

VALIDADE DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE EM CONTRATOS INTERNACIONAIS NO DIREITO BRASILEIRO

VALIDITY OF THE PRINCIPLE OF THE AUTONOMY OF THE WILL IN INTERNATIONAL CONTRACTS IN BRAZILIAN'S LAW

Ariel Aleixo Frainer¹

RESUMO: O presente artigo tem como objeto estudar os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais pátrios a respeito da validade do princípio da autonomia da vontade em contratos internacionais. Analisa-se, em especial, a validade do princípio sob dois enfoques: eleição de lei e eleição de foro. O objetivo foi chegar a um posicionamento, a fim de conhecer o entendimento atual, assim como o entendimento regresso e as tendências do Direito Internacional Privado. Para tanto, foi utilizado o método indutivo. Examina-se a validade do princípio da autonomia da vontade em contratos internacionais. Faz-se uma breve análise histórica evolutiva do princípio frente ao Direito Internacional Privado e na sequência passa-se à conceituação do instituto. Finalmente, analisa-se a validade do princípio da autonomia da vontade em contratos internacionais perante o direito pátrio, sob dois enfoques: direito material (eleição de lei) e direito processual (eleição de foro). Dessa forma, chega-se às conclusões pertinentes à validade do princípio da autonomia da vontade perante o direito brasileiro. Em relação ao direito material, ou seja, eleição de lei é predominante o entendimento de que não é permitida no Brasil. No tocante à eleição de foro, o entendimento doutrinário que prevalece é de que a eleição é permitida, todavia; não há como garantir os resultados, assim, estes perante o judiciário são imprevisíveis.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional Privado. Jurisdição internacional. Competência internacional. Eleição de lei. Eleição de foro.

ABSTRACT: This article aims to study the doctrinal and jurisprudential positions regarding to the validity of the principle of autonomy will in international contracts in Brazil. It analyzes in special the validity of the principle from two perspectives: election law and choice of forum. It is analyzes especially, the validity of the principle from two focuses: law election and forum election. The goal was to reach a position, in order to know the current understanding, as well as the return understanding and the trends of the Private International Law. To this end, it was used the inductive method. The validity of the principle of autonomy of the will is examined in international contracts. An abbreviation evolutionary historical analysis is made about the principle against the Private International Law, then, in the sequence, the concept of the institute. Finally, the validity of the principle of the autonomy of the will is analyzed in international contracts at Brazil's Law, under two focuses: material Law (law election) and procedural Law (forum election). After this, it is reached the pertinent conclusions to the validity of the principle of the autonomy at Brazil's Law. In relation to the material Law, in other words, law election, is predominant the understanding that is not allowed in Brazil. Concerning the forum election, the understanding that prevail is that the election is allowed, however, there is no guarantee the results, so these are unpredictable before the court.

KEYWORDS: Private International Law. International jurisdiction. International competence. Law election. Forum election.

Introdução

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Regional de Blumenau (FURB). Pós-Graduando em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera (Uniderp) em parceria com a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes. E mail: arielfrainer@gmail.com

Frente ao crescente fenômeno da globalização, a cada dia cresce o número de relações internacionais, independentemente do âmbito. Assim, é natural que também ocorra o aumento de contratos firmados entre pessoas de países diferentes, pois a importação e exportação já são práticas comuns em nosso dia a dia.

Desta forma, ao celebrarem algum contrato internacional, as partes podem eleger determinada lei e/ou foro aplicável, que deve(m) ser observada(s) caso ocorra descumprimento contratual e a lide seja julgada perante o judiciário. Estas cláusulas decorrem da validade e aceitação do princípio da autonomia da vontade; que podem ou não ser aceito pela *lex fori*.

Assim, há duas possibilidades da aplicação do princípio da autonomia da vontade. Primeiramente pela via de eleição de lei, ou seja, substancialmente uma escolha de direito material, ou então, como segunda possibilidade, a eleição de foro, que configura a autonomia da vontade em relação ao direito processual. Cumpre observar que as duas possibilidades são independentes e distintas entre si, não podendo ser confundidas. Pode-se, ainda, escolher os dois institutos concomitantemente, ou apenas um dos dois, ou mesmo nenhum.

Tendo em vista tal problemática, foi realizada a presente pesquisa, utilizando o método dedutivo, ou seja, partindo de premissas menores para as maiores, com a finalidade de definir o posicionamento da doutrina brasileira a respeito destes temas.

A pesquisa é essencialmente bibliográfica, pois a jurisprudência é praticamente inexistente a respeito destes temas. Ainda, cumpre destacar que a produção doutrinária brasileira sobre contratos internacionais é escassa, tendo havido um hiato produtivo doutrinário durante o regime militar. Assim, temos como base autores da primeira metade do século XX, e autores mais novos, que ainda estão produzindo livros doutrinários, adequando as tendências internacionais.

Desta forma, será abordado primeiramente, de forma breve, o histórico do princípio da autonomia da vontade, passando para a sua conceituação, o seu entendimento atual e regresso no direito brasileiro, de forma a dar uma visão geral sobre o tema.

Princípio da Autonomia da Vontade no Direito Internacional Privado

Inicialmente cabe tecer comentários sobre o princípio da autonomia da vontade no âmbito do Direito Internacional Privado (DIPr), de forma que o entendimento do assunto fique mais acessível.

Primeiramente analisa-se o conceito do instituto, que segundo Rechsteiner, pode ser

assim definido:

A autonomia da vontade das partes, no direito internacional privado, significa que as próprias partes podem escolher o direito aplicável. O elemento de conexão aqui é a própria vontade manifestada pelas partes, vinculada a um negócio jurídico de direito privado com conexão internacional (RECHSTEINER, 2008, p. 157).

Neste mesmo sentido, complementa Tomasevicius Filho (2006), ensinando que a autonomia da vontade é um conceito inseparável dos contratos, estando presente em maior ou menor grau, mas sempre presente. Do ponto de vista material, trata-se da capacidade da pessoa estabelecer obrigações para si mesma ao contratar. Ou então, a autonomia de estabelecer disposições a serem seguidas caso haja descumprimento contratual.

E é esta segunda hipótese que merece maior atenção. Neste sentido conclui o doutrinador:

[...] Junto com a escolha do foro competente para o julgamento do contrato, a escolha da lei aplicável é a cláusula de grande importância, pois aí aumenta a possibilidade concreta de aplicação de mais de um ordenamento jurídico para o julgamento das questões decorrentes do contrato, conforme as regras estabelecidas pelas leis de Direito Internacional Privado. Embora em tese seja possível a existência de um contrato sem lei aplicável, no qual as partes devem proceder todos os problemas e soluções para o mesmo, a doutrina estabelece a necessidade de vinculação a um ordenamento jurídico (TOMASEVICIUS FILHO, 2006, p. 189).

Entretanto, cumpre ressaltar que a autonomia da vontade não é fonte original de direito, pois está vinculada à ordem jurídica estatal. Tampouco é regra de direito costumeiro internacional, porque é regulada pela *lex fori* de cada país e é este direito que estabelece os limites deste princípio.

Assim, havendo lei que limite a autonomia da vontade, as partes poderão tão-somente escolher o que for permitido pela lei. A extrapolação destes limites é juridicamente ineficaz. Por esta razão, sendo ineficaz a escolha, o direito aplicável será o determinado pelo legislador, em face da ausência de escolha válida pelas partes.

Por outro lado, não havendo limites expressos na lei, será válido qualquer direito ou ordem jurídica escolhida, já que todos os direitos são equivalentes neste caso.

A este respeito explica o Rechsteiner:

À medida que um Estado admite a autonomia da vontade das partes como elemento de conexão, é aplicável a lei designada pelas próprias partes, levando em consideração a sua vontade subjetiva, e não a vontade do legislador. Este determina, subsidiariamente, o direito aplicável na ausência de escolha de direito aplicável pelas partes (RECHSTEINER, 2008, p. 158).

E continua:

As regras gerais do direito internacional privado aplicam-se sempre aos casos perante os quais o direito aplicável é aquele decorrente da autonomia da vontade das partes. Sendo assim, a reserva da ordem pública interfere quando o direito escolhido pelas partes é um determinado direito estrangeiro que viola princípios fundamentais de direito da *lex fori*. Igualmente, as leis de aplicação imediata da *lex fori* impedem seja aplicado *in casu* o direito estrangeiro escolhido pelas partes. Por outro lado, se um Estado estrangeiro exigir a aplicação de seu direito público a uma relação jurídica de direito privado com conexão internacional, será exclusivamente o direito da *lex fori* que decidirá se o direito estrangeiro poderá ser levado em consideração. Além disso, a autonomia da vontade das partes pode ser restrita pela interferência de normas que tenham a sua origem no direito internacional público (RECHSTEINER, 2008, p. 162).

Quanto ao momento da escolha, este pode variar conforme o caso, sendo mais comum a sua eleição no momento da celebração contratual ou de um outro negócio jurídico. Todavia, destaca Rechsteiner (2008) que, há legislações que admitem a escolha em um momento posterior, ou ainda, durante o trâmite processual. Outra modalidade admitida em alguns países é a alteração da legislação eleita por outras que possuem os mesmos termos.

Em suma, a aplicação do princípio está sempre vinculada à permissão legal do país que irá julgar a lide decorrente do contrato, sendo completamente ineficaz qualquer escolha que não esteja de acordo com a *lex fori*, o que faz, por consequência natural, que seja aplicada a lei local de onde a lide venha a ser dirimida.

O Princípio da Autonomia da Vontade no Brasil em Relação ao Direito Material

Para um melhor entendimento sobre o princípio da autonomia da vontade no direito brasileiro, cabe analisar a sua evolução histórica, a começar pelo art. 13 da Introdução ao Código Civil de 1916, que dispunha da seguinte maneira:

Art. 13 - Regulará, salvo disposição em contrário, quando à substância e aos efeitos da obrigação, a lei do lugar onde foram contraídas.
Parágrafo único: Mas sempre se regerão pela lei brasileira: I. Os contratos exequíveis no Brasil; II. As obrigações contraídas entre brasileiros em país estrangeiro; III. Os atos relativos a imóveis situados no Brasil; IV. Os atos relativos ao regime hipotecário brasileiro (BRASIL, 1916).

Desta feita, segundo Araújo (2003, p. 320), “[...] a autonomia da vontade foi considerada permitida pela doutrina por causa da expressão ali existente ‘salvo estipulação em contrário’ (art. 13)”.

Ainda, nas palavras de Franceschini (2002, p. 70):

No Direito brasileiro, a doutrina da autonomia da vontade mereceu acolhida expressa no sistema da Introdução ao Código Civil de 1916 [...]. Dava-se, desta forma, continuidade à tradição brasileira favorável à autonomia da vontade em matéria de obrigações contratuais, de que é exemplo remoto o art. 5º do Regulamento 737, de 1850 (“Presumem-se contraídas conforme a legislação do Brasil as dívidas contraídas entre brasileiros no estrangeiro”).

Clóvis Bevilacqua, autor do dispositivo em comento, foi favorável ao princípio, no entanto, dentro dos limites que a lei estabelecer, como se denota abaixo:

A verdadeira opinião parece-me aquela que, em primeiro lugar, atende à autonomia da vontade. Certamente não se erige o querer individual em força dominadora, cujo império desfaça as determinações das leis. De modo algum. A vontade individual para produzir efeitos jurídicos tem de colocar-se sob a égide da lei, da qual tira toda a sua eficácia social. Assim é que as leis de ordem pública impedem que a vontade produza efeitos jurídicos contrário às suas prescrições. A alienação perpétua da liberdade pessoal e outros atos semelhantes não podem ser praticados no Brasil, e concluídos no estrangeiro não poderão no Brasil executar-se (BEVILAQUA, 1944, p. 357-58).

O autor defendeu que, por consequência do *dépeçage* (ou fracionamento)², só poderiam dispor as partes a respeito da substância e efeitos do ato. Em relação à execução do ato poderia haver uma lei diferente daquela convencionada entre as partes, sendo a lei do local onde ocorreria a execução. Conforme se verifica abaixo:

Colocada nos seus naturais limites e agindo de acordo com a lei, a vontade é fonte geradora das obrigações convencionais e unilaterais, conseqüentemente, lhe deve ser permitido, nas relações internacionais, escolher a lei, a que se subordinam as obrigações livremente contraídas. Todavia, como na obrigação a análise jurídica distingue perfeitamente a substância, os efeitos e a execução, a vontade somente em relação aos dois primeiros elementos pode agir. A execução, naturalmente cai sob o domínio da lei do lugar onde se efetua. Por outro lado, a vontade pode não ser expressa, mas induzir-se, claramente, de presunções. Como, entretanto, estas não devem ficar entregues às variações do arbítrio, é conveniente que a lei ou doutrina a fixe (BEVILAQUA, 1944, p. 358).

Apesar da opinião favorável do doutrinador, não foram poucos os autores do período que discordaram deste posicionamento. Entre eles, Eduardo Espíndola, Álvaro da Costa Machado Villela e Pontes Miranda (ARAÚJO, 2003).

Em 1942, a Lei de Introdução ao Código Civil de 1916 foi revogada pelo Decreto-Lei no 4.657, de 4 de setembro de 1942, o que alterou toda a redação. Este corpo redativo de lei permanece até os dias atuais, tendo apenas seu nome alterado pela Lei 12.376 de 30 de

² “[...] fracionamento (é) um sistema pelo qual um contrato ou instituição é dividido em várias partes, que depois são submetidas a leis diferentes”. (ARAÚJO, 2003, p. 326). Ou seja, é a aplicação de mais de uma lei ao caso concreto.

dezembro de 2010. O que antes era chamado de Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), agora se chama Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB)

Com nova redação da LICC, houve a exclusão da expressão “salvo disposição em contrário”, o que avivou nova discussão doutrinária. Para muitos, a exclusão da expressão indicava que não havia mais possibilidade da escolha pela partes; no entanto, para outros, a simples supressão da expressão não poderia eliminar o princípio jurídico anteriormente aceito (ARAÚJO, 2003).

Para Oscar Tenório (TENÓRIO, 1955 apud ARAÚJO, 2003) tal exclusão deveu-se às severas críticas a tal disposição. No entanto, apesar de não haver expressa autorização, também não havia expressa proibição, sendo permitida a sua aplicação indireta, sempre que a lei da celebração a permitisse.

Todavia, analisando o contexto histórico do momento da revogação do artigo supracitado (pois o Brasil vivia uma época de governo ditatorial, no qual as liberdades de escolha eram reprimidas), conclui José Inácio Gonzaga Franceschini (2002, p. 71): “Chega-se, assim, à inarredável conclusão de que, perante o Direito Internacional Privado brasileiro, em face a meridiana *mens legis*, produto do momento histórico de fácil interpretação, a autonomia da vontade não pode ser reconhecida como elemento de conexão contratual”.

Desta feita, com a revogação do Código Civil de 1916 no ano de 2002 pelo novo Código Civil, e não havendo mais razão para a discussão a respeito do artigo revogado, analisar-se-á o art. 9º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 1942), que dispõe da seguinte maneira:

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 da forma essencial, será 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.

Para Oscar Tenório (1966 apud FRANSCECHINI, 2002, p. 71): “o art. 9.º não exclui a aplicação da autonomia da vontade se ela for admitida pela lei do país onde se constituir a obrigação”.

Todavia, o posicionamento doutrinário dominante é contrário ao entendimento deste doutrinador. A respeito da saída possível, ensina Lopes:

Passemos, porém ao âmago da questão. A lei anterior referia-se à autonomia da vontade. A atual calou, silenciou. Fê-lo, assevera O. Tenório, previda pela crítica

surgida contra o critério da liberdade de escolha. Se assim é, como harmonizar esse movimento do legislador com a conclusão generalizada do ilustre professor e juiz, que não faz restrições, quanto às leis imperativas, desde que nenhuma referência se encontre na lei do lugar da obrigação? (...) Se é certa a premissa estabelecida por Oscar Tenório, de que o legislador pretendeu seguir a corrente doutrinária contrária à autonomia da vontade, a única solução para o caso consistirá em se admitir a autonomia da vontade tão-somente no caso em que não esteja em jogo uma lei imperativa (SERPA LOPES, 1944 apud FRANSCECHINI, 2002, p. 71).

Para Batalha (1977 apud FRANSCECHINI, 2002, p. 72), “não nos parece merecer dúvida de que o art. 9.º da Lei de Introdução se reveste de caráter imperativo”. Desta maneira, não se viu acolhida a argumentação de Oscar Tenório.

A respeito da possibilidade da aplicação da autonomia da vontade com base no artigo supra citado, ensina Maria Helena Diniz:

Não há acolhida da autonomia da vontade como elemento de conexão em matéria alusiva a contratos. Os contratantes apenas poderão exercer sua liberdade contratual na seara das normas supletivas da lei aplicável imperativamente determinada pela *lex loci contractus*. Vigora o princípio da autonomia da vontade em matéria de obrigações contratuais, mesmo na seara internacional, pois poder-se-á considerar como contrato internacional o acordo de vontades em que a conclusão da avença, a capacidade das partes e o objeto contratual estão relacionados com mais de um sistema jurídico. Mas será preciso ressaltar que a autonomia da vontade só poderá prevalecer quando não estiver conflitante com norma imperativa ou de ordem pública, visto que a função da ordem pública é um remédio, para que não se aplique norma estrangeira, se tal aplicação puder lesar o país onde houvesse de se realizar. Tal conflito deverá ser solucionado por normas de direito internacional privado e não pelo princípio da autonomia da vontade dos contratantes (DINIZ, 2007, p. 296-98).

Por fim, conclui: “A autonomia da vontade no âmbito dos contratos internacionais consiste no exercício da liberdade contratual dentro das limitações fixadas em lei; logo não há liberdade de escolha pelos contratantes da lei que regerá o contrato” (DINIZ, 2007, 299).

A doutrinadora Araújo (2003) segue a vertente que a lei aplicável é a da constituição da obrigação. E neste sentido explica:

O *caput* do artigo 9.º cuida da lei aplicável à validade substancial, ou aos chamados aspectos intrínsecos ou de fundo do contrato, para os contratos celebrados entre presentes.

Para os celebrados entre ausentes, passa-se à norma do parágrafo segundo, utilizando como conexão a lei da residência do proponente. Considera-se *proposta*, nos termos do artigo, não a inicial, mas sim a última versão, na forma da lei brasileira, que adota a teoria da expedição da resposta como o momento que se aperfeiçoa a obrigação nos contratos entre ausentes. A noção de residência também depende da definição do direito brasileiro, servindo melhor à mobilidade inerente aos contratos por sua flexibilidade, ao invés do conceito domiciliar, que por sua rigidez apresenta maiores dificuldades (ARAÚJO, 2003, p. 317-8).

Neste mesmo sentido ensina Castro:

[...] o art. 9º, §2.º, dispõe que a obrigação resultante de contrato se reputa constituída no lugar em que residir o proponente; divergência aparente, porque o verbo residir tem dois sentidos: significa estabelecer morada ordinária, morar, ter sede, mas significa também achar-se, ser, estar, e com este último sentido se encontra no art. 9º, §2.º. Lugar em que residir o proponente, quer dizer lugar onde estiver o proponente (CASTRO, 1977, p. 424).

Assim, por conta dos diversos problemas interpretativos e da necessidade de atualizar o ordenamento jurídico brasileiro, em razão das mudanças constantes no cenário internacional, a doutrina se posicionou pela mudança do referido artigo, a fim de dar maior segurança jurídica aos contratos internacionais.

Para Nádia de Araújo (2003) a solução de tal embate seria a substituição do artigo 9º pelas normas da Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais.

A este respeito ensina:

Ao contrário da grande utilização do princípio nos países europeus, a situação no Brasil ainda não evoluiu. A LICC, no seu artigo 9º, não menciona o princípio da autonomia da vontade e, embora muitos juristas sejam a favor, o princípio é proibido. Esta afirmação decorre da leitura do artigo que não pode ser comparado com outras normas sobre o tema que o permitem expressamente, como, por exemplo, a Convenção do México sobre a Lei Aplicável aos Contratos Internacionais, que começa a dizer ser o contrato regido pelo direito escolhido pelas partes logo no *caput* do artigo³. Somente com a revisão da LICC, e a adoção dos princípios consagrados na Convenção sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, realizada pela CIDIP V (México, 1994) poder-se-á permitir de forma segura a utilização do princípio da autonomia da vontade em contratos internacionais (ARAÚJO, 2003, p. 323-4).

Desta forma, com base no acima exposto, conclui-se que o entendimento majoritário é de que o legislador optou por regra de caráter imperativo para as questões de forma, cujos requisitos devem ser observados quando a execução se der no Brasil. Sendo assim, é vedada a eleição de lei em contratos internacionais. Tendo, ainda, a doutrina se posicionado pela atualização do regramento legal a fim de se alinhar às tendências internacionais atuais.

Princípio da Autonomia da Vontade em Relação do Direito Processual

³ Determinação do direito aplicável. Artigo 7º.: O contrato rege-se pelo direito escolhido pelas partes. O acordo das partes sobre esta escolha deve ser expresse, ou, em caso de inexistência de acordo expresse, depreender-se de forma evidente da conduta das partes e das cláusulas contratuais, consideradas em seu conjunto. Esta escolha poderá referir-se à totalidade do contrato ou a uma parte do mesmo. A eleição de determinado foro não implica necessariamente a escolha do direito aplicável. (ARAÚJO, 2003, p. 323-4).

Analisa-se, por fim, a questão processual relacionada às cláusulas de eleição, ou seja, a eleição de foro perante o ordenamento jurídico nacional, o que pode ser conceituado da seguinte maneira: “[...] *eleger foro* significa indicar entre as jurisdições competentes qual será adotada pelos envolvidos em negócio jurídico para solução das controvérsias que dele venham emergir” (NARDI, 2002, p. 141).

Nesta mesma linha, porém em se tratando de contratos internacionais, a eleição de foro corresponde ao compromisso que as partes assumem de se submeterem a determinada jurisdição, caso haja eventuais controvérsias a respeito do contrato internacional firmado.

Sobre a utilidade da eleição de foro, salientam Steiner e Vagts:

[...] a autonomia da vontade em tema de competência judiciária constitui princípio de grande utilidade, notadamente em contratos transnacionais, na medida em que elimina a incerteza das partes contratantes no tocante ao local onde os eventuais litígios hão de ser dirimidos, o que facilitaria as atividades comerciais transnacionais (STEINER; VAGTS, 1976 apud NARDI, 2002, p. 83).

Para Lopes, a manifestação das partes litigantes a respeito da eleição de foro poderá se dar de duas maneiras:

Ou por meio de convenção, na qual haja estipulado, como condição contratual, a eleição de determinado foro, para conhecimento de todas questões inerentes às obrigações contratuais assumidas, ou por meio de prorrogação de jurisdição, fenômeno processual que forma o foro da jurisdição prorrogada, definindo como sendo o que “as partes, ou por disposição de lei ou por vontade própria, quando lhes seja lícito, se submetem, posto que originariamente fosse incompetente”⁴ (LOPES, 1944 apud NARDI, 2002, p. 88).

Assim, a aceitação de tal cláusula gera segurança jurídica as partes, pois se pode prever em qual foro a eventual lide será julgada e processada.

Vencidas as conceituações e utilidades do instituto, e para sintetizar a problemática a respeito da eleição de foro no direito pátrio, cabe transcrever a valiosa lição da doutrinadora Araújo:

Diante das lacunas da lei brasileira quanto à possibilidade de se escolher a lei aplicável, uma solução é a determinação de um foro no qual esta escolha seja permitida. Neste caso, sendo o litígio ali julgado, a escolha da lei pelas partes será respeitada. Sendo eleito o foro brasileiro, não se pode assegurar qual será a posição dos tribunais. Mesmo escolhido o foro estrangeiro, se houver competência concorrente da justiça brasileira, é possível haver problemas na utilização da cláusula (ARAÚJO, 2003, p. 331).

⁴ O trecho entre aspas pertence ao autor João Monteiro. (MONTEIRO, 6ª Ed., t. I, parágrafo 43).

Desta forma, pela simples leitura do trecho acima transcrito, denota-se o quão problemática é esta questão nos tribunais pátrios.

Todavia, antes de adentrar a análise objetiva, cabe fazer rápida distinção entre os institutos da competência exclusiva e concorrente. Competência exclusiva pode ser assim definida.

[...] é aquela através da qual a lei confere a determinado tribunal o poder jurisdicional sobre determinado caso. Na jurisdição judiciária internacional, a jurisdição exclusiva significa que um determinado país deverá exercer unicamente a jurisdição internacional sobre determinado litígio, dadas as características próprias do litígio internacional em questão (JO, 2001, p. 279-80).

Ao passo que a competência concorrente, que também é denominada de relativa, alternativa ou cumulativa, não exclui a competência de outro país para apreciar tal questão, podendo a sentença alienígena ser homologada no Brasil.

Assim, quando o caso é de competência exclusiva, não há o que se discutir a validade da cláusula de eleição de foro, pois, nos casos previstos pelo artigo 89 do Código de Processo Civil⁵, cabe única e exclusivamente ao judiciário pátrio decidir. As decisões proferidas por outros tribunais não terão validade alguma perante ordenamento nacional (ARAÚJO, 2003).

Neste mesmo entendimento segue De Nardi:

É certo que a vontade das partes na escolha da jurisdição deve ser respeitada quando o Estado admita a competência concorrente. As hipóteses de competência absoluta, todavia, excluem a validade do instituto, pois a eficácia da decisão tomada no foro eleito não poderá ser internalizada (NARDI, 2002, p. 146).

Neste mesmo sentido também entende Franceschini:

Considerando-se, outrossim, que a competência judiciária é regulada pela *lex fori*, em face a territorialidade das respectivas regras, não poderia um Estado reconhecer uma jurisdição a um Estado que a nega. Portanto, como é cediço, a vontade das partes não poderia submeter à jurisdição de um Estado uma lide afastada de um modo absoluto, pelo seu ordenamento jurídico. De fato, cumpre distinguir as lides que um Estado tem interesse em compor das que não tem e que, dada a sua relevância para o Estado, são subtraídas ao seu poder jurisdicional. Nesta hipótese desprovida de eficácia é a cláusula de eleição de foro.

Ao reverso, em termos de Direito interno brasileiro, igualmente inadmissível a vontade das partes na escolha do fórum cuja competência geral não seja aceita pelo Direito Processual Internacional brasileiro (seja em decorrência de nossa competência internacional absoluta, seja de inconveniência do foro estrangeiro eleito), ou seja aqui considerada ofensiva à ordem pública, soberania e bons

⁵ Art. 89 - Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra:

I - conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil;

II - proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional. (BRASIL, 1973).

costumes (art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil) (FRANCESCHINI, 1995 apud NARDI, 2002, p. 130).

Por esta razão, cabe analisar apenas o disposto no artigo 88 do Código de Processo Civil⁶ (competência concorrente), conforme salienta Barbi, “Assim, pelo sistema atual, o juiz, na função de examinar a questão de competência, deve, em primeiro lugar, recorrer as normas do capítulo sobre a competência internacional. Se a causa não estiver entre aquelas ali mencionadas, ele não poderá conhecer dela” (BARBI, 1975 apud NARDI, 2002, p. 89).

De Nardi (2002) defende que a escolha de foro em contratos internacional conectados é totalmente compatível com o ordenamento pátrio. Por óbvio, nos casos de competência concorrente, e sujeito ainda a certas restrições, como já explanado anteriormente.

Barbosa Moreira posicionou-se a favor do reconhecimento da validade da eleição de foro em nosso ordenamento pátrio, conforme se denota em sua lição:

[...] o fato de não ser exclusiva a competência da Justiça brasileira nem sempre importa, só por si, que o Brasil admita como suscetível de reconhecimento, para produção de efeitos no território nacional, sentença proferida pela justiça de outro Estado, competente segundo a respectiva lei. Ocorrendo qualquer das hipóteses do art. 88, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - ao menos como vem sendo entendida -, a sentença estrangeira apenas será homologável se as partes tiverem acordado em eleger o foro do outro Estado, ou se, ali proposta a ação, o réu se houver submetido à respectiva jurisdição, apresentando defesa perante o juiz estrangeiro. Em tal perspectiva, não se afigura inteiramente apropriada a expressão “competência concorrente”, no que tange à Justiça estrangeira: no fundo, para o Brasil, a brasileira seria a única competente em princípio, ao passo que alguma outra unicamente pode vir a tornar-se competente, em virtude de ato da parte, anterior ao processo ou praticado nele [...] (BARBOSA MOREIRA, 1977 apud NARDI, 2002, p. 133).

Neste mesmo sentido também se posicionou Franceschini, ao declarar:

O sistema jurídico brasileiro tem historicamente admitido o foro de eleição, seja em termos de doutrina, seja de Jurisprudência e de Direito Positivo. A liberdade contratual das partes, nesse aspecto, encontra, porém, limites em preceitos vedativos específicos e em princípios de ordem pública que afetam [...] (FRANSCECHINI, 2002, p. 116).

Assim, entende-se que tal cláusula eletiva apenas é possível de ter eficácia atribuída nos casos de competência concorrente, ressalvadas as vedações absolutas e os princípios de

⁶ Art. 88 - É competente a autoridade judiciária brasileira quando:

I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;

II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;

III - a ação se originar de fato ocorrido ou de fato praticado no Brasil.

Parágrafo único - Para o fim do disposto no nº I, reputa-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal (BRASIL, 1973).

ordem pública, tais como: contrato administrativo internacional, contrato internacional celebrado por falido, contrato internacional de trabalho, contrato de fretamento de navio estrangeiro executável no Brasil, contrato de Transporte aeronáutico, nas hipóteses do Art. 318 do Código de Havana e contratos sobre transferência de tecnologia (FRANCESCHINI, 2002).

Além de todo o exposto, ainda há o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição previsto pelo artigo 5º, em seu inciso XXXV, que possui a seguinte redação “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

Por conta de tal princípio, ainda que haja eleição de foro diverso da jurisdição brasileira e esta eleição se encaixe nas hipóteses de competência concorrente. Acaso a demanda seja proposta no Brasil, não poderá o poder judiciário eximir-se de apreciar a lide, sob pena de afronta à Constituição.

Nesta hipótese, terá validade a sentença que primeiro transitar em julgado, seja por conta da homologação de sentença estrangeira, seja por ação proposta no Brasil, pois no Brasil não há a chamada litispendência internacional.

Face ao exposto, conclui-se que a eleição de foro é permitida pelo ordenamento jurídico pátrio no caso de competência concorrente, sendo vedada nos casos de competência exclusiva, pois a vontade das partes está sempre restrita ao ordenamento jurídico do foro. Ainda, inegável é a insegurança jurídica presente nesta modalidade, em razão de ausência de norma imperativa permitindo ou negando tal instituto, motivo pelo qual a doutrina vem pugnando pela atualização das regras pertinentes, o que resolveria tal impasse e aumentaria a credibilidade do direito brasileiro no âmbito internacional.

Considerações finais

O presente artigo teve por objeto a análise da validade do princípio da autonomia da vontade em contratos internacionais sob a égide do Direito brasileiro, com o objetivo de analisar as possibilidades e entendimentos doutrinários frente à possibilidade de eleger-se uma lei e/ou foro para dirimir eventuais lides decorrentes do inadimplemento contratual em relações de direito privado com conexão internacional.

Em relação à ordem material do direito, conclui-se que não há possibilidade de eleger a lei a ser aplicada no caso de descumprimento contratual, em razão da expressa vedação legal.

No que tange ao direito processual, ou seja, a cláusula que elege o foro competente

para dirimir eventuais descumprimentos contratuais decorrentes do contrato com conexão internacional, entende-se que tal cláusula só é possível nos casos de competência concorrente, pois na competência exclusiva apenas ao Brasil cabe analisar tal lide.

Nesta seara processual, a doutrina mostra-se favorável à aceitação do princípio, de forma a adequar as tendências internacionais atuais. Todavia, não há legislação específica tratando da matéria, tampouco a ratificação de algum tratado internacional que verse sobre a eleição de foro.

Por esta razão, embora a aceitação doutrinária seja predominante, não há como prever o resultado perante o judiciário, em razão da falta de legislação específica e do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, motivos estes que geram incertezas jurídicas às partes, em especial à parte contratante não residente no Brasil.

Desta feita, conclui-se pela aceitação do princípio da autonomia da vontade em relação à eleição de foro, assim como se posiciona pela adequação legislativa frente à ambas possibilidades, material e processual, de forma a atualizar nosso ordenamento legal perante as tendências internacionais, gerando segurança jurídica às partes contratantes, evitando imprevistos e resultados indesejáveis.

Referências

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

BEVILAQUA, Clóvis. **Princípios Elementares de Direito Internacional Privado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1944.

BRASIL, Lei 3.071, de 1 de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 de março de 2009.

BRASIL, Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro 1942. **Institui a Lei de Introdução ao Código Civil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 de março de 2009.

BRASIL, Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 de março de 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 de março de 2009.

TOMASEVICIUS FILHO, E. . **Boa-Fé na Escolha da Lei Aplicável aos Contratos Internacionais**. In: Naiara Posenato. (Org.). *Contratos Internacionais - Tendências e Perspectivas*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006, p. 187-201.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito Internacional privado**: teoria e prática. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

NARDI, Marcelo de. **Eleição de foro em contratos internacionais**: uma visão brasileira. In: RODAS, João Grandino (Coord.). *Contratos internacionais*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 122-194.

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

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada.** 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

CASTRO, Amílcar de. **Direito Internacional Privado.** 3. ed. aum. e cor. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

JO, Hee Moon. **Moderno direito internacional privado.** São Paulo: LTr, 2001.