJO, **Direito internacional privado**, p. 390.

<sup>67</sup>DEL'OLMO, **Direito internacional privado**, p. 132-133.

<sup>68</sup>RODAS, Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais, p. 46-47.

<sup>69</sup>VALLADÃO, **Direito internacional privado**, vol. 1, p. 361.

<sup>70</sup>RODAS, Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais, p. 48.

Faz-se necessário, aqui, um breve comentário sobre normas facultativas, imperativas e supletivas. As últimas aparecem quando a manifestação de vontade das partes é deficiente, nula ou inexistente como na hipótese dos nubentes não optarem por um dos regimes de bens no casamento. As primeiras reservam margem aos particulares para que convencionem livremente entre dois ou mais critérios, por exemplo, a regra que autoriza aos nubentes, antes de celebrar o casamento, estabelecer, relativamente aos seus bens, o que lhesaprouver. Por sua vez, as disposições imperativas são aquelas cujo rigor as partes estão irremediavelmente vinculadas, contém critérios que necessariamente serão usados na apreciação jurídica do ato, por exemplo, a imposição do regime de separação dos bens ao maior de setenta anos. CASTRO, Amílcar de. **Direito internacional privado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 365-366.



Interessante, ainda, analisar o caso, marco da jurisprudência francesa, favorável a aplicação do princípio da autonomia da vontade, apesar dos opositores como o já citado Pillet e outros. Tal marco se trata do acórdão referente ao caso American Trading Co. contra Quebec Steamship, trazido pelo livro da jurista Nadia de Araujo:

Trata-se de um litígio concernente a uma carga pertencente à American Trading Co., que fora transportada para um porto francês por um navio da Quebec Steamship. Como a mercadoria, que consistia em farinha de trigo, chegara avariada, a American Trading Co. acionou a Quebec Steamship e o capitão do navio, solidariamente, para ressarcir-se do prejuízo que lhe fora causado pela avaria. Como defesa, a Quebec Steamship alegou a existência de uma cláusula de irresponsabilidade, inserida na *charte-partie*, e a American contra-argumentou que o contrato estava submetido à lei de Nova York, e que a lei deste estado tinha tal cláusula como nula. A tese da American foi acolhida na primeira instância e rejeitada na primeira instância [Sic], chegando, assim, à Corte de Cassação. Ali, a argumentação da American atacava o acórdão de segunda instância, dizendo que a cláusula de exoneração de responsabilidade da Quebec Steamship não era válida, pois contrariava a regra *lex loci contractus*, ou seja, a do lugar onde o contrato fora celebrado e à qual as partes expressamente faziam menção.<sup>71</sup> (grifo do autor)

No caso narrado, no instante que estabeleceu que a lei estipulada pelas partes seria a aplicada ao caso, lei de Nova York, a Corte de Cassação expressou o princípio da autonomia da vontade, mesmo que não o haja assim nominado.

Com efeito, o princípio da autonomia da vontade teve sua aceitação difundida pela adoção expressa por convenções internacionais, bem como pela legislação interna de vários países europeus, principalmente nos países da *common law*. É exemplo da adoção expressa do princípio a Convenção do México sobre a Lei Aplicável aos Contratos Internacionais, realizada pela CIDIP V. Por força de seu artigo 7º<sup>72</sup>, a Convenção permite às partes escolher o direito aplicável ao contrato em pactuação.<sup>73</sup>

<sup>71</sup> ARAUJO, *Direito internacional privado*, p. 392-393.

<sup>72</sup> 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, depreende-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 pelas partes não implica necessariamente a escolha do direito aplicável.

<sup>73</sup> ARAUJO, *Direito internacional privado*, p. 393-397.

### 1.3.2 Autonomia da vontade no ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil, a antiga Introdução ao Código Civil, de 1916, em seu artigo 13, permitia a autonomia da vontade, visto que referia ser a substância e os efeitos das obrigações determinados pela lei do local onde contraídas, salvo estipulação em contrário.<sup>74</sup>

Bevilaqua, autor do dispositivo, demonstrou ser favorável a sua aplicação, porém declinou tê-lo adotado. Ainda, consoante Nadia de Araujo, o autor afirmava que, por força do *dépeçage*, a vontade das partes poderia ser consultada na escolha da lei aplicável com relação à substância e os efeitos do ato. Quanto à execução e à capacidade, a lei deveria ser a aplicável ao contrato internacional, sem margem para autonomia. Para capacidade seria necessário determinar seu estatuto pessoal, já para a execução, a lei do lugar onde ela se efetuaria. A jurisprudência da época, em regra, aplicava a lei brasileira para todos os aspectos dos contratos internacional cuja execução se desse no território nacional.<sup>75</sup>

Para Serpa Lopes, segundo Rodas, a expressão salvo estipulação em contrário sacramentou a teoria da autonomia da vontade, de forma restrita, apenas supletiva, nunca no campo imperativo.<sup>76</sup>

O texto legal, desde 1942, suprimiu a referida expressão, criando margem para dúvidas quanto à adoção ou não da autonomia da vontade pelo sistema pátrio. A lei brasileira aceita a aplicação do princípio? Quando a lei do lugar onde o contrato foi celebrado permite a autonomia da vontade, nosso ordenamento admite seu emprego?

Para alguns autores, o Brasil tradicionalmente sempre adotou o princípio da autonomia da vontade, tendo a lei de introdução deixado de mencioná-lo em virtude do momento histórico em que o país se encontrava, um regime ditatorial, o qual abominava qualquer referência à autonomia da vontade.<sup>77</sup> Segundo Rodas, se aplicaria o princípio quando não se está diante de normas imperativas, mesmo quando a lei brasileira estiver regendo o contrato.<sup>78</sup>

Nesse passo, cabe referência ao texto retirado do livro em coautoria de Antonio Carlos Rodrigues do Amaral e outros:

<sup>74</sup> AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. et al. **Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2004, p. 226.

<sup>75</sup> ARAUJO, **Direito internacional privado**, p. 394.

<sup>76</sup> RODAS, Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais, p. 51.

<sup>77</sup> AMARAL, et al, **Direito do comércio internacional**, p. 226.

<sup>78</sup> RODAS, Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais, p. 51.

Outros sustentam que, se é possível utilizar o comportamento humano como elemento influenciador da aplicação das regras contidas no DIP, como a assinatura do contrato internacional no país cuja lei as partes pretendem ser aplicável ao contrato, seria um contra-senso impedir que a vontade humana fosse o próprio elemento de conexão, através da escolha pelas partes da lei aplicável.<sup>79</sup>

Haroldo Valladão assevera que a escolha da lei competente pelas partes se faz mediante manifestação de vontade expressa ou tácita nas hipóteses em que a autonomia da vontade é aceita, por exemplo, no caso dos artigos 50, §1º e 36, ambos do anteprojeto da Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas.<sup>80</sup> Todavia, não aceita que todas as matérias, já reguladas por outros elementos de conexão, sejam determinadas pelos interessados, como a capacidade e a forma do contrato. Além disso, limita a extensão da manifestação da vontade vedando o abuso de direito ou a ofensa à ordem pública.<sup>81</sup> Enfim, Valladão era favorável a aplicação do princípio no ordenamento pátrio.

Todavia, a admissão do princípio da autonomia da vontade não é unanimidade na doutrina brasileira, Amílcar de Castro, seguindo o entendimento de Niboyet, por exemplo, acredita na inexistência do princípio da autonomia da vontade, visto que todas as normas em DIPr para ele são cogentes. Outrossim, o autor afirmava, se referindo ao DIPr, que “podem, ou não, ser encontradas disposições facultativas, mais isto de nenhum modo importa autonomia da vontade neste ramo do direito”. Ainda, ressaltava que as disposições imperativas são escalonadas, sendo, mesmo as disposições supletivas, de aplicação obrigatória.<sup>82</sup>

Batalha, conforme citação de Rodas, defendia que a disposição legal explícita permitindo a autonomia da vontade é dispensada, ela pode ser exercida no campo das normas dispositivas, facultativas, supletórias e nas lacunas legais. Entretanto, é inadmissível sua

---

<sup>79</sup> AMARAL, et al, **Direito do comércio internacional**, p. 226.

<sup>80</sup> Art. 50. A substância e os efeitos das obrigações oriundas de declaração da vontade se regem, salvo estipulação em contrário, segundo a lei do lugar em que foram contraídas.

§1º A estipulação em favor de outra lei deverá ser expressa e não terá eficácia se constituir abuso de direito (artigo 11) ou ofender a ordem pública (arts. 12 e 79).

Art. 36. Os efeitos de ordem patrimonial do casamento regem-se, salvo intenção contrária dos cônjuges, expressa ou tácita, segundo a lei do primeiro domicílio conjugal e, se este não se constitui, segundo a lei do lugar da Realização do casamento, presumida sempre a opção pela lei brasileira nos casamentos de brasileiros efetuados nos consulados do Brasil.

<sup>81</sup> VALLADÃO, **Direito internacional privado**, vol. 1, p. 367.

<sup>82</sup> STRENGER, **Direito internacional privado**, p. 623-624.

prevalência sobre normas imperativas como a imposta pelo artigo 9º, da LINDB, o qual impõe como elemento de conexão a *lex loci contractus* ou *lex celebrationis*.<sup>83</sup>

Cumprido referir, também, que a posição favorável ao princípio da autonomia da vontade, para alguns, foi reforçada pela edição da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, Lei de Arbitragem. A lei não é clara e não há consenso, porém muitos doutrinadores afirmam que, no que se refere aos contratos internacionais, o seu artigo 2º e parágrafos<sup>84</sup> creditou às partes possibilidade de escolherem livremente as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem. Dessa forma, haveria dois sistemas vigentes atualmente. Um que resolveria os conflitos contratuais por arbitragem, permitindo que as partes determinem o direito, outro, sujeito à jurisdição estatal, segundo o qual haveria dúvida sobre a liberdade das partes para fazer tal escolha.<sup>85</sup>

Antes de concluir, cumpre resgatar a ideia de *dépeçage* mencionada anteriormente. Destaque-se que a lei do local da celebração basta para solução de qualquer matéria relativa ao contrato, seja àquelas que dizem respeito à substância, seja as referentes aos seus efeitos.<sup>86</sup> Contudo, devido à complexidade das relações hodiernamente, se passou a admitir a ligação de um contrato a mais de um ordenamento jurídico por meio do seu fracionamento.<sup>87</sup>

O fracionamento é um mecanismo pelo qual o contrato é dividido em duas ou mais partes, as quais são submetidas a leis distintas. Pode ocorrer em dois níveis, pelo próprio sistema de DIPr, visto que a substância da obrigação pode ser regida por uma lei e a sua execução por outra. Ainda, pode decorrer de um desdobramento ligado à autonomia da vontade, segundo o qual as partes podem escolher a lei a ser aplicada a cada parte do contrato. Destarte, a capacidade das partes poderia ser regida pela lei pessoal, suas obrigações pela lei escolhida e a forma pela lei da celebração. Tal técnica não pode ser utilizada no Brasil, tendo em vista a inaplicabilidade no princípio da autonomia da vontade.<sup>88</sup>

É patente que grande parte da doutrina alega ser a vontade humana mais um elemento de conexão, tendo as partes autonomia para escolher o direito aplicável aos contratos que

<sup>83</sup>RODAS, Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais, p. 54-55.

<sup>84</sup>Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

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

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

<sup>85</sup>AMARAL, et al, **Direito do comércio internacional**, p. 227.

<sup>86</sup>ARAUJO, **Direito internacional privado**, p. 398.

<sup>87</sup>RODAS, Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais, p. 21.

<sup>88</sup>ARAUJO, **Direito internacional privado**, p. 398-400.

celebrem.<sup>89</sup> Porém, este não é o entendimento jurisprudencial nacional. Nadia de Araujo faz referência ao princípio, segundo o entendimento majoritário pátrio, nos seguintes termos:

É preciso ser cauteloso quando da redação de uma cláusula de lei aplicável em um contrato internacional, pois os tribunais brasileiros não enfrentaram a questão diretamente, nem parecem ter abraçado as teses pró-autonomia defendida por alguns doutrinadores.<sup>90</sup>

Enfim, no movimento contrário a maioria dos países e à opinião de inúmeros doutrinadores, o ordenamento brasileiro proíbe aplicação do princípio da autonomia da vontade aos contratos internacionais para indicação da lei aplicável. Dessa forma, os contratantes tendem a ser cautelosos ao redigir cláusulas sobre a matéria, visto que o Superior Tribunal de Justiça tende a ser contrário à aplicação do princípio, o que causa enormes prejuízos econômicos ao país, desestimulando os negócios internacionais.

Como solução a esse problema Nadia de Araujo sugere que o artigo 9º, da LINDB, seja substituído pelas normas da Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, a qual albergou de forma expressa o princípio da autonomia da vontade.<sup>91</sup> Por sua vez, Rodas afirma que a complexidade da matéria seria minorada por uma legislação precisa e adequada.<sup>92</sup> Em suma, a edição de uma nova lei ou a reforma da LINDB seria a forma mais direta e segura de pacificar a matéria, sem depender da interpretação dos operadores do direito.

---

<sup>89</sup>ROCHA, Osiris. **Curso de direito internacional privado**: estudo dirigido, nacionalidade brasileira, direito dos estrangeiros, jurisprudência brasileira selecionada. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 139.

<sup>90</sup>ARAUJO, **Direito internacional privado**, p. 396.

<sup>91</sup>ARAUJO, **Direito internacional privado**, p. 397.

<sup>92</sup>RODAS, Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais, p. 61-63.

## 2 CONTRATOS INTERNACIONAIS E SUAS CLÁUSULAS ESPECIAIS

O comércio internacional teve largo crescimento no último século, o que resultou em maior celebração de contratos internacionais, que são os contratos sujeitos a intervenção de mais de um ordenamento jurídico. Assim, essencial à cláusula de eleição de foro o entendimento do conceito de contrato internacional, analisando-se suas partes, o lugar de sua pactuação, lugar onde deverá surgir efeitos e demais elementos constitutivos. Ainda, necessário avaliar a influência da *lex mercatoria* e do direito convencional sobre os contratos internacionais para melhor entender as cláusulas especiais eventualmente neles inseridas, notadamente a cláusula de eleição de foro.

### 2.1 Contratos internacionais e seus desdobramentos em paralelo com os contratos nacionais

No atual mundo globalizado, marcadamente capitalista e com um comércio intenso entre os países, os negócios internacionais ganham força. Nesse cenário, os contratos internacionais têm sua importância acentuada, uma vez que são os instrumentos eficazes para o desenvolvimento das relações financeiras, industriais e comerciais.

O comércio internacional, estreitamente relacionado com a *lex mercatoria*, teve um extraordinário crescimento de 1950 a 1970. Nesse período, os esforços da doutrina se concentraram na estruturação jurídica e nas novidades apresentadas pelas ocorrências práticas. Assim, em virtude da estruturação da *lex mercatoria*, através do estabelecimento de princípios e fundamentos do sistema, a interpretação dos contratos foi renegada ao segundo plano. Todavia, os inúmeros problemas surgidos no cotidiano, fomentaram o sentido crítico dos juristas.<sup>93</sup>

Com o escopo de regular as relações interpessoais e assegurar a possibilidade de criar direitos e obrigações, segundo a vontade humana, os contratos surgiram no direito romano, ou até mesmo antes. Tal surgimento só pôde dar-se com o advento das sociedades organizadas,

---

<sup>93</sup>STRENGER, *Direito internacional privado*, p. 839.

tendo em vista que anteriormente as relações eram controladas pela força física, coação e abuso de poder, geralmente, pela parte que detinha o maior poder econômico. Nesse período, por mais que houvesse celebração de contratos, sua existência era ineficaz frente à arbitrariedade imposta.<sup>94</sup>

No direito romano, os contratos ainda eram cercados de um rigoroso formalismo. As formalidades é que possibilitavam a criação de obrigações, conferiam força às convenções e constituíam os contratos. Esse formalismo só é preterido pelo elemento subjetivo da vontade, na época de Justiniano, nessa fase o que importava para o contrato tornar-se válido era o acordo de vontades e não apenas o respeito às formalidades.<sup>95</sup>

Em uma retrospectiva histórica, Venosa ressalta que o contrato absolutamente paritário, em que as partes têm a liberdade de discutir todas as cláusulas minuciosamente, vem sendo substituído pelos contratos de massa. As contratações entre pessoas físicas, dessa forma, são mais escassas, na atual dinâmica social, em que as empresas, os detentores do capital e o Estado são as figuras que protagonizam os negócios de massa. Nessa espécie de contrato, as cláusulas são padronizadas e atingem um número indeterminado de pessoas que necessitam de bens e serviços.<sup>96</sup>

Em decorrência dessa mudança, a liberdade contratual vem sendo exercida em razão e nos limites da função social do contrato, bem como se exige que os contratantes atuem conforme os princípios há muito conhecidos da probidade e da boa-fé, os quais ganham nova força. Nas palavras de Venosa, “o presente código procura inserir o contrato como mais um elemento de eficácia social, trazendo a idéia básica de que o contrato deve ser cumprido não unicamente em prol do credor, mas como benefício da sociedade”.<sup>97</sup>

Faz-se necessário conceituar essa espécie de negócio jurídico que são os contratos nacionais. Para tanto, cumpre citar Maria Helena Diniz:

Ante o exposto, poder-se-á dizer que *contrato* é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.<sup>98</sup> (grifo do autor)

<sup>94</sup>SKITNEVSKY, Karin H. A formação dos contratos internacionais. **Revista de direito constitucional e internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 18, n. 71, 2010, p. 330-331.

<sup>95</sup>VENOSA, **Direito Civil**, p. 374-375.

<sup>96</sup>VENOSA, **Direito Civil**, p. 374-375.

<sup>97</sup>VENOSA, **Direito Civil**, p. 374-375.

<sup>98</sup>DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. vol. 3. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 32.

Já Orlando Gomes, citado por Karin H. Skitnevsky, define contrato como:

[...] todo negócio jurídico que se forma pelo concurso de vontades. Restritivamente, indica o acordo de vontades produtivo de efeitos obrigacionais. Em sentido ainda mais limitado, significa o negócio jurídico bilateral, cuja função específica é criar uma obrigação patrimonial. Nesta acepção, distingue-se do *ato-condição* e do *ato-regra*, que, como o contrato, se formam pelo concurso de vontades.<sup>99</sup> (grifo do autor)

Percebe-se, pelos conceitos acima expostos, que os contratos nacionais são uma espécie de negócio jurídico, originados a partir da vontade das partes neles envolvidas e que tem como resultado a constituição de direitos e obrigações.

O contrato internacional, por sua vez, é fruto do intercâmbio, no sentido amplo, entre pessoas, físicas ou jurídicas, de Estados diferentes. Esse intercâmbio produz especificidades quando comparadas às conhecidas e usuais práticas comerciais vinculadas a apenas um território.<sup>100</sup>

Irineu Strenger aponta serem os contratos internacionais, em sentido estrito, os propulsores do comércio internacional, bem como, em sentido amplo, das relações internacionais em todas as suas nuances. Bruno Oppetit, citado por Strenger, destaca que os contratos internacionais se diferenciam dos contratos de direito interno, pois aqueles se envolvem “em uma atmosfera política e econômica, de maneira extremamente sensível às constantes mutações geradoras de conflitos e incertezas”.<sup>101</sup>

Acresce-se às palavras de Bruno Oppetit, a influência sobre os contratos internacionais de sistemas e direitos diferentes, gerando uma multiplicidade de elementos conflitantes. Evidente, destarte, a maior complexidade das relações internacionais frente às caseiras.<sup>102</sup> Dessa forma, percebe-se que o principal aspecto diferenciador a caracterizar o contrato

<sup>99</sup>SKITNEVSKY, A formação dos contratos internacionais, p. 332.

<sup>100</sup>STRENGER, **Direito internacional privado**, p. 835.

<sup>101</sup>OPPETIT, Bruno apud STRENGER, Irineu. **Direito internacional privado**: parte geral. 6. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 836.

<sup>102</sup>STRENGER, **Direito internacional privado**, p. 836.



internacional é a materialização de um elemento de estraneidade o ligando a dois ou mais ordenamentos jurídicos nacionais.<sup>103</sup>

Nesse rumo, Karin Skitnevsky ressalta que qualquer elemento que ligue o contrato a dois ou mais ordenamentos jurídicos distintos, o torna um contrato internacional.<sup>104</sup> Por exemplo, as partes residirem em países diferentes ou o contrato ter sido celebrado em um país e sua execução ocorrer em outro. Nessas hipóteses, mesmo que as partes possam prever no contrato regras de direito substantivo para dirimir situações futuras ou determinar o local e a forma que o litígio será julgado, por meio de cláusulas de eleição de foro e de arbitragem, não poderão fugir completamente de uma lei aplicável ao contrato, lei esta definida pelo DIPr do país onde o contrato estiver sendo analisado.<sup>105</sup>

Daí nota-se a importância das partes avaliarem, com base no DIPr, a posição jurisprudencial e doutrinária adotada pelos países envolvidos frente à matéria contratual.

### 2.1.1 Características dos contratos internacionais

Dessa forma, percebe-se que o contrato interno está ligado ao direito local e aos limites territoriais, não possuindo relevância o domicílio ou a nacionalidade das partes. Por outro lado, o contrato internacional é invariavelmente extraterritorial, mesmo que as partes tenham a mesma nacionalidade, sendo decorrentes da interação dos sistemas jurídicos que neles intervêm.<sup>106</sup>

No mesmo pensamento, Espinar Vicente conceitua contrato internacional através de pontos, consoante citação de Irineu Strenger:

---

<sup>103</sup> ARAUJO, Nadia de. **Contratos internacionais**: autonomia da vontade, MERCOSUL e convenções internacionais. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 23.

<sup>104</sup> SKITNEVSKY, A formação dos contratos internacionais, p. 333.

<sup>105</sup> ARAUJO, **Contratos internacionais**, p. 23.

<sup>106</sup> STRENGER, **Direito internacional privado**, p. 838.

a) 'são contratos que desenvolvem o intercâmbio de mercadorias, serviços e capitais, entre empresas pertencentes a diferentes países'; b) 'são contratos nos quais ao menos uma das partes desempenha papel no meio econômico internacional, no que concerne à matéria objeto do acordo'. c) 'são contratos que – devido à concentração oligopolista dos bens e à atual estrutura do comércio mundial – não se afetam aos Estados diretamente conectados à operação que instrumentalizam, mas a todos os países que integram a área do mercado dos bens ou serviços, os quais se referem'; d) 'são contratos que – em razão da organização transnacional dos poderes econômicos privados – põem em jogo, direta ou indiretamente, os interesses corporativos do conjunto de empresas que se dediquem habitualmente ao setor de atividades em que se inclua a operação'; e) 'normalmente, a forma desses contratos responde a caracteres peculiares, entre os quais se destacam: a homogeneidade de suas disposições, a existência de cláusulas de submissão, a arbitragem e o emprego de terminologia unificada'.<sup>107</sup>

Bom exemplo de contrato internacional, trazido por Osiris Rocha, é o caso concreto de um brasileiro, domiciliado no Brasil, que celebrou um contrato de compra e venda de mercadorias, na França. Essas mercadorias deveriam ser remetidas para o comprador francês, no prazo de trinta dias. Ademais, ficou acordado que o pagamento deveria ser feito na França, sendo o contrato escrito em francês.<sup>108</sup>

Conceituado contrato internacional e expostas as diferenças existentes quando comparados com os contratos nacionais, importante analisar o seu ciclo vital. Maristela Basso traz três fases fundamentais para a constituição, modificação e extinção dos vínculos jurídicos contratuais, quais sejam, a formação ou geração, a conclusão ou aperfeiçoamento e a execução ou consumação.<sup>109</sup>

A autora compara o ciclo contratual com uma escada. A fase de formação seria aquela em que as partes conferem existência ao contrato e iniciam a subida dos degraus em direção a conclusão do negócio, sendo que a cada degrau as negociações avançam e as intenções são reveladas e consolidadas.<sup>110</sup>

Os contratos nacionais têm uma formação, geralmente, muito simples e instantânea, envolvendo o binômio oferta-aceitação. Por sua vez, a formação dos contratos internacionais é mais complexa e longa, à medida que acaba envolvendo uma fase de negociação mais extensa, compatível com as especificidades e riqueza inerente ao direito internacional.

Nesse rumo, é importante transcrever as palavras de Maristela Basso:

<sup>107</sup>STRENGER, *Direito internacional privado*, p. 837-838.

<sup>108</sup>ROCHA, *Curso de direito internacional privado*, p. 136.

<sup>109</sup>BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão e prática*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 23.

<sup>110</sup>BASSO, *Contratos internacionais do comércio*, p. 23.

Pode-se dizer que existe uma equivalência entre a formação dos contatos internos e internacionais, mas há que se considerar, sempre, que os últimos estão expostos às particularidades do comércio internacional, o que os diferencia dos primeiros. No modelo clássico, consolidado pela construção das noções de oferta e aceitação, o contrato se forma, via de regra, através de processo muito simples: há a oferta e a aceitação, sucessivas e imediatas, compondo-se, portanto, a escada, de um número muito limitado de degraus. No plano das relações comerciais internacionais, a experiência tem demonstrado que o número e degraus é considerável. Com efeito, o processo de formação dos contratos não se limita, como dizíamos acima, à oferta e à aceitação.<sup>111</sup>

A etapa de negociação ou pré-contratual, também, é abrigada pela fase de formação do contrato. Essa fase pode ser dividida em duas situações: uma interna, de conteúdo psíquico, que aproxima as partes, e uma externa, na qual há a concretização da vontade, manifestada por declaração. São os primeiros degraus na formação do contrato a proposta, a aceitação e as eventuais contrapostas.<sup>112</sup>

Proposta ou oferta se apresenta como a manifestação da vontade com intuito de concluir um negócio jurídico, é uma espécie de provocação à celebração do contrato. Ela deve conter os termos em que se pretende entabular o negócio, ser inequívoca, precisa e determinada, isto é, ser a mais completa possível, dessa forma evita-se futuras discussões judiciais.<sup>113</sup> A oferta pode ser dirigida a uma ou mais pessoas determinadas ou, ainda, ao público. Oferta ao público, por fim, ocorre quando o proponente ou peticitante se dirige a pessoas indeterminadas, devendo atender aos usos e circunstâncias do caso para assim ser classificada, por exemplo, a exposição de mercadorias com o preço.<sup>114</sup>

De outro lado, a aceitação é a resposta afirmativa à proposta. Assim como na proposta, a aceitação representa a manifestação da vontade, pela qual o aceitante ou oblato concorda com todos os termos apresentados na oferta. Além disso, ela deve ser expressa, também, de forma inequívoca, precisa e determinada. Fazendo analogia, mais uma vez, à escada, sugerida por Maristela Basso, a aceitação seria o último degrau da escalada. Após o topo da escada, as partes se deparariam já com a execução do contrato celebrado.<sup>115</sup>

A formação é, destarte, a trajetória que conduz à conclusão, vale citar mais uma vez as palavras de Maristela Basso, para melhor compreensão do conceito final de formação:

<sup>111</sup>BASSO, *Contratos internacionais do comércio*, p. 24.

<sup>112</sup>SKITNEVSKY, A formação dos contratos internacionais, p. 337.

<sup>113</sup>BASSO, *Contratos internacionais do comércio*, p. 29-32.

<sup>114</sup>SOARES, Maria Ângela Bento; RAMOS, Rui Manuel Moura. *Contratos internacionais: compra e venda, cláusulas penais e arbitragem*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 48-50.

<sup>115</sup>BASSO, *Contratos internacionais do comércio*, p. 61-63.

Por conseguinte, podemos dizer que a formação dos contratos internacionais é o período de ajuste da vontade e dos interesses das partes, que tem por objetivo a conclusão de um acordo, e cujas tratativas e atos praticados são capazes de produzir consequências jurídicas segundo as expectativas que geram e os possíveis prejuízos que o rompimento arbitrário pode acarretar à outra parte.<sup>116</sup>

Além dos elementos da oferta e da aceitação, é essencial à formação do contrato a escolha da língua em que será redigido, uma vez que pode gerar diversos problemas futuramente e é essencial que as partes conheçam e compreendam o conteúdo do contrato. As partes podem estabelecer um dos idiomas que falam para o contrato, um terceiro ou fazer duas versões. O ideal seria buscar uma identificação entre a lei do foro, a lei aplicável e a língua de redação. Todavia, muitas vezes, grandes divergências se põem entre as partes, principalmente, no tocante ao significado das palavras e a correta tradução dos termos.<sup>117</sup>

Nesse sentido, Luiz Olavo Baptista destaca que “até no mesmo universo lingüístico, que é o da língua portuguesa, encontramos palavras que divergem. Quando há duas línguas em presença, o problema se agrava”. O autor ilustra a situação com o exemplo da palavra “moça”. No Brasil, quando se chama uma senhorita de moça, se está mostrando respeito, porém, em Portugal, se está ofendendo a pessoa.<sup>118</sup>

A aceitação, como visto, é o último passo na formação dos contratos. Assim, após sua ocorrência, o contrato é tido como concluído.<sup>119</sup> Surge, então, a fase de execução, em que os efeitos do acordo se materializam, bem como em que os eventuais problemas e omissões de sua formação emergem.

Por fim, juntamente com as partes, o objeto, o lugar onde se pactua a obrigação e o lugar onde deverá surtir seus efeitos, elementos constitutivos, a cláusula de eleição de foro é elemento fundamental na elaboração do contrato, uma vez que os advogados e as partes devem atentar para as diferenças nos ordenamentos jurídicos envolvidos.

---

<sup>116</sup>BASSO, *Contratos internacionais do comércio*, p. 25-26.

<sup>117</sup>SKITNEVSKY, *A formação dos contratos internacionais*, p. 339.

<sup>118</sup>BAPTISTA, Luiz Olavo. *Formação do contrato internacional*. *Revista de Direito Público*. São Paulo. v. 19. n. 80, 1986, p. 155.

<sup>119</sup>SOARES; RAMOS, *Contratos internacionais*, p. 48-50.

## 2.2 *Lex mercatoria* e Direito Convencional em matéria de contratos internacionais

### 2.2.1 *Lex mercatoria*

Antes de se adentrar na discussão da cláusula de eleição de foro propriamente dita, é fundamental tecer comentários sobre a *lex mercatoria*, tendo em vista sua importância nas relações de comércio internacional. Outrossim, essencial citar o que o direito convencional pode oferecer em matéria de contratos internacionais e suas cláusulas especiais. Dessa forma, cria-se uma base de conhecimento, uma visão macro, para, então, se analisar a cláusula de eleição de foro especificamente.

Nas palavras de Amilcar de Castro, “o comércio internacional atualmente é quase tão intenso quanto o nacional; em extraordinário número, as operações mercantis são feitas através das fronteiras”.<sup>120</sup> A cada ano as operações internacionais se intensificam, notadamente pelo surgimento de empresas transnacionais, bem como pela tendência mundial de voltar sua economia de mercado para o exterior, tanto para vender seus produtos, quanto para obter produtos e abastecer o mercado interno.

Com o crescimento e evolução das relações internacionais, para Nadia de Araujo, os juristas passam a ser responsáveis pelo desenvolvimento de regras próprias para um novo DIPr. Muitas das normas que disciplinam o comércio internacional, portanto, não emanam dos estados, mas são soluções criadas na própria comunidade internacional. Elas são resultado da experiência prática com os litígios e buscam alcançar o equilíbrio entre as partes na relação contratual. Para tanto, faz-se uso de princípios de índole universal como a boa-fé e a proibição de enriquecimento ilícito.<sup>121</sup>

A *lex mercatoria* se originou nas feiras da Idade Média com objetivo de facilitar o desenvolvimento do comércio e de, através da aplicação dos usos e costumes, reger uniformemente as relações entre os comerciantes. Entrou em desuso, com as grandes codificações e o conceito de estado soberano, da Idade Moderna. Porém, com a denominação de nova *lex mercatoria*, ressurgiu como uma forma de poder normativo independente do direito positivo dos estados, já que a adoção do método conflitual de solução dos litígios

<sup>120</sup>CASTRO, **Direito internacional privado**, p. 394.

<sup>121</sup>ARAUJO, Nadia de. A cláusula de *hardship* nos contratos internacionais e sua regulamentação nos princípios para os contratos comerciais internacionais do UNIDROIT. In: POSENATO, Naiara (Org.). **Contratos internacionais: tendências e perspectivas**, estudos de direito internacional privado e de direito comparado Ijuí: Unijuí, 2006, p. 318-319.

apresenta características de incerteza e imprevisibilidade, inconvenientes à dinâmica do comércio internacional.<sup>122</sup>

Nos anos 60, Berthold Goldman foi quem primeiro defendeu a nova *lex mercatoria*. O livro de Antônio Carlos Rodrigues do Amaral traz a definição dada por Goldman do fenômeno: “é o conjunto de princípios e regras costumeiras, espontaneamente referidas ou elaboradas no quadro comercial internacional, sem referência a um sistema particular de lei estatal”.<sup>123</sup>

Irineu Strenger, também, cita o entendimento de Goldman de que os textos legislativos nacionais e jurisprudências internas podem ser consideradas elementos da *lex mercatoria*, tendo em vista que, igualmente, são determinados pelas necessidades específicas do comércio internacional. Além disso, inúmeras vezes os usos do comércio são mencionados pela jurisprudência e utilizados na construção das decisões.<sup>124</sup>

O autor expressa um conceito próprio sobre o tema, que por sua precisão merece ser mencionado:

De nosso lado, assimilando as diversas posições, entendemos como *lex mercatoria* “um conjunto de procedimentos que possibilita adequadas soluções para as expectativas do comércio internacional, sem conexões necessários com os sistemas nacionais e de forma juridicamente eficaz”.<sup>125</sup> (grifo do autor)

Ao final, essencial comentar que a *lex mercatoria* se molda por meio de 1) usos e costumes do comércio internacional, que compreendem as práticas reiteradas de atos idênticos, apesar de não serem escritos, por força de uma longa tradição eles são como lei entre as partes; 2) contratos-tipo, que são fórmulas contratuais padrão elaboradas por organismos que tratam de questões relativas ao comércio internacional como os INCOTERMS definidos pela CCI – Câmara de Comércio Internacional; 3) princípios gerais do direito contratual como o da autonomia da vontade, da boa-fé e *pacta sunt servanda*, entre

---

<sup>122</sup> ARAUJO, A cláusula de *hardship* nos contratos internacionais e sua regulamentação nos princípios para os contratos comerciais internacionais do UNIDROIT, p. 321.

<sup>123</sup> AMARAL, et al, **Direito do comércio internacional**, p. 61.

<sup>124</sup> STRENGER, **Direito internacional privado**, p. 805.

<sup>125</sup> STRENGER, **Direito internacional privado**, p. 809.

outros; e 4) decisões arbitrais, as quais assumem posição quase equivalente à jurisprudência vinculante. Essas são as principais fontes formadoras da *lex mercatoria*.<sup>126</sup>

Enfim, a *lex mercatoria* é um conjunto autônomo de normas, fruto da vontade das partes envolvidas nos negócios, as quais foram consagradas por sua repetida aplicação e eficácia nas operações internacionais de comércio e arbitragem. Ademais, sua aceitação pela comunidade jurídica internacional indica uma tendência uniformizadora dos contratos internacionais.

### 2.2.2 Direito convencional

Quanto aos contratos internacionais perante o direito convencional, a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, elaborou três convenções sobre o tema, todavia nenhuma delas entrou efetivamente em vigor. A primeira foi a Convenção da Haia sobre a Competência do Foro Contratual em Caso de Venda em Caráter Internacional de Objetos Móveis Corpóreos, de 1958. No artigo 2º, a Convenção estipulava que a apreciação dos litígios oriundos de um contrato compete de maneira exclusiva ao foro expressamente escolhido pelas partes contratantes, medida que garante a prevalência da vontade das mesmas frente às determinações legais internas. Infelizmente, essa convenção só foi assinada por quatro países, Alemanha, Áustria, Bélgica e Grécia, dos quais nenhum a ratificou.<sup>127</sup>

Posteriormente, aconteceu a Convenção da Haia sobre Eleição de Foro, de 1965, a qual repetiu no artigo 5º regra semelhante à referida anteriormente, mais uma vez houve fracasso, apenas Israel a assinou, sem a ter ratificado. Em 2005, foi concluída a terceira, Convenção da Haia sobre Acordos de Eleição de Foro, que ainda não está em vigor devido à falta de mais assinaturas e nenhuma ratificação. Seria interessante para o Brasil adotá-la, para conferir maior segurança sobre o tema da eleição de foro, ainda com posicionamento jurisprudencial hesitante.<sup>128</sup>

---

<sup>126</sup> ARAUJO, A cláusula de *hardship* nos contratos internacionais e sua regulamentação nos princípios para os contratos comerciais internacionais do UNIDROIT, p. 322-323.

<sup>127</sup> TIBURCIO, Carmen. A eleição de foro estrangeiro e o judiciário brasileiro. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 21, v. 6, 2009, p. 96.

<sup>128</sup> TIBURCIO, A eleição de foro estrangeiro e o judiciário brasileiro, p. 96.

Por sua vez, na Europa, a Convenção de Bruxelas sobre Competência Judiciária e Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial, de 1968, substituída pelo Regulamento 44/2001, estabeleceu que o foro escolhido pelas partes, por escrito, é o único competente, admitiu, portanto, a liberdade de eleger o foro.<sup>129</sup>

Outra convenção que aceitou a possibilidade de derrogação de competência, em virtude da cláusula de eleição de foro, foi a Convenção Interamericana sobre Competência na Esfera Internacional para Eficácia Extraterritorial das Sentenças Estrangeiras, assinada em La Paz, Bolívia, em 1984, e que não foi aprovada pelo Congresso Nacional até o momento.<sup>130</sup>

O Código de Bustamante, ratificado pelo Brasil, em seu artigo 318, expressamente admite o foro de eleição, porém restringe a extensão da liberdade de pactuação da cláusula, pois exige que sempre uma das partes contratantes seja nacional do Estado a que o juiz pertença ou ao menos seja domiciliado no país escolhido.<sup>131</sup>

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 submetem 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.

A submissão não será possível para as ações reais ou mistas sobre bens imóveis, se a proibir a lei de sua situação.

Esse é o inteiro teor do artigo 318 do Código de Bustamante ou Código de Direito Internacional Privado dos Estados Americanos, promulgado pelo Brasil pelo Decreto n. 18.871, de 13 de agosto de 1929.

No Mercosul, o Protocolo de Buenos Aires sobre a Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, promulgado pelo Decreto n. 2.095, de 17 de dezembro de 1996, expressamente admitiu a cláusula de eleição de foro e está em vigor. O artigo 4º dispõe que nos conflitos que decorrem dos contratos internacionais em matéria civil ou comercial serão competentes os tribunais do Estado-Parte em cuja jurisdição os contratantes tenham acordado

---

<sup>129</sup>TIBURCIO, A eleição de foro estrangeiro e o judiciário brasileiro, p. 97.

<sup>130</sup>ARAÚJO, **Direito internacional privado**, p. 403.

<sup>131</sup>FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. A lei e o foro de eleição em tema de contratos internacionais. In: João Grandino Rodas (Coord.). **Contratos internacionais**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 87.



submeter-se por escrito, sempre que tal ajuste não tenha sido obtido de forma abusiva. Ademais, permite, igualmente, a eleição de tribunais arbitrais.<sup>132</sup>

Já o artigo 5º preceitua que o acordo de eleição de jurisdição pode realizar-se no momento da celebração do contrato, durante sua vigência ou uma vez suscitado o litígio. Também, refere que a validade e os efeitos de eleição de foro serão regidos pelo direito dos Estados-Partes que teriam jurisdição de conformidade com o estabelecido no Protocolo. Finaliza, dispondo que, em todo caso, será aplicado o direito mais favorável de validade do acordo.<sup>133</sup>

Esse Protocolo foi poucas vezes objeto de manifestação pelo judiciário brasileiro. Na Carta Rogatória n. 8.837, proveniente do Paraguai, de 1999, na qual a parte, invocando o Protocolo, havia alegado incompetência da justiça paraguaia, em razão da cláusula de eleição do foro brasileiro. Na época, o STF devolveu a carta rogatória sem julgá-la, embora o parecer da Sub-Procuradoria da República tenha opinado pela aplicação do Protocolo de Buenos Aires. O STJ ainda não julgou nenhum caso envolvendo o Protocolo até agora, porém ele foi mencionado na Apelação Cível n. 700192141139, no Rio Grande do Sul.<sup>134</sup>

Enfim, o Protocolo de Buenos Aires, de aplicação limitada aos países membros do Mercosul, admitiu a possibilidade de pactuação da cláusula de eleição de foro. Todavia, apesar de vigente, foi pouco utilizado pela justiça brasileiro. Mesmo assim, pode ser considerado um marco na legislação nacional, ainda deficiente em relação à matéria.

## 2.3 Cláusulas especiais dos contratos internacionais

### 2.3.1 Cláusula de *hardship*

Nos contatos internacionais há cláusulas especiais como a cláusula de estabilidade, a cláusula de intangibilidade, a cláusula de *hardship*, a cláusula de força maior, entre outras.

Além da conexão a mais de um ordenamento jurídico, a longa duração é característica comum a diversos contratos internacionais, notadamente nos contratos de infra-estrutura e nos

<sup>132</sup> ARAUJO, **Direito internacional privado**, p. 403-404.

<sup>133</sup> ARAUJO, **Direito internacional privado**, p. 404.

<sup>134</sup> ARAUJO, **Direito internacional privado**, p. 404.

ligados à indústria do petróleo. Nesses contratos há enorme risco de mudanças bruscas e imprevisíveis das circunstâncias que existiam no momento de sua celebração, o que pode gerar inúmeros obstáculos a sua execução como um grave desequilíbrio econômico entre as partes.<sup>135</sup>

A extensão do desequilíbrio por vezes é tão larga que a inserção de instrumentos que promovam o restabelecimento desse equilíbrio, como a cláusula *hardship*, são essenciais. Os critérios da imprevisibilidade, da inevitabilidade e da extraterritorialidade, que acabam tornando a execução da obrigação na forma em que foi concebida praticamente impossível, estão sempre presentes na definição da cláusula. Sua concepção pode ser classificada como manifestação da *lex mercatoria*, uma vez que os exemplos conhecidos da cláusula representam os usos e costumes das áreas especializadas que as desenvolveram, essencialmente associações profissionais.<sup>136</sup>

Outra cláusula necessária em um contrato internacional para prevenir e regular situações relativas à inexecução do acordo por razões independentes da vontade das partes é a cláusula de força maior. Apesar de ambas as cláusulas sejam causadas por eventos imprevisíveis, na cláusula de *hardship* o cumprimento do contrato não é impossível, apenas excessivamente oneroso, o que torna sua execução inviável pelo desequilíbrio acentuado.<sup>137</sup>

Diante dessa situação anormalmente onerosa, nas palavras de Nadia Araujo, a cláusula de *hardship* surge como uma “válvula de escape que acionada permite a evolução e a modificação do que foi pactuado, em vista das novas circunstâncias, mas sem se afastar de todo da obrigatoriedade da palavra empenhada”.<sup>138</sup>

Importante atentar-se ao fato de que não basta ter ocorrido mudanças nas circunstâncias, as quais poderiam ter sido previstas pelas partes, a situação deve ser imprevisível. A cláusula, em regra, apresenta duas fases. Na primeira, se explicita a hipótese, os eventos específicos como a alta do preço de matérias primas, a modificações de ordem ambiental, imposição de novos impostos antes inexistentes, entre outros. Por sua vez, na segunda fase define-se um sistema para a solução da situação, por exemplo, impondo-se a renegociação, em bases previamente definidas, mediante notificação e prazos já determinados.

---

<sup>135</sup> ARAUJO, A cláusula de *hardship* nos contratos internacionais e sua regulamentação nos princípios para os contratos internacionais do *UNIDROIT*, p. 325-326.

<sup>136</sup> ARAUJO, A cláusula de *hardship* nos contratos internacionais e sua regulamentação nos princípios para os contratos internacionais do *UNIDROIT*, p. 327.

<sup>137</sup> ARAUJO, A cláusula de *hardship* nos contratos internacionais e sua regulamentação nos princípios para os contratos internacionais do *UNIDROIT*, p. 326-327.

<sup>138</sup> ARAUJO, A cláusula de *hardship* nos contratos internacionais e sua regulamentação nos princípios para os contratos internacionais do *UNIDROIT*, p. 328.

Ao final, importante salientar que a aceitação internacional e brasileira da cláusula de *hardship* demonstra que a *lex mercatoria* está de consolidando e sinaliza uma maior uniformização das práticas contratuais internacionais.<sup>139</sup>

### 2.3.2 Cláusula arbitral

A arbitragem surgiu como uma nova técnica processual para tornar a Justiça mais acessível, célere e promover a economia processual, isto é, se insere como um meio alternativo ao modelo tradicional de resolução de conflitos, juntamente com a conciliação e a mediação. Em resumo, a arbitragem consiste em uma técnica para a solução de controvérsias, mediante a intervenção de uma ou mais pessoas que recebem poderes por meio de uma convenção privada e cuja decisão tem por base essa convenção, sem intervenção estatal.<sup>140</sup>

Para que o juízo arbitral se estabeleça é necessário que as partes assim tenham convencionado por meio de uma cláusula compromissória ou mediante compromisso arbitral. Este implica em uma questão atual, controvérsia já existente. Aquela visa questões futuras, que podem surgir por ocasião da execução ou interpretação de um contrato entabulado entre as partes. Porém, ambas têm a renúncia à jurisdição ordinária como finalidade.<sup>141</sup> Salutar citar-se o conceito da cláusula formulado pelo autor Jose Luis Bolzan de Moraes:

A cláusula compromissória ou arbitral é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam surgir. Assim, dentro dos seus limites, obriga as partes.<sup>142</sup>

A cláusula perfaz a promessa de que, futuramente, as partes contratantes irão firmar o compromisso arbitral, isto é, irão eleger árbitros para solucionar as controvérsias, bem como as demais circunstâncias em que a arbitragem se dará. Ela deve ser estipulada por escrito,

<sup>139</sup> ARAUJO, A cláusula de *hardship* nos contratos internacionais e sua regulamentação nos princípios para os contratos internacionais do *UNIDROIT*, p. 328-338.

<sup>140</sup> MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1. ed, 1999, p. 173-187.

<sup>141</sup> MORAIS, **Mediação e arbitragem**, p. 200-201.

<sup>142</sup> MORAIS, **Mediação e arbitragem**, p. 202.

podendo ser inserta no contrato ou em documento apartado que faça referência ao contrato. Além disso, importante ressaltar que nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só obterá validade se o aderente tiver a iniciativa de propô-la ou se concordar expressamente com a sua instituição, por escrito, em documento anexo ou em negrito ou, ainda, prestar visto especialmente para a cláusula.<sup>143</sup>

Anteriormente a lei n. 9.307/96, somente o compromisso arbitral obrigava as partes. Uma das inovações trazidas pela lei é que qualquer recusa das partes em firmar o compromisso passou a gerar para a outra parte o direito de obter em juízo a tutela jurisdicional específica da obrigação, a ideia de que o descumprimento da cláusula repercutiria apenas em perdas e danos foi ultrapassada.<sup>144</sup> Nesse diapasão, Jose Luis Bolzan de Moraes afirma:

Pela nova lei, havendo a cláusula e não havendo acordo sobre os termos do compromisso, pode a parte interessada exigir, em juízo, o seu cumprimento forçado, isto porque, agora, a sentença judicial disporá sobre os termos do compromisso previsto no art. 10 da lei sob exame, inclusive nomeando árbitro ou instituição arbitral, valendo a sentença como compromisso arbitral.<sup>145</sup>

É evidente, outrossim, que a cláusula arbitral importa na renúncia do direito de ação judicial, isto é, renúncia ao direito de ingressar em um juízo estatal. Porém, não há uma renúncia ao direito de ação no sentido material, porque este pode ser exercido no juízo arbitral.<sup>146</sup> Essa é a principal diferença entre a cláusula arbitral e a cláusula de eleição de foro. Nesta há a escolha entre dois ou mais foros possíveis, continua-se, porém, a submeter a lide ao juízo estatal, seja na justiça pátria, seja no judiciário estrangeiro. Naquela abdica-se da análise do caso sob a égide do Estado.

Outras diferenças entre as cláusulas podem ser citadas, por exemplo, na cláusula arbitral há a possibilidade de livre eleição da lei aplicável, desde que não haja violação dos bons costumes e da ordem pública; também, há a possibilidade de aplicação dos princípios gerais do direito ou *lex mercatoria*. Ainda, salientam-se como características da cláusula arbitral: a obrigatoriedade de respeito ao devido processo legal; a inevitabilidade dos efeitos

<sup>143</sup>MORAIS, **Mediação e arbitragem**, p. 202-203.

<sup>144</sup>MORAIS, **Mediação e arbitragem**, p. 202-203.

<sup>145</sup>MORAIS, **Mediação e arbitragem**, p. 202-203.

<sup>146</sup>MORAIS, **Mediação e arbitragem**, p. 202-203.

da sentença arbitral, que faz coisa julgada entre as partes e constitui título executivo judicial; e a autonomia entre a cláusula e o contrato, pois eventuais irregularidades ou invalidade do contrato não atingem a cláusula.<sup>147</sup>

Em resumo, a cláusula arbitral, resulta em uma forma alternativa de solução dos conflitos, uma vez que afasta do judiciário, ao menos inicialmente, a apreciação da controvérsia.

### 2.3.3 Cláusula de eleição de foro

Dentre as cláusulas especiais, a cláusula de eleição de foro é uma das mais relevantes. Por meio de tal cláusula é estipulado o foro no qual serão apreciadas e julgadas as controvérsias oriundas do contrato, sendo que, salvo possíveis limitações existentes no ordenamento jurídico do foro eleito ou das contratantes, as partes podem livremente redigir essa cláusula.

O local e o momento da formação dos contratos são assuntos essenciais à discussão da cláusula de eleição de foro, pois guardam estrita relação com a escolha da lei aplicável, a qual muitas vezes é confundida com a eleição do foro competente para dirimir futuros conflitos.

Nessa esteira, Karin H. Skitnevsky assevera:

Dessa forma, no Brasil há dois elementos distintos responsáveis por regular os aspectos intrínsecos das obrigações, sendo válido entre os presentes o local onde a obrigação foi constituída e, nas situações em que as manifestações se dão por pessoas efetivamente ausentes, a residência da parte de onde partiu a proposta.<sup>148</sup>

A autora se refere a disposição legal relativa ao lugar de constituição do contrato e sua correspondência com a lei aplicada a ele. O artigo 9º da LINDB, conforme já exposto, estabelece a *lex loci contractus*, assim, entre presentes, a lei do lugar em que o contrato for

---

<sup>147</sup>ALEM, Fábio Pedro. **Coleção prática do direito:**arbitragem.vol. 16. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 32-33. Disponível em <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/9788502141766/page/33>>. Acesso em 16 out. 2012.

<sup>148</sup>SKITNEVSKY, A formação dos contratos internacionais, p. 339.

constituído o regeirá. Já, consoante o §2º, do mesmo artigo 9º, entre ausentes, os contratos se submetem à lei de residência do proponente.<sup>149</sup>

Destaque-se que muitos doutrinadores criticam a adoção do critério da lei do local da celebração do contrato como fator determinante da lei a ser aplicada, tendo em vista que o local da celebração pode ser casual. Ademais, algumas vezes, há dificuldade para se determinar este local, principalmente quando os contratos são realizados via telefone, fax, internet, entre outros meios de comunicação.<sup>150</sup>

Rodas assevera que por residência do proponente entende-se o lugar em que o mesmo se encontra, está, acha-se, sendo esse o “elemento mais consentâneo com a mobilidade dos negócios, devendo o mesmo ser considerado com elasticidade”. Essa menor rigidez, se comparado ao elemento do domicílio, seria o motivo de o direito brasileiro aplicá-lo.<sup>151</sup>

Na contramão, Haroldo Valladão, ressalta que lugar da residência, “exigindo estada duradoura, que se estabelece, com caráter de efetividade”, não tem o mesmo significado que lugar onde a pessoa se encontra ou lugar onde foi proposto, razão pela qual critica fortemente o artigo 9º, da LINDB. O autor traz um exemplo elucidativo, uma pessoa que reside na Argentina, mas que se encontra acidentalmente no Brasil, no Rio de Janeiro, propõe um contrato à outra, domiciliada e residente em São Paulo, tal contrato, apesar de feito e concluído no Brasil, será reputado constituído na Argentina e regido pela lei argentina.<sup>152</sup>

No embate das opiniões do ilustre professor Rodas e o renomado doutrinador Valladão, a visão de Amílcar de Castro parece mais equilibrada. Este autor refere que a norma do artigo 9º, §2º da LINDB é mera reprodução da norma contida no artigo 435, do Código de Processo Civil (CPC), sendo que seu deslocamento para as normas de direito internacional privado um erro, uma vez que trata diretamente da constituição da obrigação.<sup>153</sup>

O CPC dispõe que o contrato se reputa constituído no lugar em que foi proposto, já na LINDB, a obrigação resultante do contrato se reputa constituída no lugar em que residir o proponente. Amílcar de Castro entende que a divergência entre as normas é apenas aparente, um resultado da dupla significação que a palavra residir possui, ora significa estabelecer

---

<sup>149</sup>DEL'OLMO, **Direito internacional privado**, p. 134-136.

<sup>150</sup>RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Batalha das formas e negociação prolongada nos contratos internacionais. In: João Grandino Rodas (Coord.). **Contratos internacionais**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 169-172.

<sup>151</sup>RODAS, Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais, p. 53-55.

<sup>152</sup>VALLADÃO, Haroldo. **Direito internacional privado**: em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos estados americanos. vol. 2, 3.ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1983, p. 189-190.

<sup>153</sup>CASTRO, **Direito internacional privado**, p. 375.

moradia ordinária, morar, ter sede, ora significa achar-se, ser, estar. No artigo 9º, §2º, da LINDB, o sentido é o segundo, lugar em que residir o proponente é o lugar onde ele estiver.<sup>154</sup>

Outro critério de conexão muito utilizado, relativamente à execução dos contratos, é o da *lex loci executionis*, resolvendo problemas como forma de pagamento, moeda, tradição, quitação e indenização. O lugar da execução é àquele estipulado pelas partes para o cumprimento do contrato ou àquele em que, na falta de estipulação, pela natureza da obrigação, deve ser cumprido. Destaque-se, ainda, a diferença entre exequibilidade (referente ao lugar de cumprimento da obrigação) e acionabilidade (concernente ao foro da ação).<sup>155</sup>

Importante fazer essa retrospectiva parcial e mais direcionada do que foi até aqui exposto, visto que questão referente à lei aplicável aos contratos, matéria muito confundida com a da eleição de foro.

A cláusula de eleição de lei é de direito material, guarda relação com a autonomia da vontade e designa a legislação a ser observada pelas partes do contrato e pelo julgador. Por sua vez, a cláusula de eleição do foro produz implicações apenas processuais, através dela as partes firmam o compromisso de submeter-se a determinado órgão jurisdicional, caso algum conflito venha a nascer. Assim, pode-se escolher o foro do Portugal para dirimir os conflitos e utilizar a lei espanhola. Essa hipótese, aplicação da lei espanhola, pode ser produto da escolha das partes, por meio da cláusula de eleição da lei, ou disposição normativa, quando não houve escolha ou, como ocorre no Brasil, quando as partes não têm liberdade para optar por uma lei.<sup>156</sup>

Transcrição de um trecho de artigo da jurista Nadia de Araujo, exemplificando a confusão por vezes estabelecida entre eleição de foro e escolha de lei, se faz necessária:

Recentemente o Tribunal de Alçada de São Paulo decidiu um caso em que houve confusão na análise das duas cláusulas, pois tendo a obrigação sido constituída na Alemanha e sendo esta a lei aplicável na forma do art. 9.º da LICC, entendeu o tribunal que ali deveria ser proposta a ação. Ora, o fato de a lei aplicável ao contrato ser alemã não implica, necessariamente, ser aquele o foro competente. Perfeitamente plausível, em razão do que determina o art. 9.º, a aplicação da lei alemã se o caso fosse julgado no Brasil.<sup>157</sup>

<sup>154</sup>CASTRO, **Direito internacional privado**, p. 375.

<sup>155</sup>VALLADÃO, **Direito internacional privado**, vol.2, p. 192-194.

<sup>156</sup>ARAUJO, **Direito internacional privado**, p. 402.

<sup>157</sup>ARAUJO, Nadia de. Contratos internacionais e a jurisdição brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro. In: João Grandino Rodas (Coord.). **Contratos internacionais**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 216.

Saliente-se que se as partes tivessem eleito o foro brasileiro ou de qualquer outro país, essa escolha deveria prevalecer, sendo o foro eleito competente para ação. O artigo 9º, da LINDB, se refere à lei aplicável, não ao órgão jurisdicional competente. Além disso, apesar das diferenças, deve haver coerência entre as cláusulas, visto que serão interpretadas pelo mesmo juízo e tem implicação direta uma sobre a outra. Deste modo, se o foro eleito não admitir a autonomia da vontade, a cláusula de lei aplicável poderá ser invalidada.

Haroldo Valladão considerava que a autonomia da vontade se estende ao processo, notadamente, sobre a competência e a eleição de foro. A escolha do foro resultaria em uma alteração ou derrogação de jurisdição e estaria sujeita à limitação pela ordem pública. É o que se depreende das palavras do próprio autor:

Constitui o chamado *foro de eleição*, acolhido expressamente por contrato (não confundir com lugar do contrato) *implicando alteração, derrogação de jurisdição* (inclusive para juízo arbitral, cláusula compromissória e compromisso) ou aceito, tacitamente, pela presença como autor ou comparecimento como réu sem excepcionar o juízo, ocasionando a prorrogação de jurisdição.<sup>158</sup> (grifo do autor)

Para Marta Gonçalves da Silva Soares, a cláusula de eleição de foro é assunto de enorme importância, mesmo nos contratos em que as partes acrescentem cláusula de arbitragem, sendo recomendável que as partes indiquem o foro competente para julgamento de eventuais ações judiciais, uma vez que a lei brasileira de arbitragem não afasta a participação do poder judiciário. Este pode, por exemplo, ser acionado para julgar pedido de nulidade, invalidade ou ineficácia de convenção arbitral, fixar honorários dos árbitros, dentre outras. Ressalta, ao final, que, pelo ordenamento nacional, caso as partes não estipulem foro, “será competente o juiz que teria conhecido da demanda se não existisse convenção arbitral”, sem haver qualquer relação com o lugar da arbitragem.<sup>159</sup>

Outrossim, a autora lembra que a cláusula de eleição de foro nem sempre foi aceita como é atualmente. No início do século XX, a jurisprudência do STF brasileiro era pacífica ao afirmar que não poderiam ser homologadas no Brasil decisões proferidas por tribunais

---

<sup>158</sup>VALLADÃO, Haroldo. **Direito internacional privado**: em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos estados americanos. vol. 3. 1. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1978, p. 137.

<sup>159</sup>SOARES, Marta Gonçalves da Silva. A cláusula de eleição de foro em contratos internacionais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: UFRGS, v. 22, 2002, p. 263.



estrangeiros, se aqui fosse residente ou domiciliado o réu. Ainda, refere que, também, a jurisprudência das cortes norte-americanas era contrária às cláusulas de eleição de foro em contratos internacionais e de direito interno, posicionamento que só começou a ser alterado no final da década de quarenta.<sup>160</sup>

Contudo, apenas na década de 1970, a Suprema Corte Norte-Americana, através do caso *Bremen versus Zapata*, admitiu a cláusula de eleição de foro sem reservas. No caso, uma empresa americana, a *Zapata Off-shoreCo.*, celebrou um contrato com uma empresa alemã, a *Unterweser*, com objetivo de efetuar o reboque de uma plataforma de petróleo, denominada *Chaparral*, da Louisiana, EUA, até a costa de Ravenna, Itália, onde a *Zapata* faria perfurações. O contrato continha cláusula elegendo o foro de Londres, Inglaterra, para dirimir os litígios.<sup>161</sup>

Em janeiro de 1968, a empresa alemã, por meio de seu rebocador *Bremen*, iniciou o transporte, sendo que no Golfo do México, em razão de um temporal, a plataforma foi seriamente danificada e, por isso, atracada na Flórida. No mesmo mês, a *Zapata* propôs ação na Flórida postulando por uma indenização de US\$ 3.500.00,00. A *Uterweser* se manifestou pela incompetência do tribunal por força da cláusula de eleição de foro previamente pactuada e, simultaneamente, ajuizou ação em Londres. Após algumas decisões aceitando a competência norte-americana, o caso chegou à Suprema Corte. Esta proferiu decisão acatando a cláusula de eleição de foro e determinando a competência londrina, com a ressalva de que a competência Americana poderia ser admitida apenas se a *Zapata* provasse a existência de razões importantes e relevantes.<sup>162</sup>

Essa decisão influenciou inúmeros julgamentos posteriores e consagrou a possibilidade se pactuar cláusula de eleição de foro, sendo que o foro escolhido pelas partes apenas poderia ser afastado em situações excepcionais.

No Brasil, a cláusula de eleição de foro é largamente utilizada. Principalmente, por ser uma alternativa frente às lacunas legais nacionais em matéria de escolha da lei aplicável ao contrato. Eleger foro em que a autonomia seja admitida é uma solução para validar a cláusula de escolha da lei. Ainda assim, todavia, não há como se garantir qual será o posicionamento da justiça brasileira, se a competência for concorrente, conforme nosso Código de Processo

---

<sup>160</sup>SOARES, A cláusula de eleição de foro em contratos internacionais, p. 265-267.

<sup>161</sup>TIBURCIO, A eleição de foro estrangeiro e o judiciário brasileiro, p. 86-87.

<sup>162</sup>TIBURCIO, A eleição de foro estrangeiro e o judiciário brasileiro, p. 86-87.

Civil, bem como qual será o resultado de uma eventual tentativa de homologação de sentença estrangeira. Tal problema será enfrentado mais adiante.<sup>163</sup>

Nesse sentido, também, é o entendimento de Marta Gonçalves da Silva Soares:

Assim, segundo a posição atual a eleição de foro é amplamente aceita, tendo o Supremo Tribunal Federal Brasileiro, conforme demonstrado por Arnold Wald, firmado, a partir de 1951, sua posição no sentido de admitir a validade da cláusula de eleição de foro, culminando, em 16.12.1963, com a Súmula 335 deste órgão jurisdicional.<sup>164</sup>

Para não passar a falsa impressão de que a aceitação da cláusula de eleição de foro é unânime, cabe mencionar o entendimento de José Ignácio Botelho Mesquina, trazido por Nadia de Araújo.

O autor ensina que os limites da jurisdição não podem ser ampliados ou restringidos pela vontade das partes. Consequentemente, a competência dos tribunais deveria sempre ser prevalente, independente da existência da cláusula. Tal visão retira qualquer segurança das partes de que o foro estrangeiro eleito seria o competente para julgar eventual causa, tornando uma cláusula válida, e permitida pelo direito brasileiro, mera obrigação de fazer. Dessa forma, quando uma ação, decorrente de controvérsia contratual com cláusula de eleição de foro pactuada, fosse ajuizada no Brasil, o juiz nacional provavelmente se julgaria competente.<sup>165</sup>

Carmem Tiburcio traz uma visão diferente da matéria, dividindo os efeitos da cláusula em positivos e negativos. Os efeitos positivos se apresentam quando as partes atuam “inserindo hipótese não prevista na norma interna sobre o exercício da função jurisdicional”, isto é, as partes elegem o foro doméstico quando não há previsão legal da competência. Esses não possuem grandes implicações, vez que se pode alegar uma jurisdição preexistente, a qual decorre da soberania estatal, sem ser criada por uma norma sobre competência internacional.<sup>166</sup>

O problema se encontra nos efeitos negativos, os quais ocorrem quando, com a escolha de foro estrangeiro para conhecer a ação, se afasta a jurisdição prevista pela legislação local. A eleição de foro estrangeiro, nesse caso, implica em retirar do Estado o exercício da

---

<sup>163</sup> ARAUJO, **Direito internacional privado**, p. 407-408.

<sup>164</sup> SOARES, A cláusula de eleição de foro em contratos internacionais, p. 267.

<sup>165</sup> ARAUJO, **Direito internacional privado**, p. 408.

<sup>166</sup> TIBURCIO, A eleição de foro estrangeiro e o judiciário brasileiro, p. 85.

própria função jurisdicional, mesmo havendo um interesse estatal em exercê-la. No Brasil, as hipóteses de competência internacional da jurisdição estrangeira estão previstas nos artigos 88 e 89, ambos do CPC, os quais serão esmiuçados mais adiante, quando a competência for o tema a ser tratado.<sup>167</sup>

A autora comenta que a legislação brasileira não possui norma específica que trate da cláusula de eleição de foro, contudo contém regras de atribuição de competência, as quais têm sido utilizadas para interpretação e solução dos casos concretos. Frisa, ainda, que a jurisprudência nacional é muito oscilante ao analisar a matéria, mas vem adotando posicionamento progressista sobre o assunto, tendente a aceitação.<sup>168</sup>

A cláusula de eleição de foro é amplamente utilizada no Brasil, porém questiona-se qual seria a posição jurisprudencial quando as partes escolhessem litigar no judiciário nacional, quando a situação não for prevista no artigo 88 (competência concorrente) ou no artigo 89 (competência exclusiva), isto é, nos efeitos positivos externados por Carmen Tiburcio. E quanto aos efeitos negativos, poderiam as partes afastar a competência da autoridade brasileira e escolher foro estrangeiro para julgar ação?<sup>169</sup>

Por fim, cabe mencionar os citados limites impostos, por alguns ordenamentos jurídicos, à liberdade de pactuar a cláusula de eleição de foro. Um deles é a anteriormente referida ordem pública. Ainda, é importante analisar as normas sobre o tema contidas no ordenamento jurídico, a opinião doutrinária e a posição da jurisprudência dos países envolvidos no contrato, sob pena de nulidade ou inobservância da cláusula de eleição de foro. Além disso, é fundamental se estudar as normas referentes à competência judiciária internacional dos países envolvidos, pois pode haver normas indicando competência exclusiva em determinadas situações.<sup>170</sup>

Como foi visto, apesar de haver uma tendência nacional e internacional em direção da aceitação da cláusula de eleição de foro, não há consenso absoluto. Nesse sentido, Carmen Tiburcio cita uma lista de autores favoráveis a essa espécie de cláusula, quais sejam, Philadelpho Azevedo, Serpa Lopes, Haroldo Valladão, HelioTornaghi, Wilson de Souza Campos Batalha, Irineu Strenger, Osiris Rocha, Arruda Alvin, Donaldo Armelin, José Inácio Gonzaga Franceschini, Lauro Gala Jr e Nadia de Araujo. A autora menciona, também, nomes

---

<sup>167</sup>TIBURCIO, A eleição de foro estrangeiro e o judiciário brasileiro, p. 85.

<sup>168</sup>TIBURCIO, A eleição de foro estrangeiro e o judiciário brasileiro, p. 112-113.

<sup>169</sup>TIBURCIO, A eleição de foro estrangeiro e o judiciário brasileiro, p. 86.

<sup>170</sup>SOARES, A cláusula de eleição de foro em contratos internacionais, p. 268-271.

contrários a eleição de foro como José Ignácio Botelho de Mesquita e Celso Agrícola Barbi.<sup>171</sup>

Enfim, percebe-se uma inclinação pela admissão da cláusula de eleição de foro. Todavia, ainda restam muitas dúvidas acerca do tema, notadamente, relacionadas a situações de competência concorrente do judiciário brasileiro e perante a instabilidade das decisões dos tribunais e na definição de posicionamento em caso de pedido de homologação de sentença.

---

<sup>171</sup>TIBURCIO, A eleição de foro estrangeiro e o judiciário brasileiro, p. 98-99.

### **3 POSSIBILIDADE DE PACTUAR CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS**

A matéria de eleição de foro guarda densa relação com a competência internacional da Justiça brasileira, a qual é dividida em competência exclusiva ou absoluta e concorrente ou relativa. Esta é a principal fonte de discussão doutrinária. Parte dos autores entende que, em caso de competência concorrente, deve-se prestigiar a justiça brasileira, mesmo que as partes tenham eleito contratualmente o foro. Outra parcela defende que é atribuição das partes renunciar ao foro que lhe é assegurado a fim de eleger outro. Desse modo, para aferir qual é a corrente majoritária e mensurar os efeitos práticos da controvérsia, é fundamental fazer-se um estudo da jurisprudência pátria.

#### **3.1 Competência relativa e exclusiva da jurisdição brasileira e sua relação com a cláusula de eleição de foro**

A escolha pelas partes de um contrato internacional de um foro nacional entre os diversos foros possíveis pode ocorrer antes do surgimento do litígio, isto é, derroga-se a jurisdição mediante eleição de foro. Ainda, pode dar-se pela aceitação voluntária do demandado ao foro escolhido pelo demandante, quando da propositura da ação, ou seja, pela prorrogação da jurisdição.

Cumprido distinguir-se jurisdição e competência. A jurisdição é o poder de julgar, constitui a competência judiciária de cada Estado, independentemente se há repartição desse poder. À medida que esse Estado organiza a jurisdição, surge o poder de julgar repartido, isto é, a chamada competência nasce.<sup>172</sup>

A competência, portanto, é a medida da jurisdição, do poder do juiz de examinar as pretensões e julgar, sendo que no Brasil as regras de competência internacional estão dispostas nos artigos 88 e 89, do CPC. Nadia de Araujo comenta as duas finalidades das normas de competência internacional, quais sejam, o reconhecimento das decisões

---

<sup>172</sup>MIRANDA, Pontes de; CAVALCANTI, Francisco apud FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. A lei e o foro de eleição em tema de contratos internacionais. In: João Grandino Rodas (Coord.). **Contratos internacionais**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.81.

estrangeiras e laudos arbitrais, que necessitam de homologação para ter eficácia no território nacional e o cumprimento de medidas judiciais pedidas por juízes ou tribunais estrangeiros; bem como o conhecimento originário de uma lide que pode ser julgada pela Justiça de um ou mais Estados ou, ainda, que foi objeto de uma ação já proposta no estrangeiro causando litispendência.<sup>173</sup>

A autora traz, ainda, o entendimento de Botelho de Mesquita quanto às hipóteses não previstas nos artigos 88 e 89 da lei. O autor assevera que as situações não previstas pelos artigos estão excluídas do judiciário brasileiro, visto que, por ser uma atividade onerosa, a jurisdição não deve ser exercida desnecessariamente.<sup>174</sup> No mesmo sentido, Antenor Madrugá defende que os casos não previstos no artigo 88 geram a incompetência da Justiça brasileira, já que as regras de competência fixam uma autolimitação à jurisdição.<sup>175</sup>

Nesse rumo, Celso Agrícola Barbi salienta que, pelo sistema atual que estipulou dois capítulos, um tratando da competência internacional e outro da interna, o juiz deve analisar primeiro se há previsão da questão nas normas de direito internacional. Se a causa não estiver entre as mencionadas pelos artigos 88 e 89, ele não poderá conhecer dela. Depois de concluir que a lide pertence à jurisdição brasileira, ele passará as normas internas e a análise da competência de seu juízo. O autor elucida o seu entendimento com o seguinte exemplo: uma ação proposta por um cidadão inglês contra um polonês, relativamente a um contrato de locação feito na França, de um imóvel situado na Itália, onde será feito o pagamento dos aluguéis, não pode ser decidida pelos tribunais brasileiros, visto que ausente qualquer elemento dos artigos 88 e 89. Por outro lado, se o réu fosse domiciliado no Brasil ou o imóvel fosse localizado no país, a causa pertenceria à jurisdição brasileira.<sup>176</sup>

De outro lado, para Barbosa Moreira, citado por Nadia de Araujo, o artigo 88 não é exaustivo, uma vez que seria absurdo negar a jurisdição em determinadas hipóteses como nos casos de jurisdição voluntária, na separação consensual de cônjuges, por exemplo. Nessas situações, de denegação de justiça, as lacunas deveriam ser supridas pelas normas de competência interna.<sup>177</sup>

<sup>173</sup> ARAUJO, **Direito internacional privado**, p. 231-233.

<sup>174</sup> MESQUITA, José Ignácio Botelho de, apud Araujo, Nadia de. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, 235-236.

<sup>175</sup> MADRUGA, Antenor apud Araujo, Nadia de. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 237-238.

<sup>176</sup> BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. 1. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 302. Disponível em <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-3875-8/page/302>>. Acesso em 18 set. 2012.

<sup>177</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa apud Araujo, Nadia de. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p.237-238.

Nos países da *common law* há o chamado *forum non conveniens*, seria aquele inconveniente e que provocaria a abstenção da justiça para analisar a lide. A abstenção se daria em razão das facilidades de outro Estado em obter provas e efetuar um melhor julgamento. Assim, essa teoria, ainda não discutida em decisão judicial brasileira, defende certo grau de discricionariedade para recusar a causa. Nos Estados Unidos, duas situações envolvendo o Brasil foram decididas com base nessa teoria. Foram dois acidentes aéreos ocorridos aqui, entre a Gol e um jato americano e outro da empresa TAM. Nas duas situações, os parentes das vítimas pretendiam propor ação nos Estados Unidos, uma vez que o valor da indenização seria maior. Porém, a justiça americana entendeu que o local apropriado seria o Brasil, aplicando o *forum non conveniens*, apesar da existência de elementos para sua competência, como domicílio americano dos réus.<sup>178</sup>

Ainda, há que se referir o caso em que as partes podem optar por não recorrer à justiça nacional ou estrangeira. Por exemplo, no contrato com cláusula arbitral, quando há impossibilidade do juiz aceitar a jurisdição sobre a causa. Nos contratos internacionais, o juiz, nas hipóteses do artigo 88, se declara competente, tendo em vista que essa etapa se refere à jurisdição. Todavia, na segunda etapa, referente à competência, o juiz deve declarar-se incompetente por força da exceção da cláusula arbitral, uma vez que a tendência em matéria contratual é preservar a vontade das partes.<sup>179</sup>

### 3.1.1 Competência absoluta da justiça brasileira

A primeira hipótese de competência absoluta da justiça brasileira é trazida pelo artigo 89, I, do CPC, quando este dispõe que compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra, conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil. Nesse diapasão, é o artigo 12, §1º, da LINDB, no qual a legislação pátria dispõe que só a autoridade brasileira compete conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil. Percebe-se que, em caso de contrato envolvendo bem imóvel situado no Brasil ou eventual discussão judicial

---

<sup>178</sup> ARAUJO, *Direito internacional privado*, p. 241-242.

<sup>179</sup> ARAUJO, *Direito internacional privado*, p. 238.

relativa a direitos incidentes sobre o mesmo, qualquer liberdade das partes em pactuar cláusula de eleição de foro diverso do nacional foi afastada pela lei.<sup>180</sup>

Ainda, saliente-se que, para Marta Gonçalves da Silva Soares, o inciso I abrange todas as ações envolvendo bem imóvel localizado no território brasileiro, não apenas as ações reais, mas as pessoais e as relativas à falência<sup>181</sup>. Nesse rumo, Celso Agrícola Barbi comenta:

O texto é amplo, não se restringe a ações reais, isto é, fundadas em direito real; a lei abrange qualquer ação relativa a bem imóvel, vale dizer, também as fundadas em direito obrigacional, como, v.g., a locação, a promessa de compra e venda e casos semelhantes. Não importa o tipo de ação, isto é, o ser ela condenatória, declaratória ou constitutiva; o que prevalece é a relação entre o direito alegado e um móvel. Existindo esta vinculação, a competência da Justiça brasileira afasta qualquer outra.<sup>182</sup>

Por seu turno, Nadia de Araujo aborda a discussão existente na doutrina e jurisprudência sobre a aplicação do inciso I apenas às ações fundadas em direito real ou, também, às ações fundadas em direito obrigacional. A autora, apesar de concordar que o tipo de ação é irrelevante – ação declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva – discorda de Marta Soares e Celso Barbi, defendendo posição, mais acertada, que restringe a aplicação às ações referentes a direitos reais.<sup>183</sup>

Seu posicionamento foi baseado em entendimento consolidado pelo STF de que as ações só abrangem as de cunho real. A autora refere um recurso ordinário que tratava do cumprimento de uma promessa de compra e venda de imóvel situado no Paraguai. O STF afastou o artigo 89, I, ressaltando a competência brasileira, apesar do imóvel se localizar no Paraguai, visto que a causa versava sobre obrigação de fazer de cunho pessoal – outorga da escritura – e o foro do domicílio das partes contratantes, o Brasil, havia sido eleito para execução do contrato.<sup>184</sup>

Outra competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira se encontra disposta no inciso II do artigo 89 e abarca o inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional. A doutrina

<sup>180</sup>SOARES, A cláusula de eleição de foro em contratos internacionais, p. 276.

<sup>181</sup>SOARES, A cláusula de eleição de foro em contratos internacionais, p. 277.

<sup>182</sup>BARBI, **Comentários ao Código de Processo Civil**, p. 305.

<sup>183</sup>ARAUJO, **Direito internacional privado**, p. 257-258.

<sup>184</sup>ARAUJO, **Direito internacional privado**, p. 257-258.



ressalta que o conceito de bens do artigo é amplo, se estendendo sobre os bens móveis.<sup>185</sup>Sobre o tema, sustenta Celso Agrícola Barbi que “o conceito de bens no artigo é amplo, abrangendo imóveis, semoventes e móveis. Assim, inclui qualquer espécie dessa última classe, como títulos cambiais, depósitos bancários, dinheiro em moeda, ações, direitos de crédito em geral, etc”.<sup>186</sup>

Uma das consequências da competência absoluta, frise-se, é que mesmo quando as partes pactuaram a cláusula de eleição de foro do país estrangeiro e o juiz desse outro país se julgar competente para analisar a controvérsia, a sentença não será homologada pelo Superior Tribunal de Justiça e não surtirá efeitos, nem poderá ser executada no Brasil. Estaria faltando, nesse caso, um dos requisitos para homologação, a decisão proferida por juiz competente.<sup>187</sup>

Enfim, no Brasil, a competência absoluta ou exclusiva está regulada pelo artigo 89, do CPC, o qual faz referência às ações relativas a imóveis situados no país e ao inventário e partilha de bens situados no território nacional. Nesses casos, não há possibilidade da lide ser dirimida por órgão jurisdicional estrangeiro, bem como será impossível reconhecer a competência do juiz estrangeiro, mesmo que esta seja determinada pela lei do país em questão.

Dessa forma, o Superior Tribunal de Justiça não homologará eventual sentença estrangeira que abranja uma das situações elencadas pelo artigo 89, a qual não surtirá efeitos no território nacional.<sup>188</sup>

### 3.1.2 Competência relativa da justiça brasileira

Por sua vez, a competência relativa ou concorrente é disciplinada pelo artigo 88, do CPC, o qual estabelece ser competente a autoridade judiciária brasileira quando o réu,

---

<sup>185</sup>SOARES, A cláusula de eleição de foro em contratos internacionais, p. 278.

<sup>186</sup>BARBI, **Comentários ao Código de Processo Civil**, p. 306.

<sup>187</sup>SOARES, A cláusula de eleição de foro em contratos internacionais, p. 277.

<sup>188</sup>SOARES, A cláusula de eleição de foro em contratos internacionais, p. 278.

qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil; no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação; ou a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil.<sup>189</sup>

Nota-se que o artigo trouxe elementos de conveniência de foro apontando a competência internacional da justiça brasileira, quais sejam, o domicílio, o local do cumprimento da obrigação, o local da ocorrência do fato que gerou a obrigação e a localização no país de agência, filial ou sucursal da pessoa jurídica estrangeira. Quando esses elementos estão presentes as partes podem estipular a justiça brasileira como foro competente para o julgamento das controvérsias oriundas do contrato internacional por elas celebrado.<sup>190</sup>

Todavia, quando ausentes os elementos, mesmo que as partes tenham convencionado livremente o foro brasileiro, a justiça pátria será incompetente, pois não cabe às partes criar ou modificar competências. Os particulares podem, através da cláusula de eleição de foro, apenas determinar um dentre os vários foros competentes para apreciar o feito.<sup>191</sup> Assim, o artigo 88 expõe as hipóteses em que a cláusula de eleição de foro poderá ser pactuada.

Relembre-se que José Ignácio Botelho de Mesquita, citado por Nádia de Araújo, acresce a visão de Marta Gonçalves da Silva Soares as situações não previstas pelo artigo 88, do CPC, estão excluídas do judiciário brasileiro, visto que, por ser uma atividade onerosa, a jurisdição não deve ser exercida desnecessariamente. No mesmo sentido, como já mencionado, também é o posicionamento de Antenor Madruga. O autor defende que as hipóteses não mencionadas no artigo geram a incompetência da justiça brasileira, já que as regras de competência geram uma autolimitação à jurisdição.

Na corrente contrária, mais apropriada, como já referido, José Carlos Barbosa Moreira, citado por Nadia de Araujo, o artigo 88 não é exaustivo, uma vez que seria denegação de justiça. Para o autor em verdade a justiça brasileira é considerada como a única competente a princípio. Outra justiça só seria competente por ato de uma das partes, anterior ao processo, como a cláusula de eleição de foro, ou, no decorrer de sua tramitação, por submissão tácita.

A escolha do domicílio do réu como elemento, independentemente da sua nacionalidade, se deu em virtude de facilitar a sua defesa, bem como posterior execução da

---

<sup>189</sup>ALMEIDA, Ricardo Ramalho. Breves reflexões sobre eleição de foro estrangeiro e a competência concorrente do judiciário brasileiro. In: João Grandino Rodas (Coord.). **Contratos internacionais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 300.

<sup>190</sup>SOARES, A cláusula de eleição de foro em contratos internacionais, p. 271.

<sup>191</sup>SOARES, A cláusula de eleição de foro em contratos internacionais, p. 272.

sentença.<sup>192</sup> Ainda, constata-se que, sempre que a obrigação for cumprida no Brasil, a autoridade judiciária brasileira será competente para julgar o feito, independentemente do lugar da celebração do contrato. Igualmente, se o fato gerador da obrigação se deu aqui, a justiça brasileira será concorrentemente competente para julgar a controvérsia.<sup>193</sup>

Em suma, a competência relativa ou concorrente é regulada pelo artigo 88, do CPC, prevendo hipóteses em que a lei admite seja a lide solucionada por órgão jurisdicional estrangeiro, bem como em que poderá ser reconhecida no Brasil, a competência de um juiz estrangeiro, determinada pela lei do país estrangeiro em questão.

Dessa forma, preenchidos os requisitos legais, nas hipóteses de competência concorrente, eventual sentença estrangeira poderá ser homologada no Brasil, tendo em vista que a norma nacional não exclui a jurisdição de outros Estados. Nas palavras de Nadia de Araujo:

Havendo competência concorrente, o autor poderá escolher entre a tutela jurisdicional brasileira ou estrangeira; optando pela estrangeira, e consentindo o réu em se submeter a ela, por acordo expresso ou renúncia tácita à jurisdição brasileira, será homologável a sentença estrangeira.<sup>194</sup>

Importante salientar que não há litispendência internacional quando a ação no exterior se inicia simultaneamente a nacional, sendo a justiça brasileira competente. É o que se depreende do artigo 90, do CPC, segundo o qual a ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas. Desse modo, eventual sentença estrangeira não será homologada, se posterior a resolução da questão no foro brasileiro, não há, portanto, o que falar em prorrogação da competência ou júízo estrangeiro preventivo.<sup>195</sup> Por outro lado, se a ação proposta no Brasil já houver sido objeto de julgamento no exterior e homologação pelo STJ, considera-se que há coisa julgada, devendo-se preferir essa primeira decisão.<sup>196</sup>

O posicionamento do STJ se firmou no sentido de que apenas a ocorrência de uma das hipóteses prevista no artigo 88 é suficiente para fixar a competência da justiça brasileira.

<sup>192</sup>SOARES, A cláusula de eleição de foro em contratos internacionais, p. 272.

<sup>193</sup>SOARES, A cláusula de eleição de foro em contratos internacionais, p. 272.

<sup>194</sup>ARAUJO, **Direito internacional privado**, p. 242-243.

<sup>195</sup>ARAUJO, **Direito internacional privado**, p. 246-247.

<sup>196</sup>SOARES, A cláusula de eleição de foro em contratos internacionais, p. 275.

Importante frisar que a competência para apreciar a lide não guarda relação com a lei aplicável ao contrato internacional, a qual, como já discutido, será estabelecida conforme o artigo 9º, da LINDB.<sup>197</sup>

É sem dúvida fundamental ressaltar a posição de José Carlos Barbosa Moreira, citado por Nadia de Araujo, sobre a impropriedade da denominação competência concorrente da justiça estrangeira. Para o autor, em verdade, o Brasil considera sua justiça como a única competente em princípio. Outra justiça só passaria a ser competente em virtude de ato da parte, anterior ao processo, como a cláusula de eleição de foro ou, praticado nele, por submissão tácita.<sup>198</sup>

Sobre a questão dos efeitos da cláusula de eleição de foro nos casos de competência internacional concorrente, Ricardo Ramalho Almeida sustenta que há um recrudescimento da noção de que a competência da justiça brasileira deverá ser prestigiada, mesmo que as partes tenham escolhido o foro estrangeiro para processar e julgar a demanda. O autor, pontualmente, critica esse entendimento, afirmando ser ele uma rebelião contra um entendimento que os profissionais do direito julgavam sedimentado, pois contraria a maioria doutrinária, importantes manifestações jurisprudenciais e a prática cotidiana dos contratos internacionais.<sup>199</sup>

Athos Gusmão Carneiro se filia a tese da inafastabilidade da competência concorrente do Judiciário brasileiro, sendo que afirma que “nos casos de competência internacional concorrente, a cláusula contratual de eleição de foro estrangeiro é inoperante, não elidindo o ajuizamento da ação no foro brasileiro”. O autor salienta ser a eleição de foro geralmente uma imposição de tribunal estrangeiro, não um foro livremente aceito pela parte mais vulnerável, sendo ofensivo ao direito constitucional de acesso à justiça brasileira, bem como a própria soberania nacional.<sup>200</sup>

Ademais, uma vez que as normas que definem a extensão da jurisdição constituem manifestação inerente à soberania estatal, não é dado às partes o direito de excluir ou renunciar à jurisdição brasileira antes do surgimento da lide.<sup>201</sup> Percebe-se que os dois argumentos principais do jurista são: a jurisdição só poderia ser licitamente renunciada após o

<sup>197</sup> ARAUJO, **Direito internacional privado**, p. 245.

<sup>198</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa apud Araujo, Nadia de. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 245.

<sup>199</sup> ALMEIDA, Breves reflexões sobre eleição de foro estrangeiro e a competência concorrente do judiciário brasileiro, p. 296.

<sup>200</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 107-108. Disponível em <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/9788502173163/page/108>>. Acesso em 20 set. 2012.

<sup>201</sup> CARNEIRO, **Jurisdição e competência**, p. 107-108.

surgimento, em concreto, da lide; e as normas definidoras da competência concorrente da justiça brasileira seriam de ordem pública, emanção da soberania estatal, não admitindo alteração pela autonomia da vontade dos particulares contratantes.

Ricardo Ramalho Almeida frisa que o primeiro argumento é idêntico ao que vinha sendo discutido pelo STF no julgamento da Homologação de Sentença Estrangeira n. 5.206-7. Quando da publicação do artigo, o julgamento, que analisava a constitucionalidade da Lei n. 9.307, a Lei de Arbitragem, ainda não havia sido concluído, porém a maioria do Plenário já havia se manifestado pela constitucionalidade da lei, restando vencido o Ministro Sepúlveda Pertence.<sup>202</sup>

Em seu voto, Sepúlveda asseverou que a constitucionalidade da arbitragem deriva da renunciabilidade do direito de ação, que é reflexo subjetivo da garantia de prestação jurisdicional, expressa pelo artigo 5º, XXXV, da CF. Porém, tal renunciabilidade, por ser direito de caráter instrumental, só pode ser aferida em concreto, não existindo em abstrato, pois tem por pressuposto a disponibilidade do direito questionado, ou seja, das pretensões materiais contrapostas.<sup>203</sup>

O Ministro Nelson Jobim, acompanhado pelos demais ministros, ressaltou que a Constituição proíbe que a lei exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito, porém ela não proíbe que as partes pactuem formas extrajudiciais de solução dos seus conflitos, atuais ou futuros, a proibição é direcionada ao legislador, não ao cidadão. Ademais, não haveria a renúncia abstrata à jurisdição, mas a convenção de arbitragem sobre direitos futuros e eventuais. Nas palavras do próprio Ministro: “não há nenhuma vedação constitucional a que as partes, maiores e capazes, ajustem a submissão de conflitos, que possam decorrer de relações jurídicas decorrentes de contrato específico, ao sistema de arbitragem”.<sup>204</sup>

A questão já foi solucionada, tendo sido declarada pelo Plenário a constitucionalidade da Lei de Arbitragem. O tribunal, por maioria de votos, considerou que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, não ofende o artigo 5º, XXXV, da CF.<sup>205</sup>

---

<sup>202</sup> ALMEIDA, Breves reflexões sobre eleição de foro estrangeiro e a competência concorrente do judiciário brasileiro, p. 299.

<sup>203</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Sentença Estrangeira n. 5206-7**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 30 de abril de 2004. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 21 set. 2012.

<sup>204</sup> Supremo Tribunal Federal, **Sentença Estrangeira n. 5206-7**. Acesso em 21 set. 2012.

<sup>205</sup> Supremo Tribunal Federal, **Sentença Estrangeira n. 5206-7**. Acesso em 21 set. 2012.

Quanto aos segundo argumento, Ricardo Ramalho Almeida o rechaça, por ferir “o cerne da dicotomia” ordem pública *versus* autonomia da vontade – expressão utilizada pelo autor de forma ampla, como faculdade atribuída às partes de escolher as cláusulas que lhes sejam mais apropriadas, sem qualquer relação com a autonomia em escolher a lei aplicável ao contrato. Ainda, salienta que a ordem pública determina os limites de discricionariedade que o legislador atribui aos particulares na busca pelo atendimento aos seus interesses privados.<sup>206</sup>

Entretanto, destaca que a autonomia da vontade é uma das bases fundamentais constituintes do tripé contratual, juntamente com os princípios do *pacta sunt servanda* e da boa-fé, sendo que traceja o campo onde os interesses privados podem crescer de forma lícita e eventualmente em direção oposta à lei. Enfim, a autonomia da vontade é protegida pelo direito, quando a norma afastada pelos particulares é dispositiva, isto é, não é de ordem pública.<sup>207</sup>

Ocorre que o juízo de Athos Gusmão Carneiro e de algumas decisões dos tribunais tende à ideia de que as normas jurídicas do artigo 88, do CPC, seriam de ordem pública, portanto, insuscetíveis de afastamento pelos particulares no contrato. O resultado emanado do entendimento, destarte, é a ineficácia ou a nulidade de qualquer cláusula acrescentada ao contrato internacional que eleja foro estrangeiro, quando a questão, por força do artigo 88, possa ser apreciada pela Justiça brasileira, ainda que em sede de competência concorrente.<sup>208</sup>

Por fim, o autor destaca que essa corrente rebelde, da qual um dos filiados é o jurista Athos Gusmão Carneiro, torna inócua a distinção entre as competências exclusiva e concorrente, uma vez que confere caráter de exclusividade à competência concorrente ou relativa, característica que deveria ser inerente apenas à competência exclusiva ou absoluta.<sup>209</sup>

Vistas as linhas fundamentais em matéria de competência internacional e sua relação com a eleição de foro, importante se transferir o foco de estudo para os casos práticos, através da análise da jurisprudência pátria.

---

<sup>206</sup> ALMEIDA, Breves reflexões sobre eleição de foro estrangeiro e a competência concorrente do judiciário brasileiro, p. 299-300.

<sup>207</sup> ALMEIDA, Breves reflexões sobre eleição de foro estrangeiro e a competência concorrente do judiciário brasileiro, p. 299-300.

<sup>208</sup> ALMEIDA, Breves reflexões sobre eleição de foro estrangeiro e a competência concorrente do judiciário brasileiro, p. 300.

<sup>209</sup> ALMEIDA, Breves reflexões sobre eleição de foro estrangeiro e a competência concorrente do judiciário brasileiro, p. 301.

### 3.2 Posicionamento jurisprudencial brasileiro

#### 3.2.1 Tribunais de Justiça do Rio de Janeiro e do Rio Grande do Sul

É de suma importância o estudo de casos práticos, pois, no âmbito jurisprudencial se encontra um dos principais problemas em matéria de eleição de foro, à medida que podem ser encontradas decisões admitindo a cláusula, bem como tornando sua pactuação ineficaz. Devido à existência de decisões para ambos os lados, há grande insegurança jurídica em relação à matéria, o que acaba por desestimular a celebração de contratos internacionais.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ/RJ) ao tratar da matéria em diversas ocasiões decidiu poucos casos favoravelmente à prevalência da eleição do foro alienígena, por exemplo, Apelação Cível n. 4.903/89 e Apelação Cível n. 5.097/94, na maioria das oportunidades, julgou pela fixação da competência brasileira.<sup>210</sup>

No último sentido, se apresenta o acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, décima sétima câmara cível, no Agravo de Instrumento n. 1.561/99, cujo relator foi o Desembargador Raul Celso Lins e Silva. O agravo foi interposto contra decisão monocrática que julgou extinto o processo, sem julgamento de mérito, remetendo a ação de perdas e danos proposta por uma subsidiária da Braspetro, quanto as duas rés, seguradoras norte-americanas, ao foro estrangeiro, onde se deu o contrato. Quanto às demais rés entendeu o Tribunal que a competência da Justiça brasileira não pode ser afastada, dado que neste país é que a obrigação deveria ser cumprida, também, aqui é que foi constituída.<sup>211</sup>

Inicialmente, o acórdão referiu que a competência concorrente não afasta a possibilidade de instituição de foro estrangeiro, sendo que instituído o foro através de cláusula restaria dúvida acerca de sua validade. Em seguida, o relator assevera que, por se tratar de norma de ordem pública, o artigo 12, da LINDB, não pode ser superada pela vontade das partes, isto é, decidiu que qualquer convenção não tem força de obstaculizar o ingresso nos tribunais brasileiros de qualquer interessado.<sup>212</sup>

Favoravelmente à prevalência da eleição de foro pode-se citar a Apelação Cível n. 4.903/89, da Terceira Câmara Cível, da qual o Desembargador Darcy Lizardo de Lima foi

<sup>210</sup>ARAÚJO, **Direito internacional privado**, p. 434.

<sup>211</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento n. 1.561/99**. Relator: Desembargador Raul Celso Lins e Silva. Rio de Janeiro, RJ, 05 de maio de 1999. Disponível em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em 24 set. 2012.

<sup>212</sup>Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, **Agravo de Instrumento n. 1.561/99**. Acesso em 24 set. 2012.

relator. A Recorrente suscitou a competência da autoridade brasileira, com fundamento no artigo 12, da LINDB, c/c os artigos 89 e 88, ambos do CPC, tendo em vista se tratar de competência concorrente, pois o fato se passou no Brasil, onde a obrigação deveria ser cumprida. O tribunal referiu que “razão, sem dúvida, teria a excepta-apelante, se o contrato firmado houvesse silenciado a respeito da eleição de foro”, o que não se verificou, uma vez que as partes aquiesceram em submeter o contrato à jurisdição do Tribunal Distrital de Essen, na Alemanha.<sup>213</sup>

Assim, a decisão foi pela confirmação da decisão de primeiro grau, considerando válida a cláusula de eleição de foro, pela natureza do direito em questão, incapaz de afrontar o disposto no artigo 89, do CPC, e com base nos artigos 42, do Código Civil (CC, atual artigo 78), 111, do CPC e Súmula 335 do STF.<sup>214</sup>

Em 2007, o TJ/RJ se declarou incompetente para julgar ação em que havia a eleição de foro estrangeiro. A decisão foi prolatada pela Décima Câmara Cível no Agravo de Instrumento n. 2007.002.24569, cujo relator foi o Desembargador Carlos Eduardo Moreira da Silva. Trata-se de um caso no qual a lei aplicada seria a italiana, tendo em vista que o contrato foi celebrado em Bolonha, bem como que houve a pactuação da cláusula de eleição de foro escolhendo a Justiça italiana para dirimir os conflitos. Inicialmente, aduz-se no acórdão que a cláusula não poderia atingir o consumidor final que adquirisse os produtos da revendedora brasileira, situação não abrangida pelos fatos.<sup>215</sup>

Ainda, o acórdão ressalta a validade da cláusula, por força da súmula 335 do STF, bem como que não houve *in casu* qualquer violação a princípio constitucional, já que não houve impedimento à parte mais fraca de acesso ao judiciário, pois nenhuma das partes era hipossuficiente. Por fim, refere que, embora o artigo 88 do CPC trate sobre as hipóteses de competência concorrente, tal competência “pode ser afastada por cláusula contratual válida, e

---

<sup>213</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação 4.903/89**. Relator: Desembargador Darcy Lizardo de Lima. Rio de Janeiro, RJ, 07 de agosto de 1990. Disponível em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em 26 set. 2012.

<sup>214</sup>Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, **Apelação n. 4.903/89**. Acesso em 26 set. 2012.

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

Art. 111. A competência em razão da matéria e da hierarquia é inderrogável por convenção das partes; mas estas podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações.

STF Súmula nº 335: É válida a cláusula de eleição do foro para os processos oriundos do contrato.

<sup>215</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento n. 2007.002.24569**. Relator: Desembargador Carlos Eduardo Moreira da Silva. Rio de Janeiro, RJ, 21 de novembro de 2007. Disponível em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em 28 set. 2012.



mesmo tal dispositivo não prevê a competência da jurisdição brasileira para o presente caso”.<sup>216</sup>

Nesse diapasão, foi a manifestação do Tribunal, Décima Quinta Câmara Cível, no Agravo de Instrumento n. 2007.002.02431, que teve como relator o Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo, e envolvia estipulação, por meio de cláusula, do foro de Londres para analisar eventuais conflitos. Inicialmente, destacou-se que num enfoque superficial se poderia admitir a concorrência da Justiça brasileira, por força do artigo 88, I, do CPC, bem como se aceitar a concomitância de duas ações, uma no Brasil e outra em Londres, com fundamento no artigo 90, do CPC, uma vez que não houve homologação da sentença inglesa pelo STF. Porém, seria uma visão simplista do caso, já que as partes manifestaram a vontade livre de sujeição de suas controvérsias à justiça inglesa, o que não é proibido.<sup>217</sup>

A decisão reafirmou a prevalência da Justiça inglesa, mesmo diante do fato da escolha do foro pelas partes não ter ocorrido com exclusividade, pois “no momento que se propôs a demanda em Londres e a parte contrária não se insurgiu ambas aceitaram, de direito e de fato, a jurisdição inglesa”. Assim, não pode a Agravada, que foi ré no processo inglês e perdeu a causa, apenas por sua inconformidade com a decisão buscar a prestação jurisdicional sobre litígios já julgados, se utilizando do pretexto da competência concorrente. Isto é, foi considerado ato de má-fé da agravada a propositura de nova ação no Brasil.<sup>218</sup>

Essa controvérsia chegou ao STJ, na Medida Cautelar n. 15.398, cuja relatora foi a Ministra Nancy Andrighi. A decisão também foi pela incompetência da justiça brasileira. A medida cautelar intentava a atribuição de efeito suspensivo a um recurso especial, cujo fito era impedir a futura homologação de sentença estrangeira. Isso porque, após não lograr êxito no estrangeiro, a parte tentou ajuizar nova ação no Brasil. A ministra considerou que o deferimento da liminar implicaria privilegiar comportamento contraditório da parte, em violação ao princípio da boa-fé.<sup>219</sup>

Veja-se a ementa da referida decisão monocrática da Ministra Nancy:

<sup>216</sup>Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, **Agravo de Instrumento n. 2007.002.24569**. Acesso em 28 set. 2012.

<sup>217</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento n. 2007.002.02431**. Relator: Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo. Rio de Janeiro, RJ, 27 de março de 2007. Disponível em: <www.tjrij.jus.br>. Acesso em 28 set. 2012.

<sup>218</sup>Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento n. 2007.002.02431**. Acesso em 28 set. 2012.

<sup>219</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Medida Cautelar n. 15.398**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 02 de abril de 2009. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 30 set. 2012.

**Ementa:** Processo civil. Medida cautelar visando a atribuir efeito suspensivo a recurso especial. Ação proposta pela requerente, perante justiça estrangeira. Improcedência do pedido e trânsito em julgado da decisão. Repetição do pedido, mediante ação formulada perante a Justiça Brasileira. Extinção do processo, sem resolução do mérito, pelo TJRJ, com fundamento na ausência de jurisdição brasileira para a causa. Impossibilidade.

Pedido de medida liminar para a suspensão dos atos coercitivos a serem tomados pela parte que sagrou-se vitoriosa na ação julgada perante o Tribunal estrangeiro. Indeferimento. Comportamento contraditório da parte violador do princípio da boa-fé objetiva, extensível aos atos processuais.

*- É condição para a eficácia de uma sentença estrangeira a sua homologação pelo STJ. Assim, não se pode declinar da competência internacional para o julgamento de uma causa com fundamento na mera existência de trânsito em julgado da mesma ação, no estrangeiro. Essa postura implicaria a aplicação dos princípios do 'forum shopping' e 'forum non conveniens' que, apesar de sua coerente formulação em países estrangeiros, não encontra respaldo nas regras processuais brasileiras.*

*- A propositura, no Brasil, da mesma ação proposta perante Tribunal estrangeiro, porém, consubstancia comportamento contraditório da parte. Do mesmo modo que, no direito civil, o comportamento contraditório implica violação do princípio da boa-fé objetiva, é possível também imaginar, ao menos num plano inicial de raciocínio, a violação do mesmo princípio no processo civil. O deferimento de medida liminar tendente a suspender todos os atos para a execução da sentença estrangeira, portanto, implicaria privilegiar o comportamento contraditório, em violação do referido princípio da boa-fé.*

Medida liminar indeferida e processo extinto sem resolução de mérito.<sup>220</sup> (grifo do autor)

Percebe-se, pelas decisões analisadas, que o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro vem se modificando. As decisões mais recentes tendem a aceitar como válida a cláusula de eleição do foro e a decretar a incompetência da justiça brasileira, mesmo nas hipóteses de competência concorrente.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS), ao contrário do Tribunal do Rio de Janeiro, ainda está mais inclinado a opor-se à cláusula nas situações em que ela causar a incompetência da justiça brasileira, dando prevalência ao artigo 88 do CPC. Nadia de Araujo traz o caso do Agravo de Instrumento n. 592054985 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Terceira Câmara Cível, julgado em 01 de julho de 1992, cujo relator foi o Desembargador Décio Antônio Erpen.<sup>221</sup> Verificou-se, em consulta processual, no site do TJ/RS, que o inteiro teor do acórdão não está disponível, porém a autora fornece breve resumo dos fatos, nos seguintes termos:

<sup>220</sup> Superior Tribunal de Justiça. **Medida Cautelar n. 15.398**. Acesso em 30 set. 2012.

<sup>221</sup> ARAUJO, **Direito internacional privado**, 2011, p. 437.

Em outro caso, o TARS [sic] decidiu competência da justiça brasileira, utilizando a noção do *contrario sensu*, pois seria imperativa a competência da justiça brasileira se as obrigações foram pactuadas no Brasil. Este acórdão faz confusão entre lei aplicável e jurisdição, pois pode ser aplicável a lei brasileira em outro juízo, assim como aplicável uma lei estrangeira em ação proposta no Brasil. Era um contrato de prestação de serviços, sendo o prestador estrangeiro e o cliente brasileiro, e a cláusula elegia foro no exterior. Para o Tribunal só o prestador do serviço, e não a entidade brasileira, poderia declinar da competência da justiça brasileira, razão por que deu-se por competente.<sup>222</sup> (grifo do autor)

Importante a citação desse caso concreto, uma vez que vem ao encontro dos argumentos expostos anteriormente, quando se abordou a lei aplicável e se ressaltou a confusão, por vezes ocorrida, entre a cláusula de eleição de foro, ligada a competência e jurisdição, e a cláusula de escolha da lei aplicável, relacionada com o artigo 9º, da LINDB.

No mesmo TJ/RS, no Agravo de Instrumento n. 70005228440, da Décima Nova Câmara Cível, relatado pelo Desembargador Luís Augusto Coelho Braga, discutiu-se a possibilidade de afastamento da competência concorrente da Justiça brasileira mediante a declaração de vontade das partes, as quais elegeram em cláusula específica o foro do Uruguai para resolver as demandas provenientes do contrato.<sup>223</sup>

O Agravo de Instrumento foi interposto contra decisão que julgou improcedente a exceção de incompetência proposta pelas empresas agravantes, frente à existência de pactuação do foro Uruguaio. A Agravada, por sua vez, alegou a competência da justiça brasileira, com fundamento no artigo 88, I, II e III, do CPC, que não poderia ser afastada pela vontade das partes.<sup>224</sup>

O eminente Relator destaca que o caso circunda o campo do Direito Internacional Privado, uma vez que o contrato é internacional, fazendo uso da definição dada pela Convenção do México sobre o Direito Aplicável aos contratos internacionais, apesar desta convenção ainda não estar em vigor no Brasil. Cumpre citar as próprias palavras do Relator para melhor compreensão:

<sup>222</sup> ARAUJO, **Direito internacional privado**, 2011, p. 438.

<sup>223</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, **Agravo de Instrumento n. 70005228440**. Relator: Desembargador Luís Augusto Coelho Braga. Porto Alegre, RS, 08 de abril de 2003. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 29 set. 2012.

<sup>224</sup> Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, **Agravo de Instrumento n. 70005228440**. Acesso em 29 set. 2012.

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, 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.<sup>225</sup> (grifo do autor)

Adiante o Relator afastou a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CPC), norma que permitiria a relativização da cláusula de eleição de foro, pois entendeu que a Agravada, parte postulante da competência brasileira, não é hipossuficiente frente ao banco, tampouco era consumidor final do serviço. Ainda, aduziu não haver qualquer vício de consentimento a macular a cláusula. Devido à propriedade e clareza da decisão, importante a transcrição de mais trecho:

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 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.*”<sup>226</sup>(grifo do autor)

Além disso, fundamenta a licitude e validade da cláusula que elegeu o foro estrangeiro, citando o artigo 111, do CPC, a súmula 335 do STF, bem como os artigos 166, 318 e 321, todos do Código de Bustamante, vigente no Brasil.<sup>227</sup>

<sup>225</sup>Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, **Agravo de Instrumento n. 70005228440**. Acesso em 29 set. 2012.

<sup>226</sup>Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, **Agravo de Instrumento n. 70005228440**. Acesso em 29 set. 2012.

<sup>227</sup>Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, **Agravo de Instrumento n. 70005228440**. Acesso em 29 set. 2012.

Em seu voto, o Desembargador Mário José Gomes Pereira distingue a eleição de foro e a escolha da lei que regerá o contrato. Refere que o artigo 9º, da LINDB, que faz referência à cláusula de lei aplicável, não contemplou a autonomia da vontade, porém a cláusula de eleição de foro não é tratada pelo dispositivo legal, portanto é de livre disposição pelas partes. Dessa forma, concordou com o Relator quanto à validade da eleição do foro do Uruguai.<sup>228</sup>

Cite-se fragmento do referido voto:

Como visto e consoante os ensinamentos de Eduardo Espínola, “quando se suscita alguma [sic] 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.<sup>229</sup>

O Desembargador entende que a cláusula de eleição de foro deve ser analisada primeiro que a de escolha da lei, tendo decidido pela validade das duas no caso sob exame, uma vez que o contrato, entre ausentes, se reputa celebrado no Uruguai, em razão da residência do proponente.<sup>230</sup>

### 3.2.2 Decisões dos Tribunais Superiores

A postura do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 242.383, cujo relator foi o Ministro Humberto Gomes de Barros, foi pela validade da eleição de foro, exceto quando a lide envolver interesses públicos. Tratava-se de caso de contrato de representação

---

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.

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.

<sup>228</sup>Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, **Agravo de Instrumento n. 70005228440**. Acesso em 29 set. 2012.

<sup>229</sup>Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, **Agravo de Instrumento n. 70005228440**. Acesso em 29 set. 2012.

<sup>230</sup>Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, **Agravo de Instrumento n. 70005228440**. Acesso em 29 set. 2012.

firmado nos EUA, em que a exceção de incompetência aposta pela recorrida foi acolhida pela Trigesima Quinta Vara Cível de São Paulo, declarando-se competente o foro da cidade de Chicago, Illinois, EUA. A decisão foi mantida em Agravo de Instrumento.<sup>231</sup>

Em sede de recurso especial, a Recorrente alegou a competência da justiça brasileira, visto que a obrigação deveria aqui ser cumprida, bem como pela empresa ser domiciliada no Brasil. O eminente Relator, todavia admitiu a plena validade da cláusula de eleição de foro, nos seguintes termos:

No caso, a eleição do foro alienígena, também, afasta a jurisdição nacional pois não há questão de ordem pública envolvida. Em que pese a afirmativa que "*a competência do Juiz brasileiro não pode ser afastada pela vontade das partes* ." (REsp 251.438/BARROS MONTEIRO), o Supremo Tribunal Federal, no final da década de 50, em caso envolvendo situação similar e interpretando o Art. 12 da Lei de Introdução ao Código Civil - que é a essência do Art. 88 do CPC - indicou a possibilidade da eleição do foro estrangeiro. Rogo vênha para transcrever trecho desse precedente da pena do saudoso Ministro Cândido Motta Filho. Disse o Magistrado e imortal Acadêmico:

*"Mas o que se discute é se o fôro do Uruguai é competente ou o do Brasil. Para isso, há o art. 12, da Lei de Introdução, que diz: - 'É competente a autoridade judiciária brasileira, quando fôr o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação. § 1º - Só a autoridade judiciária brasileira, compete conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil. § 2º - A autoridade judiciária brasileira cumprirá, concedido o exequatur e segundo a forma estabelecida pela lei brasileira, as diligências deprecadas por autoridade estrangeira competente, observando a lei desta, quanto aos objetos da diligência.' Diante dêsse artigo, reconhece o direito brasileiro o fôro contratual?*

*Penso que sim e nesse ponto me parece incensurável o acórdão recorrido. Não há como impedir às partes contratantes, fixar o fôro da ação senão por impedimento de ordem pública. Penso como o saudoso Philadelpho Azevedo, que o art. 12 da Introduc. envolve uma regra de simples proteção que o Estado dispensa aos cidadãos. Se o nacional pode ter interesse em abrir mão da garantia oferecida pela Lei brasileira, se aceita livremente a jurisdição estrangeira, não há como impedir essa aceitação." (RE 30.636/DF).<sup>232</sup> (grifo do autor)*

Ao acompanhar o voto do Relator, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito faz referência a consequência econômica da inadmissão da cláusula de eleição de foro, qual seja, a limitação da capacidade negocial do país, isto é, se estaria inibindo a celebração de contratos no território nacional, especialmente, envolvendo as hipóteses do artigo 88, do CPC.

Cumprе mencionar as palavras do Ministro:

<sup>231</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 242.383**. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Brasília, DF, 03 de fevereiro de 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 29 set. 2012.

<sup>232</sup>Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial n. 242.383**. Acesso em 29 set. 2012.

Como demonstrou o Senhor Ministro Humberto Gomes de Barros, não há nenhuma vedação a que se ponha o foro de eleição em contratos internacionais, mesmo porque, no momento em que restringirmos a possibilidade do foro internacional, estaremos limitando a capacidade negocial do País em um mundo que, hoje, rapidamente processa os contratos em termos supranacionais.<sup>233</sup>

O Supremo Tribunal Federal, quando ainda era o responsável pela homologação de sentenças estrangeiras, portanto, antes da Resolução n. 09/STJ, de 04 de maio de 2005, por diversas vezes se manifestou pela validade da submissão ao foro eleito pelos contratantes, a exemplo do pedido de Homologação de Sentença n. 4.948-2.

Tratava-se de pedido de homologação de sentença proveniente dos EUA com objetivo de executar avais prestados por brasileiros. O eminente Ministro Jobim ressalta que à medida que o aval é a “garantia da realização, nas mesmas condições, do direito daquele perante o qual se obrigou o avalizado, afigura-se nítida a dimensão do ônus aceito pelos requeridos”. Assim, falece a tese de não submissão dos avalistas ao foro de Nova York, eleito pelos contratantes. Ademais, aduziu que o cidadão brasileiro, ao aderir a negócio no exterior, não pode obter, nos conflitos daí resultantes, o amparo da justiça pátria fora das hipóteses de competência exclusiva.<sup>234</sup>

Quanto à alegação de citação deficiente, declarou que o comparecimento voluntário do réu, para opor exceção declinatória de foro, é apto a suprir a ausência de citação válida no processo em que se afigura notória a natureza concorrente da competência.<sup>235</sup> Assim, concluiu-se pela validade da cláusula de eleição de foro que havia sido pactuada no caso concreto e, conseqüentemente, pela competência da justiça americana e homologação da sentença.

Enfim, percebe-se que o principal argumento utilizado pelas partes, que desejam submeter-se à justiça pátria, passa pela definição de que o artigo 88, do CPC, seria uma norma de ordem pública, não podendo ser afastada pela vontade das partes e essencial a observância dos princípios da soberania e do acesso à justiça.

Por outro lado, as decisões admitindo a cláusula de eleição de foro permeiam a aceitação da vontade das partes, quando expressas de forma livre e em situações relativas a

<sup>233</sup>Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial n. 242.383**. Acesso em 29 set. 2012.

<sup>234</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Sentença Estrangeira Contestada n. 4.948-2**. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, DF, 08 de outubro de 1998. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 30 set. 2012.

<sup>235</sup>Supremo Tribunal Federal, **Sentença Estrangeira Contestada n. 4.948-2**. Acesso em 30 set. 2012.

direitos predominantemente privados, sem partes hipossuficientes ou interesse público. Ademais, fundamentam-se no princípio da boa-fé e na prática internacional, uma vez que pretendem evitar que as partes se utilizem do artigo 88 como um artifício de evitar as consequências da sucumbência em foro estrangeiro, bem como evitar o desestímulo da celebração de negócios envolvendo nacionais.

É notório que, apesar da tendência mais moderna à aceitação da cláusula de eleição de foro, a matéria não é pacífica, gerando decisões para ambos os lados e insegurança jurídica, isto é, perdura a necessidade de cautela sobre o cumprimento integral da cláusula de eleição de foro estrangeiro.

### **3.3 Possibilidade de pactuação de cláusula de eleição de foro estrangeiro nos contratos firmados por nacionais e suas implicações práticas**

Relembre-se, a princípio, que é através da cláusula de eleição do foro que as partes firmam o compromisso de submeter-se a determinado órgão jurisdicional, caso venha a ser necessária a solução de alguma contenda oriunda do contrato internacional por elas firmado. Em suma, está cláusula é a representação da manifestação da escolha das partes por um foro que irá apreciar eventuais ações referentes ao contrato.

A cláusula de eleição de foro, como vem sendo visto, é muito utilizada nos contratos internacionais. Contratos assim caracterizados pela presença de qualquer elemento os ligando a dois ou mais ordenamentos jurídicos distintos, isto é, há elementos de estraneidade envolvidos. A legislação nacional brasileira prevê expressamente a lei aplicável aos contratos, todavia não faz menção à eleição de foro, fato que acaba gerando inúmeras controvérsias acerca da validade desta cláusula.

A análise da matéria perpassa pela aferição da espécie de competência envolvida. Quando se está diante da competência exclusiva ou absoluta, hipóteses do artigo 89, do CPC, não há controvérsia sobre o tema, inevitavelmente, a Justiça brasileira se declarará competente para apreciar a lide e invalidará ou desconsiderará qualquer pactuação em sentido diverso. Entretanto, quando entra em pauta uma das hipóteses do artigo 88, do CPC, que dispõe sobre a competência concorrente ou relativa, emergem alguns problemas e decisões vacilantes sobre a validade da cláusula de eleição de foro.



Sobre o assunto, a abordagem de Carmen Tiburcio merece, por sua boa didática, ser mais uma vez mencionada. A autora, após fazer a distinção entre os efeitos positivos e negativos, inicia uma análise cronológica da cláusula de eleição de foro na legislação pátria, capaz de auxiliar na compreensão da resistência por uma parte da doutrina e da jurisprudência pátrias sobre o tema.

O Código Civil brasileiro de 1916 previa que, em seu artigo 15, rege a competência, a forma do processo e os meios de defesa, a lei do lugar onde se mover a ação, sendo competentes sempre os tribunais brasileiros nas demandas contra as pessoas domiciliadas ou residentes no Brasil, por obrigações contraídas ou responsabilidades assumidas neste ou noutro país. Por isso, o STF interpretava que havia competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira nas ações contra o réu domiciliado ou residente no Brasil, sendo contrário à submissão voluntária das partes a outro foro por meio de cláusula expressa.<sup>236</sup>

Em 1942, foi promulgada a Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), que, em seu artigo 12, retirou a expressão “sempre” e criou uma nova hipótese de competência brasileira, qual seja, da obrigação a ser cumprida no país, um critério objetivo. A lei definiu ser competente a autoridade judiciária brasileira quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação. Ainda, no §1º do mesmo artigo, criou a competência exclusiva brasileira referente a ações envolvendo imóveis aqui situados. Dessa forma, surgiu a distinção entre a competência concorrente ou relativa (*caput* do artigo 12) e a competência exclusiva ou absoluta (§1º do artigo 12).<sup>237</sup>

Então, em 1973, com o novo Código de Processo Civil, o tema da jurisdição brasileira passou a ser regido pelos artigos 88, 89 e 90, correspondentes ao capítulo “Da Competência Internacional”. O CPC utilizou-se do mesmo sistema da LICC ao trazer a distinção entre as competências concorrente, artigo 88, e exclusiva, artigo 89.<sup>238</sup>

As mudanças na legislação levaram a alterações no posicionamento jurisprudencial pátrio, sendo que, logo após a mudança na LICC, atual LINDB, relembre-se, em 1942, o entendimento do STF se alterou e surgiram os primeiros acórdãos aceitando a cláusula de eleição de foro como válida.<sup>239</sup> Nesse sentido, ainda, na década de 50, foram prolatadas duas decisões, que merecem atenção especial.

---

<sup>236</sup>TIBURCIO, A eleição de foro estrangeiro e o judiciário brasileiro, p.100.

<sup>237</sup>TIBURCIO, A eleição de foro estrangeiro e o judiciário brasileiro, p. 100-101.

<sup>238</sup>TIBURCIO, A eleição de foro estrangeiro e o judiciário brasileiro, p. 102.

<sup>239</sup>TIBURCIO, A eleição de foro estrangeiro e o judiciário brasileiro, p. 102.

A primeira se refere ao caso em que uma empresa argentina, *Flota Mercante Del Estado*, era acionada para o pagamento de indenização em favor da *Motor Union Company Ltda.*, sub-rogada nos direitos de sua segurada, uma empresa de transporte. O STF entendeu que a cláusula de eleição do foro de Buenos Aires era inválida, não pela pactuação da cláusula propriamente dita, mas porque a cláusula tinha conteúdo claramente potestativo, não havia, portanto, a caracterização da livre convenção entre as partes.<sup>240</sup>

Ao votar, o Ministro Luís Gallotti admitiu a predominância da vontade das partes para pactuar foro estrangeiro, nos seguintes termos:

Senhor Presidente, tenho entendido que o art. 12 da atual lei de introdução, que, ao contrário do art. 15 da antiga, não contem o advérbio “sempre”, permite ao réu, domiciliado no Brasil, por cláusula contratual, renunciar à competência do fôro brasileiro. Acresce que o §1º do citado art. 12 reforça esse entendimento, pois acentua que só à autoridade brasileira compete conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil.<sup>241</sup>

Mais adiante, ao acompanhar o voto do Relator, o Ministro destacou que a cláusula dos autos tratava-se “de cláusula potestativa, que não pode produzir efeito, porquanto não é obrigação a que tem a sua execução subordinada à livre vontade das partes”.<sup>242</sup> Enfim, percebe-se que a motivação da invalidação da cláusula foi a ausência de acordo de vontades, tendo apenas uma parte manifestado arbitrariamente a sua.

A segunda decisão ocorreu no Recurso Extraordinário n. 30.636, relatado pelo Ministro Cândido Motta Filho. A empresa *Naviara Del Sur* ajuizou ação indenizatória por avarias em mercadorias contra a recorrente Boa Vista de Seguros. Tendo em vista a existência de cláusula elegendo o foro de Montevideu, Uruguai, esta opôs exceção de incompetência e agravo. Ambos não prosperaram, em razão da competência concorrente brasileira para julgar ações nas quais entre em causa obrigação a ser cumprida no Brasil.<sup>243</sup>

Em sede de recurso extraordinário, ficou decidido que não se pode impedir que as partes contratantes fixem foro estrangeiro, salvo por impedimento de ordem pública, que não ocorreu no caso em exame. Nas palavras do Relator:

<sup>240</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 24.004**. Relator: Ministro Abner de Vasconcelos. Brasília, DF, 28 de outubro de 1954. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 30 set. 2012.

<sup>241</sup>Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 24.004**. Acesso em 30 set. 2012.

<sup>242</sup>Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 24.004**. Acesso em 30 set. 2012.

<sup>243</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 30.363**. Relator: Ministro Cândido Motta Filho. Brasília, DF, 04 de janeiro de 1957. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 30 set. 2012.

Penso como o saudoso Philadelpho Azevedo, que o art. 12 da Introduc. envolve uma regra de simples proteção que o Estado dispensa aos cidadãos. Se o nacional pode ter interesse em abrir mão da garantia oferecida pela lei brasileira, se aceita livremente a jurisdição estrangeira, não há como impedir essa aceitação.<sup>244</sup>

Percebe-se que o STF desde muito cedo esteve inclinado a admitir a cláusula como válida, até mesmo nas hipóteses de competência concorrente, autorizando as partes a afastar a competência da autoridade brasileira e escolher foro estrangeiro para julgar a ação. Essa situação corresponde aos chamados efeitos negativos mencionados pela autora Carmen Tiburcio, citados anteriormente. Todavia, apesar dos inúmeros precedentes citados, ainda constata-se certa resistência no direito brasileiro à aceitação da cláusula de eleição de foro, que vai de encontro à tendência internacional e traz consequências maléficas ao volume de negócios do país.

Um dos motivos dessa resistência é a recorrente confusão perpetrada entre a cláusula de eleição de foro e a cláusula de escolha da lei aplicável. Porém, as duas cláusulas não se confundem. Enquanto a cláusula de eleição de lei é de direito material, guarda relação com a autonomia da vontade e designa a legislação a ser observada pelas partes do contrato e pelo julgador, a cláusula de eleição do foro produz implicações apenas processuais. Através dela, as partes firmam o compromisso de submeter-se a determinado órgão jurisdicional, caso algum conflito venha a nascer.<sup>245</sup>

Há diversas normas influenciando a determinação da lei a ser aplicada ao caso concreto. No Brasil, a principal é o artigo 9º, da LINDB, o qual dispõe que a lei do país em que as obrigações se constituírem será a aplicável. Porém, esse dispositivo legal não estabelece uma jurisdição exclusiva do país no qual a obrigação se constituiu, pois é o artigo 12, desta mesma lei, que trata do órgão jurisdicional competente ao afirmar que a autoridade judiciária brasileira é competente quando o réu for domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação.<sup>246</sup> O referido artigo 12, da LINDB, saliente-se, deve ser interpretado em conjunto com artigos 88, 89 e 90, do CPC.

---

<sup>244</sup>Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário 30.363**. Acesso em 30 set. 2012.

<sup>245</sup>ARAÚJO, **Direito internacional privado**, p.402.

<sup>246</sup>FINKELSTEIN, Cláudio. Lei aplicável e foro de eleição e contratos internacionais. **Revista da APG – Associação dos Pós-Graduandos**. São Paulo: PUC/SP, n.4, v.2, 1993, p. 27-42.

Em suma, o artigo 9º, da LINDB, se refere à lei aplicável, não ao órgão jurisdicional competente. Assim, como já mencionado, pode-se escolher o foro de Portugal para dirimir os conflitos e utilizar a lei espanhola. Essa hipótese de aplicação da lei espanhola pode ser produto da escolha das partes, por meio da cláusula de eleição da lei, ou disposição normativa, quando não houve escolha ou, como ocorre no Brasil, quando as partes não têm liberdade para optar por uma lei.<sup>247</sup>

Falta, as partes, liberdade para optar por uma lei aplicável ao contrato, em virtude do entendimento majoritário da jurisprudência brasileira no sentido de que o país não aceita a aplicação do princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais. Entendimento esse que está na contramão da tendência mundial e da maioria da doutrina. Dessa forma, os contratantes tendem a ser cautelosos ao redigir cláusulas sobre matéria.<sup>248</sup>

Por fim, apesar das diferenças, importante destacar que deve haver coerência entre as cláusulas, já que serão interpretadas pelo mesmo juízo e tem implicação direta uma sobre a outra. Deste modo, se o foro eleito não admitir a autonomia da vontade, a cláusula de lei aplicável poderá ser invalidada.<sup>249</sup>

Outro argumento muito utilizado para declarar a invalidade da cláusula de eleição de foro, como visto nas jurisprudências expostas, é o de que o artigo 88, do CPC, seria uma norma de ordem pública, não podendo ser afastada pela vontade das partes e essencial a observância dos princípios da soberania e do acesso à justiça.

Todavia, as decisões que admitiram a cláusula de eleição de foro deixaram claro que ocorreria violação aos princípios constitucionais apenas se houvesse impedimento à parte mais fraca, hipossuficiente, de acesso ao judiciário ou houvesse interesse público envolvido. Além disso, o artigo 88, do CPC, prevê justamente uma competência concorrente da autoridade judiciária brasileira, não exclusiva, a qual pode ser afastada por cláusula contratual válida.

Quando se nega a possibilidade da livre manifestação de escolha das partes por um dos foros concorrentemente competentes, como bem destaca Ricardo Ramalho de Almeida, se

---

<sup>247</sup> ARAUJO, **Direito internacional privado**, p. 402.

<sup>248</sup> ARAUJO, **Direito internacional privado**, p. 396.

<sup>249</sup> ARAUJO, **Contratos internacionais e a jurisdição brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro**, p. 216.

estaria dando caráter de exclusividade à competência concorrente, destarte, se tornaria inócua a distinção entre as competências concorrente e exclusiva.<sup>250</sup>

Ademais, percebe-se que, acertadamente, os tribunais vêm fazendo uma análise voltada à preservação do princípio da boa-fé nas relações contratuais, uma vez que por várias vezes se confrontaram com ações em que as partes fizeram uso da discussão existente sobre a validade da cláusula de eleição de foro apenas para locupletar benefícios. Nesses casos, a parte, inconformada, após perder a ação no exterior, ajuizou nova ação no Brasil, com base no artigo 88, para impedir futura homologação de sentença e a sua execução, em flagrante descompasso com o princípio da boa-fé, um dos pilares do direito contratual.

É sem dúvida fundamental ressaltar a adequada posição de Carmen Tiburcio, que admite a validade da cláusula:

Por tais razões, à luz de uma interpretação realista da legislação brasileira e da evolução histórica da matéria em âmbito global e interno, é que a cláusula de eleição de foro estrangeiro precisa passar a ser admitida pelas cortes nacionais e deve, em favor da valorização universal da autonomia das partes contratantes, ser aceita como válida e eficaz principalmente quando constar de contratos de motivação claramente internacional, sem que isso, de forma alguma, represente qualquer ameaça à ordem pública e à soberania do Brasil.<sup>251</sup>

Ademais, certamente há grande contradição, desde a declaração de constitucionalidade da Lei de Arbitragem, que o processo seja extinto sem resolução de mérito na hipótese de haver-se avençado cláusula compromissória e a recusa em se conferir os mesmos efeitos à cláusula de eleição de foro. De tal modo, em hipótese de contrato a ser cumprido no Brasil, ou advento de qualquer outra hipótese prevista pelo artigo 88, do CPC, em que as partes tenham escolhido se submeter à arbitragem no exterior, eventual ação aqui proposta deverá ser extinta, em respeito ao acórdão do STF e ao artigo 267, VII, do CPC. Entretanto, se as mesmas partes decidirem submeter a lide ao judiciário de outro país, esse pacto poderá ser desconsiderado pela autoridade judiciária brasileira e a ação poderá aqui tramitar.<sup>252</sup> Enfim, não se pode encontrar lógica nesse raciocínio, a não ser a sede positivista arraigada no judiciário brasileiro.

---

<sup>250</sup>ALMEIDA, Breves reflexões sobre eleição de foro estrangeiro e a competência concorrente do judiciário brasileiro, p. 301.

<sup>251</sup>TIBURCIO, A eleição de foro estrangeiro e o judiciário brasileiro, p. 113.

<sup>252</sup>TIBURCIO, A eleição de foro estrangeiro e o judiciário brasileiro, p. 109-110.

Sobre a incoerência no tratamento diferenciado prestado entre as duas cláusulas, importante citar Carmen Tiburcio:

Há um grande problema em tal raciocínio. É que admitir a validade da cláusula compromissória implica aceitar uma renúncia a *toda e qualquer* jurisdição – inclusive a brasileira. Em relação a isso, a eleição de foro é um *minus*, já que significa a escolha de apenas *um* foro, em detrimento dos demais. Ora, se quem pode o mais pode o menos – o brocardo é famoso -, é evidente que a aceitação da validade da cláusula compromissória importa necessariamente a mesma conclusão em relação à eleição de foro.<sup>253</sup> (grifo do autor)

Percebe-se que a melhor doutrina admite a cláusula de eleição de foro, porém a jurisprudência, apesar dos avanços, ainda oscila excessivamente, o que gera insegurança jurídica.

Enfim, a pactuação de cláusula de eleição de foro é absolutamente plausível, como pode ser constatado pela análise da legislação brasileira, da doutrina e pela sua inserção em diversos contratos internacionais, como aqueles analisados durante a exposição da jurisprudência, porém seus efeitos práticos ainda são incertos, inobstante os diversos precedentes de admissão existentes no país.

---

<sup>253</sup>TIBURCIO, A eleição de foro estrangeiro e o judiciário brasileiro, p. 110.

## CONCLUSÃO

O surgimento de conflitos no exercício da vida em sociedade é inevitável, não poderia ser diferente no âmbito dos contratos internacionais. A multiplicidade de sistemas jurídicos cria o conflito de leis no espaço. Este se resume na possibilidade de aplicação de mais de um sistema jurídico para reger uma situação, sendo empreitada do Direito Internacional Privado indicar qual o sistema jurídico aplicável para solucionar o conflito, isto é, determinar qual lei será aplicável à situação sob exame, conforme as normas de DIPr vigentes no país.

A determinação da lei incidente sobre o caso litigioso depende da escolha de um método de solução de conflitos no espaço. Apesar da existência de dois métodos mais recentes, quais sejam, o método americano ou unilateral e o método europeu ou multilateral, o método conflitual tradicional ou bilateral é o adotado pelo Brasil. Este utiliza normas indiretas ou indicativas, isto é, ele não determina a norma material propriamente dita que solucionaria o conflito, apenas aponta o ordenamento jurídico em que essa norma pode ser encontrada.

Uma vez diante do conflito de leis no espaço e de legislação de Estados distintos, isto é, da escolha da lei aplicável, o juiz se depara com uma questão prévia, a qualificação, pela qual deverá verificar a que instituição jurídica os fatos em julgamento pertencem.

O Brasil, como pode se constatar nas disposições da LINDB, utiliza dois critérios para escolha da lei qualificadora, o da *lex fori*, segundo o qual a qualificação deve ser feita pela lei interna, e o da *lex causae*, utilizado nos artigos 8º e 9º, segundo os quais aplica-se a norma do local em que o imóvel se encontra e do lugar onde a obrigação foi constituída, respectivamente.

Depreende-se, dessa forma, que os contratos internacionais são qualificados segundo a *lex causae*, por meio do elemento de conexão da *lex loci obligationis* ou *lex loci contractus*. Tal quadro pode levar o juiz a aplicar a lei estrangeira em algumas situações. Todavia, a aplicação dessa lei estranha não é ilimitada, existem escudos a vedar a aplicação dessas normas, os quais acabam por forçar a aplicação da lei do foro, quais sejam, a ordem pública e a fraude à lei.

Ainda, a inadmissão pelo Direito brasileiro do princípio da autonomia da vontade no momento da escolha da lei aplicável ao contrato internacional foi outro ponto de grande relevância no estudo realizado. Para alguns autores, o Brasil tradicionalmente sempre adotou

o princípio, tendo a lei de introdução deixado de mencioná-lo, desde 1942, em virtude do regime ditatorial vigente no país, que abominava qualquer referencia à autonomia da vontade.

Segundo Rodas, Batalha, Valladão e Nadia de Araujo, se aplicaria o princípio quando não se está diante de normas imperativas. Todavia, a admissão do princípio da autonomia da vontade não é unanimidade na doutrina brasileira, Amílcar de Castro, seguindo o entendimento de Niboyet, por exemplo, acredita na inexistência do princípio da autonomia da vontade, visto que todas as normas de DIPr para ele são cogentes.

Enfim, os contratantes tendem a ser cautelosos ao redigir cláusulas sobre a matéria, visto que o Superior Tribunal de Justiça tende a ser contrário à aplicação do princípio. O que causa enormes prejuízos econômicos ao país, desestimulando os negócios internacionais e uma proibição prática da aplicação do princípio da autonomia da vontade aos contratos internacionais para indicação da lei aplicável, no movimento contrário a maioria dos países.

Mas o que é o contrato internacional? O contrato internacional é fruto do intercâmbio, no sentido amplo, entre pessoas, físicas ou jurídicas, de Estados diferentes. Este intercâmbio produz especificidades quando comparadas as conhecidas e usuais práticas comerciais vinculadas a apenas um território. Além disso, gera cláusulas especiais como a cláusula arbitral e a cláusula *hardship*, bem como confere peculiaridades à cláusula de eleição de foro. Em suma, o que torna um contrato internacional é qualquer elemento que o ligue a dois ou mais ordenamentos jurídicos distintos.

Esses contratos possuem três fases, a formação, a conclusão e a execução, que são influenciadas pelo direito positivo de cada Estado, pela *lex mercatoria* e pelo direito convencional, sendo que o local e o momento da formação dos contratos são assuntos essenciais à discussão da cláusula de eleição de foro, pois guardam estrita relação com a escolha da lei aplicável, a qual muitas vezes é confundida com a eleição do foro competente para dirimir futuros conflitos.

O artigo 9º da LINDB, conforme já exposto, estabelece a *lex loci contractus*, assim, entre presentes, a lei do lugar em que o contrato for constituído o regerá. Já, consoante o §2º, do mesmo artigo 9º, entre ausentes, os contratos se submetem à lei de residência do proponente. O vocábulo “residência” por sua dupla significação tem causado divergência de opinião entre autores. Alguns asseveram que significa estabelecer moradia ordinária, morar, ter sede. Outra corrente, mais equilibrada, ensina que no §2º o sentido adotado é achar-se, ser, estar, isto é, o lugar em que residir o proponente é o lugar onde ele estiver.



Outro critério de conexão muito utilizado, relativamente à execução dos contratos, é o da *lex loci executionis*, resolvendo problemas como forma de pagamento, moeda, tradição, quitação e indenização. Ao final, importante ressaltar a diferença entre exequibilidade (referente ao lugar de cumprimento da obrigação) e acionabilidade (concernente ao foro da ação). A desordem entre os dois conceitos é comum, tendo em vista que ambos influenciam a competência internacional da Justiça brasileira.

No Brasil as regras de competência internacional estão dispostas nos artigos 88 e 89, do CPC. O artigo 89 trata da competência absoluta ou exclusiva da autoridade judiciária brasileira, não havendo discordância doutrinária ou jurisprudencial relevante sobre a invalidade da cláusula de eleição de foro quando a competência exclusiva estiver em pauta. A controvérsia surge, quanto aos efeitos da cláusula de eleição de foro, nos casos referentes à competência relativa ou concorrente, disposta no artigo 88, do CPC.

Parte da doutrina e da jurisprudência entende que a cláusula não ofende qualquer norma do direito pátrio. Outra parcela assevera que a cláusula não pode afastar do judiciário brasileiro a apreciação de eventual causa aqui proposta, tendo em vista que as normas definidoras da competência concorrente da Justiça brasileira seriam de ordem pública, emanção da soberania estatal, não admitindo alteração pela autonomia da vontade dos particulares contratantes; bem como que a jurisdição só poderia ser licitamente renunciada após o surgimento, em concreto, da lide.

O primeiro argumento já foi utilizado em ação de inconstitucionalidade da Lei de Arbitragem e, portanto, objeto de decisão pelo STF, que se adéqua perfeitamente também ao problema da cláusula de eleição de foro. O tribunal entendeu que a Constituição proíbe que a lei exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito, porém ela não proíbe que as partes pactuem formas extrajudiciais de solução dos seus conflitos, atuais ou futuros, a proibição é direcionada ao legislador, não ao cidadão. Veja-se, se as partes podem resolver seus conflitos por arbitragem, obviamente podem elas escolher o foro que julgam mais adequado para solução de suas controvérsias.

Quanto ao segundo argumento, ressalte-se que a ordem pública determina os limites de discricionariedade que o legislador atribui aos particulares na busca pelo atendimento aos seus interesses privados. Entretanto, a autonomia da vontade é uma das bases fundamentais constituintes do tripé contratual, juntamente com os princípios do *pacta sunt servanda* e da boa-fé, sendo que traceja o campo onde os interesses privados podem crescer de forma lícita e eventualmente em direção oposta à lei. Enfim, a autonomia da vontade é protegida pelo

direito, quando a norma afastada pelos particulares é dispositiva, isto é, não é de ordem pública.

Ademais, a corrente contrária à validade e plena eficácia da cláusula de eleição de foro em contratos internacionais envolvendo competência concorrente torna inócua a distinção entre as competências exclusiva e concorrente, uma vez que confere caráter de exclusividade à competência concorrente ou relativa, característica que deveria ser inerente apenas à competência exclusiva ou absoluta.

Durante o exame da jurisprudência nacional, constatou-se que a existência de decisões para ambos os lados, favoráveis à cláusula, bem como a tornando ineficaz. Porém, seguindo a tendência mundial, percebe-se uma maior propriedade e correção nas decisões que admitem a pactuação da cláusula de eleição de foro nos contratos internacionais.

A natureza do direito em questão deve ser objeto de análise, por certo. Porém, uma vez que não se afronte disposição do artigo 89, do CPC, e que se esteja diante de direitos predominantemente privados, sem um marcado interesse público, como é o caso de contratos de compra e venda ou prestação de serviço entre empresas de igual esclarecimento jurídico, não hipossuficientes, a cláusula deve ser considerada válida e a competência nacional afastada. Não se pode, nesses casos, alegar qualquer violação a norma constitucional, já que não houve impedimento a parte mais fraca de acesso ao judiciário.

Não há qualquer proibição às partes em manifestar a vontade livre de sujeição de suas controvérsias à justiça de um país determinado, assim como não há vedação a submissão tácita das partes a um determinado foro. Aliás, seria ofensivo ao princípio da boa-fé, se a parte descontente com uma decisão prolatada no exterior ou tentando impedir futura homologação de sentença, como por muitas vezes ocorre, pudesse ajuizar nova ação no Brasil.

Enfim, a prevalência do foro estrangeiro escolhido por meio de cláusula de eleição de foro pactuada por partes capazes, cuja vontade foi expressa de forma livre e em situações relativas a direitos predominantemente privados, sem partes hipossuficientes ou interesse público é medida que se impõe. Dessa forma, se respeitaria a ordem pública, sem prejuízo ao tripé fundamental do contrato: autonomia da vontade, boa-fé e *pacta sunt servanda*.

Lutar contra esse fato é apenas caminhar em direção ao aumento do chamado custo Brasil e ao desestímulo dos negócios internacionais, uma vez que a insegurança jurídica gera um indesejado excesso de cautela por partes dos empresários e a limitação da capacidade

negocial brasileira. Os contratantes acabam buscando uma legislação mais segura e de menor custo judicial para estabelecer suas obrigações.

Ao final, percebe-se que ainda há muito que se evoluir e discutir no tocante aos contratos internacionais, uma vez que a visão da matéria no país ainda é muito restrita e conservadora.

## REFERÊNCIAS

ALEM, Fábio Pedro. **Coleção prática do direito: arbitragem**. vol. 16. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Disponível em <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/9788502141766/page/33>>. Acesso em 16 out. 2012.

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. Breves reflexões sobre eleição de foro estrangeiro e a competência concorrente do judiciário brasileiro. In: João Grandino Rodas (Coord.). **Contratos internacionais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.297-316.

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. et al. **Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais**. 1.ed. São Paulo: Aduaneiras, 2004.

ARAUJO, Nadia. A cláusula de *hardship* nos contratos internacionais e sua regulamentação nos princípios para os contratos comerciais internacionais do UNIDROIT. In: POSENATO, Naiara (Org.). **Contratos internacionais: tendências e perspectivas**, estudos de direito internacional privado e de direito comparado. 1. ed. Ijuí: Unijuí, 2006. p. 317-341.

ARAUJO, Nadia de. **Contratos internacionais: autonomia da vontade, MERCOSUL e convenções internacionais**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. Contratos internacionais e a jurisdição brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro. In: João Grandino Rodas (Coord.). **Contratos internacionais**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.195-250.

\_\_\_\_\_. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Formação do contrato internacional. **Revista de Direito Público**. São Paulo, n. 80, v. 19, 1986, p. 152-157.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. vol. 1, 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, Disponível em <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-3875-8/page/302>>. Acesso em 18 set. 2012.

BASSO, Maristela. **Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão e prática**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BRAGA, Marcelo Pupe. **Direito internacional: público e privado**. 2. ed. São Paulo: Método, 2010.

BRASIL. Decreto n. 18.871, de 13 de agosto de 1929. **Código de Bustamante**. Vade Mecum, 14. ed. São Paulo: Redeel, 2012.

BRASIL. Decreto-lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em 08 de out. de 2012.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 08 de out. de 2012.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm)>. Acesso em 08 de out. de 2012.

BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Lei de Arbitragem**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm)>. Acesso em 08 de out. de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Medida Cautelar n. 15.398**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 02 de abril de 2009. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em 30 set. 2012

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 24.004**. Relator: Ministro Abner de Vasconcelos. Brasília, DF, 28 de outubro de 1954. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 30 set. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 30.363**. Relator: Ministro Cândido Motta Filho. Brasília, DF, 04 de janeiro de 1957. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 30 set. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Sentença Estrangeira n. 5206-7**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 30 de abril de 2004. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 21 set. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Sentença Estrangeira Contestada n. 4.948-2**. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, DF, 08 de outubro de 1998. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 30 set. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 335**. Brasília, DF, 13 de dezembro de 1963. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 08 out. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento n. 2007.002.24569**. Relator: Desembargador Carlos Eduardo Moreira da Silva. Rio de Janeiro, RJ, 21 de novembro de 2007. Disponível em: <[www.tjrj.jus.br](http://www.tjrj.jus.br)>. Acesso em 28 set. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento n. 2007.002.02431**. Relator: Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo. Rio de Janeiro, RJ, 27 de março de 2007. Disponível em: <[www.tjrj.jus.br](http://www.tjrj.jus.br)>. Acesso em 28 set. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento n. 1.561/99**. Relator: Desembargador Raul Celso Lins e Silva. Rio de Janeiro, RJ, 05 de maio de 1999. Disponível em: <[www.tjrj.jus.br](http://www.tjrj.jus.br)>. Acesso em 24 set. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação n. 4.903/89**. Relator: Desembargador Darcy Lizardo de Lima. Rio de Janeiro, RJ, 07 de agosto de 1990. Disponível em: <[www.tjrj.jus.br](http://www.tjrj.jus.br)>. Acesso em 26 set. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento n. 7005228440**. Relator: Desembargador Luís Augusto Coelho Braga. Porto Alegre, RS, 08 de abril de 2003. Disponível em: <[www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)>. Acesso em 29 set. 2012.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/9788502173163/page/108>>. Acesso em 20 set. 2012.

CASTRO, Amílcar de. **Direito internacional privado**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Direito internacional privado: abordagens fundamentais, legislação e jurisprudência**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. vol. 3, 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado: parte geral**. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FINKELSTEIN, Cláudio. Lei aplicável e foro de eleição e contratos internacionais. **Revista da APG – Associação dos Pós-Graduandos**. São Paulo: PUC/SP, n.4, v.2, 1993. p. 27-42.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. A lei e o foro de eleição em tema de contratos internacionais. In: João Grandino Rodas (Coord.). **Contratos internacionais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.66-121.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1. ed, 1999.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado**: teoria e prática. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Batalha das formas e negociação prolongada nos contratos internacionais. In: João Grandino Rodas (Coord.). **Contratos internacionais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.251-282.

ROCHA, Osiris. **Curso de direito internacional privado**: estudo dirigido, nacionalidade brasileira, direito dos estrangeiros, jurisprudência brasileira selecionada. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

RODAS, João Grandino. Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais. In: João Grandino Rodas (Coord.). **Contratos internacionais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.19-65.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema do direito romano atual**. Tradução de Ciro Mioranza. vol. 8, Ijuí: Unijuí, 2004.

SKITNEVSKY, Karin H. A formação dos contratos internacionais. **Revista de direito constitucional e internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 18, n. 71, 2010.p.328-344.

SOARES, Maria Ângela Bento; RAMOS, Rui Manuel Moura. **Contratos internacionais**: compra e venda, cláusulas penais e arbitragem. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

SOARES, Marta Gonçalves da Silva. A cláusula de eleição de foro em contratos internacionais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: UFRGS, v. 22, 2002.p. 259-295.

STRENGER, Irineu. **Direito internacional privado**: parte geral. 6.ed. São Paulo: LTr, 2005.

TENÓRIO, Oscar. **Direito internacional privado**. vol. 1, 8.ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A., 1965.

TIBURCIO, Carmen. A eleição de foro estrangeiro e o judiciário brasileiro. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 21, v. 6, 2009.p. 84-113.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Boa-fé na escolha da lei aplicável aos contratos internacionais. In: POSENATO, Naiara (Org.) **Contratos internacionais: tendências e perspectivas: estudos de direito internacional privado e de direito comparado**. Ijuí: Unijuí, 2006.p.187-201.

VALLADÃO, Haroldo. **Direito internacional privado: em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos estados americanos**.vol. 1, 5.ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1980.

\_\_\_\_\_. **Direito internacional privado: em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos estados americanos**. vol. 2, 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1983.

\_\_\_\_\_.**Direito internacional privado: em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos estados americanos**. vol. 3, 1.ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1978.

\_\_\_\_\_. **Direito internacional privado: material de classe**. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1967.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2011.