



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Lidia Spitz

**Eleição de foro estrangeiro:
o princípio da autonomia da vontade e seu reconhecimento no direito
convencional, regional e brasileiro**

Rio de Janeiro

2010

Lidia Spitz

**Eleição de foro estrangeiro:
o princípio da autonomia da vontade e seu reconhecimento no direito convencional,
regional e brasileiro**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Área de concentração: Direito Internacional.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Marilda Rosado de Sá Ribeiro

Rio de Janeiro

2010

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

S761e Spitz, Lidia.
Eleição de foto estrangeiro: o princípio da autonomia da vontade e seu reconhecimento no direito convencional regional e brasileiro / Lidia Spitz. - 2010.
210 f.

Orientador: Marilda Rosado de Sá Ribeiro.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito Internacional privado - Teses. 2. Autonomia - Teses. 3. Eleições – Teses. I. Ribeiro, Marilda Rosado de Sá, 1951- II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 341.9

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação.

Assinatura

Data

Lidia Spitz

**Eleição de foro estrangeiro:
o princípio da autonomia da vontade e seu reconhecimento no direito convencional,
regional e brasileiro**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Área de concentração: Direito Internacional.

Aprovado em: 04/05/2010

Banca Examinadora:

Prof^a. Dr^a. Marilda Rosado de Sá Ribeiro (Orientadora)

Faculdade de Direito da UERJ

Prof^a. Dr^a. Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio Rodrigues

Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Dr. Lauro Gama Junior

Faculdade de Direito da PUC-Rio

Rio de Janeiro

2010

DEDICATÓRIA

Para a minha querida mãe, Lucia Spitz, meu maior exemplo, com profunda saudade.

AGRADECIMENTOS

À Professora Marilda Rosado de Sá Ribeiro, o meu sincero agradecimento pela orientação recebida ao longo da elaboração desta dissertação e pelo entusiasmo com que leciona a disciplina Direito Internacional Privado Contemporâneo, que me contagiou.

À Professora Nadia de Araujo, exemplo de mestre, agradeço por ter inserido em mim a “semente” do direito internacional privado que me levou a decidir ingressar no mestrado. Agradeço pela generosidade, pela amizade, pelo interesse nas minhas escolhas e pelo envolvimento genuíno no meu aperfeiçoamento intelectual e pessoal.

À Professora Carmen Tiburcio, referência na área do direito internacional privado, agradeço pela sua inquietude acadêmica que gera questionamentos permanentes sobre os fundamentos da disciplina, fermento fundamental para o avanço do pensar.

Ao Daniel Gruenbaum, a quem me voltei como modelo, agradeço pelo acolhimento a uma jovem advogada que mal conhecia e que trazia dúvidas sobre as mais variadas questões. Agradeço pela paciência, por ter acreditado e investido no meu crescimento, e também pelo valioso auxílio na pesquisa do material e na revisão do texto, que foram essenciais para a conclusão dessa dissertação.

Ao Dr. Alberto Bragança devo o meu amadurecimento profissional no Xavier, Bernardes e Bragança, escritório em que ingressei ainda como estagiária e ao qual me dedico há mais de cinco anos. Ao Sergio André Laclau Marques agradeço pelo estímulo na conclusão da dissertação e pelas conversas sobre as dificuldades de conciliar a vida universitária com a rotina do escritório.

A toda minha família – “clãs” Spitz, Lerner, Froimtchuk e Amorim Garcia – agradeço pela “torcida” afetuosa para que eu pudesse levar a cabo esta tarefa.

À minha irmã, Mariana Spitz, agradeço pela escuta, pela tolerância e pela força que imprime. Agradeço, ainda, por nos dar de presente o Felipe, que ainda nem nasceu, mas já nos traz imensa alegria.

Ao meu pai, Jorge Spitz, agradeço pela segurança que me transmite e pelos mimos. Agradeço por chegar em casa à noite cansado e me ouvir, por me telefonar inúmeras vezes ao longo do dia para saber como estou, por me comprar pão de queijo quentinho no café da manhã, por me mandar parar de estudar tanto, pelas viagens que proporciona e por tantas outras atitudes que o fazem meu pai.

À minha mãe, Lucia Spitz, agradeço por ter me proporcionado momentos de felicidade plena, e por representar um modelo de pessoa em quem me inspiro diariamente. A elaboração dessa dissertação, sem a presença dela, foi tarefa difícil, mas todos os ensinamentos recebidos foram fundamentais para que eu tivesse forças neste momento.

Ao Bruno Spilberg agradeço por ter me tirado de casa quando parecia que isso não seria possível, e por todo o carinho e compreensão. Agradeço, ainda, por lembrar a todo tempo que estará sempre ao meu lado, o que me deixa muito feliz.

RESUMO

SPITZ, Lidia. **Eleição de foro estrangeiro**: o princípio da autonomia da vontade e seu reconhecimento no direito convencional, regional e brasileiro. 2010. 210f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

O reconhecimento, pelos tribunais, da possibilidade de as partes escolherem livremente o foro que deverá decidir eventual litígio consiste em um tema de estudo do direito internacional privado que gera intensas discussões. Embora seja possível se argumentar que, com base no princípio da autonomia da vontade, seja plenamente aceitável a fixação da competência do tribunal a partir da vontade das partes, a jurisprudência brasileira, de maneira não uniforme, ainda reluta em aceitar esse fato. Entende-se que não seria possível às partes afastar a atuação do judiciário brasileiro em hipótese de competência concorrente. O estudo do direito convencional e regional (União Européia e Mercosul) acerca da matéria evidencia uma tendência em favor do reconhecimento da possibilidade de escolha de foro estrangeiro pelos contratantes. Neste contexto, a presente dissertação pretende demonstrar que as justificativas jurídicas que embasam a denegação à eleição de foro estrangeiro à luz do ordenamento brasileiro não se sustentam, e que se faz necessário o reconhecimento, pelo país, da possibilidade de escolha pelos contratantes do tribunal competente para decidir a causa.

Palavras-chave: Direito Internacional Privado. Processo Internacional. Autonomia da Vontade. Eleição de Foro Estrangeiro. Competência Internacional. Efeitos positivos. Efeitos negativos.

ABSTRACT

SPITZ, Lidia. **Eleição de foro estrangeiro**: o princípio da autonomia da vontade e seu reconhecimento no direito convencional, regional e brasileiro. 2010. 210f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

The courts' acceptance of the freedom of the parties in choosing the court under which they will seek to resolve any possible litigation is a controversial matter of international private law. Although it is possible to state that the choice of court based on the free will principle is entirely legitimate, the Brazilian case law, even if not unanimously, still resists accepting this fact. It is understood that the contracting parties could not fail to resort to the Brazilian courts in the event of concurring jurisdiction. The study of contractual and regional law (European Union and Mercosur) on this matter shows a tendency towards the acceptance of choice of court by the contracting parties. In this context, the aim of this dissertation is to demonstrate the lack of legal reasons for denying the choice of court in light of the Brazilian legal system, as well as that Brazil should accept the discretion of the contracting parties in choosing the court under which they want to litigate their case.

Keywords: International Private Law. International Process. Party Autonomy. Choice of Court. International Jurisdiction. Positive Effects. Negative Effects.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CC	Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406/2002)
CF	Constituição Federal de 1988
Cfr.	Conforme
Código Bustamante	Código de Direito Internacional Privado dos Estados Americanos, concluído em Havana em 1928 (Decreto nº 18.871/1929)
Convenção	Convenção da Haia sobre a Escolha do Foro de 2005
Convenção de Bruxelas	Convenção de Bruxelas relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial, de 27/09/1968
Convenção de Lugano	Convenção de Lugano relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial, de 16/09/1988
Convenção de Nova Iorque	Convenção sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, de 10/06/1958 (Decreto nº 4.311/2002)
CPC	Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/1973)
CR	Carta rogatória
DIPr	Direito Internacional Privado
EC nº 45	Emenda Constitucional nº 45, de 30/12/2004
EUA	Estados Unidos da América
Lei de Arbitragem	Lei nº 9.307/1996
LICC	Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/1942)
Mercosul	Mercado Comum do Sul, criado a partir da assinatura do Tratado de Assunção, em 26/03/1991, por Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
Protocolo de Buenos Aires	Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual - MERCOSUL (Decreto nº 2.095/1996)
Protocolo de Las Leñas	Protocolo de Las Leñas de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa - MERCOSUL (Decreto nº 2.067/1996)
RISTF	Regimento Interno do STF
Regulamento	Regulamento (CE) nº 44/2001 relativo à competência judiciária, ao

44/2001	reconhecimento e à execução das decisões em matéria civil e comercial, de 22/12/2000
Regulamento Roma I	Regulamento (CE) nº 593/2008 relativo à lei aplicável às obrigações contratuais, de 17/06/2008
Regulamento Roma II	Regulamento (CE) nº 864/2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais de 11/07/2007
Rel. Min.	Relator Ministro
Resolução nº 9/2005	Resolução nº 9, de 04/05/2005, do STJ
SE	Sentença Estrangeira
SEC	Sentença Estrangeira Contestada
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJMG	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
TJRJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UERJ	Universidade do Estado do Rio de Janeiro
V.	Vide ou veja-se

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	14
1	A CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO.....	14
1.1	O surgimento e a evolução do princípio da autonomia da vontade..	17
1.1.1	<u>Charles Dumoulin e o surgimento do princípio da autonomia da vontade.....</u>	18
1.1.2	<u>A evolução do princípio da autonomia da vontade nos séculos XVII, XVIII e XIX.....</u>	19
1.1.3	<u>O reconhecimento do princípio da autonomia da vontade no século XX.....</u>	22
1.2	Autonomia da vontade na escolha da lei aplicável.....	27
1.2.1	<u>Limites à autonomia da vontade na escolha da lei.....</u>	31
1.2.2	<u>Alguns apontamentos sobre a autonomia da vontade na escolha da lei aplicável de acordo com a legislação brasileira.....</u>	33
1.3	Autonomia da vontade na escolha do foro.....	36
1.3.1	<u>A cláusula de eleição de foro como um indicador da escolha da lei.....</u>	38
1.3.2	<u>Autonomia da cláusula de eleição de foro.....</u>	41
1.3.3	<u>A cláusula de eleição de foro exclusivo e não exclusivo.....</u>	44
1.3.4	<u>A cláusula de eleição de foro e a doutrina do <i>forum non conveniens</i>.....</u>	46
1.3.5	<u>Foro acionado diverso daquele eleito pelas partes.....</u>	50
1.4	Autonomia da vontade na escolha da arbitragem.....	53
1.5	A possibilidade de reconhecimento da autonomia da vontade.....	57

1.5.1	<u>Necessário reconhecimento da autonomia pela <i>lex fori</i>.....</u>	58
1.5.2	<u>Reconhecimento do interesse das partes e a eficiência econômica.....</u>	59
2	AUTONOMIA DA VONTADE NA ESCOLHA DO FORO NO DIREITO CONVENCIONAL E REGIONAL.....	62
2.1	Os trabalhos da Conferência da Haia.....	62
2.1.1	<u>Algumas considerações sobre o reconhecimento de decisões estrangeiras e o tratamento conferido aos acordos sobre eleição de foro nos Estados Unidos.....</u>	64
2.1.2	<u>O histórico das negociações da Convenção da Haia sobre a Escolha do Foro de 2005.....</u>	68
2.1.3	<u>As três principais regras da Convenção da Haia sobre a Escolha do Foro de 2005.....</u>	72
2.1.4	<u>Outras disposições da Convenção da Haia sobre a Escolha do Foro de 2005.....</u>	74
2.2	União Europeia e o Regulamento (CE) nº 44/2001.....	77
2.2.1	<u>O Art. 23 do Regulamento (CE) nº 44/2001.....</u>	81
2.2.2	<u>As condições de validade formal do acordo.....</u>	85
2.2.3	<u>Situações específicas do pacto atributivo de jurisdição.....</u>	89
2.3	Os instrumentos americanos de direito internacional privado acerca da eleição de foro.....	91
2.3.1	<u>O Código de Direito Internacional Privado dos Estados Americanos (Código Bustamante).....</u>	94
2.3.2	<u>A Organização dos Estados Americanos (OEA) e as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs).....</u>	98
2.3.3	<u>Mercosul e o Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual.....</u>	101
3	ELEIÇÃO DE FORO E O DIREITO BRASILEIRO.....	107
3.1	A jurisdição dos tribunais brasileiros.....	107

3.1.1	<u>A legislação brasileira</u>	112
3.1.2	<u>A competência concorrente dos tribunais brasileiros</u>	115
3.1.3	<u>A competência exclusiva dos tribunais brasileiros</u>	116
3.1.4	<u>Litispêndência internacional</u>	119
3.1.5	<u>Hipóteses não previstas nos Arts. 88 e 89 do CPC</u>	121
3.2	A influência da vontade das partes nas regras sobre a competência internacional dos tribunais brasileiros: efeitos positivos e efeitos negativos da eleição de foro	125
3.2.1	<u>Efeitos positivos da escolha do foro sobre a jurisdição brasileira</u>	126
3.2.2	<u>Efeitos negativos da escolha do foro sobre a jurisdição brasileira</u>	129
3.3	A possibilidade de reconhecimento da cláusula de eleição de foro pelo direito brasileiro	134
3.3.1	<u>A compatibilidade da eleição de foro com o ordenamento jurídico brasileiro</u>	135
3.3.2	<u>Limites ao reconhecimento da eleição de foro</u>	141
4	A ELEIÇÃO DE FORO NA PRÁTICA JUDICIÁRIA BRASILEIRA	148
4.1	O tratamento jurídico conferido à escolha de foro estrangeiro diante de ações propostas no exterior: análise de precedentes jurisprudenciais	148
4.1.1	<u>Cartas rogatórias</u>	149
4.1.2	<u>Sentenças Estrangeiras</u>	155
4.2	O tratamento jurídico conferido à escolha de foro estrangeiro diante de ações propostas no Brasil	164
4.2.1	<u>Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal</u>	167
4.2.2	<u>Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça</u>	172

4.2.3	<u>Jurisprudência dos tribunais inferiores.....</u>	182
4.3	Algumas conclusões a partir da análise dos casos.....	186
5	CONCLUSÃO.....	190
	BIBLIOGRAFIA.....	196

INTRODUÇÃO

As relações jurídicas cada vez mais têm sido afetadas pelo incremento dos negócios em âmbito transnacional e pela facilitação da comunicação e deslocamento dos indivíduos em geral e dos agentes econômicos em particular. Estes são alguns reflexos do fenômeno usualmente conhecido como globalização, que acabam repercutindo no direito internacional privado.¹

Dentre as inúmeras consequências da multiplicação das relações multi-conectadas de que se pode dar notícia, destaca-se na esfera das obrigações um aumento significativo de contratos internacionais. Entende-se por contratos internacionais aqueles que estão vinculados potencialmente a mais de um sistema jurídico, de modo que, ao menos em tese, é cabível a aplicação de dois ou mais ordenamentos para regular o acordo celebrado.²

Não raro, instaura-se entre as partes alguma desavença contratual após a conclusão do pacto, razão pela qual é comum que constem dos contratos cláusulas acerca da forma de solução de litígio. Neste sentido, os contratantes determinam a lei aplicável para resolver a futura lide e ainda fixam o foro competente para julgar a causa. A primeira deliberação consubstancia hipótese de autonomia da vontade na escolha de lei, enquanto que a segunda versa sobre eleição de foro.

A possibilidade de eleição de foro pelos contratantes encontra amparo jurídico no princípio da autonomia da vontade, o qual confere às partes liberdade para fixar mediante acordo o órgão jurisdicional que deverá resolver eventual disputa.

¹ “Denomine-se como se quiser o fenômeno de abertura dos mercados, de aproximação entre pessoas e empresas de diversas nacionalidades e domicílios, de massificação das comunicações, do consumo e dos transportes, seja globalização, mundialização ou, simplesmente, pós-modernidade, a internacionalização da vida privada é a realidade de hoje.” (MARQUES, Cláudia Lima. “Ensaio para uma introdução ao Direito Internacional Privado”. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves, coord. *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo - Estudos em Homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. pp. 321-322). E ainda: “Independentemente de gostarmos ou não, a globalização veio para ficar e está moldando o direito enquanto falamos. Seus efeitos há muito tempo deixaram de ser uma preocupação puramente acadêmica, para se tornar, se me permitem dizer, a nova ordem legal internacional.” (MOROSINI, Fabio. “Globalização e novas tendências em filosofia do direito internacional: a dicotomia entre público e privado da cláusula de estabilização”. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAUJO, Nadia de (orgs.). *O novo direito internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 549).

² João Grandino Rodas esclarece que, além do componente jurídico, por vezes exige-se que um contrato somente seja considerado internacional se for dotado de conotação econômica internacional: “Ressalte-se que o traço diferenciador entre um contrato internacional e um outro não internacional é justamente estar o primeiro potencialmente vinculado a mais de um sistema jurídico. Aventa-se por vezes, sob influência da jurisprudência francesa, a necessidade de se agregar outra característica. Além do elemento jurídico, haveria um outro, de conotação econômica: o contrato deveria ser de interesse da economia internacional, ou seja, ultrapassar os limites de uma única economia nacional.” (RODAS, João Grandino. “Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais”. In: RODAS, João Grandino, coord. *Contratos internacionais*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 21).

Essa liberdade quanto à escolha do foro reflete uma maximização da eficiência econômica com relação aos negócios de caráter internacional, na medida em que os contratantes, melhor do que ninguém, podem avaliar a lei e o foro que lhes seja mais adequado e conveniente.³ Assim, no momento em que o Direito confere às partes a possibilidade de escolha da lei e do tribunal, a problemática relativa à lei aplicável e o foro competente passam a ser resolvidas pelas partes, o que reduz custos e gera maior segurança jurídica.

Para Erik Jayme, o fundamento da autonomia da vontade está intimamente relacionado aos direitos fundamentais do homem. O direito do indivíduo à plena expressão da sua personalidade inclui também direitos na esfera econômica, de modo que todas as pessoas podem se utilizar de suas capacidades para atingir um bem-estar material.⁴ Na sua visão, a autonomia da vontade manifesta-se não apenas na seara contratual, mas também em relações pessoais, como casamento e testamento.

No Brasil, o reconhecimento da possibilidade de a vontade das partes atuar no sentido de afastar ou incluir hipótese de jurisdição internacional é extremamente controversa. A moderna doutrina internacionalista brasileira defende ser possível a escolha do foro estrangeiro nas hipóteses do Art. 88 do CPC, em que a competência do Judiciário brasileiro é concorrente com a de tribunais estrangeiros. Todavia, no campo jurisprudencial, verifica-se uma tendência em prestigiar-se a jurisdição brasileira, ainda que as partes tenham escolhido foro estrangeiro como o único competente para julgar a demanda. Nos tribunais inferiores, constata-se pouca uniformidade nas decisões com relação à cláusula de eleição de foro estrangeiro.

O objetivo pretendido na elaboração da dissertação consiste em proceder a uma análise acerca da autonomia da vontade na escolha do foro, sob a perspectiva do direito internacional privado contemporâneo. Nos primeiros dois capítulos, será demonstrado que é possível a escolha do foro pelos contratantes, com fundamento no princípio da autonomia, e que essa possibilidade já está consubstanciada em diversos diplomas de cunho convencional e regional. No terceiro e quarto capítulos, o enfoque será no ordenamento jurídico brasileiro, sendo feita uma análise crítica ao tratamento conferido à matéria neste país.

No primeiro capítulo, almeja-se situar o princípio da autonomia da vontade como princípio basilar do direito internacional privado contemporâneo. Partindo-se de sua evolução

³ Nesse sentido, RÜHL, Giesela. "Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency", CLPE Research Paper 4/2007, vol. 03, no. 01 (2007).

⁴ JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*. Recueil des Cours, vol. 251 (1995) pp. 147-148.

histórica, a autonomia no DIPr é descrita em três manifestações diferentes, a saber, na escolha da lei, do foro e da arbitragem. Será evidenciado que é possível às partes influenciar as regras sobre jurisdição do Estado, através de acordo quanto ao foro.

O escopo do segundo capítulo é demonstrar que a possibilidade de escolha do foro já consta de diversas convenções internacionais e regionais, como é o caso da Convenção da Haia sobre a Escolha do Foro, o Regulamento 44/2001 da União Europeia, e o Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual.

Em seguida, passa-se a analisar a possibilidade de escolha do foro sob a perspectiva do direito brasileiro. Serão examinados os efeitos positivos e negativos da eleição de foro, e então será demonstrado que é plenamente compatível com o ordenamento pátrio o reconhecimento da cláusula de eleição de foro estrangeiro. No entanto, há que se considerar que a admissibilidade da eleição de foro não deve ocorrer em todas e quaisquer hipóteses, indiscriminadamente, e sim alguns limites não de ser observados, os quais serão identificados.

Finalmente, no quarto capítulo, será analisado o tratamento jurídico conferido à escolha de foro na prática judiciária brasileira, tanto nas hipóteses em que há eleição de foro estrangeiro e a ação é proposta no exterior, como também no caso em que a ação é proposta no Brasil. Identifica-se uma tendência da jurisprudência em decidir contrariamente à possibilidade de escolha de foro em casos em que os tribunais brasileiros tinham competência para apreciar a controvérsia, embora os argumentos utilizados para tanto sejam desprovidos de uma adequada fundamentação jurídica.

Espera-se poder, ao final do estudo, apresentar algumas respostas às diversas questões relacionadas à eleição de foro, especialmente tendo em vista que apesar de alguns valiosos artigos dedicados à matéria, parece que o tema proposto ainda não mereceu a devida análise e atualização pela doutrina nacional.

1 A CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

1.1 O surgimento e a evolução do princípio da autonomia da vontade

O princípio da autonomia da vontade, sob a perspectiva do direito civil, assegura às partes ampla liberdade de contratar, nos limites da lei imperativa. Esse princípio assumiu importância central no direito dos contratos sobretudo a partir do século XIX, quando foi consolidada a noção de que os contratantes poderiam pactuar com liberdade absoluta, e que o Estado não deveria restringir ou interferir nos pactos.

Já no começo do século XX, essa concepção foi alterada, e o Estado passou a intervir nos contratos para coibir os abusos advindos da desigualdade econômica e para regulamentar as atividades empresariais, o que resultou em uma redução da liberdade de contratar.⁵

Sob a ótica do direito internacional privado, a autonomia da vontade não consiste na mera transposição do princípio da autonomia privada⁶ para a esfera internacional. No âmbito do DIPr, o princípio da autonomia é originalmente associado à possibilidade de as partes contratantes escolherem a lei aplicável ao contrato entre si celebrado. Trata-se de uma regra de conflito de leis⁷, atuando como elemento de conexão em contratos internacionais.⁸

Assim, conquanto no plano interno a autonomia consista na faculdade que têm as pessoas de concluir livremente a vontade significou primeiramente a possibilidade de escolha, pelas partes, da lei aplicável

⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. pp. 35-37.

⁶ Teresa Negreiros, ao discorrer sobre o significado da autonomia da vontade em matéria de contratos, esclarece que “‘autonomia privada’ e ‘autonomia da vontade’ são expressões em torno das quais a doutrina parece ainda não ter chegado a um consenso, seja quanto ao significado que uma e outra guardam relativamente, seja quanto à sua origem. (...) A rigor, entendemos que ambas as expressões exprimem uma mesma realidade, embora a autonomia da vontade esteja historicamente mais associada ao voluntarismo jurídico que em determinado momento nela se legitimava.” (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 2-3).

⁷ Conforme esclarece Nadia de Araujo, o papel da norma de conflito não é escolher a lei substantiva que melhor convenha para o caso concreto, mas sim aquela indicada pelo DIPr. Deste modo, se as partes escolhem a lei de um determinado ordenamento jurídico, e sendo essa escolha autorizada pelo DIPr, a lei eleita pelas partes há que ser observada pelo tribunal acionado na medida em que passa a ser o elemento de conexão do contrato. (ARAUJO, Nadia de. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, MERCOSUL e convenções internacionais*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. pp. 27-29).

⁸ Sobre os elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro, inclusive sobre aquele relativo à lei aplicável aos contratos, v. RODAS, João Grandino. “Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais”. In: RODAS, João Grandino (coord.). *Contratos internacionais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 19-65.

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. III - Contratos. 13ª edição rev. e atual. por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2009. pp. 19-26, esp. p. 22; GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. pp. 25-27.

para reger o seu contrato e, mais recentemente, também a possibilidade de escolha do foro ou da arbitragem como mecanismo para solução de conflito.

O surgimento do princípio da autonomia na ordem internacional remonta ao século XVI, embora seja recente o seu reconhecimento pelos tribunais. Apenas a partir da segunda metade do século XIX, pode-se dar notícia de casos em que foi reconhecida a liberdade das partes na escolha da lei aplicável. Até então, prevalecia a regra *lex loci contractus*.

1.1.1 Charles Dumoulin e o surgimento do princípio da autonomia da vontade

A maioria dos estudiosos considera que o jurista francês Charles Dumoulin (1500-1566) foi o fundador do princípio da autonomia da vontade.¹⁰ Na condição de advogado, Dumoulin foi consultado no ano de 1525 pelo casal Ganney acerca de questão relativa à lei aplicável ao regime matrimonial de bens. O casal consulente era domiciliado em Paris, mas alguns dos seus bens localizavam-se em outras partes da França, onde vigorava regime diverso do parisiense. Questionava-se qual seria a lei aplicável a esses bens: a do domicílio conjugal ou a do local da situação dos imóveis?

À primeira vista, como não havia convenção acerca do regime matrimonial de bens e considerando que, de acordo com a regra geral, os imóveis eram regidos pelo estatuto real – com aplicação territorial –, a lei incidente sobre os bens seria a do local onde situados. No entanto, Dumoulin desenvolveu a ideia de que, havendo um casamento sem a indicação expressa, pelos cônjuges, da lei aplicável ao regime matrimonial de bens, dever-se-ia identificar a lei desejada pelo casal mediante convenção tácita a respeito. No caso, a escolha implícita teria sido a lei do domicílio comum, a lei da jurisdição parisiense, sendo esta aplicável a todos os bens.¹¹

¹⁰ Veja-se, por todos, o resumo da teoria de Dumoulin feito por NIBOYET, J.-P. *La théorie de l'autonomie de la volonté*. Recueil des Cours, vol. 16 (1927-I) pp. 9-15. Niboyet era contrário à teoria da autonomia da vontade, pois entendia que a vontade dos contratantes não poderia se sobrepor à lei. No seu entendimento, as partes teriam liberdade de convencionar apenas nos limites autorizados pela lei incidente sobre a relação.

¹¹ O parecer de Dumoulin é considerado o primeiro escrito em defesa da prevalência da vontade das partes na escolha da lei aplicável, ainda que por convenção tácita. Vale mencionar a descrição detalhada dos fatos feita por Amilcar de Castro: “De acordo com os Costumes de Paris, admitia-se que cônjuges sem filhos fizessem doações recíprocas de imóveis, e no ano de 1525 o casal *Gannay* consultou a *Dumoulin* se o regime da comunhão, sem contrato, imposto pelo art. 220 dos Costumes de Paris, compreendia imóveis situados em província, cujo direito não escrito estabelecia regime matrimonial diferente, já que pretendiam fazer doação recíproca; e parecia fosse o regime matrimonial governado por estatuto real, e portanto territorial, pelo fato de se referir a bens. Na verdade, os Costumes de Paris mandavam que, na falta de contrato a respeito de regime matrimonial de bens, ficassem os cônjuges, a partir da bênção nupcial, sob o regime da comunhão, mas a doutrina dominante afirmava que essa comunhão compreendia apenas os bens imóveis situados na jurisdição parisiense (estatuto real). A respeito de imóveis situados fora de seus limites, dever-se-ia observar o estatuto do lugar da situação, que podia manter regime

Embora Dumoulin seja apontado como o primeiro jurista a introduzir o conceito da autonomia da vontade, modernamente alguns estudiosos afirmam que provavelmente esse princípio, tal como hoje é caracterizado, não chegou a ser idealizado pelo advogado francês no século XVI. Na visão desses autores, o entendimento de Dumoulin acerca da autonomia na escolha da lei era limitado às matérias supletivas, que poderiam ser objeto de disposição convencional.¹² Não seria possível inferir que Dumoulin admitia a prevalência da vontade em hipótese de incidência de disposições obrigatórias da lei substantiva.¹³

1.1.2 A evolução do princípio da autonomia da vontade nos séculos XVII, XVIII e XIX

Até fins do século XVIII, eram raros os eventos que poderiam resultar em um conflito de leis, pois a mobilidade das pessoas e dos seus negócios era extremamente reduzida. Conforme esclarece Kahn-Freund, nesta época os poucos casos que envolviam conflitos de leis giravam em torno de direito patrimonial de família (leia-se, propriedade), quer seja em razão do regime matrimonial ou em decorrência de questões sucessórias.¹⁴ Apenas a partir do

supletivo diferente, não havendo, portanto, em Paris, unidade do regime matrimonial de bens. *Dumoulin*, hábil advogado, e solícito em dar resposta favorável aos consulentes, resolveu a questão, assemelhando a regime matrimonial expressamente convencionado aquele que não é senão tácito, ou presumivelmente, desejado (*causatur et introducitur ab ipso vero partiam consensu*), e atribuindo a esse imaginado contrato tácito, ou presumido, efeito extraterritorial. De tal arte, chegou à conclusão, não de que o art. 220 dos Costumes de Paris, lugar de domicílio conjugal dos Ganney, se aplicava ao conjunto do patrimônio desse casal, mas que a vontade tácita dos cônjuges tinha força extraterritorial. A doutrina e a jurisprudência de então só falavam em estatutos pessoais, relativos às pessoas, e reais, referentes aos bens, aqueles extraterritoriais, e estes territoriais. E como os estatutos pessoais, que eram os extraterritoriais, não concerniam aos contratos, veio a Dumoulin a ideia de libertar o suposto contrato tácito de uma e de outra dessas categorias, pressupondo que nos contratos a vontade das partes é soberana ao ponto de se livrar do direito para que devessem ser oficialmente apreciados.” (CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*. 6ª ed. atual. com notas de rodapé por Carolina Cardoso Guimarães Lisboa. Rio de Janeiro: Forense, 2005. pp. 369). Confira-se também DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado - parte geral*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. pp. 137-138.

¹² V. LANDO, Ole. *The conflict of laws of contracts: general principles*. Recueil des Cours, vol. 189 (1984-VI) pp. 241-243.

¹³ Peter Nygh, ao analisar criticamente a obra de Dumoulin, concluiu que, se as suas ideias fossem utilizadas modernamente, representariam o reverso do princípio da autonomia na escolha da lei. Para Nygh, de fato é possível dizer que Dumoulin utilizou uma linguagem que poderia ser interpretada a significar que a intenção das partes deve determinar a lei aplicável, e não o *locus contractus*, por ser um critério fortuito. No entanto, uma análise mais profunda revela que Dumoulin utilizou a ideia da intenção implícita das partes como um instrumento que conduz à aplicação da lei do local da execução (domicílio do casal), e não a do local da contratação (celebração do casamento). Na visão de Nygh, o advogado francês desenvolveu a teoria da intenção implícita das partes para justificar a aplicação da lei do domicílio do marido, ao invés da lei do lugar da contratação, que em geral coincidia com a lei do domicílio da mulher. Do ponto de vista do moderno direito internacional, dizer que a lei aplicável ao regime matrimonial é regida pela lei do domicílio do marido, porque a mulher é obrigada a ali viver, não está em consonância com o princípio da autonomia. (NYGH, Peter. *Autonomy in international contracts*. Oxford University Press, 1999. p. 4).

¹⁴ KAHN-FREUND, O. *General problems of private international law*. Recueil des Cours, vol. 143 (1974-III) pp. 330-339.

início do século XIX, problemas relativos ao transporte marítimo ensejaram os primeiros casos apreciados pelos tribunais acerca da lei aplicável aos contratos.

O jurista holandês Ulrich Huber (1636-1694), que se destacou pela sua teoria em defesa do territorialismo¹⁵, conferiu primazia à *lex loci contractus* na determinação da lei aplicável.¹⁶ Todavia, tal como Dumoulin, flexibilizou essa regra ao conceber ser possível a identificação da lei aplicável através da intenção presumida das partes no momento da celebração do contrato.¹⁷ Nas palavras do próprio Huber: “The place, however, where a contract is to be entered into is not to be considered absolutely; if the parties had in mind the law of another place at the time of contracting the latter will control.”¹⁸

Uma das primeiras decisões judiciais em que foi feita referência à vontade das partes na escolha da lei foi proferida na Inglaterra, em 1760, no caso *Robinson v. Bland*.¹⁹ Embora o conflito de leis não fosse objeto da controvérsia, através de *obiter dictum* de Lord Mansfield, foi mencionada a vontade implícita das partes na escolha da lei inglesa, inclusive tendo sido feita menção a Huber.²⁰

Nos Estados Unidos, Joseph Story (1779-1845), juiz da Suprema Corte Americana e professor da Universidade de Harvard, destacou-se como um dos principais discípulos de Huber. Story seguiu o doutrinador holandês ao defender a regra *lex loci contractus*. Contudo, para o jurista americano, essa regra seria aplicável a contratos concluídos e executados em um mesmo local. Quando não houvesse essa coincidência, deveria ser verificado se a intenção presumida das partes indicava a lei do local da execução como aplicável:

¹⁵ Conforme ensinamentos de Irineu Strenger, Huber sintetizou a sua teoria em três axiomas fundamentais: (1º) O direito de cada Estado reina nos limites de seu território e rege todos os seus súditos, mas, além, não tem nenhuma força (expressão da territorialidade); (2º) Devem ser considerados como súditos de um Estado todos aqueles que se encontrem nos limites de seu território, que estejam aí fixados de maneira definitiva, quer não tenham aí senão estadia temporária; (3º) Os governantes, por cortesia (*id comiter agunt*), procedem de modo que o direito objetivo de cada povo, depois de ter sido aplicado nos limites de seu território, conserve seu efeito em toda parte, contanto que nem os Estados estrangeiros, nem seus súditos, sejam de modo algum prejudicados, em seu poder, ou em seu direito subjetivo (expressão da cortesia). (STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2000. pp. 237-240).

¹⁶ Acerca da Escola Holandesa, que teve dentre os seus principais juristas Paul e Jean Voet, Christian Rodenburg e Ulrich Huber, v. DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado - parte geral*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. pp. 139-141.

¹⁷ Ao descrever a posição de Huber com relação à lei aplicável, Peter Nygh ressalta que, ao defender um territorialismo acentuado, o jurista holandês afastou-se da autonomia: “Like the statistists before him, Huber started with presumptions about the territoriality of legislative authority. Such a presumption is, of course, the very antithesis of party autonomy. As history shows, whenever the notion of territorial sovereignty is strong, party autonomy is denied or is limited.” (NYGH, Peter. *Autonomy in international contracts*. Oxford University Press, 1999. p. 5).

¹⁸ U. Huber. *De Conflictu Legum diversarum in diversis imperiis*. para. 10, traduzido por Ernest G. Lorenzen. “Validity and effects of contracts in the conflict of laws”. In: *Selected Articles on the Conflict of Laws*. New Heaven, Yale University Press, 1947, p. 174.

¹⁹ (1760) 2 Burr. 1077=97 Eng. Rep. 717. O caso versava sobre um empréstimo concedido por um inglês a outro inglês em Paris, com reembolso a ser pago na Inglaterra, em *pounds*. Não havia qualquer dúvida com relação à lei aplicável ao caso, mas Lord Mansfield mencionou qual seria a melhor interpretação caso houvesse dúvida com relação à lei regente do acordo.

²⁰ Nas palavras de Lord Mansfield: “The parties had a view to the laws of England. The law of the place can never be the rule, where the transaction is entered into with an express view to the law of another country, as the rule by which it is to be governed (...)”

“Generally speaking the validity of a contract is to be decided by the law of the place where it is made. (...) But where the contract is either expressly or tacitly to be performed in any other serplace, there the general rule is, in conformity to the presumed intention of the parties, that the contract as to its validity, nature, obligation, and interpretation, is to be governed by the law of the place of performance.”²¹

Story não chegou a mencionar a possibilidade de escolha direta da lei aplicável pelos contratantes, mas apenas de forma indireta, através da escolha do local da execução do contrato.

No mesmo período histórico, Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) desenvolveu estudos de grande importância para o direito internacional privado. Em sua obra intitulada “Sistema do direito romano atual”, o oitavo volume foi inteiramente dedicado à disciplina.

Com relação à matéria de contratos, o jurista alemão afirmou que o local da sede da obrigação corresponde ao lugar do cumprimento do contrato, e não ao de sua celebração, como usualmente era defendido.²² Na sua visão, a lei do local da execução, para onde as partes dirigem as suas expectativas, deveria ser aquela aplicável ao contrato. Especificamente quanto à autonomia da vontade na escolha da lei, Savigny não deixou clara sua posição.

Jürgen Samtleben esclarece que a posição de Savigny é suscetível de diferentes interpretações. Para uns, ao mencionar a submissão voluntária das partes a um lugar determinado, Savigny estaria se referindo unicamente à escolha do lugar da execução. Por outro lado, alguns trechos parecem demonstrar uma visão mais ampla acerca da autonomia, “que engloba também a faculdade das partes de eleger diretamente o direito territorial aplicável como ‘parte integrante do próprio contrato’, seja ela ou não a lei do lugar de execução do contrato.”²³

²¹ STORY, Joseph. “Commentaries on the conflict of laws, foreign and domestic, in regard to contracts, rights, and remedies, and especially in regard to marriages, divorces, wills, successions, and judgments”. Boston, Hilliard, Gray & Company, 1834, § 280, p. 233. Veja-se também LORENZEN, Ernest G. “Story’s Commentaries on the Conflict of Laws – one hundred years after”, 48 Harv. L. Rev. 15, 1934-1935.

²² Destaca-se a seguinte passagem, em que Savigny expõe que o local da execução é mais relevante para as partes do que o local da contratação: “Ora, em toda obrigação encontramos duas manifestações visíveis que podem nos servir de guia. Com efeito, toda obrigação resulta de fatos visíveis, toda obrigação se realiza por fatos visíveis. Uns e outros se passam necessariamente num local. Desse modo, portanto, para determinar a sede da obrigação e a jurisdição especial chamada a conhecer, temos de escolher entre o local em que a obrigação surge e o local em que se realiza, entre seu começo e seu fim. Considerando a coisa de uma maneira geral, a qual desses dois termos daríamos preferência? Não seria ao primeiro que, em si, é um fato acidental, transitório, estranho à essência da obrigação como a seu desenvolvimento e a sua eficácia posterior. Se o local em que a obrigação surge tiver, aos olhos das partes, uma importância duradoura e que tivesse de se estender para o futuro, isso não decorreria certamente só do fato da passagem do ato, mas de circunstâncias exteriores estranhas a esse fato, provando que a expectativa das partes foi expressamente dirigida para esse local. Não ocorre o mesmo com o cumprimento que compete à essência da obrigação. Com efeito, a obrigação consiste em tornar certa e necessária uma coisa antes incerta e sujeita ao livre arbítrio de uma pessoa. Ora, a coisa tornada assim necessária e certa é precisamente o cumprimento da obrigação. É sobre isso que se concentra a esperança das partes. Por conseguinte, é da essência da obrigação que o local do cumprimento seja considerado como sede da obrigação e que nesse local se coloque a jurisdição especial da obrigação, em virtude da livre submissão” (grifos nossos). (SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema do direito romano atual*. Vol. VIII. Trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004. pp. 179-180).

²³ SAMTLEBEN, Jürgen. “Teixeira de Freitas e a autonomia das partes no direito internacional privado.” *Revista de Informação Legislativa*. nº 85, 1985. p. 262.

Apenas na segunda metade do século XIX, em 1865, foram julgados dois casos na Inglaterra em que foi assentado pelos tribunais o respeito à vontade das partes na escolha da lei aplicável. Em *Lloyd v. Guibert*²⁴ foi dito expressamente que a lei aplicável a um contrato é aquela que as partes tinham em mente para regê-lo.

Ole Lando explica que diversas razões justificam a aceitação da autonomia pelas cortes inglesas nesse período. Além de a autonomia ser embasada na filosofia dominante do século XIX do *laissez-faire*, era ainda um bom fundamento para a aplicação da *lex validatis*. E, sobretudo, a autonomia poderia ser usada como uma alternativa ao sistema de regras fixas, de acordo com o qual a *lex loci contractus* deveria reger necessariamente o contrato.²⁵

Em âmbito norte-americano, vale mencionar a decisão da Suprema Corte no caso *Pritchard v. Norton*²⁶, decidido em 1882, quando o tribunal conferiu prevalência à lei que considerou ter sido escolhida pelas partes. Tratava-se de um caso interno, em que não houve expresso reconhecimento da autonomia da vontade. Porém, foi mitigada a regra *lex loci contractus* ao se admitir que a lei aplicável ao contrato poderia ser tanto aquela do local de sua celebração quanto da sua execução, dependendo da vontade das partes.²⁷ A Corte mencionou “the principle that in every forum a contract is governed by the law with a view to which it was made” e que “the parties cannot be presumed to have contemplated a law which would defeat their engagements”.²⁸

1.1.3 O reconhecimento do princípio da autonomia da vontade no século XX

²⁴ 6 B & S 100 = 122 Eng. Rep. 1134. Foi dito expressamente que: “In such cases it is necessary to consider by what general law the parties intended that the transaction should be governed, or rather to what general law it is just to presume that they have submitted themselves in the matter.” E, um pouco mais adiante: “the rights of the parties to a contract are to be judged of by the law which they intended, or rather by which they may justly be presumed to have bound themselves.” Veja-se também *Peninsular and Oriental Steam Navigation Co. v. Shand*, (1865) 3 Moo. P.C. (N.S.), 272, 291=16 E.R. 103, 110.

²⁵ LANDO, Ole. *The conflict of laws of contracts: general principles*. Recueil des Cours, vol. 189 (1984-VI) p. 259.

²⁶ 106 U.S. 124 (1882).

²⁷ Confira-se estudo sobre o caso em WEINTRAUB, Russel J. *Commentary on the Conflict of Laws*. Nova Iorque: New York Foundation Press, 2001. pp. 444-445.

²⁸ Transcreve-se trecho da decisão: “The phrase *lex loci contractus* is used, in a double sense, to mean, sometimes, the law of the place where a contract is entered into; sometimes, that of the place of its performance. And when it is employed to describe the law of the seat of the obligation, it is, on that account, confusing. The law we are in search of, which is to decide upon the nature, interpretation, and validity of the engagement in question, is that which the parties have, either expressly or presumptively, incorporated into their contract as constituting its obligation. It has never been better described than it was incidentally by Chief Justice Marshall in *Wayman v. Southard*, 10 Wheat. 48, where he defined it as a principle of universal law – ‘the principle that in every forum a contract is governed by the law with a view to which it was made.’ The same idea had been expressed by Lord Mansfield in *Robinson v. Bland*, 2 Burr. 1077. ‘The law of the place,’ he said, ‘can never be the rule where the transaction is entered into with an express view to the law of another country, as the rule by which it is to be governed.’ And in *Lloyd v. Guibert*, L. R. 1 Q. B. 120, in the court of exchequer chamber, it was said that ‘it is necessary to consider by what general law the parties intended that the transaction should be governed, or, rather, by what general law it is just to presume that they have submitted themselves in the matter.’”

Na França, em 1910, foi julgado pela Corte de Cassação o célebre caso *American Trading Co.*²⁹, em que se decidiu, pela primeira vez no país, que a lei aplicável a um contrato seria aquela escolhida pelas partes, ainda que implicitamente.

O caso versava sobre um contrato de transporte marítimo concluído nos Estados Unidos, que tinha por objeto o transporte de mercadoria de propriedade da *American Trading Co* à França. Ao constatar que a mercadoria chegara avariada no porto francês, a *American Trading Co.* ajuizou ação indenizatória em face da empresa transportadora (*Québec Steamship*) e do capitão do navio. Discutia-se em juízo a validade da cláusula de exoneração de responsabilidade do capitão, inserida no contrato de afretamento (*charte-partie*). De acordo com a lei americana, tal cláusula era proibida e a sua inclusão em um contrato não produziria efeito algum, enquanto que em conformidade com a lei francesa tal disposição contratual era válida. Assim, a questão era saber qual a lei aplicável ao contrato: a lei americana - lei do lugar onde o contrato havia sido concluído - ou a lei francesa.

A Corte de Cassação decidiu que o fato de as partes terem inserido no contrato a cláusula de exoneração de responsabilidade, proibida pela lei americana, indicava que a vontade tácita dos contratantes teria sido pela escolha da lei francesa com relação a essa matéria, de acordo com a qual a cláusula era lícita.

Ao analisar o citado acórdão, Nadia de Araujo comenta que a Corte de Cassação privilegiou a concepção subjetivista da autonomia da vontade, segundo a qual a designação do direito aplicável depende exclusivamente da vontade dos contratantes.³⁰

Posteriormente, em 1950, no caso *Messageries maritimes*³¹, a Corte de Cassação conferiu limites à autonomia ao decidir que “tout contrat international est nécessairement rattaché à la loi d’un État”. Ou seja, para a Corte de Cassação francesa não existiria contrato desvinculado de lei estatal.

Em meados do século XX, destacou-se nos Estados Unidos o jurista Joseph Beale, que se posicionou contrariamente à autonomia da vontade. No seu entendimento, permitir a autonomia significaria autorizar às partes que legislassem por conta própria, inclusive fora dos

²⁹ JDI 1912.156 = S. 1911.I.129. Para comentários ao acórdão, veja-se ANCEL, Bertrand; LEQUETTE, Yves. *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. 3ª ed. Paris: Dalloz, 1998. pp. 83-90.

³⁰ Já segundo a concepção objetiva, uma lei jamais pode ser objeto de estipulação entre os contratantes. A prerrogativa das partes não é adotar uma lei, mas submeter-se a ela. A ideia é que a lei aplicável ao contrato deve ser determinada pelo juiz tendo em vista a vontade das partes quanto à localização do contrato. V. ARAUJO, Nadia de. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, MERCOSUL e convenções internacionais*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. pp. 61-66. Mohamed Mahmoud também ressalta que a decisão da Corte de Cassação privilegiou a concepção subjetivista da autonomia, que subordina a lei à vontade manifestada no contrato, e se coaduna com o princípio de *favor validatis*, segundo o qual se deve privilegiar a solução que confere validade ao contrato. (MAHMOUD, Mohamed Salah Mohamed. *Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé*. Recueil des Cours, vol. 315 (2005) p. 158).

³¹ Rev. crit. DIP, 1950. 609, nota Batiffol, D. 1951. 749. V. ANCEL, Bertrand; LEQUETTE, Yves. *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. 3ª ed. Paris: Dalloz, 1998. pp. 171-183.

contornos territoriais do Estado.³² Ao analisar a possibilidade de as partes escolherem a lei para reger o contrato, Beale afirma que:

“the fundamental objection to this in point of theory is that it involves permission to the parties to do a legislative act. It practically makes a legislative body of any two persons who choose to get together and contract. The adoption of a rule to determine which of several systems of law shall govern a given transaction is in itself an act of the law.”³³

Sob influência das ideias de Beale, o *First Restatement of Conflict of Laws* (1934)³⁴ não mencionou a possibilidade de escolha da lei pelas partes, de modo que prevaleceu o entendimento de que o contrato deveria ser regido pela lei do lugar de sua celebração. No melhor cenário, poderiam as partes incorporar disposições de lei estrangeira ao contrato, desde que permitido pela *lex celebrationis*.

Embora Beale tenha exercido influência sobre alguns juízes norte-americanos³⁵, a Suprema Corte não adotou o seu posicionamento com relação à autonomia. Em *Lauritzen v. Larsen*, de 1953, a Corte afirmou, *obiter dictum*, que em questões contratuais deveria ser aplicada a lei escolhida pelas partes para reger o acordo.³⁶ Do mesmo modo, entendeu-se em âmbito federal em *Siegelman v. Cunard White Star, Ltd.*, em 1955, tendo sido afirmado pelo Judge Harlan que “instead of viewing the parties as usurping the legislative function, it seems more realistic to regard them as relieving the courts of the problem of resolving a question of

³² Confira-se descrição do posicionamento de Beale em McCLEAN, David. *De conflictu legum: perspectives on private international law at the turn of the century - general course on private international law*. Recueil des Cours, vol. 282 (2000) pp. 131-137.

³³ BEALE, Joseph. “What law governs the validity of a contract”, 23 Harv. L. Rev. 260, 1910.

³⁴ Organizado pelo American Law Institute (ALI), o *First Restatement of Conflict of Laws* foi publicado em 1934 no intuito de promover esclarecimentos e simplificar a aplicação do direito internacional norte-americano, tendo em vista que os sistemas legais dos diversos estados diferem entre si. Consistiu em uma compilação do direito internacional privado do país, de observância não obrigatória, embora, em regra, fosse seguido pelos advogados e juízes. Em 1971, foi publicado o *Second Restatement*, que substituiu o primeiro, mediante atualização e com uma abordagem moderna acerca das matérias ali tratadas, inclusive no que se refere à autonomia da vontade. O *Second Restatement* já foi submetido a algumas revisões pelo Instituto. Sobre o papel dos *Restatements*, v. OLIVEIRA, Renata Fialho de. *Harmonização Jurídica no Direito Internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. pp. 50-51.

³⁵ Confira-se, a título exemplificativo, *Gerli v. Cunard*, 48 F.2d 115, 117 (2d Cir 1931): “People cannot by agreement substitute the law of another place; they may of course incorporate any provisions they wish into their agreements - a statute like anything else - and when they do, courts will try to make sense out of the whole, so far as they can.” E ainda: *Louis-Dreyfus v. Paterson Steamships*, 43 F.2d 824, 827 (2d Cir. 1930): “the parties cannot select the law which shall control, except as it becomes a term in the agreement, like the by-laws of a private association.”

³⁶ 345 U.S. 571 (1953). O caso dizia respeito à ação de indenização de um marinheiro dinamarquês contra o empregador dinamarquês, por acidente ocorrido em Cuba durante o trabalho em uma embarcação de bandeira dinamarquesa. O empregado defendia a aplicação da lei americana porque o contrato de trabalho teria sido concluído em Nova Iorque. A Suprema Corte afastou esse elemento de conexão, porque a ação não era baseada no contrato, mas em responsabilidade extracontratual: “But this action does not seek to recover anything due under the contract or damages for its breach.” Não obstante, a Corte se posicionou quanto à escolha da lei: “But if contract law is nonetheless to be considered, we face the fact that this contract was explicit that the Danish law and the contract with the Danish union were to control. Except as forbidden by some public policy, the tendency of the law is to apply in contract matters the law which the parties intended to apply. We are aware of no public policy that would prevent the parties to this contract, which contemplates performance in a multitude of territorial jurisdictions and on the high seas, from so settling upon the law of the flag-state as their governing code. This arrangement is so natural and compatible with the policy of the law that even in the absence of an express provision it would probably have been implied. (...) We think a quite different result would follow if the contract attempted to avoid applicable law, for example, so as to apply foreign law to an American ship.”

conflict of laws.”³⁷ Atualmente, o conceito da autonomia da vontade é matéria fundamental no capítulo de contratos do *Second Restatement of Conflict of Laws*³⁸ e no Código Comercial Uniforme.³⁹

Na Inglaterra, em 1937, Lord Atkin mencionou pela primeira vez em *Rex v. International Trustee for the Protection of Bondholders Aktiengesellschaft*⁴⁰ que, na busca pelo direito aplicável ao contrato (“proper law”⁴¹), a vontade das partes é o principal fator a ser considerado. Se a intenção não for expressa e conclusiva, deverá ser presumida pela Corte a partir dos termos e circunstâncias do contrato.

Pouco tempo depois, em 1939, foi decidido o caso *Vita Food Products, Inc. v. Unus Shipping Co. Ltd*⁴², considerado o acórdão marco acerca da possibilidade da escolha da lei aplicável a um contrato pelas partes. *Unus Shipping*, uma empresa da Nova Escócia, proprietária do navio “Hurry on”, acordou com uma empresa de Nova Iorque, a *Vita Foods*, transportar arenques para Nova Iorque. O acordo foi formalizado em conhecimentos de transporte (*bills of lading*) assinados em Newfoundland, local de onde saíram as mercadorias, tendo sido escolhida a lei inglesa para reger o contrato.

Em razão de negligência do capitão, o navio encalhou e a carga foi avariada. *Vita Foods* processou *Unus Shipping* e, em juízo, a questão principal era estabelecer qual a lei

³⁷ 221 F.2d 189, 195 (2dCir. 1955): “Instead of viewing the parties as usurping the legislative function, it seems more realistic to regard them as relieving the courts of the problem of resolving a question of conflict of laws. Their course might be expected to reduce litigation, and is to be commended as much as good draftsmanship which relieves courts of problems of resolving ambiguities. To say that there may be no reduction in litigation because courts may not honor the provision is to reason backwards. A tendency toward certainty in commercial transactions should be encouraged by the courts.”

³⁸ “§187 – Law of the State Chosen by the Parties. (1) The law of the state chosen by the parties to govern their contractual rights and duties will be applied if the particular issue is one which the parties could have resolved by an explicit provision in their agreement directed to that issue. (2) The law of the state chosen by the parties to govern their contractual rights and duties will be applied, even if the particular issue is one which the parties could not have resolved by an explicit provision in their agreement directed to that issue, unless either (a) the chosen state has no substantial relationship to the parties or the transaction and there is no other reasonable basis for the parties’ choice, or (b) application of the law of the chosen state would be contrary to a fundamental policy of a state which has a materially greater interest than the chosen state in the determination of the particular issue and which, under the rule of §188, would be the state of the applicable law in the absence of an effective choice of law by the parties. (3) In the absence of a contrary indication of intention, the reference is to the local law of the state of the chosen law.”

³⁹ O Código Comercial Uniforme consiste em um instrumento de harmonização da lei incidente sobre as relações comerciais nos estados norte-americanos. Trata-se de um projeto conjunto do *American Law Institute* e do *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*. A Seção 1-105(1) do Código Comercial Uniforme dispõe que: “Territorial Application of the Act; Parties’ Power to Choose Applicable Law. (1) Except as provided hereafter in this section, when a transaction bears a reasonable relation to this state and also to another state or nation the parties may agree that the law either of this state or of such other state or nation shall govern their rights and duties.”

⁴⁰ [1937] A.C. 500, 529. Transcreve-se trecho da decisão: “The legal principles which are to guide an English court on the question of the proper law of the contract are now well settled. It is the law which the parties intended to apply. Their intention will be ascertained by the intention expressed in the contract, if any, which will be conclusive. If no intention be expressed the intention will be presumed by the court from the terms of the contract and the relevant surrounding circumstances.”

⁴¹ “Proper law” é o termo que o direito inglês usa para se referir à lei que rege, por exemplo, o contrato. A “proper law” nem sempre decorre da escolha das partes, corresponde a “a succinct expression to describe the law governing many matters affecting a contract” (FAWCETT, James; CARRUTHERS, Janeen M. *Cheshire, North & Fawcett Private International Law*. 14th ed. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 666).

⁴² [1939] A.C. 277 (P.C.) = [1939] 1 All ER 513.

deveria ser aplicada ao contrato, o que era essencial para fins de determinação da responsabilidade. O *Privy Council* decidiu que a cláusula de eleição da lei deveria prevalecer, embora o contrato não tivesse qualquer contato com a Inglaterra. Não foi conferida qualquer relevância às regras da lei do local em que fora concluído o contrato. Em sua decisão, Lord Wright proclamou a autonomia da vontade na escolha da lei de forma ampla, nos seguintes termos:

“But where the English rule that intention is the test applies, and where there is an express statement by the parties of their intention to select the law of the contract, it is difficult to see what qualifications are possible, provided the intention expressed is *bona fide* and legal, and provided there is no reason for avoiding the choice on the grounds of public policy.”⁴³

A partir do século XX, tribunais de diversos Estados, como Bélgica, Holanda, Alemanha, Suíça, Dinamarca, Noruega e Suécia, dentre outros⁴⁴, passaram a reconhecer a prevalência da vontade das partes na escolha da lei aplicável.⁴⁵

Contemporaneamente, o significado da autonomia da vontade no direito internacional privado assumiu um contorno mais extenso. Não apenas significa a liberdade na escolha da lei aplicável ao contrato, como também vem sendo associado à possibilidade de escolha do foro e da arbitragem, sendo certo que na seara arbitral há também a possibilidade de escolha da lei aplicável para reger o mérito e o processo arbitral.

Na realidade, o princípio da autonomia se espalhou para além do âmbito contratual, podendo ser verificado em diversas outras relações jurídicas. Nesses casos, embora a faculdade de escolha seja mais restrita, resta inequívoco que a legislação se refere à autonomia da vontade.

⁴³ Leia-se trecho completo: “It will be convenient at this point to determine what is the proper law of the contract. In their Lordships’ opinion, the express words of the bill of lading must receive effect, with the result that the contract is governed by English law. It is now well settled that by English law (...) the proper law of the contract ‘is the law which the parties intended to apply’. That intention is objectively ascertained, and, if not expressed, will be presumed from the terms of the contract and the relevant surrounding circumstances (...) But where the English rule that intention is the test applies, and where there is an express statement by the parties of their intention to select the law of the contract, it is difficult to see what qualifications are possible, provided the intention expressed is *bona fide* and legal, and provided there is no reason for avoiding the choice on the grounds of public policy (...) There is, in their Lordships’ opinion, no ground for refusing to give effect to the express selection of English law in the bills of lading.”

⁴⁴ Confira-se o tratamento conferido à autonomia da vontade na escolha da lei nos países mencionados supra em LANDO, Ole. *The conflict of laws of contracts: general principles*. Recueil des Cours, vol. 189 (1984-VI) pp. 265 -284.

⁴⁵ Vale mencionar que, no Brasil, a evolução histórica da teoria da autonomia da vontade é abordada sob outro enfoque na obra de Serpa Lopes. O autor, influenciado por Machado Vilela, aponta três fases da evolução do princípio da autonomia: a fase de combate, a do exagero e a da reação. Em apertada síntese, a fase do combate seria aquela em que a teoria de Dumoulin sofreu severas críticas de d’Argentré e seus discípulos, nos séculos XVI e XVII. A fase do exagero corresponde àquela em que Hauss, e posteriormente Mancini, Laurent e Fiore, defenderam a aplicação irrestrita da autonomia. Finalmente, a fase da reação é aquela em que foram postos limites à liberdade quanto à escolha da lei. Essa abordagem acerca da evolução do princípio da autonomia da vontade é igualmente possível, mas por ter um caráter excessivamente doutrinário, privilegiou-se neste trabalho um enfoque em casos concretos de ampla repercussão. Confira-se em SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Comentário teórico e prático da Lei de Introdução ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho Editora, 1944. Vol. II. pp. 308-309.

O Regulamento Roma II permite claramente, em seu Art. 14, §1º, embora com alguns pressupostos, que “as partes podem acordar em subordinar obrigações extracontratuais à lei da sua escolha (...)”.⁴⁶

Na seara convencional, a autonomia já foi admitida em matéria de sucessões⁴⁷, regimes matrimoniais⁴⁸ e em relação aos *trusts*.⁴⁹ Recentemente, em 23/11/2007, a Conferência de Direito Internacional Privado da Haia concluiu o Protocolo sobre a Lei Aplicável às Obrigações Alimentares, que prevê a autonomia da vontade no campo da cobrança de alimentos.⁵⁰

Da mesma forma, extraem-se do direito interno alemão exemplos da autonomia em outros campos que não o contratual quando permite, ainda que de forma limitada, a escolha pelas partes da lei aplicável ao nome das pessoas⁵¹, ao regime de bens do casal⁵² ou mesmo à responsabilidade extracontratual.⁵³

Na esfera do direito internacional privado relativo aos contratos, a autonomia da vontade pode se expressar de outras formas além da possibilidade da escolha da lei. Os contratantes podem determinar previamente o tribunal que irá decidir eventual litígio decorrente do contrato, por meio de estipulação nesse sentido. É a conhecida cláusula de eleição de foro, que confere certeza às partes com relação ao local onde a possível controvérsia será decidida. A autonomia da vontade pode se manifestar, também, pela escolha da arbitragem. Essas três possibilidades de manifestação da autonomia da vontade serão abordadas nos itens a seguir do presente Capítulo.

1.2 Autonomia da vontade na escolha da lei aplicável

A possibilidade de as partes escolherem a lei aplicável para reger o contrato é reconhecida como um princípio fundamental do direito internacional privado. Ole Lando, em

⁴⁶ “Art. 14: 1. As partes podem acordar em subordinar obrigações extracontratuais à lei da sua escolha: a) Mediante convenção posterior ao fato que dê origem ao dano; ou, b) Caso todas as partes desenvolvam atividades econômicas, também mediante uma convenção livremente negociada, anterior ao fato que dê origem ao dano. A escolha deve ser expressa ou decorrer, de modo razoavelmente certo, das circunstâncias do caso, e não prejudicar os direitos de terceiros. (...)”

⁴⁷ Convenção da Haia sobre os Conflitos de Leis em Matéria de Forma das Disposições Testamentárias, 1961, Art. 1, e Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável às Sucessões *Causa Mortis*, 1989, Art. 5.

⁴⁸ Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável aos Regimes Matrimoniais, 1978, Arts. 3 e 6.

⁴⁹ Convenção da Haia Relativa à Lei Aplicável ao Trust e ao seu Reconhecimento, 1985, Art. 6.

⁵⁰ O Protocolo ainda não entrou em vigor.

⁵¹ Art. 10, §§1º e 2º à Lei de Introdução ao Código Civil Alemão (EGBGB - Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch).

⁵² Art. 14, II e III, bem como Art. 15, II, EGBGB.

⁵³ Art. 42, EGBGB, que só é aplicável às causas que estejam fora do âmbito de aplicação de Roma II.

seu curso apresentado na Academia de Direito Internacional Privado da Haia, chegou a afirmar que a autonomia da vontade é um ponto em comum entre todos os sistemas legais, que divergem entre si apenas com relação aos limites conferidos à autonomia:

“The parties’ right to choose the law which governs an international contract is so widely accepted by the countries of the world that it belongs to the common core of the legal systems. Differences only exist concerning the limits of the freedom of the parties. Some countries seem to allow the parties an almost unrestricted freedom to choose the applicable law. Others limit their freedom either by demanding a local contact with the legal system chosen or by excluding some questions which are covered by mandatory rules or some contracts from being affected by the parties’ choice of law.”⁵⁴

A partir da afirmativa de Lando é possível abordar dois aspectos relativos à autonomia: o seu reconhecimento em âmbito global e os limites em que pode ser exercida.

Com relação ao primeiro aspecto, a análise das convenções internacionais e da legislação interna de diversos Estados confirma a assertiva de que a liberdade de as partes escolherem livremente a lei aplicável ao contrato entre si celebrado é um princípio atualmente consagrado.⁵⁵

Andreas F. Lowenfeld chega a afirmar que as discussões sobre a possibilidade de escolha da lei já estão ultrapassadas, haja vista a sua consagração em diversos normativos.⁵⁶ Cita-se, meramente para indicação, o Art. 3º do Regulamento Roma I⁵⁷, atualmente em vigor em todos os Estados-membros da União Europeia, com exceção da Dinamarca, e os já referidos *Restatement (Second)*, §187, e Código Comercial Uniforme, §1-105, dos Estados Unidos.⁵⁸ Ainda, a autonomia da vontade é apoiada pelo Instituto de Direito Internacional, que na Sessão da Basileia de 1991, aprovou texto reconhecendo a liberdade de as partes escolherem a lei aplicável para reger os contratos internacionais.⁵⁹

Não será objeto deste trabalho o estudo acerca dos textos normativos sobre a autonomia na escolha da lei, pois nesse caso se incorreria em desvio dos objetivos traçados.

⁵⁴ LANDO, Ole. *The conflict of laws of contracts: general principles*. Recueil des Cours, vol. 189 (1984-VI) pp. 237-238.

⁵⁵ Para uma profundo estudo acerca da autonomia da vontade no direito internacional privado convencional, confira-se ARAUJO, Nadia de. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, MERCOSUL e convenções internacionais*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009; DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado (parte especial) - contratos e obrigações no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. esp. p. 481; VERÇOSA, Fabiane Figueiredo de Azevedo. “Autonomia da vontade nos contratos internacionais: eleição da lei aplicável no direito convencional e no direito internacional privado brasileiro”. Dissertação de Mestrado em Direito Internacional e Integração Econômica pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: UERJ, 2003.

⁵⁶ “Today, the debates about selection of the applicable law by the parties to a contract seem a bit old-fashioned.” (LOWENFELD, Andreas F. *International litigation and the quest for reasonableness: general course on private international law*. Recueil des Cours, vol. 245 (1994-I) p. 258).

⁵⁷ “Art. 3º: O contrato rege-se pela lei escolhida pelas partes. A escolha deve ser expressa ou resultar de forma clara das disposições do contrato, ou das circunstâncias do caso. Mediante a sua escolha, as partes podem designar a lei aplicável à totalidade ou apenas a parte do contrato.”

⁵⁸ Ver notas 38 e 39 acima.

⁵⁹ “Article 2: Les parties ont le libre choix de la loi applicable à leur contrat. Elles peuvent convenir de l’application de tout droit étatique.”

Entretanto, é compartilhada a conclusão já constatada por tantos especialistas de que o respeito à escolha da lei pelos contratantes é uma realidade do direito internacional privado contemporâneo.⁶⁰

O segundo aspecto suscitado por Lando refere-se à principal questão que se coloca atualmente com relação à autonomia, isto é, a delimitação dos seus contornos.⁶¹ Esse mesmo ponto foi ressaltado por Thalia Kruger em seu estudo sobre a viabilidade da elaboração de uma futura convenção preparada pela Conferência de Direito Internacional Privado da Haia sobre a lei aplicável aos contratos internacionais. De acordo com o seu relatório, embora seja amplamente admitida a autonomia das partes na escolha da lei aplicável aos contratos internacionais, essa liberdade se sujeita a uma série de limitações que variam de acordo com os diferentes sistemas legais. Por conseguinte, a fixação dos limites da autonomia consiste na principal matéria a ser objeto de definição em âmbito global.⁶²

Antes de adentrarmos o assunto, serão feitos alguns esclarecimentos fundamentais. Há que se ter em mente que a vontade das partes na escolha da lei não necessariamente é externada de forma expressa.⁶³ A.L. Diamond reconhece quatro tipos de manifestação acerca da escolha da lei: a escolha expressa (*express choice*), a escolha implícita (*implicit choice*), a escolha deduzida (*inferred choice*) e a escolha sugerida (*implied choice*).⁶⁴

A escolha expressa ocorre quando há menção textual no contrato a uma determinada lei, como por exemplo “este contrato será regido pela lei francesa”. Da mesma forma, também deve ser considerada como uma menção expressa à lei aplicável a cláusula “esse contrato será

⁶⁰ “The general rule, which the vast majority of countries apply to a greater or lesser extent, is that the parties are free to choose the applicable law. All four of the Conventions I have mentioned have this rule (1955 Sales Convention, Article 2; Agency Convention, Article 5; Rome Convention, Article 3; 1985 Sales Convention, Article 7), as do most of the national codifications to which I have been able to refer.” (DIAMOND, Aubrey L. *Harmonization of private international law relating to contractual obligations*. Recueil des Cours, vol. 199 (1986-IV) p. 254). E ainda: “A autonomia da vontade na determinação do direito aplicável às obrigações contratuais constitui hoje um princípio do Direito Internacional Privado comum à esmagadora maioria dos sistemas nacionais.” (PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Internacional Privado – parte especial (direito de conflitos)*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 168).

⁶¹ É interessante observar que, já na década de 50, a doutrina internacionalista tentava estabelecer limites à liberdade das partes na escolha da lei aplicável. Veja-se, a título exemplificativo, YNTEMA, Hessel E. “ ‘Autonomy’ in Choice of Law”, 1 Am. J. Comp. L 341, 1952, esp. PP. 353-356. No entanto, até hoje os limites à autonomia não são fixados de forma uniforme em âmbito internacional.

⁶² KRUGER, Thalia. *Feasibility study on the choice of law in international contracts – overview and analysis of existing instruments*. Preliminary Document No 22 B of March 2007, for the Permanent Bureau. Acesso em www.hcch.net, em 07/08/2008.

⁶³ Apenas a título de esclarecimento, vale mencionar que em muitos casos as partes de um contrato internacional são pessoas jurídicas. Nestas situações, deve-se verificar a nacionalidade das mesmas e a lei aplicável sobre o funcionamento da sociedade, dentre outras questões. Sobretudo em razão do crescimento do fenômeno da transnacionalidade, o tratamento conferido à pessoa jurídica no plano internacional vem enfrentando novos desafios a partir do século XX. Sobre essa questão, v. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. “As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional”. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (coords.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo - Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. pp. 455-492.

⁶⁴ DIAMOND, Aubrey L. *Harmonization of private international law relating to contractual obligations*. Recueil des Cours, vol. 199 (1986-IV) pp. 254-259.

interpretado de acordo com a lei francesa”. O mesmo se diga com relação à cláusula “esse contrato deve ser considerado como tendo sido celebrado na França”, que pode ser lida, na opinião de Diamond, como uma escolha expressa da lei.⁶⁵

Já a escolha implícita é inferida a partir da genuína vontade das partes. Embora não seja formalizada a eleição de lei em cláusula separada, extrai-se dos termos e condições do contrato que as partes tinham em mente uma determinada lei para reger o acordo, e que essa decisão foi tomada de forma consciente. Lê-se a partir da cláusula “não obstante o disposto no artigo “X” do Código Civil Francês, as partes acordam que (...)” uma clara indicação de que a lei francesa rege o acordo. Outro exemplo de escolha implícita é verificado quando as partes escolhem um contrato padrão, que é conhecido por ser regido por um determinado sistema legal.⁶⁶

Diz-se que a escolha é deduzida quando não é feita menção no contrato acerca da escolha da lei, mas diante de um caso concreto o tribunal conclui qual havia sido a lei escolhida pelas partes para reger o contrato. Nessa hipótese, a questão é saber em que medida o tribunal efetivamente deduziu a escolha a partir da vontade das partes, ao invés de definir, por conta própria, qual deveria ser a lei aplicável. Neste último caso, não se pode falar em liberdade de escolha da lei.⁶⁷

Finalmente, a escolha sugerida (*implied choice*) versa sobre hipótese em que não há efetivamente eleição de lei pelas partes, e sim escolha pelo tribunal de disposição legal ou convencional específica sobre determinada matéria, que deveria ter sido acordada pelos contratantes, mas não o foi.⁶⁸ Nessa hipótese, não se pode falar que tenha havido uma escolha pelas partes, na medida em que a identificação da lei aplicável ao contrato terá sido feita pelo tribunal.

Não é demais ressaltar que, quando se fala em autonomia da vontade no direito internacional privado, não se está aludindo à mera faculdade de as partes convencionarem acerca de regras dispositivas de determinado sistema legal. Essa possibilidade é inegavelmente conferida aos contratantes de acordo com a autonomia privada, mas já o seria independentemente da internacionalidade do contrato. Conforme já enfatizado, a autonomia a

⁶⁵ DIAMOND, Aubrey L., op. cit. nota 64, p. 255.

⁶⁶ DIAMOND, Aubrey L., op. cit. nota 64, pp. 256-257.

⁶⁷ DIAMOND, Aubrey L., op. cit. nota 64, pp. 258.

⁶⁸ DIAMOND, Aubrey L., op. cit. nota 64, pp. 258-259.

que nos referimos versa sobre a escolha de um determinado ordenamento jurídico pelos contratantes para reger o seu negócio.⁶⁹

1.2.1 Limites à autonomia da vontade na escolha da lei

Mesmo sendo possível a escolha da lei pelas partes, e, reitera-se, de fato a autonomia é aceita na maioria dos sistemas legais, entende-se que a validade dessa manifestação está sujeita a determinados limites.⁷⁰ Peter Nygh enuncia cinco condições tradicionalmente apontadas para que se possa reconhecer a autonomia da vontade na escolha da lei, que serão sucintamente abordadas, a saber:⁷¹

- (i) o contrato deve ser caracterizado como um contrato internacional;
- (ii) a lei escolhida deve ter alguma relação com o negócio ou com as partes, ou, ao menos, deve haver uma razoável razão para a escolha daquela lei;
- (iii) a lei escolhida deve pertencer a um sistema legal contemporâneo, de modo que qualquer alteração nesta lei vinculará as partes;
- (iv) a escolha da lei deve ser tomada de boa-fé e não pode ser contrária à ordem pública do foro;
- (v) a escolha da lei deve ser feita de forma livre e voluntária.

O primeiro elemento limitador à manifestação da autonomia da vontade na escolha da lei consiste na caracterização do contato como sendo internacional.⁷² A questão é saber quais são os elementos que identificam a internacionalidade de um contrato, distinguindo-o de um contrato interno.

⁶⁹ Ole Lando ressalta a diferença entre a referência a uma lei estrangeira para reger o contrato (*party reference*) e a inclusão de regras de direito estrangeiro no contrato (*incorporation*). No primeiro caso, a escolha da lei consiste em um elemento de conexão, enquanto que na segunda hipótese a possibilidade de escolha de regras da lei estrangeira extrai a sua validade da própria lei imperativa aplicável ao contrato. Naquilo que lei do contrato permitir, poderá haver disposição das partes. Não há, neste caso, efetivamente uma escolha de lei imperativa estrangeira. (LANDO, Ole. *The conflict of laws of contracts: general principles*. Recueil des Cours, vol. 189 (1984-VI) pp. 255-256). Ainda acerca da incorporação de uma lei estrangeira ao contrato, v. FRANCESCINI, José Inácio Gonzaga. “A lei e o foro de eleição em tema de contratos internacionais”. In: RODAS, João Grandino (coord.). *Contratos internacionais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 75-77.

⁷⁰ Na doutrina brasileira, alguns elementos limitadores à plena autonomia da vontade são descritos por BASSO, Maristela. “A autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio”. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; HUCK, Hermes Marcelo; CASELLA, Paulo Borba (coords). *Direito e Comércio Internacional: Tendências e Perspectivas - Estudos em Homenagem ao Prof. Irineu Strenger*. São Paulo: Ltr., 1994. pp. 42-66.

⁷¹ NYGH, Peter. *Autonomy in international contracts*. Oxford University Press, 1999. pp. 46-71.

⁷² Em contratos que não apresentem qualquer elemento de estraneidade, é possível a referência a direito material estrangeiro, desde que não haja ofensa a normas imperativas do foro. No entanto, em situações puramente internas não se permite às partes afastar regras imperativas do direito nacional. Vale mencionar que a Lei de Arbitragem adota uma posição liberal ao admitir a autonomia da vontade na escolha da lei tanto em arbitragens internas como internacionais, em seu Art. 2º.

Não há uma definição clara a esse respeito quer seja na legislação de a maior parte dos Estados ou em convenções internacionais. Normalmente, cita-se o fato de as partes possuírem seus negócios ou serem domiciliadas em diferentes Estados, ou então o local da execução ou do pagamento ser concluído no estrangeiro como elementos suficientes para a caracterização da internacionalidade de um contrato. Alguns admitem que a simples escolha da lei estrangeira já seria um fator apto a tornar um contrato internacional, estando longe de ser pacífico esse entendimento.⁷³

Outra possível condição à escolha da lei pelas partes seria a sua necessária conexão com o contrato. Discute-se se é possível a eleição de um sistema legal que não apresente nenhum ponto de contato objetivo ou subjetivo com o negócio, que não a manifestação de vontade das partes. Sobre essa questão, pode-se dizer que, hoje, não é considerado decisivo que a escolha da lei recaia sobre um sistema legal conectado com o contrato ou com as partes, sendo possível a eleição de uma lei considerada neutra.⁷⁴

Necessariamente, os contratantes devem escolher a lei de um determinado sistema legal contemporâneo para reger o contrato entre si celebrado. Eventuais alterações na lei escolhida afetarão o contrato, na medida em que a sua sujeição a um determinado sistema legal não se restringe às regras vigentes no momento de sua celebração.⁷⁵

A escolha da lei aplicável deve consistir em uma decisão tomada de boa-fé, e não pode contrariar a ordem pública do foro.⁷⁶ Assim, caso sob a perspectiva do tribunal nacional seja caracterizada violação à ordem pública internacional, mesmo que as partes tenham escolhido de boa-fé uma lei estrangeira, essa não poderá ser aplicada.⁷⁷

Finalmente, a escolha da lei deve ser feita de forma livre e voluntária, sem que haja imposição da vontade da parte mais forte da relação contratual. Este pressuposto é especialmente delicado nos contratos relativos a consumo e trabalho, exemplos clássicos em que uma das partes é considerada economicamente mais fraca. Nestes casos, a possibilidade de escolha da lei aplicável deve ser conciliada com a necessária proteção especial conferida à parte mais fraca.⁷⁸

⁷³ NYGH, Peter, op. cit. nota 71, pp. 47-55.

⁷⁴ NYGH, Peter, op. cit. nota 71, pp. 55-60.

⁷⁵ NYGH, Peter, op. cit. nota 71, pp. 60-66.

⁷⁶ Com relação a essa condição, remetemos a decisão de Lord Wright no caso Vita Food, já descrita no item 1.3. supra, em que ele mencionou que a intenção das partes na escolha da lei deve ser “*bona fide and legal*”.

⁷⁷ Confira-se DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado (parte especial) - contratos e obrigações no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. pp. 474-477. Acerca da evolução do princípio da ordem pública e a sua caracterização, confira-se DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado (parte especial) - contratos e obrigações no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. pp. 115-190.

⁷⁸ A preocupação do direito internacional privado com a “parte fraca” (*partie faible*) em matéria contratual foi externada em diversas obras sobre o tema, como, e.g., POCAR, Fausto. *La protection de la partie faible en droit international privé*. Recueil

Como salienta Mohamed Mahmoud, em situações em que é verificada uma acentuada disparidade de força entre os contratantes, aceitar a autonomia importa em conferir efeito à vontade de apenas uma parte, o que significa dizer que a autonomia seria uma pura ficção:

“Dans la plupart des situations contractuelles se traduisant par une grande disparité de puissance entre les contractants, s’en tenir à la loi d’autonomie c’est en réalité accepter de donner effet à la volonté d’une seule partie, en l’occurrence la plus forte. (...) Lorsque l’une des parties est dans la position de dicter le choix de la loi applicable et de la juridiction compétente à l’autre partie, et que ce choix est motivé par la volonté de soustraire le contrat aux dispositions d’un droit protecteur, la référence à la loi d’autonomie devient une pure fiction. Ignorer cette réalité c’est accepter la consécration de la loi du plus fort.”⁷⁹

Verifica-se, portanto, que embora seja altamente complexo estabelecer com precisão os limites em que deve ser aceita a escolha das partes acerca da lei aplicável, é certo que a autonomia não pode ser reconhecida em todas as hipóteses indistintamente.

1.2.2 Alguns apontamentos sobre a autonomia da vontade na escolha da lei aplicável de acordo com a legislação brasileira

No Brasil, não há previsão expressa na legislação em vigor autorizando a autonomia da vontade, o que enseja uma acirrada discussão entre os doutrinadores internacionalistas acerca da possibilidade de escolha da lei pelas partes em contratos internacionais. A discussão gravita em torno da redação do art. 9º da LICC, segundo o qual: “*Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.*” A questão é saber se é possível uma leitura teleológica do dispositivo, vislumbrando-se uma regra não expressamente escrita.

O dispositivo anterior ao atual art. 9º, *caput*, da LICC que regulava a matéria era o Art. 13 da Introdução ao Código Civil (1916), que permitia a eleição do direito aplicável ao contrato. A norma autorizava a autonomia por via indireta: “*Regulará, salvo disposição em contrário, quanto à substância e aos efeitos das obrigações, a lei do lugar onde foram contraídas.*” Portanto, as partes podiam avençar a aplicação de uma lei que não a do lugar onde as obrigações houvesse sido contraídas para reger o contrato, com respaldo na lei

des Cours, vol. 188 (1984-V). O autor expressa que a limitação da autonomia da vontade é a única forma de eliminar a opressão da parte mais forte na escolha da lei: “Ainsi qu’il a déjà été indiqué, la cause principale de la possibilité que les équilibres entre les parties d’un contrat se résolvent dans une oppression du faible de la part du fort réside essentiellement dans l’autonomie des parties, qui représente d’ailleurs le principe fondamental dont s’inspire dans n’importe quel système juridique le droit international privé en matière contractuelle. Il en découle que la limitation de l’autonomie des parties contractantes constitue le moyen principal d’élimination de cette oppression.” (p. 164).

⁷⁹ MAHMOUD, Mohamed Salah Mohamed. *Loi d’autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé*. Recueil des Cours, vol. 315 (2005) p. 164.

brasileira. Conforme salientado por Lauro Gama, o contrato fundava-se no paradigma voluntarista, que imperou absoluto durante o século XIX e nas primeiras décadas do século XX.⁸⁰

Em 1942, em plena ditadura do Governo Vargas, a Introdução ao Código Civil foi revogada por um Decreto-lei que passou a ser conhecido como Lei de Introdução ao Código Civil. Nesse novo diploma legal, foi suprimida a expressão “salvo disposição em contrário”, sendo então iniciada a discussão acerca da permanência ou não da autonomia da vontade no direito brasileiro.⁸¹

Para Oscar Tenório, a autonomia da vontade continua a existir no ordenamento pátrio, porém de forma indireta. Sob esta lógica, a autonomia da vontade deveria ser reconhecida quando autorizada pela lei do local da celebração do contrato, indicada conforme o art. 9º da LICC.⁸² Serpa Lopes, por sua vez, entende que seria possível a autonomia da vontade, desde que, além de permitida pela lei do local de constituição da obrigação, não estivesse em jogo no caso concreto uma lei imperativa.⁸³

Irineu Strenger, em recente obra sobre os contratos internacionais, afirma que o sistema jurídico brasileiro estabelece restrições ao princípio da autonomia, o que parece indicar que Strenger não concebe o ordenamento brasileiro como integralmente favorável ao princípio.⁸⁴

Haroldo Valladão e Jacob Dolinger⁸⁵ entendem que o art. 9º da LICC não proibiu a autonomia da vontade e a liberdade de escolha da lei não desapareceu do direito brasileiro por

⁸⁰ GAMA JUNIOR, Lauro. “Autonomia da vontade nos contratos internacionais no Direito Internacional Privado brasileiro: Uma leitura constitucional do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável”. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (orgs). *O direito internacional contemporâneo - Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 604.

⁸¹ Sobre as linhas doutrinárias a respeito do tema, v. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. “Batalha das formas e negociação prolongada nos contratos internacionais”. In: RODAS, João Grandino (coord.). *Contratos internacionais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 253-254.

⁸² TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*. 11ª ed. rev. e atual. por Jacob Dolinger. Vol. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976. pp. 176-181. e TENÓRIO, Oscar. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955. pp. 327-335.

⁸³ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Comentário teórico e prático da Lei de Introdução ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho Editora, 1944. Vol. II. pp. 315-317.

⁸⁴ “Contemporaneamente, é bastante raro que não se adote essa faculdade. Sempre com a inevitável ressalva da ordem pública, dificilmente um tribunal deixará de reconhecer validade a cláusulas dessa natureza. Não é menos verdade, porém, que alguns sistemas jurídicos estabelecem restrições ao princípio da autonomia contratual, como é o caso, do ponto de vista formal, do sistema jurídico positivo brasileiro.” (STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 127).

⁸⁵ Segundo Jacob Dolinger: “Considerando que nosso comércio internacional é voltado principalmente para a Europa e os Estados Unidos, e que em ambos estes mercados, tanto por força de leis internas como pelas convenções internacionais, a liberdade de escolha da lei aplicável é princípio consolidado, cabe à doutrina brasileira proclamar alto e bom som que não será a lentidão burocrática em remeter ao Congresso para aprovação a Convenção do México por nós assinada, nem o desinteresse do Congresso em aprovar uma nova lei sobre o Direito Internacional Privado que irão manter-nos em posição diametralmente oposta a todo o mundo civilizado, mormente quando a lei que temos, de 1942, em seu art. 9º, já foi interpretada favoravelmente à autonomia da vontade por aquele a quem o Brasil mais deve no campo do Direito Internacional Privado. Outrossim, o direito brasileiro sempre admitiu a interpretação teleológica da lei, e segundo esta, é indubitável que,

omissão a sua referência expressa. Esses doutrinadores defendem que é necessário que seja feita uma interpretação teleológica da lei, levando-se em conta, inclusive, a legislação passada. Caso contrário, o Brasil estaria adotando uma postura já ultrapassada no âmbito do direito internacional privado contemporâneo.

Dentre outros argumentos para justificar a possibilidade da autonomia no direito brasileiro, Valladão afirma que a autonomia continua a existir no §2º do Art. 9º da LICC, através do verbo “reputa-se”, sinônimo de “presume-se”. Corresponderia o “reputa-se” à tradicional ressalva “salvo estipulação em contrário”.⁸⁶

Por outro lado, outros especialistas no DIPr brasileiro entendem que atualmente não há no ordenamento jurídico pátrio elementos concretos que autorizem a escolha da lei aplicável, sobretudo considerando a evolução legislativa sobre a questão. Isto é, a retirada da expressão “salvo disposição em contrário” não teria sido um mero esquecimento ou descuido do legislador, e sim seria reflexo de uma deliberada restrição da liberdade contratual como consequência de uma maior interferência do Estado nas relações privadas. São defensores desse posicionamento, dentre outros, João Grandino Rodas⁸⁷, Nadia de Araujo⁸⁸ e Maria Helena Diniz.⁸⁹

considerada a realidade das relações jurídicas internacionais da atualidade, considerado o panorama do Direito Internacional Privado Contemporâneo, considerados os interesses da economia brasileira, em crescente internacionalização, que o art. 9º da LICC não impõe qualquer óbice à escolha de outra lei que a *lex contractus*.” (DOLINGER, Jacob. “A livre escolha pelas partes da lei aplicável nos contratos internacionais”. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. n° 2. p. 243). Igualmente: DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado (parte especial) - contratos e obrigações no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. pp. 450-461, esp. 457-458.

⁸⁶ “De fato, esta fórmula ‘presume-se’, ‘reputa-se’, cobre sempre o princípio da autonomia da vontade, abrindo a tradicional ressalva ‘salvo estipulação em contrário’, ou ‘em falta de vontade expressa ou tácita’. Havendo tal escolha expressa ou tácita, não predomina a lei da residência do proponente, substituída pela eleita pelas partes.” (VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado - em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados americanos*. Vol. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977. p. 186).

⁸⁷ “Perante o *caput* taxativo do art. 9º da Lei de Introdução vigente, não se pode afirmar a existência da autonomia da vontade para a indicação da norma aplicável, no Direito Internacional Privado brasileiro. Fica às partes unicamente o exercício da liberdade contratual na esfera das disposições supletivas da lei aplicável, por determinação da *lex loci contractus*.” (RODAS, João Grandino. “Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais”. *In: RODAS, João Grandino (coord.). Contratos internacionais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 59).

⁸⁸ Nadia de Araujo defende sua posição de forma bastante clara quando afirma que: “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 artigo. 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.” (ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. pp. 375-376).

⁸⁹ DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 321-328, esp. p. 324.

Há, ainda, outras manifestações doutrinárias brasileiras acerca da autonomia da vontade, que não serão aqui analisadas.⁹⁰ Não obstante, vale ressaltar que embora a doutrina nacional divirja com relação à existência da autonomia da vontade na escolha da lei no ordenamento pátrio, os autores internacionalistas contemporâneos se manifestam unanimemente favoráveis à liberdade na escolha da lei. A diferença é que para uns a LICC deveria ser alterada, de modo a autorizar a liberdade na escolha da lei mediante convenção, enquanto que para outros já está suficientemente claro na legislação em vigor que as partes podem avençar a lei que pretendem seja aplicável ao contrato.

Com relação à jurisprudência nacional, verifica-se que a questão jamais chegou a ser enfrentada diretamente pelos tribunais superiores. Por conseguinte, não é possível afirmar com segurança qual é o entendimento prevalente acerca do Art. 9º da LICC.⁹¹

1.3 Autonomia da vontade na escolha do foro

A autonomia da vontade na escolha do foro consiste na possibilidade de as partes contratantes decidirem o tribunal que será competente para resolver eventuais controvérsias advindas do seu acordo. Em geral, a eleição é formalizada em uma cláusula inserta no contrato principal, conhecida como cláusula de eleição de foro.⁹²

A vontade das partes com relação à eleição do foro pode atuar no sentido positivo, inserindo hipótese não prevista na norma interna sobre o exercício da função jurisdicional (prorrogação de jurisdição) ou no sentido negativo, afastando a jurisdição do Estado (derrogação de jurisdição).⁹³ Os casos que versam sobre a derrogação de jurisdição são, em regra, admitidos com maiores ressalvas.⁹⁴

⁹⁰ Cita-se, por exemplo, Amílcar de Castro, que chega a afirmar que “não existe a suposta autonomia da vontade, pois o que há é liberdade concedida pelo direito, e por este limitada.” (CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*. 6ª ed. atual. com notas de rodapé por Carolina Cardoso Guimarães Lisboa. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 372).

⁹¹ Um dos acórdãos usualmente citados pela doutrina acerca do tema é o RE 93.131/MG, decidido pelo STF em 1991. No caso, a questão da autonomia não chegou a ser tratada diretamente, sendo a decisão pouco esclarecedora sobre o real significado do Art. 9º da LICC.

⁹² Conforme definição de Marcelo De Nardi, esta cláusula “traduz-se em indicar o compromisso das partes de submeterem-se a certo órgão jurisdicional para exame dos litígios emergentes do contrato, com o objetivo de prever o resultado de acordo com o prestígio da corte escolhida.” (DE NARDI, Marcelo. “Eleição de foro em contratos internacionais: uma visão brasileira”. In: RODAS, João Grandino (coord.). *Contratos internacionais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 122-194.

⁹³ Sobre essa abodagem, v. TIBURCIO, Carmen. “Comentários ao Recurso Especial nº 251.438: três temas de processo internacional”. In: *Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 83-121, esp. pp. 86-87.

⁹⁴ Essa questão será estudada no Capítulo 3 com relação à jurisdição brasileira.

A escolha do foro pelos contratantes apresenta diversas vantagens. Primeiramente, minimiza o risco de futuras discussões acerca da jurisdição que deve decidir a causa, o que representa menor custo para eventual litígio. Ademais, a certeza sobre o foro confere às partes relevantes informações acerca da confiabilidade que podem depositar no tribunal e prazo estimado para a resolução do conflito. Esses dados serão considerados quando da negociação dos termos e condições do contrato, inclusive estipulação do preço. Adicionalmente, a eleição pode ser feita para garantir que a causa seja apreciada por um foro que possui *expertise* na apreciação de determinada matéria ou então considerado neutro pelos contratantes, o que consiste em outra vantagem decorrente da escolha do órgão jurisdicional.

É fundamental que se tenha em mente que a lei do foro irá determinar se a escolha das partes acerca da lei aplicável ao contrato será ou não observada, bem como irá fixar seus limites. Se, por hipótese, o foro acionado não admitir a autonomia na escolha da lei, não terá eficácia alguma a convenção feita pelos contratantes acerca da lei aplicável. De igual modo, se a lei escolhida atentar contra norma de ordem pública de caráter internacional do foro, não será aplicada pelo tribunal. Destarte, a escolha do foro garante previsibilidade às partes não apenas com relação ao tribunal a ser acionado, mas também quanto à observância da lei selecionada. Portanto, em teoria, a escolha do foro deve preceder a escolha da lei aplicável.⁹⁵

Na ausência de escolha da lei pelas partes, são as regras de conexão do foro que irão determinar o direito aplicável. Nesses casos, a escolha do foro assume especial relevância, pois são as normas ali em vigor que irão definir a lei aplicável ao contrato.

Embora sejam muitas as vantagens que a escolha do foro representa para as partes, Andreas F. Lowenfeld ressalta que contratos celebrados sem a inserção de cláusula de eleição de foro são mais comuns do que se imagina. Segundo o autor, não é a ausência de advogados envolvidos nas negociações que justifica esse fato, mas sim a crença da parte de que provavelmente será ré em uma eventual ação, e não autora, não tendo, portanto, qualquer incentivo na determinação do foro de antemão.⁹⁶

Ademais, ainda de acordo com Lowenfeld, não é incomum que uma parte se recuse a acordar previamente que será acionada no tribunal localizado no território da outra parte. Se o mais importante é concluir o contrato, travar as negociações em razão da escolha do foro pode não ser interessante aos contratantes. Assim, as partes muitas vezes optam por postergar a

⁹⁵ Ver item 5.1 abaixo.

⁹⁶ LOWENFELD, Andreas F. "Transatlantic business transactions: some questions for the lawyers", 26 Hous. J. Int'l L. 251, 2003-2004, esp. p. 258.

discussão sobre o foro que deverá analisar a causa para o momento em que de fato há um litígio a ser resolvido pelo Judiciário.⁹⁷

Em alguns casos, a ausência da escolha sobre o foro leva as partes a se utilizarem de fatores não diretamente relacionados à causa para determinarem o local da propositura da ação. Por exemplo, o foro dos Estados Unidos é conhecido pelas suas condenações milionárias, pela “generosidade” das decisões do júri e pela facilidade de movimentação da Justiça, sobretudo em matéria de responsabilidade extracontratual⁹⁸, o que induz os litigantes a ajuizar ação no local, embora muitas vezes a controvérsia tenha pouco contato com o país.⁹⁹

Essa busca do autor da ação pelo foro que lhe trará maiores vantagens, quer seja pela lei que será aplicada, pelo procedimento ou qualquer outro fator, é conhecida como *forum shopping*. A forma encontrada pelos tribunais para afastar os casos com pouco contato com o foro acionado é feita mediante a utilização da doutrina *forum non conveniens*, que será analisada no item 3.3 abaixo.¹⁰⁰

Se as partes acordam de antemão em que foro irão litigar, afastam a possibilidade de ocorrência do *forum shopping* após o surgimento do litígio, sendo esta mais uma vantagem da eleição de foro de que se pode dar notícia.¹⁰¹

1.3.1 A cláusula de eleição de foro como um indicador da escolha da lei

É muito comum a confusão entre a cláusula de eleição de lei aplicável e a cláusula de eleição de foro. A primeira determina a lei que irá reger o contrato; consiste em uma regra de

⁹⁷ LOWENFELD, Andreas F., op. cit. nota 96.

⁹⁸ Weintraub afirma que os Estados Unidos é um foro magnético para estrangeiros que tenham sofrido dano: “With rare exceptions (...) the United States is a magnet forum for injured foreigners. Plaintiffs flock to United States courts for two reasons – higher recoveries and lower barriers to suit.” (WEINTRAUB, Russel J. *Commentary on the Conflict of Laws*. Nova Iorque: New York Foundation Press, 2001. p. 263).

⁹⁹ Há uma famosa frase de Lord Denning que afirma que um litigante é atraído para o foro dos Estados Unidos tal como uma mariposa é atraída pela luz (“As a moth is drawn to the light, so is a litigant drawn to the United States”, *Smith Kline & French Laboratories Ltd. v. Bloch*, [1983] 2 All ER 72,74).

¹⁰⁰ BELL, Andrew. *Forum shopping and venue in transnational litigation*. Oxford University Press, 2003.

¹⁰¹ Algumas vantagens da eleição de foro como forma de impedir o *forum shopping* são apontadas por Jeffrey Talpis e Nick Krnjevic: “The commercial uncertainty that stems from the specter of forum-shopping can affect the price, terms and even existence of contract. Thus, the inclusion of forum selection clauses in contractual dealings is an indispensable tool for ensuring order and predictability in international business transactions by avoiding the uncertainty as to where the dispute may or must take place. Permitting parties to select the forum in which to resolve disputes enables them to efficiently allocate risks and minimize potential litigation costs by reducing expense and delay, avoiding duplicative proceedings and eliminating costly disputes over jurisdiction.” (TALPIS, Jeffrey; Krnjevic, Nick. “The Hague Convention on Choice of Court Agreements of June 30, 2005: the elephant that gave birth to a mouse”, 13 Sw. J. L. & Trade Am. 1, 2006, esp. p. 5). No mesmo sentido, embora em outro contexto, KIRCHNER, Christian. “An Economic Analysis of Choice-of-Law and Choice-of-Forum Clauses.” *In*: BASEDOW, Jürgen; KONO, Toshiyuki. *An Economic Analysis of Private International Law*. Mohr Siebeck, 2006. p. 33-53.

conflito de leis, atuando como elemento de conexão em contratos internacionais. Já a cláusula de eleição de foro determina o tribunal que irá decidir eventuais discórdias contratuais. Trata-se de uma regra de fixação da jurisdição que irá julgar o caso.

Não há que se fazer uma automática correspondência entre a eleição de foro e a indicação da lei aplicável a um contrato. O fato de as partes terem escolhido o foro canadense, por exemplo, para a resolução de eventuais conflitos, não significa que a lei canadense necessariamente irá disciplinar a questão.

Não obstante, alguns tribunais interpretaram a cláusula de eleição de foro (e também a convenção de arbitragem) como um dos indicadores da intenção das partes pela aplicação da lei do foro (ou sede arbitral). A eleição da lei, nessas hipóteses, teria ocorrido de forma implícita.¹⁰²

Na Inglaterra, pode-se dar notícia de diversos casos em que a partir da escolha do foro inglês ou da sede da arbitragem no país, os tribunais aplicaram a lei inglesa.¹⁰³ No início do século XX, em um importante precedente (*Spurrier v. La Cloche*)¹⁰⁴ foi confirmada a validade de cláusula arbitral de acordo com a lei inglesa, local da sede da arbitragem, sendo que a mesma cláusula seria considerada inválida pela lei de Jersey, que seria aplicada na ausência de escolha da lei.

Vale menção ao caso *Cie. Tunisienne de Navigation v. Cie d'Armement Maritime*¹⁰⁵, decidido em 1970 pela *House of Lords*, em que foi mitigado o entendimento de que a escolha do foro/sede da arbitragem significaria a eleição da lei do mesmo local. Tratava-se de um contrato celebrado na França, entre um armador francês e um fretador tunisiano para o transporte de petróleo de um porto na Tunísia para outro no mesmo país. O pagamento seria efetuado na França, o contrato era regido pela lei francesa, embora houvesse previsão de arbitragem em Londres. O contrato de fretamento ainda continha uma cláusula indicando que o mesmo seria regido pela lei da bandeira. No entanto, como os navios usados para o transporte de petróleo eram da Noruega, Suécia, França, Libéria e Bulgária, e todos haviam sido fretados pelo armador, essa cláusula não era aplicável.

¹⁰² No §12 do preâmbulo ao Regulamento Roma I, consta que: “O fato de as partes terem convencionado que um ou vários órgãos jurisdicionais de um Estado-Membro têm competência exclusiva para decidir de quaisquer litígios decorrentes do contrato deverá ser um dos fatores a ter em conta para determinar se a escolha da lei resulta de forma clara.”

¹⁰³ Indicam-se, a título ilustrativo, os precedentes mencionados por LANDO, Ole. *The conflict of laws of contracts: general principles*. Recueil des Cours, vol. 189 (1984-VI) p. 308: com relação à eleição de foro, *N.V. Kwik Hoo Tong Handel Maatschappij v. James Finlay & Co., Ltd.* (1927) A.C. 604 (H.L.) e quanto à convenção de arbitragem, *Hamlyn & Co. v. Talisker Distillery*, (1894) A.C. 202 (H.L.); *Spurrier v. La Cloche*, (1902) A.C. 446 (P.C.); *Tzortzis v. Monark Line A/B*, (1968) 1 W.L.R. 406 (C.A.); *The Parouth* (1982) 2 Lloyd's Rep. 351 (C.A.); *The Mariannina* (1983) 1 Lloyd's Rep. 12 (C.A.).

¹⁰⁴ V. nota 103 acima.

¹⁰⁵ [1971] A.C. 572-609 (H.L.).

O contrato não tinha relação alguma com Londres, a não ser a cláusula de arbitragem. Em seu voto, Lord Wilberforce, explicou que embora a escolha da arbitragem fosse uma forte evidência da intenção das partes de aplicar a lei da sede da arbitragem, essa não é uma presunção absoluta (“...should not be treated as giving rise to a conclusive or irresistible inference...”), podendo ser afastada diante das circunstâncias do caso concreto.¹⁰⁶ A Corte decidiu que a lei francesa correspondia a *proper law* do contrato, devendo ser aplicada.

Ainda hoje, a escolha da jurisdição inglesa é considerada como um dos indicativos da eleição da lei inglesa para reger o contrato, a ser verificado a partir das circunstâncias do contrato.¹⁰⁷

No direito francês, já se afirmou, por um lado, que a submissão do contrato a uma lei estrangeira não deve ser considerada como uma atribuição de competência à jurisdição estrangeira correspondente.¹⁰⁸ E, por outro, é possível mencionar que em alguns casos passados a jurisprudência francesa concluiu a partir da cláusula de eleição de foro e convenção arbitral que as partes haviam escolhido a lei do mesmo local.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Transcreve-se a seguinte passagem: “That the selection of a certain place for arbitration and, by inference, of nationals or residents of that place as arbitrators, is an indication that the parties intended the law of that place to govern is a sound general rule. But it should not be treated as giving rise to a conclusive or irresistible inference, as recent pronouncements appear to suggest. (...) So, unless otherwise constrained, I would regard the clause as a weighty indication, but one which may yield to others. (...) Neither authority nor commercial reality supports the necessity for so rigid a rule. An arbitration clause must be treated as an indication, to be considered together with the rest of the contract and relevant surrounding facts. Always it will be a strong indication; often, especially where there are parties of different nationality or a variety of transactions which may arise under the contract, it will be the only clear indication. But in some cases it must give way where other indications are clear.” Ressalta-se também trecho do voto de Lord Denning: “The fact that they have expressly chosen to submit their disputes under the contract to a particular arbitral forum of itself gives rise to a strong inference that they intended that their mutual rights and obligations under the contract should be determined by reference to the domestic law of the country in which the arbitration takes place, since this is the law with which arbitrators sitting there may be supposed to be most familiar. But this is an inference only. It may be destroyed by inferences to the contrary to be drawn from other express provisions of the contract or relevant surrounding circumstances and those inferences may be so compelling as to lead to the identification of another system of law which the parties must have intended to be the proper law of the contract.”

¹⁰⁷ Art. 3º do Regulamento Roma I. E ainda: “Likewise a jurisdiction clause providing for trial in England has been treated as an inferred choice of English law under the Convention.” (FAWCETT, James; CARRUTHERS, Janeen M. *Cheshire, North & Fawcett Private International Law*. 14th ed. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 703). “What is clear from the cases is that the courts will, almost as a matter of course, conclude that the parties have chosen English law to govern the contract if, in that contract, they have chosen either English jurisdiction or arbitration in England”. (HILL, Jonathan. “Choice of Law in Contract under the Rome Convention: The Approach of the UK Courts”, 53 *Int & Comp. L.Q.* 325, 329 2004). Mais adiante, afirma-se: “Although jurisdiction clauses and arbitration agreements are treated as the clearest indications of an implied choice of law, there are several other potential indicators.” (53 *Int & Comp. L.Q.* 325, 330 2004). Alguns casos recentes em que a escolha do foro/arbitragem foi considerada como um indicativo da escolha da lei na Inglaterra incluem: *Marubeni Hong Kong and South China Ltd v Mongolian Government*, [2002] 2 All ER (Comm) 873, bem como *Egon Oldendorff v Libera Corporation*, [1996] 1 Lloyd's Rep 380. Convém notar que em nenhum dos dois casos a eleição de foro ou cláusula arbitral foram o único fator considerado para a conclusão de que o direito inglês tinha sido implicitamente escolhido pelas partes.

¹⁰⁸ GAUDEMET-TALLON, Hélène. *La prorogation volontaire de jurisdiction en droit international privé*. Vol. IV. Paris: Dalloz, 1965. p. 182.

¹⁰⁹ Veja-se a respeito, LANDO, Ole. *The conflict of laws of contracts: general principles*. Recueil des Cours, vol. 189 (1984-VI) pp. 308-309, e as decisões por ele citadas quanto à cláusula de jurisdição, v. Cass. civ., 28 junho 1937, Rev. crit. d.i.p., 1938, 62; Cour Rouen, 12 fevereiro 1953, D.M.F., 5 (1953) 677; Cass. civ. 1 julho 1964, Rev. crit. d.i.p., 1966, 47. Para casos de arbitragem: Cass. civ., 19 de fevereiro de 1930 e Cass. civ., 27 de janeiro de 1931. S. 1933.1.41.

Na Alemanha, Suíça e países da Escandinávia, também se entendeu que uma cláusula de submissão à jurisdição de determinado país deve ser interpretada como uma escolha tácita à lei desse mesmo país.¹¹⁰

Nos Estados Unidos, houve decisões no sentido de que a escolha da sede da arbitragem em um certo local denota a escolha tácita da lei do mesmo local.¹¹¹ Em *Scherk v. Alberto-Culver Co.*¹¹², decidido pela Suprema Corte em 1974, foi dito que “under some circumstances, the designation of arbitration in a certain place might also be viewed as implicitly selecting the law of that place to apply to that transaction.” O mesmo raciocínio pode ser usado para a eleição de foro.

O fato de a aplicação da *lex fori* ao mérito da controvérsia ser mais simples e menos custoso do que a aplicação de lei estrangeira influencia a decisão dos juízes de empregar a sua lei nacional ao mérito da controvérsia.

Diante da inclinação de alguns juízes de utilizar a lei do foro para reger o contrato, Ole Lando ressalta que as partes e seus advogados devem ter conhecimento desse fato ao inserirem no contrato uma cláusula de eleição de foro.¹¹³ Caso tenham intenção de que a lei aplicável não seja a do foro devem mencionar claramente aquela escolhida. Não se está dizendo que a escolha de foro, *per se*, indicará a lei aplicável na ausência de menção expressa, mas sim que pode ser interpretada como uma presunção relativa.

1.3.2 Autonomia da cláusula de eleição de foro

Interessante questão acerca da eleição de foro refere-se à autonomia da cláusula com relação ao contrato principal. A questão é saber se a validade da cláusula de eleição de foro depende do contrato principal no qual está inserida.¹¹⁴ Caso se entenda que a cláusula é autônoma e também válida, caberá ao tribunal eleito decidir sobre a validade do contrato principal. Do contrário, será sempre possível à parte insatisfeita desrespeitar a eleição do foro sob a alegação de invalidade do contrato principal.

¹¹⁰ V. LANDO, Ole. *The conflict of laws of contracts: general principles*. Recueil des Cours, vol. 189 (1984-VI) pp. 306-312.

¹¹¹ WEINTRAUB, Russel J. *Commentary on the Conflict of Laws*. Nova Iorque: New York Foundation Press, 2001. pp. 445.

¹¹² 417 U.S. 506 (1974). Outro exemplo no mesmo sentido é *Lummus Co. v. Commonwealth Oil Refining Co.*, 297 F. 2d 80 (1962).

¹¹³ LANDO, Ole. *The conflict of laws of contracts: general principles*. Recueil des Cours, vol. 189 (1984-VI) pp. 311-312.

¹¹⁴ A mesma discussão já foi travada acerca da cláusula arbitral, sendo hoje pacífico que a cláusula compromissória é autônoma com relação ao contrato no qual está inserida. Assim, mesmo em caso de alegação de invalidade do contrato principal, os árbitros conservam sua competência. Veja-se DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp. 73-75 e pp. 173-184.

Essa discussão já foi analisada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, em 1997, em *Benincasa v. Dentalkit Srl.*¹¹⁵ Em 1987, a Dentalkit, uma sociedade com sede em Florença, desenvolveu na Itália uma cadeia de lojas, em sistema de franquia, especializada na venda de produtos de higiene dental. F. Benincasa, cidadão italiano, celebrou em 1992, em Florença, um contrato de franquia com a Dentalkit com o objetivo de criar e explorar um estabelecimento em Munique, na Alemanha.

Nesse contrato, a Dentalkit autorizou F. Benincasa a explorar o direito de exclusividade relativo à marca Dentalkit no interior de uma zona geográfica determinada. Ao abrigo do código civil italiano, as partes incluíram a seguinte cláusula no contrato: “Para todos os litígios sobre a interpretação, execução ou qualquer outra questão relativa ao presente contrato é competente o foro de Florença.”

F. Benincasa criou o seu estabelecimento, pagou a quantia inicial acordada e procedeu a diversas aquisições pelas quais, porém, não pagou. E, enfim, cessou completamente a sua atividade. Em seguida, F. Benincasa ajuizou uma ação na Alemanha com o fundamento de que, nos termos do direito alemão, o contrato de franquia era nulo na sua integralidade, pelo que solicitava a sua resolução. Também sustentou que os contratos de compra e venda celebrados ulteriormente com base no contrato de franquia eram nulos. De acordo com F. Benincasa, o tribunal alemão era competente porquanto tribunal do lugar de execução da obrigação contratual.

O Tribunal de Justiça teve então de decidir se a corte italiana, designada num pacto atributivo de jurisdição validamente celebrado de acordo com o Art. 17 da Convenção de Bruxelas¹¹⁶, então aplicável, também teria competência exclusiva com relação à ação que visava a declaração de nulidade do contrato que continha a referida cláusula.

O Tribunal decidiu que a cláusula é autônoma e independente de tudo o que se alegue no que respeita à validade do restante contrato, devendo-se respeitar o foro eleito contratualmente.¹¹⁷ Em sua fundamentação, o TJUE esclareceu, em primeiro lugar, que a autonomia da cláusula decorre da necessidade de segurança jurídica. Afinal, a competência

¹¹⁵ TJUE, j. 03/07/1997, C-269/95 (Francesco Benincasa v Dentalkit Srl.), Colect. 1997, I-03767.

¹¹⁶ “Artigo 17. Se as partes, das quais pelo menos uma se encontre domiciliada no território de um Estado contratante, tiverem convencionado que um tribunal ou os tribunais de um Estado contratante têm competência para decidir quaisquer litígios que tenham surgido ou que possam surgir de uma determinada relação jurídica, esse tribunal ou esses tribunais terão competência exclusiva. Este pacto atributivo de jurisdição deve ser celebrado: a) Por escrito ou verbalmente com confirmação escrita; ou b) Em conformidade com os usos que as partes estabeleceram entre si; ou c) No comércio internacional, em conformidade com os usos que as partes conheçam ou devam conhecer e que, em tal comércio, sejam amplamente conhecidos e regularmente observados pelas partes em contratos do mesmo tipo, no ramo comercial considerado.” A Convenção de Bruxelas não está mais em vigor, tendo sido substituída pelo Regulamento 44/2001, conforme esclarecido Capítulo 2, item 2.2, abaixo.

¹¹⁷ Sobre o caso, v. BRIGGS, Adrian. *Agreements on Jurisdiction and Choice of Law*. Oxford University Press, 2008. pp. 247-248.

exclusiva do foro eleito prevista no Art. 17 da Convenção ficaria comprometida se bastasse a uma das partes invocar a nulidade do contrato para afastá-la. Em segundo lugar, o TJUE esclareceu que essa interpretação quanto à autonomia da cláusula decorria da sua jurisprudência anterior a respeito da competência exclusiva do foro eleito para apreciar a validade da própria cláusula (caso Powell Duffryn – C 214/89).¹¹⁸

Esse posicionamento nos parece correto, não apenas por conservar a segurança jurídica do pacto sobre o foro, mas também por fortalecer o reconhecimento à autonomia da vontade. Uma vez decidido o tribunal competente para apreciar eventuais controvérsias advindas do contrato, esta escolha vincula os contratantes, que não podem agir contrariamente à vontade livremente manifestada.

Há que se ter em conta que as regras sobre competência internacional no âmbito da União Europeia foram uniformizadas¹¹⁹, sendo esta uma realidade diferente dos demais Estados. No caso sob análise, o tribunal europeu decidiu uma questão que envolvia dois Estados-Membros, de modo que pôde determinar concretamente o Estado que deveria decidir a controvérsia.

Em não havendo esse órgão judiciário supranacional, pode ocorrer que o tribunal de um Estado considere que a cláusula é autônoma e válida, e decida não julgar o caso. No entanto, o foro eleito pode entender em sentido contrário com relação à validade da cláusula, declarando-se incompetente para julgar o litígio.

Diante da hipótese ora aventada vislumbra-se a seguinte solução: o tribunal não eleito, em vez de julgar extinto o processo, simplesmente o suspende até que o tribunal estrangeiro eleito tome conhecimento da causa e aceite julgá-la. Caso o tribunal acionado tome

¹¹⁸ Transcreve-se passagem da decisão: “(...) Esta preocupação de garantir a segurança jurídica através da possibilidade de prever com certeza o foro competente foi interpretada no âmbito do artigo 17 da Convenção, que favorece a vontade das partes contratantes e introduz uma competência exclusiva abstraindo de qualquer elemento objetivo de conexão entre a relação controvertida e o tribunal designado, através da fixação de condições de forma estritas. (...) O artigo 17 da Convenção tem por objetivo designar, de forma clara e precisa, um tribunal de um Estado contratante que seja exclusivamente competente em conformidade com o acordo de vontade das partes, expresso segundo as condições de forma rigorosas aí mencionadas. A segurança jurídica pretendida por essa disposição podia facilmente ficar comprometida se se reconhecesse a uma parte contratante a possibilidade de se subtrair a essa regra da Convenção através da alegação da nulidade de todo o contrato com base em razões que decorrem do direito material aplicável. (...) Cabe acrescentar que, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a interpretação de uma cláusula atributiva de jurisdição, a fim de determinar os diferendos abrangidos pelo seu âmbito de aplicação, é da competência do órgão jurisdicional nacional onde foi invocada (acórdão de 10 de Março de 1992, Powell Duffryn, C-214/89, Colect., p. I-1745, n. 37). Assim, no caso em apreço, é a este último que cabe decidir se o pacto invocado perante si, que respeita a ‘todos os litígios’ sobre a interpretação, execução ou ‘qualquer outra questão’ relativa ao contrato, visa igualmente qualquer contestação da validade desse contrato. Assim, há que responder à terceira questão no sentido de que o órgão jurisdicional de um Estado contratante, designado num pacto atributivo de jurisdição validamente celebrado na perspectiva do artigo 17, primeiro parágrafo, da Convenção, também tem competência exclusiva quando a ação visa, nomeadamente, a declaração de nulidade do contrato onde se inscreve a referida cláusula.”

¹¹⁹ Regulamento 44/2001, conforme Capítulo 2, item 2.2 abaixo.

conhecimento de que tribunal estrangeiro eleito se recusou a decidir a causa, deve então exercer jurisdição, não com base na eleição de foro, mas para evitar denegação de justiça.

Situação ainda mais complexa seria aquela em que há escolha de foro pelas partes, embora não seja certa a existência de um contrato principal. Sob a mesma lógica exposta acima, nesse caso caberia ao foro eleito decidir sobre a existência de uma avença entre as partes.¹²⁰

1.3.3 A cláusula de eleição de foro exclusivo e não exclusivo

A redação da cláusula de eleição de foro nem sempre indica claramente se o tribunal escolhido terá jurisdição exclusiva para decidir a causa. Pode ocorrer que a cláusula seja interpretada como uma escolha não exclusiva, incapaz de afastar a atividade jurisdicional de outros Estados.

A escolha de foro não exclusiva, por vezes, é almejada pelos contratantes, que manifestam intenção em adicionar tribunais como sendo competentes para apreciar eventuais divergências advindas do contrato. Por outro lado, pode ocorrer que a redação da cláusula seja interpretada como uma eleição não exclusiva quando originalmente desejava-se o contrário. Nestes casos, é inequívoco que a segurança conferida pelo acordo acerca do foro é sensivelmente enfraquecida.

Nos Estados Unidos, até a segunda metade do século XX, os tribunais mantinham uma posição hostil à cláusula de eleição de foro exclusivo. Entendia-se que era ilegal que uma disposição acordada entre as partes excluísse a jurisdição das cortes norte-americanas.

Atualmente, esse entendimento foi revertido, e a grande maioria dos tribunais norte-americanos confere eficácia às cláusulas exclusivas, se essa for a intenção das partes.¹²¹ A questão é saber o que as partes tinham em mente quando redigiram a cláusula.

As seguintes cláusulas já foram interpretadas como sendo indicativas de escolha de jurisdição não exclusiva: “jurisdiction for all and any disputes arising out of or in connection with this agreement is Munich”¹²²; “parties submit to the jurisdiction of the courts of New

¹²⁰ V. comentários sobre hipótese em que há eleição de foro, embora seja alegado que o contrato principal jamais chegou a ser celebrado, em NYGH, Peter. *Autonomy in international contracts*. Oxford University Press, 1999. pp. 80-82.

¹²¹ SCOLES, Eugene F.; HAY, Peter; BORCHERS, Patrick J.; SYMEONIDES, Symeon C. *Conflict of Laws*. 4th ed. St. Paul Minn.: West, 2004. pp. 478-481.

¹²² K & V Scientific Co., Inc. v. Bayerische Motoren Werke Aktiengesellschaft (BMW), 314 F.3d. 494 (10th Cir, 2002).

York”¹²³; “shall have jurisdiction”¹²⁴. Por outro lado, as seguintes cláusulas foram interpretadas como indicadoras de jurisdição exclusiva: “submit to the jurisdiction of”¹²⁵ e “jurisdiction and venue shall be in”¹²⁶.

Os tribunais ingleses, por sua vez, entendem que a interpretação acerca da exclusividade ou não de uma cláusula de eleição de foro deve ser feita com base na lei que rege o contrato. Se as partes houverem acordado que o contrato é governado pela lei inglesa, e ainda preveem que o acordo submete-se “under the jurisdiction of the English court” ou “the courts of law in England shall have jurisdiction to entertain any action in respect hereof”, a Inglaterra terá jurisdição exclusiva sobre a causa.¹²⁷

Na França, a indicação da jurisdição competente mediante cláusula nesse sentido é considerada um indicador de que o foro escolhido terá jurisdição exclusiva.¹²⁸ Essa interpretação se assemelha àquela do Artigo 23 do Regulamento 44/2001, aplicável aos Estados-Membros da União Europeia.¹²⁹

No entendimento de Paul Beaumont acerca da questão da exclusividade da escolha do foro pelas partes, enquanto que nos Estados Unidos e em outros países do sistema da *common law* há uma tendência dos tribunais em considerar a escolha do foro como não sendo exclusivo, a menos que exista cláusula expressa determinando a exclusividade, os países de *civil law* apresentam predominantemente entendimento no sentido contrário.¹³⁰

Vale a pena mencionar que o Art. 3º da Convenção da Haia sobre a Escolha do Foro de 2005¹³¹, a qual será analisada no Capítulo 2, item 2.1 abaixo, indica que o foro eleito pelos contratantes será considerado exclusivo, a menos que as partes expressamente disponham em

¹²³ Keaty v. Freeport Indonesia, Inc., 503 F.2d. 955 (5th Cir. 1974).

¹²⁴ Hunt Wesson Foods, Inc. v. Supreme Oil. Co., 817 F.2d., 75 (9th Cir. 1987).

¹²⁵ Furry v. First Nat’l Monetary Corp., 602 F. Supp. 6 (W.D.Okla., 1984).

¹²⁶ ASM Communications, Inc. v. Allen, 656 F. Supp. 838 (S.D.N.Y., 1987).

¹²⁷ V. BEAUMONT, Paul. “Great Britain”. In: *Declining jurisdiction in private international law*. Oxford: Clarendon Press, 1995. pp. 223-227.

¹²⁸ GAUDEMET-TALLON, Hélène. “France”. In: *Declining jurisdiction in private international law*. Oxford: Clarendon Press, 1995. pp. 183-185.

¹²⁹ “Artigo 23. Se as partes, das quais pelo menos uma se encontre domiciliada no território de um Estado-Membro, tiverem convencionado que um tribunal ou os tribunais de um Estado-Membro têm competência para decidir quaisquer litígios que tenham surgido ou que possam surgir de uma determinada relação jurídica, esse tribunal ou esses tribunais terão competência. Essa competência será exclusiva a menos que as partes convencionem em contrário.”

¹³⁰ BEAUMONT, Paul. “A Convenção da Haia sobre escolha do foro”. In: *Cadernos do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, jan/jun 2008. Palestra realizada na PUC-Rio no dia 17/09/2007. pp. 8-13. Transcrição, tradução e revisão realizada por Nadia de Araujo. No mesmo sentido, William Richman: “On the one hand, the clause acts as a contractual consent to the jurisdiction of the selected court; on the other, it obligates the contracting parties not to sue in any other court. Traditionally, common law courts have been hostile to the second function, seeing it as an attempt to ‘oust of jurisdiction’. Thus an otherwise appropriate forum was reluctant to dismiss a case simply because it was not the forum selected in the contract.” (RICHMAN, William M. “Carnival Cruise Lines: Forum Selection Clauses in Adhesion Contracts”, 40 Am. J. Comp. L. 977, 1992.)

¹³¹ No original: “Article 3 Exclusive choice of court agreements (...) (b) a choice of court agreement which designates the courts of one Contracting State or one or more specific courts of one Contracting State shall be deemed to be exclusive unless the parties have expressly provided otherwise.”

sentido contrário. Portanto, caso esse instrumento seja ratificado por um número expressivo de Estados, é possível que os tribunais passem a interpretar, de maneira uniforme, o foro eleito pelas partes como sendo exclusivo.

1.3.4 A cláusula de eleição de foro e a doutrina do *forum non conveniens*

A eficácia da cláusula de eleição de foro está sujeita a diversas limitações, que variam de acordo com o Estado que aprecia a causa. Uma restrição usual se refere à impossibilidade de o acordo entre os contratantes afastar de determinado Estado a apreciação de matéria que seja incluída na sua jurisdição exclusiva. Outro exemplo comum de limitação é verificado em relações de consumo ou de trabalho, nas quais em geral a parte mais fraca recebe uma proteção especial do Estado.¹³² A análise dos possíveis limites à escolha do foro será feita ao fim do Capítulo 3, quando serão descritas as condições a serem observadas pelos tribunais brasileiros quando da apreciação de um contrato internacional que preveja eleição de foro.

Um ponto interessante é saber em que medida a doutrina do *forum non conveniens*, existente nos países de *common law* e segundo a qual é possível aos tribunais declinarem de sua jurisdição através do uso do seu poder discricionário, é afetada pela existência de uma cláusula de eleição de foro. Ou seja, se indaga se seria possível afirmar que a doutrina do *forum non conveniens* consiste em um limitador adicional ao reconhecimento da liberdade das partes na escolha do foro.

Em outras palavras, questiona-se se a doutrina do *forum non conveniens* poderia ser aplicada a controvérsias em que tenha havido eleição de foro pelos contratantes, ou, pelo contrário, se a doutrina não incide sobre situações em que o tribunal tenha sido eleito pelas partes em cláusula contratual.

Louis F. del Luca e George A. Zaphirou, em trabalho dedicado ao tema da derrogação da jurisdição nos EUA, definiram o *forum non conveniens* da seguinte forma:

“The doctrine of *forum non conveniens* is a discretionary one which attempts to balance the interests of the plaintiff, the defendant, and the forum. It permits a court to decline to exercise its jurisdiction if the courts finds that it is a ‘seriously inconvenient’ forum and the interests of the parties and the public will be best served by remitting the plaintiff to another, more convenient, forum that is available. Thus, it allows the court to exercise its jurisdictional power to dismiss a case when is constitutional is not desirable.”¹³³

¹³² A análise dos possíveis limites à escolha do foro será feita ao fim do Capítulo 3, quando serão descritas algumas situações que podem vir a afetar a produção de efeitos de um acordo sobre a escolha do foro.

¹³³ DUCA, Luis F. Del; ZAPHIROU, George A. “United States of America”. In: *Declining jurisdiction in private international law*. Oxford: Clarendon Press, 1995. p. 402.

No âmbito dos EUA, é possível citar quatro importantes precedentes que marcaram o desenvolvimento da doutrina do *forum non conveniens*: *Gulf Oil Corp v. Gilbert*¹³⁴, *Koster v. Lubermans Mutual Casualty Co.*¹³⁵, *Piper Aircraft Co. v. Reyno*¹³⁶, e *Union Carbide*¹³⁷. Embora nenhum desses casos verse sobre a aplicação da doutrina em uma situação em que tenha havido um acordo de eleição de foro, será feita uma breve análise das decisões para que se possa entender como é aplicado o *forum non conveniens* pelos tribunais norte-americanos.

No caso *Gulf Oil*, um homem residente em Virgínia ajuizou ação em Nova Iorque visando ressarcimento por danos relativos à destruição de seu armazém, localizado em Virgínia. Os danos resultaram de um incêndio decorrente de negligência da parte ré. Em sua defesa, o réu alegou a doutrina do *forum non conveniens*, e afirmou que a ação deveria tramitar em Virgínia, local em que o autor morava, onde o réu tinha negócios, onde todos os eventos relativos ao litígio tinham ocorrido e onde a maioria das testemunhas residia. O tribunal acatou as alegações do réu, e a ação não foi julgada em Nova Iorque.

Ainda no ano de 1947, foi decidido pela Suprema Corte o caso *Koster*, que era semelhante ao *Gulf Oil*, pois versava sobre jurisdição interestadual, tratando-se igualmente de um caso interno. Tanto autor como réu eram cidadãos norte-americanos, tendo sido, novamente, afirmada a doutrina do *forum non conveniens*. A Corte considerou que o foro escolhido pelo autor implicava em um ônus desproporcional e irrazoável ao réu.

O caso *Piper* é o precedente mais importante em âmbito federal de aplicação da doutrina do *forum non conveniens*, pois foi a primeira vez que a Suprema Corte enfrentou essa alegação em uma ação ajuizada por estrangeiros, por danos ocorridos no exterior.

¹³⁴ 330 US 501, 508 (1947). Nesse precedente, a Suprema Corte estabeleceu algumas premissas subjacentes à doutrina do *forum non conveniens*, destacando os interesses privados e públicos envolvidos. Destaca-se o seguinte trecho: “If the combination and weight of factors requisite to given results are difficult to forecast or state, those to be considered are not difficult to name. An interest to be considered, and the one likely to be most pressed, is the private interest of the litigant. Important considerations are the relative ease of access to sources of proof; availability of compulsory process for attendance of unwilling, and the cost of obtaining attendance of willing, witnesses; possibility of view of premises, if view would be appropriate to the action, and all other practical problems that make trial of a case easy, expeditious, and inexpensive. There may also be questions as to the enforceability of a judgment if one is obtained. The court will weigh relative advantages and obstacles to fair trial. It is often said that the plaintiff may not, by choice of an inconvenient forum, ‘vex’, ‘harass’ or ‘oppress’ the defendant by inflicting upon him expense or trouble not necessary to his own right to pursue his remedy. But, unless the balance is strongly in favor of the defendant, the plaintiff’s choice of forum should rarely be disturbed. Factors of public interest also have place in applying the doctrine. Administrative difficulties follow for courts when litigation is piled up in congested centers instead of being handled at its origin. Jury duty is a burden that ought not to be imposed upon the people of a community which has no relation to the litigation. In cases which touch the affairs of many persons, there is reason for holding the trial in their view and reach, rather than in remote parts of the country where they can learn of it by report only. There is a local interest in having localized controversies decided at home. There is an appropriateness, too, in having the trial of a diversity case in a forum that is at home with the state law that must govern the case, rather than having a court in some other forum untangle problems in conflict of laws, and in law foreign to itself.”

¹³⁵ 330 US 518 (1947).

¹³⁶ 454 US 235 (1981).

¹³⁷ 809 F.2d 195 (2d. Cir. 1987).

O litígio originou-se da queda de um pequeno avião na Escócia. O avião havia sido fabricado pela *Piper* na Pensilvânia e *Hartzell Propeller* havia fabricado os propulsores (hélices) em Ohio. Os passageiros que morreram no desastre eram escoceses, assim como o piloto e a companhia de táxi aéreo que operava e era proprietária do avião.

As empresas americanas foram acionadas nos EUA, e a Suprema Corte estabeleceu uma distinção entre as ações em que a parte autora era nacional (norte-americana) e estrangeira.¹³⁸ Na segunda hipótese, não seria possível dizer que a escolha feita pelo tribunal estadunidense era conveniente ao autor da ação, cabendo a aplicação do *forum non conveniens*, diante das circunstâncias do caso concreto.¹³⁹

A decisão da Suprema Corte mencionou que o interesse norte-americano no acidente não era suficiente para justificar a enorme movimentação do aparato judicial e dispêndio de recursos: “American court is likely to be insignificant. The American interest in this accident is simply not sufficient to justify the enormous commitment of judicial time and resources that would inevitably be required if the case were to be tried here.”

Finalmente, no famoso caso da *Union Carbide*, em que um gás letal liberado por uma subsidiária de uma grande empresa norte-americana na Índia foi responsável pela morte e lesão de milhares de pessoas, um Tribunal Federal de Apelação aplicou a doutrina do *forum non conveniens*. Entendeu-se que o fato de a companhia controladora ser localizada nos EUA não tornava o foro norte-americano adequado para apreciar a causa, inclusive porque a maioria das testemunhas não falava inglês e morava na Índia e as provas dos fatos estavam na Índia, o que, dentre outros motivos, encareceria substancialmente o processo.¹⁴⁰

Na Inglaterra, em *Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.*¹⁴¹ foram estabelecidas as condições em que a doutrina do *forum non conveniens* deveria ser aplicada no país. Com base

¹³⁸ O precedente é descrito em detalhes em WEINTRAUB, Russel J. *Commentary on the Conflict of Laws*. Nova Iorque: New York Foundation Press, 2001. pp. 264-268.

¹³⁹ “(...) The District Court acknowledged that there is ordinarily a strong presumption in favor of the plaintiff's choice of forum, which may be overcome only when the private and public interest factors clearly point towards trial in the alternative forum. It held, however, that the presumption applies with less force when the plaintiff or real parties in interest are foreign. The District Court's distinction between resident or citizen plaintiffs and foreign plaintiffs is fully justified. In *Koster*, the Court indicated that a plaintiff's choice of forum is entitled to greater deference when the plaintiff has chosen the home forum. When the home forum has been chosen, it is reasonable to assume that this choice is convenient. When the plaintiff is foreign, however, this assumption is much less reasonable. Because the central purpose of any *forum non conveniens* inquiry is to ensure that the trial is convenient, a foreign plaintiff's choice deserves less deference.”

¹⁴⁰ Recentemente, a doutrina do *forum non conveniens* foi utilizada nos Estados Unidos em duas decisões relativas a acidentes aéreos ocorridos no Brasil, o caso *GOL* (In re Air Crash Near Peixoto De Azevedo [sic], Brazil, on September 29, 2006, 574 F. Supp. 2d 272 (E.D. N.Y. 2008)). A decisão foi confirmada pelo Tribunal de Apelação para o Segundo Circuito em recurso interposto pelos parentes das vítimas: *Lleras v. Excelsior Servs.*, 2009 U.S. App. LEXIS 27590 (2d Cir. N.Y., Dec. 16, 2009)). E o caso *TAM* (*Tazoe v Tam Linhas Aereas*, 2009 U.S. Dist. LEXIS 97260 (S.D. Fl., Aug. 21, 2009)).

¹⁴¹ [1987] AC 460. Veja-se ainda em *BEAUMONT*, Paul. “Great Britain”. In: *Declining jurisdiction in private international law*. Oxford: Clarendon Press, 1995. pp. 209-212.

nos conceitos de adequação do foro (*appropriate forum*) e justiça, foram traçados princípios para identificar os casos que deveriam ser apreciados pela justiça inglesa.

Resumidamente, a análise naquele país deve ser feita em duas etapas: na primeira, cabe ao réu demonstrar que há outro foro mais apropriado do que o inglês; na segunda, incumbe ao autor evidenciar que, por razões de justiça, não deve ser afastada a jurisdição da corte inglesa.

A doutrina do *forum non conveniens* é aplicada apenas nos países de *common law*,¹⁴² e funciona como uma espécie de controle à base excessivamente ampla das hipóteses em que exercem jurisdição. Nos países de *civil law*, como o Brasil, não é possível se falar em aplicação da doutrina.¹⁴³

Conforme se depreende da análise dos precedentes acima, se não há uma cláusula de eleição de foro contratualmente ajustada entre as partes a controvérsia pode vir a ser afastada da apreciação do tribunal sob a alegação de *forum non conveniens*, observados os pressupostos exigidos para tanto.

No entanto, quando as partes elegem contratualmente um foro, a aplicação da doutrina do *forum non conveniens* perde a sua força, pois o acordo sobre o foro vincula as partes e deve ser respeitado. A ideia subjacente a esse entendimento é que os contratantes já teriam considerado a eventual inconveniência do foro e os ônus a ela relacionados quando das negociações contratuais, e teriam aceito se submeter a determinado tribunal a despeito de tudo isso. Ou seja, ao elegerem o foro já estaria assegurada a conveniência do foro.¹⁴⁴

Nesse sentido, a Suprema Corte dos EUA decidiu no caso *Bremen v. Zapatta*, que será analisado detalhadamente no Capítulo 2, item 2.1.1 abaixo, em que foi privilegiado o foro eleito contratualmente, a despeito da alegação de *forum non conveniens*.¹⁴⁵

A regra é que se uma ação é ajuizada no foro eleito, de acordo com cláusula contratual, o ônus do réu para alegar a aplicação do *forum non conveniens* é muito maior. O

¹⁴² É interessante observar que os contornos da doutrina do *forum non conveniens* não são uniformes nos países de *common law*, pois cada Estado adota critérios específicos. Nos Estados Unidos, as cortes expressamente consideram fatores de interesse público em sua decisão, enquanto o mesmo não ocorre na Inglaterra. Pode-se dizer que na Inglaterra a estrutura é mais rígida, com duas etapas a serem observadas, enquanto nos Estados Unidos há uma maior flexibilidade. Uma terceira diferença é que nos Estados Unidos faz-se uma distinção com base na nacionalidade do autor da ação. Há uma presunção favorável na escolha do foro feita pela parte autora norte-americana, o mesmo não ocorrendo quando o autor da ação é estrangeiro. As diferenças entre os sistemas adotados nos EUA e Reino Unido são descritos por FAWCET, J.J. "General Report". In: *Declining jurisdiction in private international law*. Oxford: Clarendon Press, 1995. pp. 14-16.

¹⁴³ No Brasil, veja-se a Medida Cautelar nº 15.398, STJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 02/04/2009, cuja ementa, ao tratar do *forum non conveniens*, dispõe que "apesar de sua coerente formulação em países estrangeiros, não encontra respaldo nas regras processuais brasileiras." Esse precedente será analisado no Capítulo 4.

¹⁴⁴ DUCA, Luis F. Del; ZAPHIROU, George A. "United States of America". In: *Declining jurisdiction in private international law*. Oxford: Clarendon Press, 1995. p. 407-408.

¹⁴⁵ No caso, o réu alegou a doutrina do *forum non conveniens* para afastar a jurisdição do tribunal da Flórida, e essa alegação não foi aceita pela Corte Distrital. Posteriormente, a Suprema Corte reverteu a decisão, mas não com base na doutrina do *forum non conveniens*, e sim com base no respeito à escolha das partes quanto ao foro.

réu deverá comprovar que a cláusula de eleição é inválida ou então que o foro eleito é manifestamente e gravemente inconveniente a si, a ponto de privá-lo de seu direito de defesa. Caso contrário, a doutrina do *forum non conveniens* não pode ser usada se houver sido acordado pelas partes o foro para decidir a controvérsia.

Com relação ao direito inglês, a lógica é a mesma. Assim, o sucesso da objeção da doutrina do *forum non conveniens*, embora possível, seria altamente improvável diante de contrato em que haja eleição de foro pelas partes.¹⁴⁶

A Convenção da Haia sobre a Escolha do Foro de 2005¹⁴⁷, que será analisada no Capítulo 2 abaixo, possui uma regra específica para impedir a aplicação da doutrina do *forum non conveniens* em hipótese de eleição de foro. De acordo com o Art. 5(2)¹⁴⁸, o tribunal que tenha jurisdição por ter sido eleito pelas partes, não deverá declinar de sua jurisdição sob a alegação de que a controvérsia deveria ser decidida por tribunal de outro Estado.¹⁴⁹

1.3.5 Foro acionado diverso daquele eleito pelas partes

O fato de as partes terem eleito contratualmente um foro para decidir disputas advindas do contrato não assegura inteiramente que nenhum outro será provocado. Pode ocorrer que, diante de um conflito, uma parte opte por acionar foro diverso daquele escolhido.

Diante dessa situação, várias questões se colocam. Primeiramente, é preciso saber se o tribunal acionado deve se declarar incompetente para julgar o litígio, quer seja de ofício ou mediante provocação. Em seguida, há que se analisar se a decisão proferida por esse tribunal deverá ser homologada e executada em outros Estados, se for o caso.

Com relação ao tribunal acionado, entende-se que em caso de não haver manifestação com relação ao descumprimento da avença contratual sobre o foro, a corte não deve se declarar, de ofício, incompetente.

¹⁴⁶ Com relação ao direito inglês, Adrian Briggs após apresentar um modelo simplificado de cláusula de eleição de foro, afirma que: “The clause does not make an express waiver of objection on the ground of ‘forum non conveniens’. (...) The very fact of the agreement on jurisdiction makes it highly improbable that a plea of ‘forum non conveniens’ could succeed in any event. (...)” (BRIGGS, Adrian. *Agreements on Jurisdiction and Choice of Law*. Oxford University Press, 2008. p. 177).

¹⁴⁷ No original: “Article 3 Exclusive choice of court agreements (...) (b) a choice of court agreement which designates the courts of one Contracting State or one or more specific courts of one Contracting State shall be deemed to be exclusive unless the parties have expressly provided otherwise.”

¹⁴⁸ No original: “Article 5 Jurisdiction of the chosen court (...) 2. A court that has jurisdiction under paragraph 1 shall not decline to exercise jurisdiction on the ground that the dispute should be decided in a court of another State.”

¹⁴⁹ Conforme ressaltado em obra específica sobre a Convenção da Haia em referência: “Article 5(2) reinforces this approach, which favors the court chosen in an exclusive choice of court agreement, and will eliminate declination of jurisdiction on the basis of *forum non conveniens* in such circumstances.” (BRAND, Ronald A.; HERRUP, Paul. *The 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements*. Cambridge University Press, 2008. p. 83)

O silêncio quanto ao pactuado deve ser interpretado como um novo pacto atributivo de jurisdição, uma espécie de novação quanto ao acordado no contrato. Assim, o comparecimento do réu e a apresentação de defesa no foro acionado sem objeção quanto à jurisdição do tribunal devem ser considerados fatores suficientes para superar qualquer acordo anterior em sentido contrário.

Neste sentido, a cláusula de eleição de foro teria o condão de conferir ao tribunal acionado uma espécie de incompetência relativa, capaz de ser convalidada caso a parte prejudicada não faça qualquer objeção quanto ao descumprimento da avença.¹⁵⁰

No âmbito da União Europeia, há que se ter em vista que, se a ação principal for proposta perante o juiz de um Estado-Membro e este verificar que se trata de matéria de competência exclusiva de um tribunal de outro Estado-Membro, deverá declarar-se oficiosamente incompetente, na forma do Art. 25 do Regulamento 44/2001.¹⁵¹ Neste caso, em nenhuma hipótese é possível falar em nova prorrogação de jurisdição por acordo contratual.

Essa regra, embora lógica e razoável, não pode ser projetada para nível global, pois inexistente um instrumento uniforme elencando as hipóteses de competência exclusiva de cada Estado.

Quando a ré alega perante o tribunal acionado o descumprimento à cláusula de eleição de foro, essa alegação deverá necessariamente ser apreciada. Nesse caso, a corte acionada deve verificar se a cláusula atribui jurisdição exclusiva ao foro eleito ou não. Se o foro for exclusivo, a objeção deve ser acolhida e a causa não poderá ser decidida no foro acionado.

Por outro lado, se a indicação contratual do foro não tiver caráter de exclusividade, o tribunal acionado poderá julgar o litígio, desde que, segundo suas regras de competência internacional, seja competente para decidir a causa. Há que se ter em mente que não necessariamente o tribunal acionado irá julgar a controvérsia, daí falar-se em “poderá julgar” e não “deverá”. Dependendo da jurisdição acionada, pode ocorrer que seja aplicada a doutrina do *forum non conveniens*, ou que o tribunal aceite a objeção de litispendência, hipóteses em que o foro não decidirá a causa.

¹⁵⁰ GAUDEMET-TALLON, Hélène. *La prorogation volontaire de jurisdiction en droit international privé*. Vol. IV: Paris: Dalloz, 1965. p. 229-232. No mesmo sentido, DE NARDI, Marcelo. “Eleição de foro em contratos internacionais: uma visão brasileira”. In: RODAS, João Grandino (coord.). *Contratos internacionais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 138-139.

¹⁵¹ “Art. 25: O juiz de um Estado-Membro, perante o qual tiver sido proposta, a título principal, uma ação relativamente à qual tenha competência exclusiva um tribunal de outro Estado-Membro por força do artigo 22, declarar-se-á oficiosamente incompetente.”

Na apreciação do caso concreto, o tribunal deverá considerar que, em sendo o foro acionado diverso daquele eleito, ressalvados casos peculiares¹⁵², estará caracterizado, além de evidente descumprimento contratual, um comportamento contraditório que deve ser coibido (*venire contra factum proprium*). Ou seja, embora a parte tenha aceito acionar a outra em determinada jurisdição, age de forma diversa daquela a que se obrigou voluntariamente, o que deve ser analisado com cautela pelo Judiciário.

Conforme explica Anderson Schreiber, o “*venire*” seria um princípio jurídico segundo o qual a ninguém é dado contrariar os próprios atos. O seu fundamento normativo seria a noção de boa-fé objetiva, que consiste, na definição de Teresa Negreiros, “num dever de conduta contratual ativo, e não de um estado psicológico experimentado pela pessoa do contratante.”¹⁵³ Deste modo, a contradição da parte em ajuizar ação em foro diverso do acordado contratualmente, não deveria ser aceita pelo tribunal, pois além de frustrar as expectativas da outra parte, representaria um ônus adicional.¹⁵⁴

Outro aspecto relativo às situações em que o foro acionado é diverso daquele eleito refere-se ao reconhecimento e execução da sentença proferida em outros Estados. Pode ocorrer que, a despeito de o impasse já ter sido pacificado com uma sentença transitado em julgado, essa decisão não seja homologada por outros Estados, tendo em vista o desrespeito à obrigação contratualmente assumida.

No Reino Unido, o *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982*, conforme alterado, menciona expressamente que decisões proferidas em desacordo ao que havia sido pactuado contratualmente não serão reconhecidas.¹⁵⁵

Do mesmo modo, há lei-modelo nos EUA, o *Uniform Foreign Money-Judgments Recognition Act*, adotada por inúmeros Estados da federação, em que consta que decisões

¹⁵² Por exemplo, se, por razão de guerra, uma parte não conseguir acionar a outra no foro eleito, o fato de ajuizar ação em outra jurisdição não caracterizará descumprimento contratual e *venire contra factum proprium*.

¹⁵³ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 122.

¹⁵⁴ Vale menção ao seguinte esclarecimento feito por Schreiber acerca do *venire*: “(...) a proibição de comportamento contraditório não tem por fim a manutenção da coerência por si só, mas figura-se razoável apenas quando e na medida em que a incoerência, a contradição aos próprios atos, possa violar expectativas despertadas em outrem e assim causar-lhes prejuízos. Mais que contra a simples coerência, atenta o *venire contra factum proprium* à confiança despertada na outra parte, ou em terceiros, de que o sentido objetivo daquele comportamento inicial seria mantido, e não contrariado. Ausentes tais expectativas, ausente tal atentado à legítima confiança capaz de gerar prejuízo a outrem, não há razão para que se imponha a quem quer que seja coerência com um comportamento anterior.” (SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 96). Em recente decisão proferida pela Ministra Nancy Andrighi na Medida Cautelar nº 15.398, STJ, j. 02/04/2009, seu voto foi fundamentado na proibição do comportamento processual contraditório, em um caso sobre eleição de foro estrangeiro em contrato internacional. Esse precedente será analisado no Capítulo 4.

¹⁵⁵ “S.32: Overseas judgments given in proceedings brought in breach of agreement for settlement of disputes (1) Subject to the following provisions of this section, a judgment given by a court of an overseas country in any proceedings shall not be recognized or enforced in the United Kingdom if: (a) the bringing of those proceedings in that court was contrary to an agreement under which the dispute in question was to be settled otherwise than by proceedings in the courts of that country; and (b) those proceedings were not brought in that court by, or with the agreement of, the person against whom the judgment was given; and (c) that person did not counterclaim in the proceedings or otherwise submit to the jurisdiction of that court.”

proferidas por tribunais estrangeiros que não respeitaram o acordo contratual não precisam ser reconhecidas no país.¹⁵⁶ É possível ainda fazer referência à legislação do Québec, que prevê regra no mesmo sentido em seu Código Civil.¹⁵⁷

Deste modo, ao acionar foro diverso do eleito, a parte precisa considerar que não necessariamente o tribunal provocado admitirá sua competência para decidir a causa. E, ainda que resolva o conflito, essa decisão não necessariamente será reconhecida no Estado em que é preciso que surta efeitos.

1.4 Autonomia da vontade na escolha da arbitragem

A arbitragem consiste em um mecanismo privado de solução de litígios, através do qual o árbitro, escolhido pelas partes ou indicado pela instituição arbitral, decide a controvérsia.¹⁵⁸ Essa é a principal diferença da arbitragem para os outros meios alternativos de solução de conflitos, a saber, a mediação e a conciliação. Na mediação, o mediador não interfere diretamente no acordo, e sim faz com que as partes busquem, por si, uma solução para o conflito. O conciliador, diferentemente, deve propor soluções para o acordo, mas não tem o poder de impor solução às partes.

A disputa é resolvida sem interferência do Poder Judiciário, de modo rápido e informal. Apenas em situações excepcionais, quando se faz necessária a adoção de medidas de urgência, ou quando após o término da arbitragem uma das partes visa declarar a nulidade do laudo ou requerer a sua execução, o Judiciário intervém na arbitragem.

A opção pela arbitragem apresenta diversas vantagens em relação ao processo judicial, sendo comumente mencionadas a especialização dos árbitros, a rapidez em que o laudo é

¹⁵⁶ “Section 4. [Grounds for Non-Recognition.] (...) (b) A foreign judgment need not be recognized if (...) (5) the proceeding in the foreign court was contrary to an agreement between the parties under which the dispute in question was to be settled otherwise than by proceeding in that court; (...)” Essa lei seria aplicável, por exemplo, para impedir o reconhecimento ou a execução de uma sentença brasileira proferida em violação de um acordo de eleição de foro para Londres.

¹⁵⁷ “3165. The jurisdiction of a foreign authority is not recognized by Québec authorities in the following cases: (1) where, by reason of the subject matter or an agreement between the parties, Québec law grants exclusive jurisdiction to its authorities to hear the action which gave rise to the foreign decision; (2) where, by reason of the subject matter or an agreement between the parties, Québec law recognizes the exclusive jurisdiction of another foreign authority; (3) where Québec law recognizes an agreement by which exclusive jurisdiction has been conferred upon an arbitrator.”

¹⁵⁸ Sobre a forma de instituição da arbitragem, indicação dos árbitros e outras questões de ordem prática, v. ALMEIDA, Ricardo Ramalho. “Aspectos Práticos da Arbitragem”. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (coord.). *Arbitragem interna e internacional: questões de doutrina e da prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp. 233-249.

proferido, a irrecorribilidade da decisão, a informalidade, flexibilidade e confidencialidade do processo e ainda o amplo reconhecimento da autonomia da vontade.¹⁵⁹

No que se refere à autonomia da vontade, admite-se na arbitragem a escolha, pelas partes, da lei aplicável para reger o mérito da controvérsia, sendo essa escolha normalmente formalizada na própria cláusula compromissória.¹⁶⁰ De acordo com a legislação brasileira, é possível até mesmo a utilização pelos árbitros de lei não estatal na solução do conflito, como a *lex mercatoria* e os princípios do UNIDROIT.¹⁶¹ Adicionalmente, na arbitragem pode-se falar em autonomia quanto à escolha da lei aplicável ao procedimento, que não é admitida quando as partes recorrem à via judicial, pois nesse último caso utiliza-se obrigatoriamente a *lex fori*.¹⁶²

Em razão de o procedimento arbitral apresentar uma maior flexibilidade do que aquele verificado em âmbito da jurisdição estatal no que se refere à vontade das partes, a arbitragem vem se consolidando como um meio extremamente relevante para fins de pacificação de conflitos de caráter internacional. Como ressalta Carmen Tiburcio, especificamente no que se

¹⁵⁹ Confira-se TIBURCIO, Carmen. “A arbitragem como meio de solução dos litígios comerciais internacional envolvendo o petróleo e uma breve análise da cláusula arbitral da sétima rodada de licitações da ANP”. In: *Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 307-331.

¹⁶⁰ Sobre a lei aplicável ao mérito das arbitragens internacionais v. TIBURCIO, Carmen. “A lei aplicável às arbitragens internacionais”. In: BATISTA MARTINS, Pedro A.; GARCEZ, José Maria Rossani. (coords.). *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002. pp. 92-114. Com relação à cláusula compromissória, sugere-se a leitura de recente dissertação de mestrado da UERJ de Isabel Alves de Miranda (MIRANDA, Isabel Alves de Melo. “A cláusula compromissória à luz do direito brasileiro e estrangeiro”. Dissertação de Mestrado em Direito Internacional e Integração Econômica pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: UERJ, 2009). Outrossim, vale dizer que Paulo Borba Casella, em artigo sobre a autonomia da vontade na arbitragem comercial internacional, afirma que a Lei 9.307/96 conferiu à autonomia da vontade das partes, em matéria arbitral, extensão irrestrita, diversamente do que ocorre quando as partes optam por cláusula judicial de eleição de foro: “Instaurou-se, desse modo, situação curiosa, em nosso ordenamento, no qual se passou da restrição à autonomia da vontade das partes contratantes na escolha da lei aplicável, para quadro no qual, no regime da nova lei, combinam-se a liberdade total e a diversidade de regime, conforme se trate, em cada configuração contratual, de cláusula de eleição judicial de foro – em que estarão as partes adstritas à observância do regime do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro – enquanto a opção pela cláusula arbitral, comporta a opção de escolha seja de lei estrangeira, de equidade, ou com base nos princípios gerais do direito, dos usos e costumes e das regras internacionais do comércio.” (CASELLA, Paulo Borba. “Autonomia da vontade, arbitragem comercial internacional e Direito Brasileiro”. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (orgs.). *O direito internacional contemporâneo - Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 737-750, esp. pp. 742-743).

¹⁶¹ De acordo com o art. 2º da Lei de Arbitragem: “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.” Sobre um aprofundado estudo acerca dos princípios do UNIDROIT, v. GAMA JUNIOR, Lauro. *Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004: soft law, arbitragem e jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

¹⁶² Como salientado por Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio: “(...) even in cases where foreign law is applicable to the merits, the law applicable to procedure is the law of the forum. The competence of *lex fori* in matters of procedure is explained by French legal commentators as the application of domestic public law, which should, as a rule, always be applied.” (DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. “The Forum Law Rule in International Litigation: *Lex Fori* or *Lex Diligentiae*? – Unresolved Choice-of-Law Issues in the Transnational Rules of Civil Procedure”, *Texas International Law Journal*, vol.33, XXX, 1998. p. 4). Os autores enfatizam que excepcionalmente, alguns procedimentos podem ser regulados pela *lex diligentiae* ou pela *lex causae*.

refere a litígios relativos ao comércio internacional, a preferência pela via arbitral já foi há muito constatada.¹⁶³

É possível que parte do sucesso da arbitragem como principal mecanismo utilizado para a solução de conflitos relativos ao comércio internacional seja atribuída à Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, conhecida como Convenção de Nova Iorque¹⁶⁴. Dentre as suas disposições, destaca-se que o Art. I garante o amplo reconhecimento e execução às sentenças arbitrais estrangeiras¹⁶⁵ e o seu Art. II assegura o reconhecimento e a execução das sentenças arbitrais estrangeiras¹⁶⁶. A Convenção de Nova Iorque já foi ratificada por mais de 140 países¹⁶⁷, e consiste em um dos diplomas

¹⁶³ TIBURCIO, Carmen. “A arbitragem como meio de solução dos litígios comerciais internacionais envolvendo o petróleo e uma breve análise da cláusula arbitral da sétima rodada de licitações da ANP”. In: *Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 307-331. No mesmo sentido, Rachel Engle: “*International arbitration has become a dominant mechanism for resolving disputes among business entities*”. (ENGLE, Rachel. “Party Autonomy in International Arbitration: Where Uniformity Gives Way to Predictability”, 15 *Transnat'l Law*. 323, 2002). Sobre o direito do comércio internacional, confira-se RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. “*Joint ventures internacionais*”. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAUJO, Nadia de. (orgs.). *O novo direito internacional – Estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. pp. 423-460.

¹⁶⁴ O tratado foi concluído em conferência diplomática realizada no âmbito das Nações Unidas, em 10/06/1958. Entrou em vigor somente em 07/06/1959, após ter sido assinado por apenas 24 Estados, nomeadamente: Argentina, Bélgica, Bulgária, Bielorrússia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Finlândia, França, Alemanha, Índia, Israel, Jordânia, Luxemburgo, Mônaco, Países Baixos, Paquistão, Filipinas, Polónia, Sri Lanka, Suécia, Suíça, Ucrânia e URSS. Para comentários sobre a Convenção de Nova Iorque, por artigo, veja-se BERG, Albert Jan Van Den. *The New York Arbitration Convention of 1958*. Netherlands, Kluwer, 1981, e ainda RICCI, Edoardo F.; e FRANCO, Mariulza. “Após ratificação da Convenção de Nova Iorque: novos problemas”. *Revista Brasileira de Arbitragem*. nº 2. Porto Alegre: Síntese, 2004. pp. 90-102; WALD, Arnoldo. “A interpretação da Convenção de Nova Iorque no direito comparado”. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. nº 22. pp. 353-370; STRENGER, Irineu. “Verdadeira projeção da arbitragem – Convenção de New York de 1958”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, 2003. nº 129. pp. 40-44.

¹⁶⁵ “Artigo I: 1. A presente Convenção aplicar-se-á ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais estrangeiras proferidas no território de um Estado que não o Estado em que se tencione o reconhecimento e a execução de tais sentenças, oriundas de divergências entre pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas. A Convenção aplicar-se-á igualmente a sentenças arbitrais não sentenças domésticas no Estado onde se tencione o seu reconhecimento e a sua execução. 2. Entender-se-á por ‘sentenças arbitrais’ não só as sentenças proferidas por árbitros nomeados para cada caso mas também aquelas emitidas por órgãos arbitrais permanentes aos quais as partes se submetam. 3. Quando da assinatura, ratificação ou adesão à presente Convenção, ou da notificação de extensão nos termos do Artigo X, qualquer Estado poderá, com base em reciprocidade, declarar que aplicará a Convenção ao reconhecimento e à execução de sentenças proferidas unicamente no território de outro Estado signatário. Poderá igualmente declarar que aplicará a Convenção somente a divergências oriundas de relacionamentos jurídicos, sejam eles contratuais ou não, que sejam considerados como comerciais nos termos da lei nacional do Estado que fizer tal declaração.”

¹⁶⁶ “Artigo II: 1. Cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível de solução mediante arbitragem. 2. Entender-se-á por ‘acordo escrito’ uma cláusula arbitral inserida em contrato ou acordo de arbitragem, firmado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegramas. 3. O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de uma delação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável.”

¹⁶⁷ Atualmente, além dos 24 países já citados, são signatários da Convenção: Afeganistão, Albânia, Argélia, Antígua e Barbuda, Armênia, Austrália, Áustria, Azerbaijão, Bahamas, Barein, Bangladesh, Barbados, Benin, Bolívia, Bósnia e Herzegovina, Botsuana, Brasil, Brunei, Burkina Faso, Camboja, Camarões, Canadá, República Centro-Africana, Chile, China, Colômbia, Ilhas Cook, Costa do Marfim, Croácia, Cuba, Chipre, República Tcheca, Dinamarca, Djibuti, Dominica, República Dominicana, Egito, Estônia, Gabão, Geórgia, Gana, Grécia, Guatemala, Guiné, Haiti, Santa Sé, Honduras, Hungria, Islândia, Indonésia, Irã, Irlanda, Itália, Jamaica, Japão, Cazaquistão, Quênia, Kuwait, Quirguistão, Laos, Letônia, Líbano, Lesoto, Libéria, Lituânia, Madagascar, Malásia, Mali, Malta, Ilhas Marshall, Maurítânia, Ilhas Maurício, México, Moldávia, Mongólia, Montenegro, Marrocos, Moçambique, Nepal, Nova Zelândia, Nicarágua, Níger, Nigéria, Noruega, Omã, Panamá, Paraguai, Peru, Portugal, Qatar, República da Coreia, Romênia, Ruanda, São Vicente e Granadinas, San Marino, Arábia Saudita, Senegal, Sérvia, Cingapura, Eslováquia, Eslovênia, África do Sul, Espanha, Síria, Tailândia,

convencionais de maior sucesso global¹⁶⁸, sendo de fundamental importância para a consolidação da arbitragem em escala global.

No Brasil, a recente Lei de Arbitragem impulsionou sobremaneira a utilização da arbitragem.¹⁶⁹ Dentre outros aspectos, inovou a Lei brasileira com relação à legislação nacional anterior ao equiparar os efeitos da cláusula compromissória e do compromisso arbitral¹⁷⁰ e possibilitar a execução específica da cláusula compromissória.¹⁷¹ Ademais, ao equiparar o laudo arbitral a uma sentença judicial, o ordenamento pátrio dispensou a necessidade de sua homologação pela autoridade judiciária, quer seja no Brasil ou no país de origem, nas hipóteses de sentença arbitral estrangeira.¹⁷²

Atualmente, o STJ tem adotado uma postura favorável à homologação dos laudos proferidos fora do território nacional, inclusive porque tanto de acordo com a Convenção de Nova Iorque, como de acordo com a Lei de Arbitragem, as hipóteses em que o reconhecimento e execução poderão ser indeferidos são restritas.¹⁷³

Interessante questão se coloca quando em um mesmo contrato há uma convenção arbitral e cláusula de eleição de foro. Se, por um lado, a escolha pela arbitragem representa a vontade dos contratantes de não se submeterem ao Judiciário, a eleição de foro enfraquece essa manifestação de vontade, ensejando dúvida sobre a eficácia da convenção arbitral.¹⁷⁴

Embora seja possível que, excepcionalmente, o Judiciário intervenha no processo arbitral, quer seja para determinar medidas de urgência, decidir acerca da nulidade do laudo ou garantir a execução do laudo, não é conveniente que as partes elejam o foro de antemão.

Macedônia, Trinidad e Tobago, Tunísia, Turquia, Uganda, Emirados Árabes Unidos, Reino Unido, Tanzânia, Estados Unidos, Uruguai, Uzbequistão, Venezuela, Vietnã, Zâmbia e Zimbábue.

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html, acesso em 07/10/2009

¹⁶⁸ A Convenção de Nova Iorque foi promulgada no Brasil após 44 anos de sua elaboração, por meio do Decreto Executivo nº 4.311, de 23/07/2002.

¹⁶⁹ Sobre a Lei de Arbitragem, v. DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Veja-se também FRADERA, Véra Maria Jacob de. “Aspectos problemáticos na utilização da arbitragem privada na solução de litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis – comentários à Lei de Arbitragem”. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAUJO, Nadia de. (orgs.). *O novo direito internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. pp. 403-422.

¹⁷⁰ Artigo 3º da Lei de Arbitragem.

¹⁷¹ Artigo 31 da Lei de Arbitragem.

¹⁷² De acordo com o Artigo 35 da Lei de Arbitragem, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Superior Tribunal de Justiça. O Art. 34 dispõe que se considera sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.

¹⁷³ Cfr. Araújo, Nadia de. “O STJ e a homologação dos laudos arbitrais estrangeiros: balanço positivo de quatro anos de atuação”. In: *Contratos internacionais: autonomia da vontade, MERCOSUL e convenções internacionais*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. pp. 447-484; DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp. 307-328; ALMEIDA, Ricardo Ramalho. “A exceção de ofensa à ordem pública na homologação de sentença arbitral estrangeira”. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (coord). *Arbitragem interna e internacional: questões de doutrina e da prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp.129-170.

¹⁷⁴ Luciano Benetti Timm chega a afirmar que “dependendo da redação do contrato, a escolha de um tribunal de um país pode anular a cláusula compromissória, o que, normalmente, é indesejado pelas partes.” (TIMM, Luciano Benetti. “A cláusula de eleição de foro versus a cláusula arbitral em contratos internacionais: qual é a melhor opção para a solução de disputas entre as partes?” *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. nº 10. pp. 20-38, esp. p. 22).

Veja-se, por exemplo, o caso de uma arbitragem com eleição de foro no Rio de Janeiro em que seja necessária uma medida cautelar em Salvador. Caso o foro acionado seja aquele que tenha sido eleito pelas partes, será necessária a expedição de uma carta precatória, o que tornará o processo mais lento. É possível até mesmo que a medida cautelar perca o seu objeto.

Ademais, é preciso ter em mente que, havendo num mesmo contrato cláusula compromissória e cláusula de eleição de foro, as partes poderão se ver obrigadas a discutir previamente a compatibilidade ou preferência entre as duas disposições, o que evidencia a insegurança jurídica quanto à forma de solução de conflitos pactuada.

Em sentido contrário, Lauro da Gama e Souza Junior entende que não há qualquer incompatibilidade entre a escolha concomitante de um foro judicial e a convenção arbitral. No entanto, aconselha que os contratantes delimitem precisamente os respectivos âmbitos de atuação de tais cláusulas, ou que, simplesmente, a cláusula de foro refira-se a toda as disputas insuscetíveis de solução pela via arbitral.¹⁷⁵

O estudo acerca da arbitragem internacional assumiu notadamente uma enorme relevância nas últimas décadas. Não obstante, o presente trabalho não aprofundará as questões relativas à convenção arbitral, sob pena de se incorrer em desvio da finalidade proposta.

1.5 A possibilidade de reconhecimento da autonomia da vontade

Demonstrou-se até o momento que a consagração da autonomia da vontade como princípio basilar do DIPr foi resultado de uma longa construção teórica e jurisprudencial. Atualmente, ocupa papel central nos contratos internacionais, sendo a sua utilização reconhecida pela maioria dos Estados.

Evidencia a importância da autonomia da vontade no direito internacional privado contemporâneo a iniciativa da Conferência da Haia de elaborar um instrumento de *soft law* sobre a lei aplicável. Os trabalhos foram iniciados, já tendo sido inclusive preparados alguns relatórios sobre a viabilidade da conclusão de um instrumento convencional sobre a autonomia em matéria de contratos internacionais.¹⁷⁶

Neste item, serão abordados alguns fatores que possibilitam que as partes acordem a lei aplicável para reger a avença e o foro para resolver suas eventuais disputas.

¹⁷⁵ GAMA JUNIOR, Lauro. “Ação de declaração de nulidade de cláusula contratual. Cláusulas de arbitragem e de eleição de foro incluídas no contrato. Extinção do processo sem julgamento do mérito”. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. n° 6. pp. 246-250.

¹⁷⁶ Disponíveis em www.hcch.net, *work in progress, international contracts*. O mais recente trabalho é: *Choice of Law in International Contracts – report on work carried out and perspectives for the development of the future instrument*. Note submitted by the Permanent Bureau. Preliminary Document No 6 of March 2010, for the attention of the Council of April 2010 on General Affairs and Policy of the Conference. Disponível em www.hcch.net, acesso em 05/04/2010.

1.5.1 Necessário reconhecimento da autonomia pela *lex fori*

O princípio da autonomia da vontade, por si só, não é suficiente para assegurar às partes o direito de escolher contratualmente a lei aplicável e o foro. Ou seja, o fato de haver um princípio de direito internacional privado capaz de justificar a liberdade contratual quanto à eleição da lei e do foro não pode ser considerado fundamento satisfatório para autorizar as partes a se utilizarem livremente da autonomia em negociações internacionais. É necessário que o Estado autorize a utilização do princípio da autonomia, quer seja através de uma lei, quer seja pelo entendimento jurisprudencial consolidado.

Na realidade, a autonomia da vontade não é uma fonte independente de conflito de leis, a qual as partes podem recorrer a seu exclusivo critério e sem quaisquer limites. Pelo contrário, para que seja reconhecida a autonomia, é essencial que a mesma seja autorizada pela lei do foro.

É a partir da análise da lei do foro (*lex fori*) que será possível determinar se a escolha das partes sobre a lei aplicável e sobre o foro será ou não observada.¹⁷⁷ Enquanto o foro não for acionado, fica incerto às partes se a lei e o foro eleitos serão observados quando da solução do conflito.¹⁷⁸

Conforme bem apontado por Frank Vischer em seu curso apresentado na Academia de Direito Internacional Privado da Haia em 1992, embora o princípio da autonomia na escolha da lei seja de fundamental importância e amplamente reconhecido, há que se verificar se a lei do foro autoriza o exercício da autonomia e em que limites:

“The liberty of parties to determine the applicable law by mutual consent is certainly of paramount importance for international economic relations. The principle may even be part of the internationally acknowledged general principles of law. (...) The forum State, which ultimately controls the choice of law, has to determine the conditions, the limits and the scope of the parties’ autonomy in international contracts”¹⁷⁹ (grifos nossos).

¹⁷⁷ V. NYGH, Peter. *Autonomy in international contracts*. Oxford University Press, 1999. pp. 31-38. E ainda Russel J. Weintraub: “One obvious difficulty with relying on a choice-of-law clause for validation, is that the parties may inadvertently choose a jurisdiction whose laws will invalidate the contract in whole or in part. This phenomenon of mistaken choice is already observable in many reported cases.” (WEINTRAUB, Russel J. *Commentary on the Conflict of Laws*. Nova Iorque: New York Foundation Press, 2001. pp. 449-455, esp. p. 449).

¹⁷⁸ A esse respeito, Ole Lando expõe que: “In fact, no rule of law operates until a court applies it in the course of a litigation. (...) The statement that a certain law governs the acts of the parties only means that it is probable that a court will apply that law. (...) The court will have to find the proper law and also the proper rule for determining the validity of the choice-of-law clause.” (LANDO, Ole. *The conflict of laws of contracts: general principles*. Recueil des Cours, vol. 189 (1984-VI) pp. 285-286).

¹⁷⁹ VISCHER, Frank. *General Course on Private International Law*. Recueil des Cours, vol. 232 (1992-I) p. 139.

Na década de 60, Hélène Gaudemet-Tallon já reconhecia uma tendência no direito em admitir a vontade das partes como fonte normativa, mas com a ressalva de que a liberdade não seria ilimitada, sendo indispensável o concurso de um elemento autoritário. O direito interno deveria fazer esse controle, determinando as condições de validade e os efeitos da autonomia.¹⁸⁰

A constatação de que a *lex fori* indicará a possibilidade de escolha da lei e do foro refuta a objeção feita por Beale e outros autores de que as partes não teriam poderes para legislar fora dos contornos do seu sistema legal. Na realidade, essa permissão às partes é conferida pela própria lei do foro. Se a *lex fori* reconhece a autonomia, a autorização para a liberdade de escolha provém da própria lei, e não simplesmente da vontades das partes.

Erik Jayme entende que a autonomia da vontade não é um mero fator objetivo de localização da lei aplicável. Em sua visão, a autonomia seria um princípio legitimado pelos direitos do homem, que são assegurados na Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada na Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948.¹⁸¹ No entanto, reconhece que a liberdade não seria ilimitada eis que o Art. 29, §1º, do referido diploma estabelece que: “toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.”

Jayme entende que caso seja aceito que o fundamento da autonomia da vontade é um direito do homem, será possível concluir que o mesmo se refere não apenas aos contratos comerciais, mas também a questões pessoais, como o casamento ou o testamento. Em sua visão, portanto, o fundamento para a autonomia não se encontra em uma mera autorização legislativa, mas sim trata-se de um direito do homem.

1.5.2 Reconhecimento do interesse das partes e a eficiência econômica

¹⁸⁰ “(...) mais on ne doit cependant pas croire que la volonté individuelle jouisse d’une liberté illimité et on observe que le concours d’un élément autoritaire reste indispensable. Si on doit laisser une place à la volonté individuelle en matière de compétence judiciaire internationale, et ce, en raison même des insuffisances de l’ordre international, il ne faut pas cependant que cette volonté puisse s’exercer en dehors de tout contrôle. Or, en présence des défaillances de l’ordre international, ce sera tout naturellement le droit interne qui aura vocation à effectuer ce contrôle, à regir cette manifestation de volonté qu’est la prorogation de juridiction: c’est le droit interne qui en déterminera les conditions de validité, qui décidera des effets qu’il faut lui reconnaître.” (GAUDEMET-TALLON, Hélène. *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*. Vol. IV: Paris: Dalloz, 1965. p. 150).

¹⁸¹ “La légitimation de l’autonomie de la volonté des parties est donc la liberté des individus dans leurs affaires personnelles et commerciales, reconnue par les États. Le libre choix de la loi du contrat n’est pas seulement un facteur objectif localisateur auquel les États attribuent un rôle primordial pour la détermination de la loi applicable. Il s’agit aujourd’hui d’un principe fondé sur les droits de l’homme.” (JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*. Recueil des Cours, vol. 251 (1995) pp. 147-148).

Sob o ponto de vista prático, é possível dizer que a autonomia da vontade será aceita de acordo com o que dispuser a lei do foro a respeito. Assim, se a *lex fori* conferir às partes o direito de utilizar a sua vontade como um elemento de conexão em contratos internacionais, será reconhecida a escolha dos contratantes quanto à lei e ao foro.

Já sob uma perspectiva teórica, geralmente menciona-se a consagrada liberdade contratual e a certeza e eficiência promovidas pela autonomia da vontade como fatores que justificam a adoção do princípio. Em outras palavras, os interesses das partes e os benefícios de ordem econômica promovidos pelo reconhecimento da autonomia são fortes razões que tornam possível a aceitação do princípio em escala global.

Já desde o século XIX, sob a influência das concepções de Adam Smith, Jean Jacques Rousseau e Emmanuel Kant, o ambiente liberal facilitou a aceitação do princípio da autonomia da vontade.¹⁸²

Conforme já observado, no plano interno, a autonomia significa a liberdade conferida às partes para fixar livremente o conteúdo do contrato, dentro dos limites da lei.¹⁸³ No plano internacional, a autonomia assume maior dimensão, pois exprime que as partes têm liberdade para escolher a lei aplicável ao seu contrato.¹⁸⁴

Considerando que os contratantes têm vasta liberdade para acordar o que quiserem, certamente observada a legalidade da operação, não seria possível dizer que a liberdade é completa se não lhes fosse assegurada a possibilidade de eleição da lei e do foro.¹⁸⁵

Além de assegurar a liberdade, o reconhecimento da autonomia da vontade pelos Estados confere às partes certeza e segurança sobre a lei e o foro. Essa certeza não poderia ser obtida que não por meio de convenção contratual, pois, como cada Estado possui regras de conexão diferentes, uma mesma controvérsia poderia vir a ser decidida com base em leis diferentes dependendo do tribunal que houvesse sido acionado.

Visando evitar a insegurança decorrente de contratações internacionais, em que há potencialidade de intervenção do Judiciário de mais de um Estado, as partes buscam fixar a lei e o foro de antemão. E essa é uma forte justificativa em prol da possibilidade da autonomia.

¹⁸² Veja-se, sobre a parte histórica, YNTEMA, Hessel E. “ ‘Autonomy’ in Choice of Law”, 1 Am. J. Comp. L 341, 1952.

¹⁸³ Sobre a autonomia da vontade na teoria geral do direito, veja-se ARAUJO, Nadia de. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, MERCOSUL e convenções internacionais*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. pp. 43-52.

¹⁸⁴ Como bem observado por Peter Nygh, mesmo que as partes não possam escolher a lei aplicável, ainda assim têm liberdade para “localizar” o contrato através da escolha dos elementos de conexão, como o lugar da celebração, o lugar da execução, o local e a moeda de pagamento (NYGH, Peter. *Autonomy in international contracts*. Oxford University Press, 1999. p. 2).

¹⁸⁵ McCLEAN, David. *De conflictu legum: perspectives on private international law at the turn of the century - general course on private international law*. Recueil des Cours, vol. 282 (2000) p. 137.

Como aponta Daniel Gruenbaum, um dos objetivos ideais do direito internacional privado é a chamada “harmonia de soluções”, que significa que uma mesma causa deveria ser julgada em qualquer lugar da mesma forma, de modo que a solução para a controvérsia independesse de onde a demanda foi proposta.¹⁸⁶

Como não é possível que uma mesma controvérsia seja julgada da mesma forma em todos os Estados, deve ser assegurado às partes o direito de optarem pela lei e pelo foro que lhes convir.

Ademais, há um argumento de eficiência econômica relacionado à escolha feita pelos contratantes, na medida em que são eles, melhor do que ninguém, que podem avaliar a lei e o foro que lhes seja mais adequado.¹⁸⁷ Conforme estudo preparado por Gisela Rühl especificamente sobre a autonomia da vontade sob a perspectiva econômica:

“In fact, there is general agreement in the economic community that granting the parties the freedom to choose the applicable law is - in principle - an efficient approach to the choice-of-law problem. The basis for this proposition is that individual are assumed to be rational maximizers of their own welfare and have idiosyncratic knowledge about their preferences unavailable to anybody else. Therefore, they do not enter a choice-of-law agreement unless they believe that it will make them better off. (...) All in all, party autonomy and free choice of law, thus, stand on firm economic grounds.”¹⁸⁸

Pelas razões apontadas, tanto de ordem prática (a lei do foro deverá autorizar a autonomia) quanto teórica (a autonomia confere segurança e certeza às partes, além de representar eficiência econômica), não apenas é possível, mas também desejável que o princípio da autonomia da vontade seja amplamente reconhecido pelos Estados.

¹⁸⁶ GRUENBAUM, Daniel. “O reconhecimento e a extensão da autoridade da sentença estrangeira”. Tese de Doutorado em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2009. pp. 51-52.

¹⁸⁷ Veja-se a conclusão de Jürgen Basedow sobre o impacto econômico do princípio da autonomia da vontade: “The principle of party autonomy in the private international law of contracts has a sound economic basis since the parties to a contract are in a better position than anybody else to decide which law suits their needs best, thereby reducing the transaction costs of international contracting.” (BASEDOW, Jürgen. “*Lex Mercatoria* and the Private International Law of Contracts in Economic Perspective”. In: BASEDOW, Jürgen; KONO, Toshiyuki. *An Economic Analysis of Private International Law*. Mohr Siebeck, 2006. pp. 57-71, esp. p. 71). Para uma análise econômica da cláusula de eleição de lei e de foro, confira-se no mesmo sentido, embora em outro contexto, KIRCHNER, Christian. “An Economic Analysis of Choice-of-Law and Choice-of-Forum Clauses.” In: BASEDOW, Jürgen; KONO, Toshiyuki. *An Economic Analysis of Private International Law*. Mohr Siebeck, 2006. p. 33-53.

¹⁸⁸ RÜHL, Gisela. “Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency”, CLPE Research Paper 4/2007, vol. 03, no. 01 (2007).

2 AUTONOMIA DA VONTADE NA ESCOLHA DO FORO NO DIREITO CONVENCIONAL E REGIONAL

2.1 Os trabalhos da Conferência da Haia

A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado é uma organização intergovernamental de caráter global, que conta com aproximadamente 70 membros, representando todos os continentes e sistemas jurídicos. Sua primeira reunião foi celebrada em 1893 por iniciativa de T.M.C. Asser, mas apenas em 1955 tornou-se uma organização intergovernamental permanente, após a entrada em vigor do seu estatuto.¹⁸⁹ O principal objetivo dos trabalhos da Conferência é elaborar instrumentos jurídicos multilaterais que confirmam segurança jurídica às relações internacionais, o que é feito através da progressiva unificação das regras de DIPr.¹⁹⁰

Com relação à autonomia da vontade na escolha do foro, a primeira convenção que abordou o assunto foi a Convenção sobre a Competência do Foro Contratual em Caso de Venda de Caráter Internacional de Objetos Móveis Corpóreos. Assinada em 15 de abril de 1958, a Convenção previa a possibilidade de designação, pelas partes, de um tribunal de um dos Estados contratantes, que teria competência exclusiva para conhecer do litígio.¹⁹¹ A Convenção foi assinada por apenas quatro países, não tendo sido ratificada por nenhum deles, de modo que jamais entrou em vigor.¹⁹²

Posteriormente, em 25 de novembro de 1965, foi assinada a Convenção da Haia sobre Acordos de Eleição de Foro, que também não entrou em vigor.¹⁹³ De acordo com o seu Art.

¹⁸⁹ Maiores detalhes sobre o histórico e os trabalhos desenvolvidos pela Conferência da Haia podem ser obtidos em www.hcch.net. Ver também OLIVEIRA, Renata Fialho de. *Harmonização Jurídica no Direito Internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. pp. 52-54.

¹⁹⁰ Entre 1951 e 2008, a Conferência adotou 38 convenções internacionais, as quais, ainda quando não ratificadas, influenciam os sistemas jurídicos dos Estados soberanos, mesmo em se tratando de Estados que não são membros da Conferência. Dentre outros assuntos, os seguintes temas já foram objeto de convenções em Haia: citação e notificação no estrangeiro, obtenção de provas no estrangeiro, acesso à justiça, subtração internacional de menores, adoção internacional, conflitos de leis relacionados à forma das disposições testamentárias, obrigações alimentares e reconhecimento de divórcios.

¹⁹¹ “Artigo 2: Se as partes em um contrato de venda designarem de uma maneira expressa um tribunal ou tribunais de um dos Estados contratantes como competentes para conhecer dos litígios surgidos ou que possam surgir de dito contrato entre as partes contratantes, o tribunal designado será exclusivamente competente e qualquer outro tribunal deverá declarar-se incompetente, com reserva das disposições do artigo 3” (tradução livre).

¹⁹² Os países que assinaram a Convenção foram Alemanha, Áustria, Bélgica e Grécia.

¹⁹³ A Convenção foi assinada apenas por Israel, que não chegou a ratificar o instrumento internacional.

1º, as partes poderiam, nas matérias a que se aplicava a Convenção, designar tribunal para conhecer de litígio já existente ou que viesse a se materializar.¹⁹⁴

Em 01 de fevereiro de 1971 foi finalizada a Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Estrangeiras em Matéria Civil e Comercial. O objetivo desta Convenção era facilitar a circulação dos efeitos das sentenças judiciais, de modo que o judiciário do foro não pudesse recusar ou dificultar o reconhecimento e a execução de sentenças estrangeiras injustificadamente. A Convenção entrou em vigor em 20/08/1979, e gera efeitos apenas no Chipre, Países Baixos, Portugal e Kuwait. Embora não cuidasse especificamente da eleição de foro, a Convenção já tratava de assuntos que seriam abordados na Convenção da Haia sobre a Escolha do Foro de 2005, especificamente no que se refere ao amplo reconhecimento das decisões judiciais.

Recentemente, em 30 de junho de 2005, durante a 20ª Sessão da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, foi aprovada a Convenção sobre a Escolha do Foro, cujo escopo é: (i) assegurar a eficácia da eleição de foro exclusivo pelas partes em transações comerciais e civis e (ii) garantir que a sentença proferida pelo foro eleito seja reconhecida e executada de forma ampla nos demais Estados contratantes, observadas algumas exceções ali previstas.

Caso entre em vigor e seja assinada por um número expressivo de Estados, a Convenção da Haia será o principal instrumento regulador dos efeitos da cláusula de eleição de foro em âmbito internacional. Resultado de mais de uma década de negociações, a Convenção reflete o que há de mais moderno acerca da necessidade de amplo reconhecimento da autonomia da vontade na escolha do foro, conferindo certeza e previsibilidade às partes contratantes. Para os países que ainda não asseguram firmemente a possibilidade de eleição de foro contratual, a Convenção tem o condão de garantir a sua observância.¹⁹⁵

A adoção da Convenção pelo Brasil assume especial relevância na medida em que a jurisprudência pátria posiciona-se em muitos casos (senão na maioria deles) de forma contrária à possibilidade de a cláusula de eleição de foro afastar a atuação da jurisdição brasileira, conforme será analisado no Capítulo 4. Outrossim, tendo em vista que a Convenção

¹⁹⁴ “Artigo 1: Nas matérias a que se aplica a presente Convenção e observadas as condições descritas, as partes podem, por um acordo de eleição de foro, designar para conhecer dos litígios originados ou que possam se originar entre elas quanto a uma relação jurídica determinada: 1. sejam os tribunais de um dos Estados contratantes, sendo então o tribunal especificamente competente determinado de acordo com o que preveem a lei ou as leis internas deste Estado; 2. Seja um tribunal expressamente designado de um dos Estados contratantes, sob a condição de que este tribunal seja competente segundo a lei ou as leis internas deste Estado” (tradução livre).

¹⁹⁵ Para uma análise do direito de outros Estados acerca da eleição de foro estrangeiro v. TIBURCIO, Carmen. “A eleição de foro estrangeiro e o judiciário brasileiro”. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. nº 21. pp. 84-113.

ainda não foi objeto de profunda análise pela doutrina nacional¹⁹⁶, será feito a seguir um breve resumo do histórico das negociações e serão mencionadas as principais regras convencionais.

2.1.1 Algumas considerações sobre o reconhecimento de decisões estrangeiras e o tratamento conferido aos acordos sobre eleição de foro nos Estados Unidos

Antes de ser abordado o histórico das negociações e as principais características da Convenção da Haia de 2005, cuidaremos brevemente do tratamento legal norte-americano conferido ao reconhecimento de decisões estrangeiras e aos acordos sobre eleição de foro.¹⁹⁷

Conforme será esclarecido no item 2.1.2 abaixo, a proposta para a elaboração de uma convenção para regular a jurisdição internacional dos Estados e o reconhecimento de decisões judiciais partiu dos Estados Unidos. O principal motivo que ensejou essa proposta está relacionado ao fato de as decisões judiciais norte-americanas serem submetidas a uma série de entraves para serem reconhecidas em outros Estados.¹⁹⁸ Essa situação justifica-se, em parte, em razão de o país exercer sua jurisdição de forma excessivamente ampla e pelo fato de não possuir critérios fixos para fins de reconhecimento de sentenças proferidas por outros Estados.¹⁹⁹

¹⁹⁶ Nadia de Araujo e Daniela Vargas já acentuaram que: “No caso do Brasil, sua adoção seria benéfica, tendo em vista a jurisprudência vacilante sobre os efeitos da cláusula de eleição de foro nos contratos internacionais. É que mesmo com a cláusula de eleição de foro remetendo o litígio a um tribunal estrangeiro, não há segurança de que os tribunais brasileiros declarem sua incompetência para julgar o caso. Por isso, a Convenção seria muito bem-vinda.” (ARAUJO, Nadia de; VARGAS, Daniela. “A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado: reaproximação do Brasil e análise das convenções processuais”. In: *Cadernos do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, jan/jun 2008. pp. 20-29, esp. p. 29). Ver também ARAUJO, Nadia de. “Convenção de Haia sobre Escolha de Foro e o Brasil: Necessidade de Sua Adoção”. *Revista Brasileira de Arbitragem*. nº 18. São Paulo, Editora IOB, 2008. pp. 27-38.

¹⁹⁷ O estudo do direito internacional privado está profundamente relacionado ao estudo do direito comparado, na medida em que aquele busca a melhor composição para os conflitos a partir da verificação das diversas abordagens tomadas por diferentes ordenamentos jurídicos. (RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. “Importância do direito comparado”. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (orgs.). *O direito internacional contemporâneo - Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 679-692, esp. p. 686).

¹⁹⁸ Confirmando essa assertiva, menciona-se trecho do artigo escrito por Ved P. Nanda sobre as origens da Convenção da Haia: “The United States’ interest in such a convention is driven by the obvious need it perceives for a legal structure to ‘support the growth of global markets’ and promote international cooperation. Moreover, since the United States is not a party to any treaty – bilateral or multilateral – on recognition and enforcement of foreign judgments, the US finds itself at a major disadvantage, for re-litigation becomes a prerequisite for the enforcement of US judgments abroad. The U.S. courts are perceived to be more hospitable to the enforcement of foreign judgments than foreign courts are to U.S. judgments.” (NANDA, Ved P. “The landmark 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements”, 42 *Tex Int’l L.J.* 773, 2006-2007, esp. p. 775).

¹⁹⁹ Conforme ressaltado por Matthew H. Adler e Michele Crimaldi Zarychta, muitas vezes credores norte-americanos têm que provar a lei dos EUA nos tribunais estrangeiros, sendo a decisão questionada no mérito e até mesmo julgada novamente: “Litigants trying to enforce U.S. judgments abroad have been subject to an *ad hoc* enforcement regime that relies wholly on the discretion of the particular court involved, unfettered by any international obligation, treaty or otherwise. The result, in some eyes, is a ‘lose/lose’ scenario for U.S. litigants. Generally, the United States recognizes and enforces foreign judgments

O precedente que estabeleceu as bases para o reconhecimento de decisões estrangeiras em âmbito federal nos EUA foi o *Hilton v. Guyot*, julgado em 1895.²⁰⁰ Neste caso, um francês (credor) tentava executar uma decisão francesa contra um réu norte-americano. A Suprema Corte afirmou que a possibilidade de execução de uma sentença estrangeira no país deveria levar em conta a cortesia internacional e a reciprocidade entre os países.²⁰¹ Ao final do processo, o reconhecimento foi negado, pois se entendeu que não haveria reciprocidade na França se a hipótese fosse inversa, isto é, se houvesse um requerimento de homologação de decisão norte-americana na França com as mesmas características.²⁰²

Posteriormente, no precedente *Johnston v. Compagnie Generale Transatlantique*, decidido em 1926, a Corte de Apelação de Nova Iorque decidiu que o reconhecimento e execução de decisões estrangeiras consistia em matéria de direito estadual.²⁰³ Esse entendimento foi reafirmado em outros casos²⁰⁴, e a partir daí passou a haver um problema com relação à determinação das exigências para reconhecimento de decisões estrangeiras, pois os critérios variavam entre os estados, alguns deles exigindo reciprocidade e outros não.²⁰⁵

A despeito da inexistência de uniformidade, fato é que a maioria dos estados adotam, de maneira geral, regras semelhantes, quer seja através do *Restatement (Third) of Foreign Relations Law* ou o *Uniform Foreign Money-Judgments Recognition Act*.²⁰⁶ Esses instrumentos não serão aqui analisados, mas vale a pena dizer que em ambos constam os fatores que justificam a denegação de reconhecimento de decisões estrangeiras.

under its principle of comity (not reciprocity). On the other hand, enforcement of U.S. judgments abroad can be refused for any number of reasons, including but not limited to high damages awards in jury trials. Some foreign courts also reexamine the merits of U.S. judgments to determine if they are consistent with the forum's public policy, and if not, refuse to recognize and enforce them." (ADLER, Matthew H; Zarychta, Michele Crimaldi. "The Hague Convention on Choice of Court Agreements: The United States Joins the Judgment Enforcement Band", 27 Nw. J. Int'l & Busl 1 2006-2007, esp. pp. 3-4).

²⁰⁰ 159 U.S. 113 (1895).

²⁰¹ Em sua decisão, a Suprema Corte listou uma série de fatores que deveriam ser observados para que o reconhecimento pudesse ser realizado, como, por exemplo, a decisão ter sido emanada de um tribunal competente para apreciar o caso, não ter havido fraude e o réu ter sido devidamente citado para se defender ou então comparecido voluntariamente.

²⁰² O posicionamento em âmbito federal não sofreu muitas alterações desde o caso Hilton, embora a maioria dos estados e circuitos não mais exija a reciprocidade no processo de reconhecimento.

²⁰³ 152 N.E. 121, 123 (N.Y. 1926).

²⁰⁴ Confira-se em GRUENBAUM, Daniel. "O reconhecimento e a extensão da autoridade da sentença estrangeira". Tese de Doutorado em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2009. p. 113.

²⁰⁵ A situação é ainda mais complicada quando um credor norte-americano deseja o reconhecimento de uma decisão no exterior. Isso porque, se o tribunal acionado exigir reciprocidade, deve o autor demonstrar que aquele tribunal estadual específico que decidiu a causa iria conferir reciprocidade em um caso semelhante.

²⁰⁶ Ronald Brand e Paul M. Herrup chegam a afirmar que "despite the possibilities for complications, however, this area of law has developed in a reasonably uniform manner that has resulted in U.S. courts traditionally being among the most receptive in the world in recognizing and enforcing foreign judgments." (BRAND, Ronald A.; HERRUP, Paul M. *The 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements*. Cambridge University Press, 2008). Para maiores detalhes sobre o processo de reconhecimento e execução de decisões judiciais estrangeiras nos Estados Unidos e especificamente sobre o *Restatement (Third) of Foreign Relations Law* e o *Uniform Foreign Money-Judgments Act*. v. BERLIN, Matthew B. "The Hague Convention on Choice of Court Agreements: creating an international framework for recognizing foreign judgments", 3 B.Y.U. Int'l L. & Mgmt. Rev. 43, 2006.

Com relação aos acordos de eleição de foro, a partir da decisão da Suprema Corte em *Bremen v. Zapata*²⁰⁷, em 1972, passou-se reconhecer no país a cláusula de eleição de foro exclusivo. Em apertada síntese, o caso versava sobre um contrato celebrado entre uma empresa do Texas (*Zapata Off-shore Co.*) e uma empresa alemã (*Unterweser*) que tinha por objeto o reboque de uma plataforma de petróleo de Louisiana para a Itália. *Unterweser* havia saído vitoriosa de uma licitação internacional promovida por Zapata, razão pela qual o contrato fora concluído. Convém ressaltar que o instrumento contratual havia sido devidamente negociado entre as partes, tendo Zapata sugerido diversas alterações em seu conteúdo, embora nada houvesse dito com relação à cláusula de eleição de foro proposta pela empresa alemã.

O transporte incumbiu ao rebocador da *Unterweser, Bremen*. Devido ao mau tempo, a plataforma foi avariada no Golfo do México e teve de ser levada para o porto seguro mais próximo, na Flórida.

Zapata então ingressou com uma ação indenizatória na Flórida, embora o acordo contivesse uma cláusula estabelecendo que qualquer controvérsia oriunda do contrato deveria ser resolvida em Londres, na *London Court of Justice*.

Tanto a Corte Distrital quanto a Corte de Apelação dos EUA não conferiram efeito à cláusula de eleição de foro. Dentre outros motivos, basearam seu entendimento no precedente *Carbon Black*²⁰⁸, de acordo com o qual a escolha do foro estrangeiro somente seria eficaz se o tribunal eleito fosse mais conveniente para decidir a causa do que aquele acionado. Considerando que no caso concreto o foro provocado poderia apreciar o litígio, as cortes inferiores utilizaram a doutrina do *forum non conveniens* para afastar a competência do juízo de Londres em favor da justiça norte-americana.

A Suprema Corte, em decisão inédita, reverteu esse posicionamento.²⁰⁹ Afirmou que a parte que deseja processar a outra em foro diverso daquele acordado deverá demonstrar que o trâmite do processo no foro eleito será manifesta e gravemente inconveniente a si, a ponto de privar-lhe de um julgamento adequado. Ou seja, o ônus da prova de que o foro eleito não deve ser observado cabe ao autor.

Foram feitas duas exceções à regra de prevalência do foro eleito, a saber: (i) quando a cláusula for afetada por fraude, influência indevida ou poder de negociação desigual entre as

²⁰⁷ 407 U.S. 1, 92 S.Ct. 1907.

²⁰⁸ *The Monrosa v. Carbon Black Export, Inc.*, 359 U.S. 180 (1959).

²⁰⁹ V. descrição do caso com detalhes em COLES, Eugene F.; HAY, Peter; BORCHERS, Patrick J.; SYMEONIDES, Symeon C. *Conflict of Laws*. 4th ed. St. Paul Minn.: West, 2004. pp. 481-484; e COLLINS, Lawrence. *Essays in International Litigation and the Conflict of Laws*. Oxford: Clarendon Press, 1994. pp. 253-273. Vale mencionar que a decisão não foi unânime, tendo o Justice Douglas votado no sentido de manter inalterada a decisão da corte inferior.

partes e (ii) quando o reconhecimento da cláusula entrar em conflito com uma forte regra de ordem pública do foro, hipóteses em que a avença sobre o foro poderá ser desconsiderada.²¹⁰

Diante dos fatos relativos ao caso concreto, em que duas empresas sofisticadas, com poder de negociação aproximadamente equivalente, elegeram o foro de Londres, não haveria razões para que o acordo não fosse observado. O foro inglês era especializado na matéria, considerado neutro pelas partes e objeto de acordo consensual. Ademais, foi dito que tendo em vista a expansão das atividades comerciais nas últimas décadas, o futuro do comércio internacional seria gravemente prejudicado se os países se recusassem a aceitar que as controvérsias pudessem ser decididas com base em leis e em foros de outros Estados.²¹¹ Em resumo ao que foi exposto, transcreve-se o seguinte trecho da decisão:

“This case, however, involves a freely negotiated international commercial transaction between a German and an American corporation for towage of a vessel from the Gulf of Mexico to the Adriatic Sea. As noted, selection of a London forum was clearly a reasonable effort to bring vital certainty to this international transaction and to provide a neutral forum experienced and capable in the resolution of admiralty litigation. Whatever ‘inconvenience’ Zapata would suffer by being forced to litigate in the contractual forum as it agreed to do was clearly foreseeable at the time of contracting. In such circumstances it should be incumbent on the party seeking to escape his contract to show that trial in the contractual forum will be so gravely difficult and inconvenient that he will for all practical purposes be deprived of his day in court. Absent that, there is no basis for concluding that it would be unfair, unjust, or unreasonable to hold that party to his bargain.”

Outro caso famoso nos EUA acerca da eleição de foro comumente citado é o *Carnival Cruise Lines, v. Shute*²¹², decidido em 1991. Mas ao contrário do *Bremen*, esse é um caso interno. Tratava-se de um contrato de consumo, celebrado entre um casal norte-americano (*Shute*), residente em Washington, e a empresa *Carnival Cruise Lines* para um cruzeiro marítimo. No verso do passagem, constavam as disposições contratuais e especificamente uma cláusula de eleição do foro da Flórida. A Sra. Shute sofreu um tombo na viagem e teve que ficar meses em casa, razão pela qual ajuizou uma ação em face da *Carnival Cruise* em Washington alegando negligência da empresa.

²¹⁰ No original: “The correct approach would have been to enforce the forum clause specifically unless Zapata could clearly show that enforcement would be unreasonable and unjust, or that the clause was invalid for such reasons as fraud or overreaching. Accordingly, the case must be remanded for reconsideration.”

²¹¹ “We hold, with the six dissenting members of the Court of Appeals, that far too little weight and effect were given to the forum clause in resolving this controversy. For at least two decades we have witnessed an expansion of overseas commercial activities by business enterprises based in the United States. The barrier of distance that once tended to confine a business concern to a modest territory no longer does so. Here we see an American company with special expertise contracting with a foreign company to tow a complex machine thousands of miles across seas and oceans. The expansion of American business and industry will hardly be encouraged if, notwithstanding solemn contracts, we insist on a parochial concept that all disputes must be resolved under our laws and in our courts. Absent a contract forum, the considerations relied on by the Court of Appeals would be persuasive reasons for holding an American forum convenient in the traditional sense, but in an era of expanding world trade and commerce, the absolute aspects of the doctrine of the *Carbon Black* case have little place and would be a heavy hand indeed on the future development of international commercial dealings by Americans. We cannot have trade and commerce in world markets and international waters exclusively on our terms, governed by our laws, and resolved in our courts.”

²¹² 499 U.S. 585, 111 S.Ct. 1522.

A Corte Distrital entendeu não ter competência para apreciar a causa sob a alegação de que o caso não havia contatos suficientes com Washington para justificar o exercício da jurisdição. A Corte de Apelação reverteu a decisão, e declarou que a cláusula de eleição de foro não era válida pois não havia sido negociada pelas partes e tendo em vista que o casal era fisicamente e financeiramente incapaz de litigar na Flórida. Declarou, portanto, que o litígio poderia ser julgado em Washington.²¹³

A Suprema Corte determinou que a cláusula de eleição de foro deveria ser observada, a despeito de tratar-se de um contrato de adesão. Apesar de não ter sido objeto de negociação, a cláusula foi considerada válida por três razões. A primeira delas é que um cruzeiro marítimo normalmente transporta passageiros de diversos estados, e se não houvesse eleição de foro, um mesmo incidente poderia resultar no fato de o transportador ser acionado em diversos foros. A segunda razão é que a definição do foro assegura às partes mais tempo e dinheiro, na medida em que questões relativas à jurisdição não precisam ser primeiramente discutidas. E a terceira razão é que a empresa responsável pelo cruzeiro marítimo economiza dinheiro por meio do uso da cláusula de eleição de foro e que esse montante é repassado aos passageiros através de tarifas reduzidas.²¹⁴

A realidade norte-americana acima exposta deve ser considerada para que se possa compreender os objetivos almejados pelos Estados Unidos em sua proposta para elaboração de uma convenção sobre jurisdição e reconhecimento de sentenças estrangeiras. Com relação ao reconhecimento, extrai-se o interesse do país em facilitar a autoridade de suas decisões no exterior e uniformizar internamente os fatores para denegação ao reconhecimento. Especificamente quanto à cláusula de eleição de foro, constata-se que a posição da Suprema Corte era favorável ao reconhecimento da cláusula, mesmo em sendo caracterizada uma relação de consumo. Esses fatores refletem a tentativa de, em um primeiro momento, os EUA proporem uma convenção ampla, não apenas relacionada a contratos envolvendo operadores do comércio.

2.1.2 O histórico das negociações da Convenção da Haia sobre a Escolha do Foro de 2005

²¹³ A descrição completa do caso é feita por RICHMAN, William M. "Carnival Cruise Lines: Forum Selection Clauses in Adhesion Contracts", 40 Am. J. Comp. L. 977 1992.

²¹⁴ Os Juízes Stevens e Marshal apresentaram uma opinião dissidente, entendendo que não deveria ser respeitada a cláusula de eleição de foro diante do caso concreto.

A iniciativa para a elaboração de uma convenção multilateral sobre a jurisdição e reconhecimento e execução de sentenças judiciais em matéria civil e comercial coube aos Estados Unidos. O professor da Universidade de Harvard Arthur T. Von Mehren é considerado o grande mentor da proposta que resultou na Convenção da Haia de 2005.

As discussões começaram a ser travadas no ano de 1992, quando os Estados Unidos enviaram ao Secretário Geral da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado uma carta propondo as negociações de uma convenção sobre jurisdição internacional e reconhecimento e execução de decisões judiciais. O escopo era, a princípio, bastante amplo.²¹⁵

O tema da jurisdição era de especial importância para os EUA, porque como o país não era parte de qualquer convenção bilateral ou multilateral quanto ao reconhecimento de decisões estrangeiras, havia muita dificuldade de execução das decisões norte-americanas em outros países. Não obstante, executar decisões estrangeiras nos Estados Unidos não era uma tarefa realizada com grande dificuldade, pois o país sempre adotou uma posição liberal.

Von Mehren sugeriu que o projeto assumisse uma forma de convenção “mista”. As matérias de jurisdição (*jurisdictional grounds*) estariam divididas em três categorias. Haveria uma lista com as matérias de competência permitidas, que deveriam ser reconhecidas por todos os Estados, e outra lista com as matérias de competência proibidas. Quaisquer matérias não indicadas nessas listas entrariam em uma área cinzenta.

Assim, se um tribunal possuísse competência em vista da lista de matérias permitidas, poderia julgar o caso e essa decisão deveria ser reconhecida e executada em qualquer outro Estado contratante, observadas certas exigências. Por outro lado, o tribunal não poderia decidir um litígio caso verificasse que se tratava de matéria de competência proibida. Com relação à área cinzenta, a regra seria que o tribunal poderia decidir sobre aquele caso, se assim entendesse conveniente. Todavia, as disposições da Convenção sobre o reconhecimento e execução não seriam aplicáveis àquela decisão. Sem prejuízo, o reconhecimento seria possível de acordo com a lei nacional de cada Estado.²¹⁶

Após a realização de alguns estudos preliminares, em 1997 começaram as negociações formais. Em outubro de 1999, a Comissão Especial apresentou uma minuta preliminar da

²¹⁵ O histórico detalhado das negociações que culminaram na Convenção da Haia sobre a Escolha de Foro de 2005 é feito por BRAND, Ronald A.; HERRUP, Paul M. *The 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements*. Cambridge University Press, 2008. pp. 3-10.

²¹⁶ Sobre as vantagens de uma convenção mista, v. ADLER, Matthew H; Zarychta, Michele Crimaldi. “The Hague Convention on Choice of Court Agreements: The United States Joins the Judgment Enforcement Band”, 27 Nw. J. Int'l & Busl 1 2006-2007.

Convenção (*Preliminary Draft Convention*) que em muito se assemelhava à Convenção de Bruxelas/Lugano²¹⁷, ao invés de refletir o sistema misto proposto.

Os Estados Unidos ficaram descontentes com o rumo das negociações e passou a ser clara a sua divergência com relação aos países da União Europeia.²¹⁸ Enquanto estes tinham como preocupação fundamental a matéria de jurisdição (queriam restringir a jurisdição dos EUA, que consideravam exorbitante), os Estados Unidos estavam mais interessados em assegurar o reconhecimento e execução de decisões judiciais.²¹⁹

Um aspecto que complicava a conclusão da convenção relacionava-se ao processo decisório adotado no âmbito dos trabalhos da Conferência. De acordo com o estatuto vigente à época, a aprovação dos textos convencionais era feita por artigo, pelo voto majoritário. Os países europeus associados detinham muitos votos, enquanto os EUA contavam apenas com um voto.²²⁰

Em 2001, um novo texto foi elaborado (*2001 Interim Text*), que tentou combinar os estilos *common law* e *civil law* e superar as diferenças entre o processo civil europeu e norte-americano. Houve uma tentativa de concluir a convenção por consenso, mas diante de inúmeros pontos controversos, o texto final estava quase todo em colchetes, pendente de negociação.

Verificou-se, então, que o consenso jamais seria alcançado caso o rumo das tratativas não fosse alterado. A tentativa de harmonização global de regras de jurisdição era excessivamente ambiciosa para a época. Diante do conflito de intenções, decidiu-se limitar o escopo da convenção e em 2002 o texto foi retomado, com um projeto menos abrangente.²²¹

A convenção limitou-se a regular os efeitos da eleição de foro pelas partes, tanto no que se refere a aspectos de jurisdição como de reconhecimento e execução das decisões judiciais pelos Estados contratantes. Essa era uma matéria amplamente aceita em âmbito internacional, e não gerava tanta controvérsia.

²¹⁷ As Convenções de Bruxelas e Lugano serão analisadas no item 2.2 abaixo.

²¹⁸ Andrea Schultz ressalta que as diferenças entre os sistemas europeu e norte-americano não apenas se referiam a questões de estilo de redação do texto, mas sobretudo se relacionavam à determinação do “melhor direito” para regular a nova realidade econômica, com acentuada importância da internet e do comércio eletrônico. Logo, havia fortes divergências com relação à lei substantiva a ser aplicada. (SCHULZ, Andrea. “The 2005 Hague Convention on Choice of Court Clauses”, 12 *ILSA J. Int’l & Comp. L.* 433, 2006.)

²¹⁹ Conforme ressaltado por Friedrich Juenger, a base da jurisdição dos Estados Unidos é vaga e se fundamenta em conceitos pouco precisos como *minimum contacts* ou *purposeful availment*. Em razão de decisões pouco claras da Suprema Corte norte-americana, a jurisdição do país é exorbitante (*long arm jurisdiction*), quer seja pela *tag jurisdiction* como pela *doing business jurisdiction*. V. para maiores esclarecimentos JUENGER, Friedrich. “Traveling to the Hague in a Worn-Out Shoe”, 29 *Pepp. L. Rev.* 7, 2001.

²²⁰ Atualmente, o Art. 8 do Estatuto da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado prevê que as sessões do Conselho e das comissões especiais devem, na medida do possível, operar na base do consenso.

²²¹ O texto final da Convenção é sensivelmente mais restrito do que aquele inicialmente proposto, o que levou Jeffrey Talpis a afirmar que “the elephant gave birth to a mouse”. (TALPIS, Jeffrey; Krnjevic, Nick. “The Hague Convention on Choice of Court Agreements of June 30, 2005: the elephant that gave birth to a mouse”, 13 *Sw. J. L. & Trade Am.* 1, 2006).

Ademais, o texto passou a ser restrito a contratos negociados por operadores do comércio, em condições paritárias (*business to business agreements* – B2B), não mais abarcando contratos com consumidores ou empregados.²²²

A Convenção ainda não entrou em vigor, mas foi ratificada pelo México em 26/09/2007 e assinada pelos Estados Unidos em 19/01/2009 e pela União Europeia em 01/04/2009.

A expectativa é que a Convenção tenha o mesmo significado para a eleição de foro do que aquele obtido pela Convenção de Nova Iorque para o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras. Atualmente ratificada por mais de 140 países, a Convenção de Nova Iorque consiste em um dos diplomas convencionais de maior sucesso global, sendo um dos principais fatores que influíram no fato de a arbitragem ser hoje o meio de solução de conflitos mais utilizado no que se refere a litígios relativos ao comércio internacional.

Para aqueles que afirmam que a Convenção seria menos eficaz do que a Convenção de Nova Iorque, já que diversos países já reconhecem a cláusula de eleição de foro, Trevor C. Hartley, co-autor do Relatório da Convenção juntamente com Masato Dogauchi, retruca afirmando que essa não é a realidade na maioria dos Estados. E esclarece que ainda nos locais em que se reconhece a eleição do foro, a aceitação é feita de forma pouco clara, sem uniformidade.²²³

No mesmo contexto, Paul Beaumont, em palestra no Rio de Janeiro sobre o tema, chegou a afirmar que o sucesso da arbitragem é um “acidente histórico” decorrente da bem sucedida Convenção de Nova Iorque. No seu entender, é inquestionável que as decisões proferidas pelo Judiciário conferem maior proteção e segurança às partes do que aquelas emanadas de um tribunal arbitral. No entanto, a incerteza quanto ao reconhecimento e à execução das sentenças judiciais levam as partes a escolherem a arbitragem. Para corrigir essa distorção entre os mecanismos de solução de conflitos, é necessária a criação de um ambiente de igualdade de condições entre a arbitragem e o processo judicial, sendo certo que esse seria justamente um dos propósitos da Convenção da Haia.²²⁴

²²² Enquanto a Europa tinha uma posição favorável à proteção da parte mais fraca (consumidores e empregados), os EUA enfatizavam a liberdade contratual. Veja-se, por exemplo, o posicionamento da Suprema Corte norte-americana no caso *Carnival Cruise Lines* mencionado no item 1.1 acima. Em razão do impasse surgido entre os países da União Europeia e os Estados Unidos com relação aos contratos celebrados por consumidor e empregado, essas matérias foram excluídas das negociações.

²²³ HARTLEY, Trevor C. “The Hague Choice-of-Court Convention”, E.L. Rev. 2006, 31(3), 414-424.

²²⁴ Vale menção ao seguinte trecho da palestra do Beaumont, pela clareza de suas ideias: “No presente momento, não existe nenhuma garantia de que o julgamento por um tribunal brasileiro será reconhecido e executável em qualquer parte do mundo, tal qual ocorre com um laudo arbitral, assegurado pelas disposições da Convenção de Nova Iorque. A execução não é impossível, mas dependerá da lei de cada país, e não há um acordo internacional que garanta a execução do julgamento brasileiro nos Estados Unidos ou qualquer outro país. Por isso, os estados compreenderam que esta situação é absurda, pois

2.1.3 As três principais regras da Convenção da Haia sobre a Escolha do Foro de 2005

A Convenção sobre a Escolha do Foro possui três regras principais, sendo: (1ª) o foro escolhido deve exercer a jurisdição; (2ª) o foro que não tenha sido eleito deve declinar de sua jurisdição; (3ª) a decisão proferida pelo tribunal eleito deve ser reconhecida e executada o mais amplamente possível.²²⁵

O Art. 5(1) da Convenção assegura que o tribunal (ou tribunais) designado(s) pelas partes em acordo de eleição de foro exclusivo terá competência para decidir a controvérsia a que o acordo se refere, salvo se o acordo for nulo ou inválido de acordo com a lei deste Estado. Trata-se de um dos dispositivos-chave da Convenção, que reflete o reconhecimento da autonomia da vontade na escolha do foro e assevera a segurança e previsibilidade almejadas nas relações comerciais.

O Art. 5(2) enfatiza a regra prevista acima ao dispor que o tribunal eleito pelas partes não pode declinar do exercício da jurisdição para que a controvérsia seja decidida pelo tribunal de outro Estado. Essa disposição busca impedir a aplicação da doutrina do *forum non conveniens*, sob a justificativa de que outro tribunal seria mais apropriado²²⁶, e a alegação de

se valoriza mais a arbitragem do que os julgamentos dos seus próprios tribunais e sentiram necessidade de elaborar esta convenção. Sem dúvida há maior proteção e segurança no sistema judiciário de um estado do que no laudo proferido por um tribunal arbitral. Entretanto, por um acidente histórico, devido ao sucesso da arbitragem nos anos cinquenta do século vinte, há uma pressão sobre as empresas para escolha da arbitragem, ao invés da escolha de um tribunal de um país, ante as garantias de reconhecimento e execução estabelecidas pela Convenção de Nova York. Isto porque é uma noção consagrada a de que a escolha da arbitragem tornará a decisão executável, sem qualquer dúvida, enquanto que se houver uma opção pelo processo judicial não há a mesma garantia de execução. Como resultado, em vez de uma igualdade entre a arbitragem e o processo judicial, existe uma distorção favorecendo a arbitragem, distorção essa que os estados acharam que deveria ser corrigida. É mais do que evidente que as pessoas devem poder escolher a arbitragem e o processo judicial levando em conta outros fatores, como os custos, a conveniência, e não apenas a capacidade de execução do julgamento de um tribunal, como se não houvesse outras razões para a escolha. Assim, o principal objetivo desta convenção é a criação de um ambiente mundial de igualdade de condições entre a arbitragem e o processo judicial, dando ao processo judicial a mesma segurança que já existe para a arbitragem.” (BEAUMONT, Paul. “A Convenção da Haia sobre escolha do foro”. In: Cadernos do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, jan/jun 2008. Palestra realizada na PUC-Rio no dia 17/09/2007. Transcrição, tradução e revisão realizada por Nadia de Araujo. pp. 8-13, esp. pp. 10-11.

²²⁵ Transcreve-se síntese feita por Trevor C. Hartley que foi co-autor do Relatório da Convenção, juntamente com Masato Dogauchi, em artigo especializado: “First, the chosen court must hear the case when proceedings are brought before it; secondly, any other court before which proceedings are brought must refuse to hear them; and thirdly, the judgment of the chosen court must be recognized and enforced as widely as possible. These three obligations have been incorporated into the Convention, where they constitute its key provisions.” (HARTLEY, Trevor C. “The Hague Choice-of-Court Convention”, E.L. Rev. 2006, 31(3), 414-424, esp. p. 414). Veja-se também HARTLEY, Trevor; DOGAUCHI, Masato. “Explanatory Report of the Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements”. Edited by the Permanent Bureau of the Conference.

²²⁶ Conforme analisado no item 1.3.4 do Capítulo 1 acima, ainda que tenha sido eleito um foro contratualmente, é possível, em tese, a aplicação pela jurisprudência norte-americana da doutrina do *forum non conveniens*. Se a Convenção for adotada pelos Estados Unidos, os tribunais deverão reconhecer o foro eleito sem qualquer análise adicional sobre a conveniência e propriedade da escolha.

litispendência internacional. Reforça-se nesse parágrafo a ideia de respeito e observância ao foro escolhido.

Exceção à regra geral é feita quando o acordo das partes quanto à eleição do foro seja nulo ou inválido de acordo com as leis do Estado do foro escolhido.

O Art. 6 corresponde à outra face do Art. 5, ao versar sobre as obrigações do tribunal que não tenha sido eleito. Caso seja acionado tribunal de um Estado contratante que não tenha sido escolhido pelas partes, este tribunal deverá declinar de sua competência. Deve suspender o procedimento ou extinguir a causa de forma a assegurar o pacto firmado quanto ao foro, salvo as cinco exceções ali previstas.

A primeira exceção corresponde àquela prevista no Art. 5(2). Se o acordo for nulo e inválido de acordo com a lei do Estado do tribunal escolhido, não há que se falar em impedimento de tramitação da ação perante outro foro. Nesse caso, o foro acionado poderá prosseguir com o processo.

Da mesma forma, a escolha não será observada pelo tribunal acionado se este verificar, de acordo com a lei do seu Estado, que conferir efeitos ao acordo conduzirá a uma manifesta injustiça ou será flagrantemente contrário à ordem pública local.

Veja-se que no primeiro caso o tribunal acionado deverá recorrer à lei do Estado do foro eleito para confirmar se o acordo é nulo e inválido. Já na segunda hipótese, a avaliação é feita de acordo com a lei do Estado do foro acionado.²²⁷

Além dessas, as outras exceções previstas referem-se à ausência de plena capacidade para uma das partes celebrar o acordo, em conformidade com a lei do Estado do tribunal acionado (Art. 5(b)), impossibilidade de o acordo ser razoavelmente executado, por razões excepcionais fora do controle das partes (Art. 5 (d)), e decisão do tribunal eleito de não conhecer do caso (Art. 5 (e)).

Na mesma linha de assegurar a estrita observância do foro eleito pelas partes, a Convenção prevê, em seu Art. 8, que a decisão proferida por um Estado contratante que tenha sido designado em acordo exclusivo de eleição de foro seja reconhecida o mais amplamente possível. Não deve haver revisão do mérito, estando o tribunal requerido vinculado pelas constatações de fato do tribunal de origem, salvo se a resolução houver sido tomada à revelia.

²²⁷ A Convenção de Nova Iorque, embora tenha regra no mesmo sentido, não prevê qual a lei a ser observada para fins de determinação da nulidade e ineficácia do acordo. Explica-se, o Art. 2(3) da Convenção de Nova Iorque dispõe que o tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria em relação à qual as partes tenham estabelecido acordo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável. Portanto, é possível de acordo com a Convenção de Nova Iorque que o tribunal acionado recorra à lei do seu Estado para determinação da nulidade e ineficácia do acordo. Já de acordo com a Convenção da Haia essa possibilidade não existe, pois há uma previsão expressa de que a lei a ser aplicada nesse caso é a do Estado do foro eleito.

O Art. 9, por sua vez, versa sobre hipóteses em que é possível a um tribunal recusar o reconhecimento e execução de uma sentença estrangeira. Correspondem as exceções à regra geral do Art. 8, que assegura o amplo reconhecimento das decisões judiciais.

Algumas das situações elencadas refletem exceções à observância do foro eleito já previstas no Art. 6. Por exemplo, um tribunal pode recusar o reconhecimento e a execução de uma sentença se o acordo for nulo e sem efeito de acordo com a lei do Estado do tribunal eleito, salvo se o referido tribunal houver expressado que o acordo é válido.

Adicionalmente, o Art. 9 cuida da situação em que a decisão proferida pelo tribunal eleito seja inconsistente com uma decisão relativa às mesmas partes proferida por outro tribunal. O artigo prevê duas possibilidades quanto a essa situação, conferindo tratamento distinto: uma em caso de a decisão proferida pelo tribunal eleito ser conflitante com decisão proferida no Estado em que é requerido o reconhecimento e outra em que a decisão é conflitante com outra proferida por um terceiro Estado.

Caso a decisão proferida no foro eleito e cujo reconhecimento se requer seja conflitante com uma decisão proferida no Estado acionado, sobre a mesmas partes, este Estado poderá recusar o reconhecimento ou execução da sentença estrangeira. Da mesma forma, se a decisão proferida pelo foro eleito seja inconsistente com uma prévia decisão judicial proferida por um terceiro Estado, o reconhecimento ou execução também poderão ser recusados. Porém, neste caso faz-se necessário que a prévia decisão preencha todas as condições necessárias ao reconhecimento no Estado acionado.²²⁸

O Art. 11 prevê que o reconhecimento e a execução podem ser recusados se, e na medida em que, a decisão não apenas compensar a parte por perdas e danos efetivamente incorridos (como, por exemplo, ocorre com a indenização punitiva).²²⁹ Observe-se que a recusa deve ser feita apenas com relação ao montante não compensatório da decisão, já que o Art. 15 admite o reconhecimento ou execução parciais.

2.1.4 Outras disposições da Convenção da Haia sobre a Escolha do Foro de 2005

²²⁸ Vale observar que em ambos os casos citados, o tribunal acionado não necessariamente deverá recusar o reconhecimento ou a execução da decisão proferida pelo tribunal eleito na cláusula, mas sim poderá fazê-lo.

²²⁹ O artigo reflete uma preocupação dos Estados que negociavam a Convenção com relação às condenações milionárias impostas pelos tribunais norte-americanos, a título de *exemplary* ou *punitive damages*. Alguns países, inclusive, entendem que o reconhecimento ou execução dessas decisões afrontaria a sua ordem pública, como a Alemanha, que denegou parcialmente reconhecimento à sentença americana, na parte em que condenava o réu ao pagamento de indenização punitiva (32 International Legal Materials 1320 (1993)).

As regras mencionadas acima correspondem a uma pequena parte dos preceitos da Convenção. Há diversas outras disposições, sendo apenas algumas delas mencionadas a seguir.

O Art. 1 define o escopo da Convenção a partir de três regras. A primeira delas é que a Convenção somente se aplica a casos internacionais. A segunda regra é que somente se aplica a acordos de eleição de foro exclusivo. E a terceira é que os acordos necessariamente devem versar sobre matérias civis e comerciais.

Tendo em vista que a Convenção somente se aplica a casos internacionais, há disposições específicas para a caracterização da internacionalidade da controvérsia. Para fins da incidência das regras de jurisdição, um caso será internacional a menos que as partes sejam residentes no mesmo Estado contratante e todos os demais elementos relevantes estiverem conectados com esse mesmo Estado. A simples eleição de foro de outro Estado não constitui elemento suficiente para caracterizar internacionalidade da controvérsia.

Já com relação ao reconhecimento e execução, para fins de caracterização da internacionalidade basta que a decisão tenha sido proferida por um tribunal estrangeiro. Assim, é possível que um caso não caracterizado como internacional na origem, passe a ser assim considerado, se, por exemplo, torna-se necessária a execução da decisão em outro Estado.

As regras acerca da exclusividade do acordo constam do Art. 3 da Convenção, inclusive o modo de formalização da avença. O mais importante a ser dito é a que há presunção de exclusividade acerca do foro eleito, podendo as partes expressamente prever diferentemente.²³⁰

Ainda no Art. 3 é expresso que um acordo de eleição de foro é independente com relação ao contrato principal. Assim, a validade de uma cláusula de eleição de foro exclusivo não pode ser contestada sob a única fundamentação de que o contrato principal não é válido, da mesma forma como ocorre com relação à cláusula arbitral.²³¹

Há uma lista indicando as matérias que são excluídas do escopo da Convenção no Art. 2. Além de não se aplicar a contratos relativos a consumo e trabalho, há diversas outras matérias sobre as quais não incidem as regras convencionais, como, por exemplo, questões de família, transporte de passageiros e mercadorias, insolvência e matérias análogas, algumas

²³⁰ Deve-se observar que o Art. 22 da Convenção prevê um sistema de declarações recíprocas estendendo as regras de reconhecimento e execução a acordos de eleição de foro não exclusivo. Essa é uma exceção à regra geral da Convenção, que a princípio se aplica apenas aos casos em que o foro eleito é exclusivo.

²³¹ Algumas questões acerca da exclusividade do foro ainda não foram esclarecidas, como o caso de haver foro exclusivo apenas para determinadas matérias do contrato ou então a hipótese de o contrato ser assimétrico (há eleição de foro para uma das partes apenas).

questões relativas à propriedade intelectual, responsabilidade por dano nuclear, matérias anti-truste etc.²³²

Se, por hipótese, essas matérias forem mencionadas como questão preliminar ou como forma de defesa, e não como objeto principal da controvérsia, haverá incidência das regras da Convenção (Art. 2(3)).²³³

Caso algum Estado tenha um forte interesse em excluir outras matérias da incidência da Convenção poderá fazê-lo na forma do Art. 21, de modo claro e preciso. Neste caso, os demais Estados contratantes não estarão obrigados a observar a Convenção no que se refere a essa matéria especificamente quanto ao Estado que houver feito a exclusão. Assim, se o país “A” fizer uma exclusão com relação à matéria relacionada a carvão, e o foro do país “B” for acionado para resolver justamente um litígio relacionado a carvão em que houve eleição do foro do país “A”, o tribunal do país “B” não precisa se declarar incompetente na forma do Art. 6. Esse dispositivo, portanto, desestimula que novas exclusões sejam feitas pelos Estados contratantes.

Vale mencionar que a Convenção é plenamente compatível com outros instrumentos internacionais, conforme disposto no Art. 26. Na União Europeia, o Regulamento 44/2001 (vide item 2 abaixo) prevalecerá quando ambas as partes forem residentes na União Europeia. No entanto, se uma parte for residente em algum Estado integrante da União Europeia e outra parte residir em um Estado contratante da Convenção não membro da União Europeia, deverão ser aplicadas as regras convencionais.²³⁴

Os assuntos mencionados acima não correspondem a todas as disposições tratadas no texto convencional. Todavia, as demais regras não serão aqui abordadas, já que o escopo deste trabalho não é analisar exaustivamente a Convenção.²³⁵

Finalmente, é interessante mencionar que embora não tenha sequer entrado em vigor, a Convenção de 2005 já tem sido objeto de algumas críticas por parte de especialistas no direito internacional. Louise Teitz menciona que a Convenção possui regras restritas acerca da possibilidade de haver processos tramitando paralelamente, o que pode ensejar problemas

²³² Andrea Schultz esclarece que a lista de exceções aparenta ser mais abrangente do que de fato é, já que inclui muitas matérias que os Estados não permitiriam que houvesse incidência da autonomia da vontade. Ademais, inclui matérias que já são reguladas em convenções internacionais. (SCHULTZ, Andrea. “The 2005 Hague Convention on Choice of Court Clauses”, 12 ILSA J. Int’l & Comp. L. 455, 2006).

²³³ Ainda no Art. 2 há um parágrafo que menciona que a Convenção não se aplica à arbitragem e procedimentos a ela relacionados e que é possível a incidência das regras convencionais mesmo se uma das partes for um Estado.

²³⁴ Com relação ao reconhecimento ou execução de decisões judiciais a regra é a mesma. Decisões proferidas por tribunais da União Europeia seguirão as regras do Regulamento 44/2001 se o seu reconhecimento ou execução for feito no âmbito da União Europeia. Por outro lado, se o reconhecimento ou execução for feito em Estado contratante não integrante da União Europeia, deverão incidir as regras convencionais.

²³⁵ Para um estudo completo da Convenção, artigo por artigo, veja-se o Relatório preparado por Trevor Hartley e Masato Doguchi, disponível em www.hcch.net, acesso em 28/08/2009.

quanto ao reconhecimento. Especifica ainda que a decisão proferida pelo tribunal eleito pelas partes, ainda que este tribunal não integrasse um Estado contratante, deveria ser reconhecida por qualquer Estado contratante de acordo com as regras da Convenção.²³⁶

Matthew Berlin, por sua vez, critica o fato de a Convenção limitar-se a litígios relativos a assuntos civis e comerciais. Essa regra não apenas deixa de abarcar diversas outras situações jurídicas, mas também não é precisa quanto à definição do que são assuntos civis e comerciais. Pode ocorrer que o foro eleito julgue a controvérsia por entender que a matéria se enquadra no Art. 1 da Convenção (matéria civil ou comercial), mas que o tribunal do Estado em que seja requerido o reconhecimento da decisão entenda de forma contrária, e se recuse a homologá-la. Adicionalmente, o fato de o acordo quanto ao foro poder se provado por qualquer meio de comunicação pode vir a surpreender as empresas envolvidas no comércio internacional.²³⁷

Jeffrey Talpis e Nick Krnjevic apontam que, para que a Convenção atingisse os seus objetivos, deveria minimizar a imprevisibilidade e reduzir a possibilidade de se discutir questões relativas à jurisdição. Ou seja, as limitações à autonomia da vontade deveriam ser mínimas. No entanto, na visão dos autores, a Convenção permite muita flexibilidade para tribunais através do uso de diversas exceções e pelo uso da ordem pública, a que se referem como *escape provisions*.²³⁸

2.2 União Europeia e o Regulamento (CE) nº 44/2001

Após a Segunda Guerra Mundial, os países europeus encontravam-se enfraquecidos no cenário mundial. O abalo provocado pela Guerra não apenas havia atingido a posição política e econômica da Europa, mas também havia resultado em um sentimento coletivo de baixa estima.

Neste contexto, surgiram as primeiras iniciativas visando a união de esforços para que a Europa fosse reerguida, superando sobretudo a crise econômica. Em 09/05/1950 foi assinado um documento conhecido como a Declaração Schuman, que tinha como proposta a criação de uma Comunidade, sob o comando de uma Alta Autoridade, cujas decisões

²³⁶ TEITZ, Louise Ellen. “The Hague Choice of Court Convention: validating party autonomy and providing an alternative to arbitration”, 53 Am. J. Comp. L. 543, 2005.

²³⁷ BERLIN, Matthew B. “The Hague Convention on Choice of Court Agreements: creating an international framework for recognizing foreign judgments”, 3 B.Y.U. Int’l L. & Mgmt. Rev. 43, 2006.

²³⁸ TALPIS, Jeffrey; Krnjevic, Nick. “The Hague Convention on Choice of Court Agreements of June 30, 2005: the elephant that gave birth to a mouse”, 13 Sw. J. L. & Trade Am. 1, 2006.

vinculariam a França e a Alemanha e os países que a ela aderissem. Essa Autoridade seria responsável por gerir a produção e comercialização de carvão e de aço. Na sequência, em 18/04/1951, foi assinado o Tratado de Paris que estabeleceu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, a CECA.

No ano de 1957 foram criadas outras duas Comunidades Europeias: a Comunidade Econômica Europeia – CEE e a Comunidade Europeia de Energia Atômica – CEEA, conhecida por EURATOM.

O Tratado que instituiu a Comunidade Econômica Europeia (conhecido como Tratado CEE) foi assinado em 25/03/1957, em Roma. Congregando a França, a Alemanha, a Itália e os países do Benelux (Bélgica, Países Baixos e Luxemburgo) numa comunidade, tinha por objetivo a integração através das trocas comerciais, tendo em vista a expansão econômica almejada.²³⁹

O então Art. 220 do Tratado em referência estabelecia, dentre os objetivos a serem alcançados pelos Estados-Membros, a “simplificação das formalidades e procedimentos para o reconhecimento e execução de sentenças judiciais e arbitragens”.

Visando a atingir esse compromisso, os seis Estados que compunham a Comunidade Econômica Europeia concluíram em Bruxelas, em 27/09/1968, a Convenção de Bruxelas Relativa à Competência Judiciária e à Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial.²⁴⁰

²³⁹ O Tratado CEE foi alterado por diversos tratados posteriores. Em 1986, o Ato Único Europeu constituiu a primeira grande reforma dos Tratados. Permitiu o alargamento dos casos de votação por maioria qualificada no Conselho, o reforço do papel do Parlamento Europeu (procedimento de cooperação) e o alargamento das competências comunitárias, além de introduzir o objetivo de realização do mercado interno até 1992. Posteriormente, foi assinado o Tratado sobre a União Europeia, designado por Tratado de Maastricht (1992), que congregou numa só entidade, a União Europeia, as três Comunidades (Euratom, CECA, CEE) e as cooperações políticas institucionalizadas nos domínios da política externa, da defesa, da polícia e da justiça. A CEE passou a designar-se por CE. Além disso, este tratado criou a União Econômica e Monetária, instituiu novas políticas comunitárias (educação, cultura) e alargou as competências do Parlamento Europeu (procedimento de co-decisão). Em 1997, o Tratado de Amesterdã permitiu alargar as competências da União mediante a criação de uma política comunitária de emprego, a comunitarização de uma parte das matérias que eram anteriormente da competência da cooperação no domínio da justiça e dos assuntos internos, medidas destinadas a aproximar a União dos seus cidadãos e a possibilidade de formas de cooperação mais estreitas entre alguns Estados-Membros (cooperações reforçadas). Alargou o procedimento de co-decisão, bem como a votação por maioria qualificada, e procedeu à simplificação e a uma nova numeração dos artigos dos Tratados. Em 2001 foi assinado o Tratado de Nice (2001), que está essencialmente consagrado às questões que ficaram por resolver em Amesterdã, ou seja, aos problemas institucionais ligados ao alargamento que não foram solucionados em 1997. Trata-se da composição da Comissão, da ponderação dos votos no Conselho e do alargamento dos casos de votação por maioria qualificada. Simplificou igualmente o recurso ao procedimento de cooperação reforçada e tornou mais eficaz o sistema jurisdicional. Em outubro de 2004 foi assinado o Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, o qual ainda não foi ratificado por todos os Estados-Membros. Em 13/12/2007 foi assinado o Tratado de Lisboa, que entrou em vigor em 01/12/2009. Os seus principais objetivos são aumentar a democracia na UE - em resposta às grandes expectativas dos cidadãos europeus em matéria de responsabilidade, de abertura, de transparência e de participação - e aumentar a eficácia da atuação da UE e a sua capacidade para enfrentar os atuais desafios globais, tais como as alterações climáticas, a segurança e o desenvolvimento sustentável. Fonte: www.eur-lex.europa.eu, acesso em 01/12/2009. Sobre o histórico da formação da União Europeia, v. LOBO, Maria Teresa de Cárcomo. *Manual de Direito Comunitário: 50 anos de integração*. 3ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

²⁴⁰ Ver, a respeito, OLIVEIRA, Renata Fialho de. *Harmonização Jurídica no Direito Internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. pp. 130-133.

A Convenção de Bruxelas entrou em vigor em 01/02/1973 e, embora tenha mantido os seus princípios fundamentais inalterados, foi objeto de algumas adaptações por meio de quatro convenções quando do ingresso de novos Estados, a saber: (i) a Convenção de 09/10/1978 relativa à adesão da Dinamarca, Irlanda e Reino Unido; (ii) a Convenção de 25/10/1982 relativa à adesão da Grécia; (iii) a Convenção de San Sebastian de 26/05/1989 relativa à adesão de Espanha e Portugal e (iv) a Convenção de 29/11/1996 relativa à adesão da Áustria, Finlândia e Suécia. Foi alterada também pelo protocolo relativo à sua interpretação pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, assinado em Luxemburgo, em 03/06/1971, em vigor a partir de 1975.

Ademais, em 16/09/1988 foi celebrado uma convenção paralela à de Bruxelas, denominada Convenção de Lugano Relativa à Competência Judiciária e à Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial. Esta Convenção teve por escopo estender substancialmente as mesmas regras da Convenção de Bruxelas aos Estados-Membros da EFTA (*European Free Trade Association*), que à época eram Áustria, Noruega, Suécia, Suíça, Finlândia e Islândia.

Em linhas gerais, a Convenção de Bruxelas/Lugano traçava regras sobre jurisdição internacional e sobre reconhecimento e execução de sentenças judiciais (e não arbitrais) em matéria civil e comercial. Alguns assuntos específicos, como seguros e consumo, bem como as matérias que deveriam ser consideradas como sendo de competência exclusiva pelos Estados-Membros foram abordadas no texto convencional.²⁴¹

A previsão da possibilidade de as partes escolherem o tribunal para decidir seu litígio constava do Art. 17 da Convenção de Bruxelas/Lugano.²⁴² De acordo com tal regra, as partes

²⁴¹ Sobre a Convenção de Bruxelas, v. CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo (ed.). *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1994.

²⁴² Em sua última versão, o Art. 17 da Convenção de Bruxelas/Lugano tinha a seguinte redação: “Se as partes, das quais pelo menos uma se encontre domiciliada no território de um Estado contratante, tiverem convenionado que um tribunal ou os tribunais de um Estado contratante têm competência para decidir quaisquer litígios que tenham surgido ou que possam surgir de uma determinada relação jurídica, esse tribunal ou esses tribunais terão competência exclusiva. Este pacto atributivo de jurisdição deve ser celebrado: a) Por escrito ou verbalmente com confirmação escrita; ou b) Em conformidade com os usos que as partes estabeleceram entre si; ou c) No comércio internacional, em conformidade com os usos que as partes conheçam ou devam conhecer e que, em tal comércio, sejam amplamente conhecidos e regularmente observados pelas partes em contratos do mesmo tipo, no ramo comercial considerado. Sempre que tal pacto atributivo de jurisdição for celebrado por partes das quais nenhuma tenha domicílio num Estado contratante, os tribunais dos outros Estados contratantes não podem conhecer do litígio, a menos que o tribunal ou os tribunais escolhidos se tenham declarado incompetentes. O tribunal ou os tribunais de um Estado contratante, a que o ato constitutivo de um *trust* atribuir competência, têm competência exclusiva para conhecer da ação contra um fundador, um *trustee* ou um beneficiário de um *trust*, se se tratar de relações entre essas pessoas ou dos seus direitos ou obrigações no âmbito do *trust*. Os pactos atributivos de jurisdição, bem como as estipulações similares de atos constitutivos de *trust*, não produzirão efeitos se forem contrários ao disposto nos artigos 12 e 15, ou se os tribunais cuja competência pretendam afastar tiverem competência exclusiva por força do artigo 16. Se um pacto atributivo de jurisdição tiver sido concluído a favor apenas de uma das partes, esta mantém o direito de recorrer a qualquer outro tribunal que seja competente, por força da presente Convenção. Em matéria de contrato individual de trabalho, os pactos atributivos de jurisdição só produzirão efeitos se forem posteriores ao nascimento do litígio ou se o trabalhador os invocar

teriam liberdade para escolher um tribunal de um Estado contratante para decidir quaisquer litígios que tivessem surgido ou que pudessem surgir, desde que ao menos uma das partes fosse domiciliada no território de um Estado contratante e observados os requisitos formais de constituição do acordo.

Durante muitos anos, a Convenção de Bruxelas foi o mais importante instrumento convencional de harmonização do direito processual da Europa. No entanto, em 22/12/2000 o Conselho da União Europeia adotou o Regulamento (CE) nº 44/2001 (ou Bruxelas I) que substituiu a Convenção de Bruxelas em todos os seus Estados-Membros, tendo entrado em vigor em 01/03/2002.²⁴³

A adoção do Regulamento 44/2001 insere-se no contexto do movimento de comunitarização do direito internacional privado na Europa. Esse movimento já produziu o Regulamento (CE) nº 593 de 17/06/2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (ou Regulamento Roma I), que, desde 17/12/2009, substituiu entre todos os Estados-Membros, com exceção da Dinamarca, a Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais de 19/06/1980.²⁴⁴ No mesmo contexto, foi produzido o Regulamento (CE) nº 864/2007 de 11/07/2007 relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais (ou Regulamento Roma II), com eficácia desde 11/01/2009.

De acordo com o então Art. 110 do tratado que institui a Comunidade Europeia²⁴⁵, o Regulamento tem caráter geral, é obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-Membros. Ou seja, o Regulamento tem aplicabilidade imediata, dispensando qualquer processo de incorporação ou ratificação para que produza efeitos nos Estados-Membros.

Consta-se, portanto, uma evolução na forma de regulamentação do direito internacional privado na Europa. Em um primeiro momento, o DIPr foi unificado por meio de convenções internacionais, que eram discutidas entre os representantes dos Estados-Membros e posteriormente por eles ratificada ou não de acordo com os seus interesses, inclusive

para submeter a ação à apreciação de tribunais que não sejam o do domicílio do requerido ou o referido no ponto 1 do artigo 5.”

²⁴³ Quando o Regulamento 44/2001 entrou em vigor, a competência judicial entre a Dinamarca e os outros Estados-Membros continuava a ser regida pela Convenção de Bruxelas 1968. Esta situação no que respeita à Dinamarca baseava-se no Protocolo n.º 5 sobre a posição da Dinamarca de 1997, em anexo aos Tratados que instituem as Comunidades Europeias e o Tratado da União Europeia. No entanto, em 19/10/2005, a Comunidade assinou um acordo com a Dinamarca que alarga as disposições do referido regulamento a este país. O acordo entre a Comunidade Europeia e o Reino da Dinamarca relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial entrou em vigor em 01/07/2007.

²⁴⁴ OLIVEIRA, Renata Fialho de. “O Regulamento (CE) nº 593/2008 do parlamento europeu e do conselho de 17 de junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I)”. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. nº 12. pp. 281-301.

²⁴⁵ Disponível em www.eur-lex.europa

mediante a adoção de reservas. Atualmente, o DIPr é uniformizado através de normas comunitárias (leia-se, Regulamentos), que passam a ser aprovadas pelos órgãos comunitários sem qualquer interferência direta dos Estados-Membros.

A realidade atual é que a União Europeia possui um ordenamento jurídico autônomo, independente e prevalente com relação à legislação dos seus Estados-Membros.²⁴⁶ Em caso de qualquer dúvida acerca da interpretação do direito comunitário, cabe ao Tribunal de Justiça da União Europeia (ou TJUE) definir a melhor solução para o caso, uniformizando o direito entre todos os Estados-Membros.²⁴⁷

As considerações acima são fundamentais para que se possa analisar o Regulamento 44/2001, que passa a ser objeto de estudo.

2.2.1 O Art. 23 do Regulamento (CE) nº 44/2001

O Art. 17 da Convenção de Bruxelas/Lugano foi essencialmente reproduzido no Art. 23 do Regulamento 44/2001, consistindo em uma das regras comunitárias de maior relevância. Por meio dessa disposição, é autorizado às partes escolherem o tribunal que será competente para decidir quaisquer litígios que tenham surgido ou que possam surgir de uma determinada relação jurídica.²⁴⁸ Consagra-se, assim, a autonomia da vontade na escolha do foro, observados diversos limites ali estipulados.²⁴⁹

²⁴⁶ De acordo com Ana Paula B Tostes, os princípios que revelam essa autonomia jurídica são (i) o princípio do efeito direto (que estabeleceu a aplicação das normas comunitárias independentemente de qualquer processo de incorporação, sempre que a norma for clara, precisa e incondicional); (ii) o princípio da primazia do direito comunitário (no caso de eventuais conflitos com o direito nacional dos Estados-membros); e, mais recentemente, como medida coercitiva e de controle, passou-se a considerar o princípio da reparação de prejuízos causados pelo descumprimento de obrigações decorrentes do direito comunitário.” (TOSTES, Ana Paula B. *União Européia: o poder político do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. pp. 258-259).

²⁴⁷ Sobre o papel do TJUE na construção e interpretação do direito comunitário europeu, veja-se OLIVEIRA, Renata Fialho de. *Harmonização Jurídica no Direito Internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. pp. 111-126.

²⁴⁸ “Artigo 23: 1. Se as partes, das quais pelo menos uma se encontre domiciliada no território de um Estado-Membro, tiverem convencionado que um tribunal ou os tribunais de um Estado-Membro têm competência para decidir quaisquer litígios que tenham surgido ou que possam surgir de uma determinada relação jurídica, esse tribunal ou esses tribunais terão competência. Essa competência será exclusiva a menos que as partes convencionem em contrário. Este pacto atributivo de jurisdição deve ser celebrado: a) Por escrito ou verbalmente com confirmação escrita; ou b) Em conformidade com os usos que as partes estabeleceram entre si; ou c) No comércio internacional, em conformidade com os usos que as partes conheçam ou devam conhecer e que, em tal comércio, sejam amplamente conhecidos e regularmente observados pelas partes em contratos do mesmo tipo, no ramo comercial considerado. 2. Qualquer comunicação por via eletrônica que permita um registro duradouro do pacto equivale à ‘forma escrita’. 3. Sempre que tal pacto atributivo de jurisdição for celebrado por partes das quais nenhuma tenha domicílio num Estado-Membro, os tribunais dos outros Estados-Membros não podem conhecer do litígio, a menos que o tribunal ou os tribunais escolhidos se tenham declarado incompetentes. 4. O tribunal ou os tribunais de um Estado-Membro, a que o ato constitutivo de um ‘trust’ atribuir competência, têm competência exclusiva para conhecer da ação contra um fundador, um ‘trustee’ ou um beneficiário de um ‘trust’, se se tratar de relações entre essas pessoas ou dos seus direitos ou obrigações no âmbito do ‘trust’. 5. Os pactos atributivos de jurisdição bem como as

Embora o Art. 23 esteja inserido na Seção 7 intitulada “Extensão de competência”, é preciso ter em mente que o dispositivo versa não apenas sobre os efeitos positivos (leia-se, prorrogação), como também sobre os efeitos negativos da eleição de foro. Uma vez escolhido pelas partes um tribunal para resolver o litígio, presumir-se-á que essa competência é exclusiva, e portanto, os tribunais dos outros Estados-Membros não poderão conhecer da mesma causa, conforme consta do Art. 23(3) do Regulamento.

O Art. 24, por sua vez, integra a mesma Seção, mas versa sobre hipótese em que a prorrogação da competência é feita mediante submissão da parte ré ao tribunal acionado pela parte autora. Neste caso, o que ocorre é que o réu aceita que um tribunal não originalmente apto a exercer a jurisdição decida a controvérsia.²⁵⁰ Trata-se de hipótese de prorrogação tácita da competência, pois não há um consenso prévio entre as partes acerca do tribunal a ser acionado.

Se os contratantes houverem pactuado um foro para apreciar o litígio, e a despeito da avença o réu se submeta a tribunal diverso daquele eleito, irá prevalecer a regra do Art. 24, sendo então o acordo sobre o foro desconsiderado.²⁵¹

Uma leitura superficial do Art. 23 conduz à conclusão de que o dispositivo confere às partes contratantes ampla liberdade sobre a escolha do foro. Todavia, uma análise mais detida do dispositivo revela que uma série de requisitos precisam ser observados para que possa assegurar a validade da avença, os quais passam a ser analisados.

(a) domicílio de pelo menos uma parte no território de um Estado-Membro

Primeiramente, o Art. 23(1) menciona que a escolha do foro é possível desde que ao menos uma das partes se encontre domiciliada no território de um Estado-Membro. Trata-se de uma exceção à regra geral prevista no Art. 2(1) do Regulamento, de acordo com a qual o

estipulações similares de atos constitutivos de ‘trust’ não produzirão efeitos se forem contrários ao disposto nos artigos 13, 17 e 21, ou se os tribunais cuja competência pretendam afastar tiverem competência exclusiva por força do artigo 22.”

²⁴⁹ Para um estudo aprofundado acerca de Bruxelas I sugere-se a leitura de MAGNUS, Ulrich; MANKOWSKI, Peter (editors). *European Commentaries on Private International Law: Brussels I Regulation*. Sellier, European Law Publishers, 2007. pp. 366-436; GAUDEMET-TALLON, Hélène. *Compétence et exécution des jugements en Europe – Règlement n° 44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano*. Paris: L.G.D.J., 2002. pp. 89-118; e STONE, Peter. *EU Private International Law: Harmonization of Laws*. Edward Elgar Publishing, 2006. pp. 155-173. Vale observar que a matéria constante do Art. 23 já foi objeto de apreciação pelo Tribunal de Justiça da União Europeia em diversos precedentes, muitos deles sob a regra da antiga Convenção de Bruxelas/Lugano. Como o Regulamento 44/2001 manteve, essencialmente, as mesmas disposições do Art. 17 da Convenção de Bruxelas/Lugano, os precedentes que serão citados neste trabalho, ainda que decididos com base no normativo revogado, continuam refletindo a interpretação do Tribunal de Justiça da União Europeia. Todas as decisões citadas foram obtidas no site www.curia.europa.eu (acesso em 20/09/2009).

²⁵⁰ “Artigo 24: Para além dos casos em que a competência resulte de outras disposições do presente regulamento, é competente o tribunal de um Estado-Membro perante o qual o requerido compareça. Esta regra não é aplicável se a comparência tiver como único objectivo arguir a incompetência ou se existir outro tribunal com competência exclusiva por força do artigo 22.”

²⁵¹ O Tribunal de Justiça da União Europeia já apreciou essa questão, TJUE, j. 24/06/1981, C-150/80 (Elefanten Schuh GmbH v Pierre Jacqmain), Colect. 1981, 01671.

réu deve ser acionado no local de seu domicílio.²⁵² Esse preceito quanto à escolha do foro justifica-se pois os contratantes, quando da conclusão da avença, não têm como saber quem será autor e quem será réu de uma futura demanda. Basta, portanto, que apenas uma das partes - não necessariamente o demandado - seja domiciliada em um Estado-Membro para que o acordo seja regido pelo Regulamento 44.²⁵³

Para determinar se uma parte tem domicílio no território do Estado-Membro a cujo tribunal é submetida a questão, o juiz deve aplicar a sua lei interna, na forma dos Arts. 59 e 60 do Regulamento. Se em conformidade com a lei interna, a parte possuir domicílio em diversos Estados, apenas se exige que um deles seja localizado no território da União Europeia, não necessariamente o principal domicílio.

Se a parte mudar o seu domicílio após a celebração do acordo de eleição de foro, de modo que nenhum dos contratantes, no momento do ajuizamento da ação, se encontre domiciliado no território de um Estado-Membro se questiona se ainda assim a avença estaria albergada sob a regra do Art. 23. Não sendo o texto claro, é possível identificar posições doutrinárias nos dois sentidos. Há aqueles que defendem que momento do ajuizamento da ação ao menos uma das partes deve ser domiciliada em território de Estado-Membro da União Europeia²⁵⁴, enquanto outros defendem ser suficiente que a parte tenha sido domiciliada em um Estado-Membro quando da conclusão do acordo.²⁵⁵ O TJUE ainda não teve a oportunidade de se manifestar a respeito dessa questão.

Se ambas as partes não tiverem domicílio em Estado-Membro, mas houverem convencionado que o tribunal de um Estado-Membro tem competência para decidir a controvérsia, os tribunais dos outros Estados-Membros não podem conhecer do litígio, a menos que o tribunal escolhido se tenha declarado incompetente. Essa é a regra prevista no Art. 23(3), que visa assegurar o efeito negativo da eleição de foro. Neste caso, a análise acerca da validade da cláusula de eleição de foro será feita de acordo com a lei indicada pelas regras de DIPr do tribunal acionado.

²⁵² “Artigo 2: 1. Sem prejuízo do disposto no presente regulamento, as pessoas domiciliadas no território de um Estado-Membro devem ser demandadas, independentemente da sua nacionalidade, perante os tribunais desse Estado. 2. As pessoas que não possuam a nacionalidade do Estado-Membro em que estão domiciliadas ficam sujeitas nesse Estado-Membro às regras de competência aplicáveis aos nacionais.”

²⁵³ MAGNUS, Ulrich; MANKOWSKI, Peter (editors). *European Commentaries on Private International Law: Brussels I Regulation*. Sellier, European Law Publishers, 2007. pp. 389.

²⁵⁴ MAGNUS, Ulrich; MANKOWSKI, Peter (editors). *European Commentaries on Private International Law: Brussels I Regulation*. Sellier, European Law Publishers, 2007. p. 390.

²⁵⁵ STONE, Peter. *EU Private International Law: Harmonization of Laws*. Edward Elgar Publishing, 2006. p. 168; CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo (ed.). *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1994. p. 348 e GAUDEMET-TALLON, Hélène. *Compétence et exécution des jugements en Europe – Règlement n° 44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano*. Paris: L.G.D.J., 2002. pp. 92-93.

(b) a designação de um tribunal ou tribunais de um Estado-Membro

A escolha das partes deve recair sobre um tribunal específico ou tribunais de um Estado-Membro (*e.g.*, tribunais franceses), cabendo neste último caso a lei interna determinar a corte que deve ser acionada. A escolha deve ser feita de forma precisa, de modo que seja possível identificar com clareza em que local o réu deve ser instado a se defender.

Não é necessário que o tribunal seja expressamente designado, admitindo-se que a referência seja feita através de uma cláusula que indique claramente elementos objetivos que permitam ao tribunal acionado decidir sobre sua competência. Por exemplo, já se decidiu ser possível que o foro eleito corresponda ao principal local de negócio da empresa ou o domicílio do réu ou do autor.²⁵⁶ O que não é considerado válido é que a escolha seja feita a critério de uma das partes. A escolha pode inclusive ser feita sobre um tribunal que não teria jurisdição para decidir o litígio caso não houvesse acordo entre as partes.

Vê-se, portanto, que às partes é assegurada liberdade para escolher o tribunal que considerem mais adequado para decidir a causa, quer seja, dentre outros fatores, pela sua neutralidade ou especialidade quanto a uma matéria específica. Não há necessidade de que o foro eleito apresente qualquer relação objetiva com as partes ou com a controvérsia.²⁵⁷

Ademais, embora a redação do Artigo 23 não seja clara, o TJUE já decidiu que é possível a escolha de tribunais integrantes de mais um Estado-Membro.²⁵⁸

Deve-se observar, ainda, que o dispositivo sob análise se refere à hipótese em que o tribunal eleito pelas partes integra um Estado-Membro. Se for invocada perante o tribunal de um Estado comunitário a existência de um acordo de eleição de foro que atribua competência a um tribunal de um Estado que não seja membro da União Europeia, a validade do acordo será decidida com base no que dispuser a respeito a legislação interna do Estado do tribunal acionado.

(c) litígios de uma determinada relação jurídica e outras regras

O Art. 23(1) menciona ainda que o acordo sobre a escolha do foro deve ser feito com relação a litígios que tenham surgido ou que possam surgir de uma determinada relação

²⁵⁶ TJUE, j. 09/11/2000, C-387/98 (Coreck Maritime GmbH v. Handelsveem BV), Colect. 2000, I-09337.

²⁵⁷ Nesse sentido, TJUE, j. 17/01/1980, C-56/79 (Siegfried Zelger v. Sebastiano Salinitri), Colect. 1980, 00089.

²⁵⁸ Veja-se TJUE, j. 09/11/1978, C-23/78 (Nikolaus Meeth v. Glacetal), Colect. 1978, 02133. Analisando o artigo 17 da Convenção de Bruxelas, o Tribunal decidiu que embora a redação do dispositivo fizesse referência a um tribunal ou tribunais de um Estado-Membro, o texto não deveria ser interpretado de forma a proibir um acordo em que houvesse a eleição de foro em mais de um Estado-Membro. No caso, as partes, domiciliadas em Estados diferentes, haviam convencionado que somente poderiam ser acionadas perante os tribunais de seus respectivos Estados.

jurídica. Ou seja, o acordo não pode ser feito de forma ampla e imprecisa, mas sim deve se referir a uma relação jurídica específica. E somente no que se refere a essa relação jurídica deve prevalecer o acordo sobre a escolha do foro.

Essa regra não quer dizer que, com relação a cada transação entre as partes, deve ser reafirmada a escolha do foro. O que se quer evitar é que a avença sobre o foro compreenda todos e quaisquer litígios que possam surgir entre aquelas partes, de forma indistinta.

Ressalta-se ainda que o Art. 23 confere presunção de competência absoluta ao pacto atributivo de jurisdição, admitindo que as partes podem convencionar em sentido contrário.

Ademais, é preciso esclarecer que o Art. 23 deve ser interpretado de forma autônoma com relação à legislação de qualquer Estado-Membro. Não se admite que a validade do acordo seja sujeita a qualquer requisito adicional imposto pela legislação interna de algum Estado-Membro, como, por exemplo, a língua em que deve ser redigido.²⁵⁹

2.2.2 As condições de validade formal do acordo

Uma das principais decorrências da eleição de foro consiste na possível perda do direito do réu de ser acionado perante um tribunal que seria originalmente apto para apreciar o litígio. Por conseguinte, para evitar qualquer prejuízo à parte demandada, a validade da eleição de foro é condicionada a existência um pacto atributivo de jurisdição celebrado consensualmente pelas partes, no seu melhor interesse.

Exige-se uma forma específica com vistas a assegurar que houve um acerto das partes quanto à derrogação das regras gerais de determinação de competência, consensualmente deliberado.

A forma do acordo é regulada no Art. 23 do Regulamento, sendo de observância obrigatória. A dizer, se o acordo não for exteriorizado através de nenhuma forma ali prevista, não será considerado válido. São reconhecidos quatro modos de se celebrar o acordo sobre o foro, a saber: (a) por escrito; (b) verbalmente com confirmação escrita; (c) em conformidade com os usos que as partes estabeleceram entre si; ou (d) no comércio internacional, em conformidade com os usos que as partes conheçam ou devam conhecer e que, em tal

²⁵⁹ Conforme já decidido em TJUE, j. 24/06/1981, C-150/80 (Elefanten Schuh GmbH v Pierre Jacqmain), Colect. 1981, 01671.

comércio, sejam amplamente conhecidos e regularmente observados pelas partes em contratos do mesmo tipo, no ramo comercial considerado.

Os Estados-Membros não podem exigir qualquer requisito adicional quanto à forma com base na sua legislação interna para que considerem a avença sobre o foro válida.²⁶⁰

(a) Por escrito

O acordo escrito é aquele em que as partes manifestam seu consentimento quanto à escolha do foro de forma expressa e clara, por escrito. O Art. 23(2) ampliou o que se entende por acordo escrito ao mencionar que qualquer comunicação por via eletrônica que permita um registro duradouro do pacto equivale à “forma escrita”. Portanto, acordo escrito é aquele formalizado por cartas, faxes, telegramas e e-mails, em que todas as partes assinam o documento.

Se apenas uma das partes assinar o contrato, a forma escrita não será considerada como tendo sido observada ainda que o documento represente um contrato padrão encaminhado pela outra parte. Da mesma forma, mesmo que o contrato gere obrigações para apenas uma das partes, é necessário que todas assinem para que a escolha do foro seja reputada válida. Igualmente, se a escolha do foro constava da minuta contratual, mas foi excluída quando da assinatura do contrato pelas partes, não há que se dizer que houve qualquer acordo quanto ao foro. Ou seja, em nenhuma hipótese a aceitação quanto à escolha do tribunal será presumida.²⁶¹

Uma questão prática interessante é saber se a cláusula relativa à jurisdição precisa necessariamente ser mencionada expressamente no contrato ou se pode ser considerada como parte integrante do mesmo por via indireta, através da referência a termos e condições contratuais acordados pelas partes. A esse respeito, o TJUE já decidiu ser possível que a escolha do foro seja considerada válida ainda que incluída em condições gerais de contratação (termos padronizados) de uma partes, desde que o contrato principal assinado pelas partes faça referência a essas condições, que passam então a integrá-lo.²⁶² Neste caso, é fundamental que seja feita clara menção ao documento que contenha a escolha do foro, de forma a demonstrar inequivocamente que ambas as partes tinham conhecimento e aceitaram a eleição do tribunal.

²⁶⁰ STONE, Peter. *EU Private International Law: Harmonization of Laws*. Edward Elgar Publishing, 2006. p. 163.

²⁶¹ MAGNUS, Ulrich; MANKOWSKI, Peter (editors). *European Commentaries on Private International Law: Brussels I Regulation*. Sellier, European Law Publishers, 2007. pp. 406-407.

²⁶² TJUE, j. 14/12/1976, C-24/76 (Estatus Salotti di Collzani Aimo e Gianmario Colzani s.n.c. v Rüwa Polstereimaschinen GmbH), Colect. 1976, 01831.

Ainda a respeito da exigência da forma escrita, vale mencionar a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia em *Iveco Fiat SpA v. Van Hool NV*²⁶³. A questão girava em torno de um contrato celebrado entre uma empresa italiana e outra belga que, embora houvesse terminado formalmente, continuava em pleno vigor, já que as negociações entre as partes não haviam cessado. Indagava-se se o acordo sobre o foro, constante do referido contrato, poderia ser considerado válido ainda que a avença não houvesse sido renovada por escrito. A Corte decidiu que se a lei aplicável ao contrato principal admitisse a renovação contratual sem a necessária formalização por escrito, o pacto sobre o foro deveria ser considerado válido. Caso a lei não permitisse a renovação tácita, seria necessária uma confirmação escrita do acordo sobre o foro, não objetada pela outra parte.

(b) Verbalmente com confirmação escrita

É igualmente possível que o pacto atributivo de jurisdição seja celebrado oralmente, com confirmação por escrito. Registra-se que o mero acordo verbal não é suficiente para conferir validade ao pacto sobre jurisdição, sendo essencial a sua subsequente confirmação por escrito por uma das partes.

Diversas decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia já analisaram a situação em que não houve acordo escrito assinado por ambas as partes, mas apenas um documento emitido por uma delas formalizando a conclusão de um contrato verbal e indicando os seus principais termos e condições, inclusive a cláusula de eleição de foro.²⁶⁴ A Corte entende que nestes casos, para que de fato possa se falar em observância das formalidades exigidas no Art. 23(a), segunda parte, deve ser inequívoco que o contrato oral tenha sido celebrado pelas partes e que tenha havido consenso sobre a eleição de foro. A declaração unilateral por escrito de um pacto atributivo de jurisdição que não tenha sido objeto de acordo entre as partes não terá validade alguma.

A confirmação escrita do acordo verbal pode ser feita por quaisquer das partes, e não necessariamente por aquela desfavorecida com a cláusula da eleição de foro. Inclusive porque, quando da conclusão da avença, nem sempre é possível perceber qual parte foi beneficiada. O pacto deve refletir exatamente o que foi pactuado verbalmente pelos

²⁶³ TJUE, j. 11/11/1986, C-313/85 (*SpA Iveco Fiat SpA v. Van Hool NV*), Colect. 1986, 03337.

²⁶⁴ Veja, por exemplo, TJUE, j. 14/12/1976, C-25/76 (*Galleries Segoura SPRL v Rahim Bonakdarian*), Colect. 1976, 01851; TJUE, j. 19/06/1984, C-71/83 (*Partenreederei ms. Tilly Russ and Ernest Russ v Haven & Vervoerbedrijf Nova and NV Goeminne Hout*), Colect. 1984, 02417; TJUE, j. 11/07/1985, C-221/84 (*F. Berghoefer GmbH & Co. KG v ASA SA*), Colect. 1985, 02699.

contratantes, não sendo válida se introduz novas condições, salvo se estas forem aceitas pela outra parte, igualmente por escrito.²⁶⁵

A confirmação será considerada válida se for recebida em um período razoável de tempo contado da conclusão do contrato verbal, e se não sofrer qualquer tipo de objeção da outra parte. A objeção *a posteriori* da eleição de foro evidencia a má-fé do contratante, que demonstra não querer se submeter ao que foi consensualmente pactuado.²⁶⁶

A confirmação pode ser feita por qualquer forma escrita, inclusive por meio de comunicação eletrônica.

(c) Em conformidade com os usos que as partes estabeleceram entre si

O item “b” do Art. 23(1) admite que o pacto atributivo de jurisdição seja celebrado em conformidade com os usos que as partes estabeleceram entre si. Inserida pela Convenção de 1989, essa terceira modalidade de formalização do pacto atributivo de jurisdição não exige que o acordo seja celebrado por escrito.

O significado de “usos que as partes estabelecerem entre si” deve ser interpretado de forma autônoma, e não de acordo com as disposições de uma lei nacional específica.²⁶⁷

Para que seja caracterizada a prática da negociação entre as partes, deve restar demonstrado que o negócio é conduzido de um modo específico e determinado e que essa prática já foi realizada pelas partes por diversas vezes. Sobretudo, deve ficar evidenciado que em algum momento já houve consenso sobre a escolha do foro.²⁶⁸

(d) no comércio internacional, em conformidade com os usos que as partes conheçam ou devam conhecer e que, em tal comércio, sejam amplamente conhecidos e regularmente observados pelas partes em contratos do mesmo tipo, no ramo comercial considerado

É possível que a formalização do pacto sobre a jurisdição dispense a forma ordinária mencionada no item (a) supra desde que seja feita de modo normalmente utilizado no comércio internacional.

²⁶⁵ GAUDEMET-TALLON, Hélène. *Compétence et exécution des jugements en Europe – Règlement n° 44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano*. Paris: L.G.D.J., 2002. pp. 104-105.

²⁶⁶ MAGNUS, Ulrich; MANKOWSKI, Peter (editors). *European Commentaries on Private International Law: Brussels I Regulation*. Sellier, European Law Publishers, 2007. p. 412.

²⁶⁷ STONE, Peter. *EU Private International Law: Harmonization of Laws*. Edward Elgar Publishing, 2006. p. 159

²⁶⁸ MAGNUS, Ulrich; MANKOWSKI, Peter (editors). *European Commentaries on Private International Law: Brussels I Regulation*. Sellier, European Law Publishers, 2007. pp. 413-414.

Neste caso, é necessário que o uso do comércio internacional seja amplamente conhecido e observado pelos operadores naquela área, e exige-se ainda que as partes tenham plena ciência desse uso. Para que possa ser considerado como “uso”, deve-se constatar um comportamento regular e geral praticado por uma quantidade expressiva de operadores no comércio internacional.²⁶⁹

O Tribunal de Justiça da União Europeia em *Mainschiffahrts-Genossenschaft eG (MSG) v Les Gravières Rhénanes SARL*²⁷⁰ decidiu que um pacto atributivo de jurisdição deve ser considerado válido pela ausência de reação da outra parte contratante a uma carta de confirmação do negócio ou pelo pagamento repetido e sem contestação de faturas que contêm uma menção ao foro, desde que esse comportamento corresponda a um uso que rege o domínio do comércio internacional em que operam as partes em questão e desde que estas últimas conheçam esse uso ou devessem conhecê-lo. Com relação a uso no setor de comércio internacional foi esclarecido que:

“(…) existe um uso num setor de comércio internacional, quando, nomeadamente, um certo comportamento é geralmente seguido pelas partes contratantes que operam nesse setor de atividade na conclusão de contratos de um certo tipo. O conhecimento desse uso pelas partes contratantes considera-se provado, quando, nomeadamente, tinham anteriormente estabelecido relações comerciais entre si ou com outras partes que operam no setor de atividade comercial em questão ou quando, neste setor, um certo comportamento é geral e regularmente seguido na celebração de um certo tipo de contratos, de forma que pode ser considerado como uma prática consolidada.”

O conceito de “uso” deve ser interpretado de forma autônoma, à luz dos usos comerciais do ramo considerado de comércio internacional. O uso não precisa ser observado em âmbito mundial, mas o fato de ser consolidado nos Estados das partes contratantes já é suficiente para que o uso seja reconhecido como tal.²⁷¹

2.2.3 Situações específicas do pacto atributivo de jurisdição

Mesmo que a avença sobre a escolha do tribunal seja válida nos termos do Art.23(1) (2) e (3), não poderá afastar as normas protetivas do Art. 13²⁷², do Art. 17²⁷³ e do Art. 21²⁷⁴

²⁶⁹ TJUE, j. 16/03/1999, C-159/97 (Transporti Castelletti SpA v Hugo Trumpy SpA), Colect. 1999, I-01597.

²⁷⁰ TJUE, j. 20/02/1997, C-106/95 (Mainschiffahrts-Genossenschaft eG (MSG) v Les Gravières Rhénanes SARL), Colect. 1997, I-00911.

²⁷¹ MAGNUS, Ulrich; MANKOWSKI, Peter (editors). *European Commentaries on Private International Law: Brussels I Regulation*. Sellier, European Law Publishers, 2007. pp. 414-415; STONE, Peter. *EU Private International Law: Harmonization of Laws*. Edward Elgar Publishing, 2006. p. 160-161.

²⁷² “Artigo 13. As partes só podem convencionar derrogações ao disposto na presente secção desde que tais convenções: 1. Sejam posteriores ao surgimento do litígio; ou 2. Permitam ao tomador do seguro, ao segurado ou ao beneficiário recorrer a tribunais que não sejam os indicados na presente secção; ou 3. Sejam concluídas entre um tomador do seguro e um

que cuidam, respectivamente, de regras sobre competência em matéria de seguros, em matéria de contratos celebrados por consumidores e em matéria de contratos individuais de trabalho. Ademais, não se admite que a escolha do tribunal afaste as regras de competência exclusiva previstas no Art. 22²⁷⁵ do Regulamento.

Se, por hipótese, for celebrado um acordo de eleição de foro em contrariedade a essas regras, a avença não terá efeito algum.²⁷⁶

Em linhas gerais, em matéria de seguro, consumo e trabalho, os acordos permanecerão válidos se forem feitos em benefício do assegurado (ou beneficiário), do consumidor ou do empregado, conforme o caso, e sejam posteriores ao surgimento do litígio e permitam que tais sujeitos possam recorrer a outros tribunais além daquelas indicados no Regulamento.

Nas matérias indicadas no Art. 22 (*competência exclusiva*), a avença sobre o foro será inválida se indicar tribunal diverso daquele apontado no Regulamento.

Se uma ação for ajuizada em tribunal que não tenha sido eleito pelas partes, e posteriormente ajuizada outra ação perante o foro eleito, essa segunda demanda não poderá ser decidida enquanto o primeiro tribunal acionado não se declarar incompetente.²⁷⁷

segurador, ambos com domicílio num mesmo Estado-Membro, e tenham por efeito atribuir competência aos tribunais desse Estado, mesmo que o facto danoso ocorra no estrangeiro, salvo se a lei desse Estado não permitir tais convenções; ou 4. Sejam concluídas por um tomador do seguro que não tenha domicílio num Estado-Membro, salvo se se tratar de um seguro obrigatório ou relativo a imóvel sito num Estado-Membro; ou 5. Digam respeito a um contrato de seguro que cubra um ou mais dos riscos enumerados no artigo 14.”

²⁷³ “Artigo 17. As partes só podem convencionar derrogações ao disposto na presente secção desde que tais convenções: 1. Sejam posteriores ao nascimento do litígio; ou 2. Permitam ao consumidor recorrer a tribunais que não sejam os indicados na presente secção; ou 3. Sejam concluídas entre o consumidor e o seu co-contratante, ambos com domicílio ou residência habitual, no momento da celebração do contrato, num mesmo Estado-Membro, e atribuam competência aos tribunais desse Estado-Membro, salvo se a lei desse Estado-Membro não permitir tais convenções.”

²⁷⁴ “Artigo 21. As partes só podem convencionar derrogações ao disposto na presente secção, desde que tais convenções: 1. Sejam posteriores ao surgimento do litígio; ou 2. Permitam ao trabalhador recorrer a tribunais que não sejam os indicados na presente secção.”

²⁷⁵ “Artigo 22. Tem competência exclusiva, qualquer que seja o domicílio: 1. Em matéria de direitos reais sobre imóveis e de arrendamento de imóveis, os tribunais do Estado-Membro onde o imóvel se encontre situado. Todavia, em matéria de contratos de arrendamento de imóveis celebrados para uso pessoal temporário por um período máximo de seis meses consecutivos, são igualmente competentes os tribunais do Estado-Membro onde o requerido tiver domicílio, desde que o arrendatário seja uma pessoa singular e o proprietário e o arrendatário tenham domicílio no mesmo Estado-Membro; 2. Em matéria de validade, de nulidade ou de dissolução das sociedades ou outras pessoas colectivas que tenham a sua sede no território de um Estado-Membro, ou de validade ou nulidade das decisões dos seus órgãos, os tribunais desse Estado-Membro. Para determinar essa sede, o tribunal aplicará as regras do seu direito internacional privado; 3. Em matéria de validade de inscrições em registos públicos, os tribunais do Estado-Membro em cujo território esses registos estejam conservados; 4. Em matéria de inscrição ou de validade de patentes, marcas, desenhos e modelos, e outros direitos análogos sujeitos a depósito ou a registo, os tribunais do Estado-Membro em cujo território o depósito ou o registo tiver sido requerido, efectuado ou considerado efectuado nos termos de um instrumento comunitário ou de uma convenção internacional. Sem prejuízo da competência do Instituto Europeu de Patentes, nos termos da convenção relativa à emissão de patentes europeias, assinada em Munique em 5 de Outubro de 1973, os tribunais de cada Estado-Membro são os únicos competentes, sem consideração de domicílio, em matéria de inscrição ou de validade de uma patente europeia emitida para esse Estado; 5. Em matéria de execução de decisões, os tribunais do Estado-Membro do lugar da execução.”

²⁷⁶ MAGNUS, Ulrich; MANKOWSKI, Peter (editors). *European Commentaries on Private International Law: Brussels I Regulation*. Sellier, European Law Publishers, 2007. pp. 420-422; STONE, Peter. *EU Private International Law: Harmonization of Laws*. Edward Elgar Publishing, 2006. p. 165-166.

²⁷⁷ TJUE, j. 09/12/2003, C-116/02 (Erich Gasser GmbH v Misat Srl.).

Afora as situações descritas supra, inclusive aquela mencionada no item 2.1 sobre a incidência do Art. 24 mesmo havendo eleição de foro pelas partes, não há qualquer hipótese adicional prevista no Regulamento em que cláusula de eleição de foro não será respeitada pelos tribunais se observados os requisitos sobre a forma de sua constituição.

Com relação ao acordo de foro constante do estatuto de uma companhia, o Tribunal de Justiça da União Europeia já decidiu que a cláusula vincula não apenas os acionistas presentes quando da constituição da sociedade, mas também aqueles que adquiriram suas ações posteriormente. O acordo vincula quaisquer disputas entre a companhia e seus acionistas.²⁷⁸

Em regra, o acordo sobre o foro vincula apenas as partes que a ele se obrigam expressamente. No entanto, excepcionalmente terceiros são vinculados pela avença. É o caso de um contrato concluído em parte ou integralmente em favor de terceira pessoa (v.g., contrato de seguro), que contém cláusula de eleição de foro devidamente acordada entre os contratantes do instrumento principal. Neste caso, o terceiro pode se utilizar do foro eleito, mesmo não tendo assinado o contrato principal.²⁷⁹

Outra exceção à regra geral ocorre quando o pacto atributivo de jurisdição contido em um contrato principal acordado validamente entre as partes é utilizado por uma terceira pessoa, que de acordo com a lei aplicável de acordo com as regras de conflito de leis do tribunal acionado, sucedeu a posição de uma das partes em seus direitos e obrigações.²⁸⁰

2.3 Os instrumentos americanos de direito internacional privado acerca da eleição de foro

A tentativa de unificação e codificação do direito internacional privado na América se antecipa a qualquer outra ideia no mesmo sentido em outra região do mundo.²⁸¹

²⁷⁸ TJUE, j. 10/03/1992, C-214/89 (Powell Duffryn plc v. Wolfgang Petereit), Colect. 1992, I-01745.

²⁷⁹ TJUE, j. 14/07/1983, C-201/82 (Gerling Konzern Speziale Lreditversicherungs-AG e outros v Amministrazione Del Tesoro dello Stato), Colect. 1983, 02503; e TJUE, j. 16/03/1999, C-159/97 (Transporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA v Hugo Trumpy SpA), Colect. 1999, I-01597.

²⁸⁰ TJUE, j. 19/06/1984, C-71/83 (Partenreederei MS. Tilly Russ and Ernest Russ v NV Haven-& Vervoerbedrijf Nova e NV Goeminne Hout), Colect. 1984, 02417; e TJUE, j. 09/11/2000, C-387/98 (Coreck Maritime GmbH v. Handelsveem BV), Colect. 2000, I-09337.

²⁸¹ ALONSO, Ramón Silva. "La Contratación Internacional en América – Del Congreso Sudamericano de DIP de 1889 a la V Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado". In: Kleinheisterkamp, Jan; IDIARTE, Gonzalo A. Lorenzo. (coords.). *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina – Liber Amicorum Jürgen Samtleben*. Montevidéo: Fundación de Cultura Universitaria, 2002. pp. 23-30, esp. p. 24.

Os esforços de codificação no continente remontam ao ano de 1826, quando foi realizado o Congresso do Panamá convocado por Simón Bolívar. Na ocasião, embora não tenha sido concluído um instrumento uniforme de direito internacional para os Estados americanos, foi ressaltada a necessidade de sua elaboração.²⁸² Os países americanos compartilhavam à época um sentimento de solidariedade frente a ameaças externas, quer seja em face da antiga potência colonial Espanha, como também diante das pretensões hegemônicas dos EUA.

Posteriormente, em 1875 o governo peruano convidou todos os Estados americanos a comparecerem a um congresso a ser realizado em Lima com o objetivo de elaborarem, conjuntamente, uma regulamentação uniforme de direito substantivo em âmbito latino-americano, inclusive abarcando matéria de internacional privado.

O Congresso de Lima, chamado oficialmente de Congresso Americano de Jurisconsultos, ocorreu entre 1877 e 1878 e resultou no Tratado de Lima.²⁸³ Este tratado regulava, por meio de sessenta artigos, diversas matérias de direito internacional privado, como jurisdição em matéria civil e penal, contratos, propriedade, questões relativas ao matrimônio e sucessões, execução de decisões estrangeiras, dentre outras. Quanto à lei para reger o estatuto pessoal, adotou-se o critério da nacionalidade, embora a maioria dos Estados americanos utilizasse em sua legislação interna o critério do domicílio.

O Tratado de Lima jamais entrou em vigor, tendo sido ratificado apenas pelo Peru. Não obstante, não há dúvidas de sua importância como primeiro instrumento codificador do direito internacional privado no âmbito das Américas.

Em vista do fracasso do Tratado de Lima e considerando o interesse da maioria dos países americanos em consagrar o critério do domicílio para reger o estatuto pessoal em um instrumento codificado de direito internacional privado foi realizado, no ano de 1888, o Congresso de Montevideú.

²⁸² Conforme destacado por Gonzalo Parra-Aranguren, em seu curso apresentado à Academia da Haia, “the pride of having begun the difficult task of codification of International Law belongs to the American Continent, and its most remote antecedents are linked to the Congress of Panama, convoked by the Liberator Simon Bolivar.” (PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. *Recent developments of conflict of laws conventions in Latin America*. Recueil des Cours, vol. 164 (1979-III) p. 65. Para um estudo completo do histórico do movimento de codificação do direito internacional nas Américas, v. ARAUJO, Nadia de. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, MERCOSUL e convenções internacionais*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. pp. 157-207; DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado - parte geral*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. pp. 71-79.

²⁸³ O Tratado de Lima foi assinado em 09/11/1878 pelos representantes da Argentina, Bolívia, Chile, Costa Rica, Equador, Peru e Venezuela. Posteriormente, Guatemala e Uruguai aderiram ao tratado por meio de um protocolo específico assinado em 05/12/1878.

Na ocasião, foram aprovados oito Tratados²⁸⁴, não tendo o Brasil aderido a nenhum deles sobretudo tendo em vista a adoção do critério do domicílio para reger o estatuto pessoal. É interessante observar a natureza universal dos Tratados, que estavam abertos à adesão de Estados não localizados nas Américas.

Cinquenta anos após a assinatura dos Tratados de Montevidéu, os mesmos foram objeto de uma revisão durante o Segundo Congresso Sul-americano de Direito Internacional Privado realizado novamente em Montevidéu. Não foi feita qualquer modificação verdadeiramente substancial ao texto original, mas os tratados de 1888/89 foram substituídos pelos Tratados de Montevidéu de 1939/1940.²⁸⁵

Posteriormente, foi assinado por Argentina, Paraguai e Uruguai um Protocolo Adicional ao Tratado de Direito Internacional de 1940. Em seu Art. 5 proibiu-se expressamente a autonomia da vontade, exceto na medida em que a lei aplicável autorizasse a dita modificação pelas partes.²⁸⁶

O processo de codificação do direito internacional privado nas Américas, conforme apontado por Tatiana B. de Maekelt em seu curso apresentado à Academia de Direito Internacional Privado da Haia, foi realizado de duas formas diferentes.²⁸⁷ Em uma primeira fase (fins do século XIX até meados do século XX), entendia-se que o direito internacional privado deveria ser uniformizado em um único instrumento (ou grupo de instrumentos relacionados), que abarcasse uma quantidade expressiva de matérias. O Código Bustamante, que será analisado a seguir, possui 437 artigos, e é um exemplo da tentativa de uniformização de todas as áreas de estudo de direito internacional privado em um único instrumento.

No entanto, a tendência prevalente hoje consiste na elaboração de instrumentos versando sobre matérias específicas de direito internacional, como é o caso das CIDIPs e do Protocolo de Buenos Aires, os quais serão abaixo examinados. Dessa forma, a unificação adviria de forma progressiva e gradual.

²⁸⁴ Os oito Tratados assinados foram os seguintes: (i) Direito Civil Internacional; (ii) Direito Penal Internacional; (iii) Direito Comercial Internacional; (iv) Direito Processual Internacional; (v) Propriedade Literária e Artística; (vi) Marcas de Comércio e de Fábrica; (vii) Patentes e Invenções; (viii) Convenção sobre o Exercício das Profissões Liberais. Argentina, Bolívia, Paraguai, Peru e Uruguai ratificaram todos os oito Tratados. A Colômbia ratificou os Tratados de Direito Civil, Comercial e Profissões Liberais e o Equador aderiu apenas ao Tratado das Profissões Liberais.

²⁸⁵ Dentre os Tratados de 1839/1940 destaca-se o Tratado de Direito Civil Internacional, que é comumente utilizado entre a Argentina, Paraguai e Uruguai. Esses três Estados não ratificaram o Código Bustamante, que será analisado abaixo.

²⁸⁶ Confira-se, a respeito, SAMTLEBEN, Jürgen. "Teixeira de Freitas e a autonomia das partes no direito internacional privado." *Revista de Informação Legislativa*. nº 85, 1985. pp. 274-275.

²⁸⁷ MAEKELT, Tatiana B. de. *General rules of private international law in the Americas: new approach*. Recueil des Cours, vol. 177 (1982-IV) p. 221.

2.3.1 O Código de Direito Internacional Privado dos Estados Americanos (Código Bustamante)

A partir dos Tratados de Montevideú de 1889, o movimento de codificação na América Latina ganhou novo impulso.

Neste mesmo ano, por iniciativa dos EUA foi realizada em Washington a Primeira Conferência Pan-Americana, que contou com a participação de 18 Estados.²⁸⁸ Decidiu-se constituir a “União Internacional das Repúblicas Americanas”, com sede em Washington, que posteriormente tornou-se a “União Pan-Americana” e, finalmente, com a expansão das suas funções, a Organização dos Estados Americanos.

As primeiras seis Conferências Pan-Americanas, realizadas entre 1889 e 1928, tinham por objetivo a unificação e a codificação do direito internacional público e privado.²⁸⁹ No entanto, as cinco primeiras Conferências não atingiram qualquer resultado prático, sobretudo em razão da divergência entre os critérios para reger o estatuto pessoal entre os Estados que compareciam às reuniões. Enquanto o Brasil era partidário do critério da nacionalidade, os demais países adotavam o critério do domicílio, o que gerava um impasse nas negociações.

Somente na 6ª Conferência Pan-Americana, realizada em Havana (Cuba) em 1928, foi concluída a Convenção de Direito Internacional Privado. A Convenção possui apenas 9 artigos, mas põe em vigor o Código de Direito Internacional Privado, que conta com 437 artigos, usualmente conhecido como Código Bustamante.²⁹⁰

O Código Bustamante consiste no primeiro instrumento unificado de direito internacional privado que entrou em vigor no mundo. Seus 437 artigos, apesar de diversas

²⁸⁸ De acordo com informações obtidas no site da Organização dos Estados Americanos, a Primeira Conferência Pan-Americana foi realizada “com o objetivo de discutir e recomendar para adoção dos respectivos governos um plano de arbitragem para a solução de controvérsias e disputas que possam surgir entre eles, para considerar questões relativas ao melhoramento do intercâmbio comercial e dos meios de comunicação direta entre esses países, e incentivar relações comerciais recíprocas que sejam benéficas para todos e assegurem mercados mais amplos para os produtos de cada um desses países.” Disponível em www.oas.org. Acesso em 29/10/2009.

²⁸⁹ A primeira Conferência Pan-Americana foi realizada em Washington, em 1889-1999; a segunda Conferência foi realizada na Cidade do México em 1901; a terceira Conferência foi realizada na no Rio de Janeiro em 1906; a Quarta Conferência foi realizada em Buenos Aires em 1910 e a quinta Conferência foi realizada em Santiago de Chile em 1923. Para uma descrição das matérias tratadas em cada uma das Conferências v. SAMTLEBEN, Jürgen. *Derecho Internacional Privado en América Latina – Teoría y Práctica del Código Bustamante*. Volumen I, Parte General. Buenos Aires: Depalma, 1983. pp. 26-35; ARAUJO, Nadia de. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, MERCOSUL e convenções internacionais*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. pp. 168-176; e MAEKELT, Tatiana B. de. *General rules of private international law in the Americas: new approach*. Recueil des Cours, vol. 177 (1982-IV) pp. 225-228. Foram realizadas, ao todo, dez Conferências Pan-Americanas. A última ocorreu em Caracas em 1954.

²⁹⁰ Bustamante foi um jurista que exerceu papel decisivo nas negociações, tanto na sua condição de presidente da Conferência, como na função de delegado de Cuba. Bustamante era professor da Universidade de Havana e foi ele o autor do projeto que resultou no Código aprovado. Em sua homenagem, foi dado o nome Código Bustamante.

imprecisões, formam um corpo orgânico de normas que versam sobre um amplo espectro de matérias, evidenciando uma importante iniciativa pela unificação.²⁹¹

A Convenção de Havana foi ratificada por 15 países²⁹², mas jamais chegou a alcançar o seu objetivo primordial, que consistia na uniformização do direito internacional privado no âmbito das Américas. Valladão menciona que o fracasso do Código decorre do fato de conter regras sobre todas as matérias de direito internacional privado. Em sua visão, é utópica a tentativa de uniformizar de forma completa e total o DIPr.²⁹³

Especificamente quanto à divergência entre o critério da nacionalidade e domicílio, o Código adotou, em seu Art. 7º, uma regra harmonizadora dos dois sistemas, de acordo com a qual cada Estado contratante deve aplicar a sua lei interna para determinar a lei pessoal, quer seja com base no critério do domicílio, da nacionalidade ou qualquer outro que venha a adotar.²⁹⁴ Essa opção do Código por não definir o critério a ser adotado para regular o estatuto pessoal também foi um elemento que enfraqueceu a sua meta, já que as regras internas dos Estados não foram unificadas.²⁹⁵

Além desses fatores, Nadia de Araujo aponta que os países que ratificaram o Código fizeram muitas reservas às suas disposições, minando a sua força cogente. Ademais, houve falha ao se conferir aos Estados liberdade para interpretar o Código segundo suas próprias normas internas, de modo que a definição dos institutos jurídicos e a sua interpretação poderia variar de Estado para Estado.²⁹⁶

Com relação às regras gerais de competência, o Art. 318 prevê que, em matérias de natureza cível ou comercial, será competente em primeira instância o juízo a que as partes se

²⁹¹ O Código contém um título preliminar, em que constam regras gerais (Arts. 1-8), e é organizado em 4 livros. O primeiro livro é intitulado Direito Civil Internacional (Arts. 9-231); o segundo é intitulado Direito Comercial Internacional (Arts. 232-295); o terceiro é intitulado Direito Penal Internacional (Arts. 296-313) e o quarto livro é intitulado Direito Processual Internacional (Arts. 314-437). Para comentários ao Código v. LORENZEN, Ernest. "The Pan-American Code of Private International Law", 4 Tul. L. Rev. 499, 1929-1930.

²⁹² A saber: Bolívia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Equador, Guatemala, Haiti, Honduras, Nicarágua, Panamá, Peru, República Dominicana e Venezuela. No Brasil, a Convenção foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 5.647, de 08/01/1929, e promulgado pelo Decreto Executivo nº 18.871, de 13/08/1929, tendo sido feitas reservas com relação aos Arts. 52 e 54.

²⁹³ VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado - em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados americanos*. Vol. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980. p. 203.

²⁹⁴ "Art. 7º. Cada Estado contratante aplicará como leis pessoais as do domicílio, as da nacionalidade ou as que tenha adotado ou adote no futuro a sua legislação interna." Oscar Tenório ressalta que as transigências que tiveram de ser feitas para a conclusão do Código resultaram nos seus principais defeitos, sendo certo que a transação fundamental se deu no campo do estatuto pessoal. Em sua visão, como os países americanos estavam divididos entre a lei nacional e a lei do domicílio, qualquer esforço no sentido de adoção de um dos dois princípios seria infrutífero e sacrificaria inteiramente o trabalho de codificação. (TENÓRIO, Oscar. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955. pp. 467-469.

²⁹⁵ No Brasil, vigia à época a Introdução ao Código Civil de 1916, que previa, em seu Art. 8, que o estatuto pessoal seria regido pela lei da nacionalidade. Somente com a Lei de Introdução ao Código Civil de 1942, o país passou a adotar o critério do domicílio (Art. 7).

²⁹⁶ ARAUJO, Nadia de. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, MERCOSUL e convenções internacionais*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. pp. 171-176.

submetam expressa ou tacitamente, desde que ao menos um dos litigantes (i) seja nacional do Estado contratante a que pertença o juiz; ou (ii) seja domiciliado no Estado contratante a que pertença o juiz, em ambos os casos, salvo o direito local contrário.²⁹⁷

Entende-se por submissão expressa, na forma do que dispõe o Art. 321, aquela que for feita pelas partes com renúncia clara e terminante do seu foro próprio e a designação precisa do juiz a quem se submetem.²⁹⁸

Conjugando os dois artigos, vê-se que o Código Bustamante admite a possibilidade de eleição do foro pelas partes, desde que ao menos uma delas seja nacional ou domiciliada no Estado contratante a que pertença o juízo escolhido. Ou seja, é necessária uma vinculação das partes com o foro escolhido (vinculação subjetiva).

Ademais, há que se ter em mente que a escolha somente será válida se a lei do foro eleito não contiver disposição contrária à possibilidade de escolha, conforme expresso na parte final do Art. 318. Outrossim, a submissão só poderá ser feita ao juiz que exerça jurisdição ordinária e que a tenha para conhecer de igual classe de negócios e no mesmo grau (Art. 319).

Ao menos nos casos envolvendo Estados que tenham ratificado a Convenção de Direito Internacional Privado de 1928, deveria ser reconhecida a escolha do foro pelas partes, se observados os requisitos de validade.

Quanto à possibilidade de aplicação do Código nas relações jurídicas que não envolvam partes sujeitas à lei de quaisquer dos Estados Signatários, há controvérsia a respeito. Amilcar de Castro e Haroldo Valladão, dentre outros, entendem que o Código só se aplica aos países que o ratificaram, com base no Art. 2º da Convenção.²⁹⁹ Por outro lado, Jürgen Samtleben defende a universalidade do Código.³⁰⁰

²⁹⁷ “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 submetam 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 da sua situação.”

²⁹⁸ “Art. 321. Entender-se-á por submissão expressa a que for feita pelos interessados com renúncia clara e terminante do seu foro próprio e a designação precisa do juiz a quem se submetem.”

²⁹⁹ “Art. 2º As disposições desse Código não serão aplicáveis senão às Repúblicas contratantes e aos demais Estados que a ele aderirem, na forma que mais adiante se consigna.”

³⁰⁰ A posição dos referidos autores é descrita por Jacob Dolinger no artigo “The Bustamante Code and the Inter-american Conventions in the Brazilian System of Private International Law”. In: Kleinheisterkamp, Jan; IDIARTE, Gonzalo A. Lorenzo. (coords.). *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina – Liber Amicorum Jürgen Samtleben*. Montevideu: Fundación de Cultura Universitaria, 2002. pp. 133-149. Guido Soares e José Ignacio Botelho de Mesquita também entendem que o Código Bustamante só obriga os Estados que o ratificaram, cf. SOARES, Guido F. S. “A competência internacional do judiciário brasileiro e a questão da autonomia da vontade das partes”. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; HUCK, Hermes Marcelo; CASELLA, Paulo Borba (coords). *Direito e Comércio Internacional: Tendências e Perspectivas - Estudos em Homenagem ao Prof. Irineu Strenger*. São Paulo: Ltr., 1994. p. 298; e MESQUITA, José Ignacio Botelho de. “Da competência internacional dos princípios que a informam”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. nº 50. p. 70.

O STJ, em hipótese de crime cometido a bordo de embarcação de bandeira liberiana, praticado por tripulante de nacionalidade filipina contra outro da mesma nacionalidade em águas territoriais brasileiras, decidiu que não poderia aplicar as regras do referido diploma. A decisão baseou-se no fato de que nem o país de origem do autor e da vítima, nem o da bandeira da embarcação serem subscritores da Convenção da qual resultou o Código Bustamante.³⁰¹

Por sua vez, o STF já aplicou o Código Bustamante em ação de investigação de paternidade envolvendo cidadão português. Ao ser analisada uma questão de ordem pública, ficou assentado que embora Portugal não houvesse ratificado esse código, ele fora aprovado por lei no Brasil e assim o critério por ele fixado quanto ao conceito de lei de ordem pública deveria prevalecer.³⁰²

No primeiro caso, em que a controvérsia não tinha qualquer relação com um Estado signatário do Código Bustamante, as suas disposições foram afastadas. Já no segundo, que envolvia parte domiciliada no Brasil, o STF aplicou as regras do diploma em questão.

Uma análise da jurisprudência pátria nos conduz à conclusão de que o Código Bustamante é pouco utilizado pelos tribunais, e que o reconhecimento da eleição de foro em hipótese de competência concorrente da jurisdição nacional nunca chegou a ser enfrentado pelas instâncias superiores.³⁰³ É possível que justamente em razão da quantidade excessiva das matérias tratadas no Código, os juízes nacionais desconheçam o seu conteúdo. Ademais, há que se levar em conta que Argentina, Paraguai e Uruguai, parceiros do Brasil em diversas transações, não aderiram ao Código Bustamante, o que reduz as hipóteses de sua aplicação.

Em estudo dedicado à relação dos instrumentos americanos de direito internacional privado com a Convenção da Haia sobre a Escolha do Foro, à época ainda um projeto, Andrea Schultz ressalta a importância do Código Bustamante. Expõe que em alguns casos o referido diploma é considerado fonte de direito internacional privado mesmo por tribunais de Estados que não são signatários da Convenção de Havana.³⁰⁴

Prossegue Schultz afirmando que caso os Estados signatários do Código Bustamante ratifiquem a Convenção da Haia sobre a Escolha do Foro não haverá qualquer

³⁰¹ Recurso de Habeas Corpus nº 853, STJ, Rel. Min. Dias Trindade, j. 12/11/1990.

³⁰² Recurso Extraordinário nº 14.658, STF, Rel. Min. Luiz Gallotti, j. 09/07/1950.

³⁰³ Confira-se precedentes judiciais no Brasil acerca da aplicação do Código Bustamante, não relativo à eleição de foro, em DOLINGER, Jacob. "The Bustamante Code and the Inter-american Conventions in the Brazilian System of Private International Law". In: Kleinheisterkamp, Jan; IDIARTE, Gonzalo A. Lorenzo. (coords.). *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina – Liber Amicorum Jürgen Samtleben*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2002. pp. 133-149.

³⁰⁴ SCHULZ, Andrea. *The American Instruments on Private International Law – a paper on their relation to a future Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements*. Preliminary Document No 31 of June 2005, for the attention to the Twentieth Session of June 2005. Disponível em www.hcch.net, acesso em 31/10/2009.

incompatibilidade entre os textos normativos. Isso porque a Convenção da Haia prevê regras específicas para regular a relação de suas disposições com outros instrumentos internacionais.

2.3.2 A Organização dos Estados Americanos (OEA) e as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs)

As conferências dos Estados americanos se reuniram em intervalos variados até serem substituídas pelas sessões da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos. A Carta da OEA foi assinada em Bogotá em 1948 e entrou em vigor em dezembro de 1951.³⁰⁵

A Carta indica que a organização internacional visa obter “uma ordem de paz e de justiça, para promover sua solidariedade, intensificar sua colaboração e defender sua soberania, sua integridade territorial e sua independência.”³⁰⁶ Atualmente, todos os 35 países independentes das Américas ratificaram a Carta da OEA e pertencem à Organização.³⁰⁷ Além disso, a Organização concedeu o *status* de observador permanente a 62 Estados e à União Europeia.

Até hoje, foram realizadas seis Conferências Interamericanas Especializadas sobre Direito Internacional Privado, chamadas de CIDIPs, a saber: (i) a CIDIP I foi realizada na Cidade do Panamá (Panamá) em 1975; (ii) a CIDIP II foi realizada em Montevideu (Uruguai) em 1979; (iii) a CIDIP III foi realizada em La Paz (Bolívia) em 1984; (iv) a CIDIP IV foi

³⁰⁵ Posteriormente, a Carta foi reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, assinado em 1967, pelo Protocolo de Cartagena das Índias, assinado em 1985, pelo Protocolo de Manágua, assinado em 1993, e pelo Protocolo de Washington, assinado em 1992. Informações disponíveis em www.oas.org, acesso em 01/11/2009.

³⁰⁶ “Artigo 1. Os Estados americanos consagram nesta Carta a organização internacional que vem desenvolvendo para conseguir uma ordem de paz e de justiça, para promover sua solidariedade, intensificar sua colaboração e defender sua soberania, sua integridade territorial e sua independência. Dentro das Nações Unidas, a Organização dos Estados Americanos constitui um organismo regional. A Organização dos Estados Americanos não tem mais faculdades que aquelas expressamente conferidas por esta Carta, nenhuma de cujas disposições a autoriza a intervir em assuntos da jurisdição interna dos Estados membros. Artigo 2. Para realizar os princípios em que se baseia e para cumprir com suas obrigações regionais, de acordo com a Carta das Nações Unidas, a Organização dos Estados Americanos estabelece como propósitos essenciais os seguintes: a) Garantir a paz e a segurança continentais; b) Promover e consolidar a democracia representativa, respeitado o princípio da não-intervenção; c) Prevenir as possíveis causas de dificuldades e assegurar a solução pacífica das controvérsias que surjam entre seus membros; d) Organizar a ação solidária destes em caso de agressão; e) Procurar a solução dos problemas políticos, jurídicos e econômicos que surgirem entre os Estados membros; f) Promover, por meio da ação cooperativa, seu desenvolvimento econômico, social e cultural; g) Erradicar a pobreza crítica, que constitui um obstáculo ao pleno desenvolvimento democrático dos povos do Hemisfério; e h) Alcançar uma efetiva limitação de armamentos convencionais que permita dedicar a maior soma de recursos ao desenvolvimento econômico-social dos Estados membros.”

³⁰⁷ Países membros originais: 21 países se reuniram em Bogotá, em 1948, para a assinatura da Carta da OEA, a saber: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba¹, Equador, El Salvador, Estados Unidos da América, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela (República Bolivariana da). Posteriormente, se tornaram membros os seguintes países: Barbados, Trinidad e Tobago (1967), Jamaica (1969), Grenada (1975), Suriname (1977), Dominica (Commonwealth da), Santa Lúcia (1979), Antígua e Barbuda, São Vicente e Granadinas (1981), Bahamas (Commonwealth das) (1982), St. Kitts e Nevis (1984), Canadá (1990), Belize, Guiana (1991).

realizada em Montevideu (Uruguai) em 1989; (v) a CIDP V foi realizada na Cidade do México (México) em 1994, e (vi) a CIDIP VI foi realizada em Washington (EUA) em 2002.³⁰⁸

As CIDIPs resultaram na conclusão de mais de vinte e cinco instrumentos interamericanos, incluindo convenções, protocolos, lei modelo, e documentos uniformes. Nesses instrumentos são reguladas diversas matérias, como questões relativas a direito processual, comercial, civil e de família.³⁰⁹

Nenhum dos instrumentos produzidos pelas CIDIPs cuida de forma direta da hipótese de reconhecimento da eleição de foro pelas partes contratantes. Todavia, é possível extrair de algumas convenções disposições que indiretamente abrangem a situação em que tenha havido escolha do foro pelas partes.

A Convenção Interamericana Sobre Eficácia Extraterritorial de Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros de 1979³¹⁰ aborda, em seu Art. 2, as condições para que as sentenças estrangeiras tenham eficácia extraterritorial nos Estados-Partes.³¹¹ Se todas as condições ali previstas houverem sido preenchidas, necessariamente o Estado em que se visa produzir os efeitos da decisão deverá reconhecer a sentença.

Deve-se mencionar também a Convenção Interamericana sobre Competência na Esfera Internacional para a Eficácia Extraterritorial das Sentenças Estrangeiras de 1984. Em seu Art.

³⁰⁸ Está sendo organizada a realização da CIDIP VII, que terá como tema a proteção do consumidor e registros eletrônicos.

³⁰⁹ Informação disponível em www.oas.org, acesso em 01/11/2009. Diego Arroyo ressalta que a aplicação pelos tribunais das convenções produzidas pelas CIDIPs é escassa. No entanto, as CIDIPs influenciam os legisladores nacionais na elaboração de regras de direito internacional privado, principalmente nos países latino-americanos. Em suas palavras: “En efecto, aunque resulte admisible que la jurisprudencia de aplicación de las convenciones interamericanas es más bien escasa y de difícil localización, es mucho más cierto que la CIDIP se ha erigido en el punto de referencia clave para los legisladores nacionales, al menos, los de los países latinoamericanos. Prácticamente en todas las reformas a de los códigos civiles y procesales que afectaron, en mayor o menor medida, a las normas de DIPr se puede constatar la influencia de los criterios establecidos para la regulación de las relaciones de tráfico privado externo en la instancia interamericana, lo cual implica de algún modo un efecto ‘modernizador’ producido a través de los mismos.” (ARROYO, Diego P. Fernández. “Qué CIDIP para cuál América?” In: Kleinheisterkamp, Jan; IDIARTE, Gonzalo A. Lorenzo. (coords.). *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina – Liber Amicorum Jürgen Samtleben*. Montevideu: Fundación de Cultura Universitaria, 2002. pp. 31-54, esp. p. 41).

³¹⁰ Aprovada em Montevideu, Uruguai em 08/05/1979, tendo entrado em vigor em 14/06/1980. Estados ratificantes: Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Equador, México, Paraguai, Peru Uruguai e Venezuela. Foi promulgada no Brasil pelo Decreto nº 2.411, de 02/12/1997.

³¹¹ “Artigo 2º: As sentenças, os laudos arbitrais e as decisões jurisdicionais estrangeiras a que se refere o artigo 1º terão eficácia extraterritorial nos Estados-Partes, caso preencham as seguintes condições: a) se vierem revestidos das formalidades externas necessárias para que sejam considerados autênticos no Estado de onde provenham; b) se a sentença, o laudo e a decisão jurisdicional, e os documentos anexos forem necessários de acordo com esta Convenção, estiverem devidamente traduzidos para o idioma oficial do Estado onde devam surtir efeito; c) se forem apresentados devidamente legalizados de acordo com a lei do Estado onde devam surtir efeito; d) se o juiz ou tribunal que proferir a sentença tiver competência na esfera internacional para conhecer do assunto e julgá-lo de acordo com a lei do Estado onde devam surtir efeitos; e) se o demandado tiver sido notificado ou citado na devida forma legal de maneira substancialmente equivalente àquela admitida pela lei do Estado onde a sentença, laudo e decisão jurisdicional devam surtir efeito; f) caso tenha sido assegurada a defesa das partes; g) se tiverem o caráter de executáveis ou, conforme o caso, se tiverem passado em julgado no Estado em que houverem sido proferidas; h) se não contrariarem manifestamente os princípios e as leis de ordem pública no Estado em que se pedir o reconhecimento e o cumprimento.”

1 menciona as hipóteses em que considerar-se-á satisfeito o requisito da competência na esfera internacional para fins de eficácia extraterritorial das sentenças estrangeiras.³¹²

No que se refere a ações pessoais de natureza patrimonial, em se tratando de um foro renunciável, é necessário que o demandado tenha aceito, por escrito, a competência do órgão jurisdicional que proferiu a sentença; ou que tenha comparecido em juízo e não tenha questionado oportunamente a competência do referido órgão (Art. 1, A, 4). A respeito de ações decorrentes de contratos mercantis celebrados na esfera internacional, basta que as partes tenham acordado, por escrito, submeter-se à jurisdição do Estado-Parte em que foi proferida a sentença, caso essa competência não tenha sido estabelecida de forma abusiva e tenha razoável conexão com o objeto da controvérsia. (Art. 1, D).

Assim, de forma indireta, é regulada a possibilidade de reconhecimento da eleição de foro pelas partes. A Convenção, assinada em 24/05/1984, somente entrou em vigor em 24/12/2004, tendo sido ratificada apenas pelo México e Uruguai. Ou seja, a sua aplicação nas Américas é restrita.

Finalmente, deve ser feita alusão à Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais de 1994³¹³, que cuida somente da possibilidade de escolha da lei pelas partes, e não da eleição de foro. Em seu Art. 7, menciona que a eleição de determinado foro pelas partes não implica necessariamente a escolha do direito aplicável.³¹⁴ Assim, embora mencionada a possibilidade de escolha do foro pelas partes, a Convenção não trata da obrigatoriedade de reconhecimento da escolha pelos tribunais.

³¹² “Artigo 1. Para atribuição de eficácia extraterritorial às sentenças estrangeiras, considerar-se-á satisfeito o requisito da competência na esfera internacional quando o órgão jurisdicional de um Estado-Parte, que houver proferido a sentença, tiver tido competência de acordo com as seguintes disposições: A. Em matéria de ações pessoais de natureza patrimonial deve ocorrer uma das seguintes hipóteses, ou o previsto no item D deste artigo se for aplicável: 1. que o demandado, no momento de ser proposta a demanda, tenha seu domicílio ou residência habitual no território do Estado-Parte onde foi proferida a sentença, tratando-se de pessoas físicas; ou que tenha seu estabelecimento principal no referido território, no caso de pessoas jurídicas; 2. no caso de ações contra sociedades civis ou mercantis de caráter privado, que estas, no momento de ser proposta a demanda, tenham seu estabelecimento principal no Estado-Parte onde foi proferida a sentença ou que tenham sido constituídas no referido Estado-Parte; 3. no que diz respeito a ações contra sucursais, agências ou filiais de sociedades civis ou mercantis de caráter privado, que as atividades que originaram as respectivas demandas tenham sido realizadas no Estado-Parte onde foi proferida a sentença; ou 4. em matéria de foros renunciáveis, que o demandado tenha aceitado, por escrito, a competência do órgão jurisdicional que proferiu a sentença; ou que, embora tenha comparecido em juízo, não tenha questionado oportunamente a competência do referido órgão. B. No caso de ações reais sobre bens móveis corpóreos, deve ocorrer uma das seguintes hipóteses: 1. que, no momento de ser proposta a demanda, os bens se tenham encontrado no território do Estado-Parte onde foi proferida a sentença, ou 2. que ocorra qualquer das hipóteses previstas no item A deste artigo. C. No caso de ações reais sobre bens imóveis, que estes se tenham encontrado, no momento de ser proposta a demanda, no território do Estado-Parte onde foi proferida a sentença. D. A respeito de ações decorrentes de contratos mercantis celebrados na esfera internacional, que as Partes tenham acordado, por escrito, submeter-se à jurisdição do Estado-Parte em que foi proferida a sentença, desde que essa competência não tenha sido estabelecida de forma abusiva e tenha tido razoável conexão com o objeto da controvérsia.”

³¹³ A Convenção foi assinada em 17/03/1994 e somente entrou em vigor em 15/12/1996. Está em vigor apenas no México e Venezuela.

³¹⁴ “Art. 7. O contrato rege-se pelo direito escolhido pelas partes. O acordo das partes sobre esta escolha deve ser expresso ou, em caso de inexistência de acordo expresso, depreender-se de forma evidente da conduta das partes e das cláusulas contratuais, consideradas em seu conjunto. Essa escolha poderá referir-se à totalidade do contrato ou a uma parte do mesmo. A eleição de determinado foro pelas partes não implica necessariamente a escolha do direito aplicável.”

Ao analisar o método legislativo utilizado nas CIDIPs, o professor argentino Gualberto Lucas Sosa aponta que o atual sistema interamericano exterioriza uma tendência à uniformização do direito internacional privado, na medida em que prevalecem normas de direito material.³¹⁵ São normas diretas, que resolvem imediatamente o caso concreto. É evidente a diferença com relação ao regime tradicional da harmonia que, em princípio, apenas se limita a determinar qual a lei aplicável a relações jurídicas com elementos pertencentes a soberanias legislativas distintas. A tentativa de criação de um direito uniforme interamericano é uma importante característica das CIDIPs e que deve ser considerada quando da análise de seus textos.

2.3.3 Mercosul e o Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria

Contratual

Em 26/03/1991, Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai assinaram o Tratado de Assunção com o objetivo de criar o Mercado Comum do Sul (Mercosul).³¹⁶ O Tratado, que entrou em vigor em 29/11/1991³¹⁷, tinha como objetivos principais assegurar a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os Estados-Partes, o estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial comum, a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados-Partes e a harmonização de suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração.³¹⁸

Com relação a esse último objetivo, destaca-se que a jurisdição internacional foi objeto de regulamentação no âmbito do bloco em diversas ocasiões, por meio de protocolos ao Tratado de Assunção. Primeiramente, no Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa – Las Leñas, 1992³¹⁹ foi abordada a jurisdição internacional indireta. O Capítulo V do referido Protocolo versa

³¹⁵ SOSA, Gualberto Lucas. *El Derecho Internacional Privado Interamericano y el Derecho de Integración (CIDIP V, México, 1994)*. Editorial Tercer Milenio, 1994. pp. 19 e ss.

³¹⁶ Para estudo acerca da ordem jurídica do Mercosul v. PEREIRA, Ana Cristina Paulo. *Direito Institucional e Material do Mercosul*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005 e site oficial www.mercosul.org.uy.

³¹⁷ No Brasil, foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 197, de 25/09/1991, e promulgado pelo Decreto Executivo nº 350, de 21/11/1991.

³¹⁸ Art. 1º do Tratado de Assunção.

³¹⁹ Em vigor desde 17/03/1996, o Protocolo de Las Leñas foi ratificado por Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. Aprovado no país pelo Decreto Legislativo nº 55, de 19/04/1995, e promulgado pelo Decreto Executivo nº 2.067, de 12/11/1996. Vale observar que o Decreto nº 6.891, de 02/07/2009, promulgou o Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados-Partes do Mercosul, a Bolívia e o Chile. Este Acordo apresenta algumas diferenças com relação ao Protocolo de Las Leñas, sobretudo no que se refere à forma de tramitação dos pedidos. Nas relações entre os Estados-Partes do Acordo, o Protocolo de Las Leñas não mais se aplica.

sobre o reconhecimento e execução de sentenças e laudos arbitrais e cuida, no Art. 20, das condições que devem ser observadas para que as sentenças e os laudos arbitrais tenham eficácia extraterritorial nos Estados-Partes.

O instrumento mais relevante sobre o assunto é o Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, assinado em 05/08/1994 na capital argentina pelos quatro Estados-Partes do Mercosul, estando atualmente em vigor em todos esses Estados.³²⁰

O Art. 1º do Protocolo dispõe sobre o seu âmbito de aplicação. A regra ali prevista é que o Protocolo será aplicado à jurisdição contenciosa³²¹ internacional relativa aos contratos internacionais de natureza civil ou comercial celebrados entre particulares, sejam pessoas físicas ou jurídicas (i) que tenham domicílio ou sede social em diferentes Estados-Partes do Mercosul; (ii) quando pelo menos uma das partes do contrato tenha seu domicílio ou sede social em um Estado-Parte do Mercosul e, além disso, tenha sido feito um acordo de eleição de foro em favor de um juiz de um Estado-Parte e exista uma conexão razoável segundo as normas de jurisdição deste Protocolo.

Verifica-se, portanto, que o Protocolo de Buenos Aires recepcionou a autonomia da vontade na escolha do foro, o que consiste em um significativo avanço em âmbito regional. No entanto, a possibilidade de escolha da jurisdição pelas partes é sujeita à verificação de quatro condições para que as regras do Protocolo sejam aplicáveis à situação concreta.

A primeira condição é que o litígio verse sobre um contrato internacional celebrado entre particulares. Embora não conste do Protocolo de Buenos Aires a definição dos elementos que caracterizam a internacionalidade de um contrato, não há dúvidas de que situações jurídicas puramente internas estão excluídas do seu âmbito de aplicação. Assim, um conflito surgido a partir de um contrato celebrado por dois brasileiros, com execução e pagamento no país e sem qualquer vínculo com outra jurisdição, não será submetido às regras do Protocolo, ainda que haja cláusula contratual elegendo o foro de Montevideu. Ou seja, um contrato que não contenha qualquer elemento de estraneidade que o vincule potencialmente a mais de um sistema jurídico foi descartado do âmbito de aplicação do Protocolo de Buenos Aires.

³²⁰ No Brasil, foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 129, de 05/10/1995, e promulgado pelo Decreto Executivo nº 2095, de 17/12/1996.

³²¹ Conforme ressaltado pelo ex-Ministro do STJ Ruy Rosado: “A jurisdição contenciosa a que se refere o PBA se distingue da assim chamada jurisdição voluntária, que não é jurisdição, mas a ‘administração pública de interesses privados’ (...), de natureza meramente administrativa; em que não há conflito (pretensão resistida ou insatisfeita), mas uma relação jurídica que exige uma providência do Estado; não há partes, porém interessados; não há processo, mas procedimento; e não produz coisa julgada material.” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. “Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional”. *Revista de Direito Renovar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. nº 16. p. 2).

De acordo com o Art. 2º do Protocolo, alguns contratos, ainda que tenham caráter internacional, estão excluídos do seu âmbito de aplicação. É o caso, por exemplo, de contratos de trabalho, de venda ao consumidor, de transporte, de seguros, de direitos reais etc.

Além de ser caracterizado como internacional, o contrato deverá ter sido celebrado por particulares, quer sejam pessoas físicas ou jurídicas. São excluídos do âmbito de aplicação do Protocolo os contratos celebrados pelos Estados e por entidades ou órgãos públicos de forma geral.³²²

A segunda condição a ser observada é que ao menos uma das partes do contrato tenha seu domicílio ou sede social em um Estado-Parte do Mercosul. Se não há acordo sobre a jurisdição, a exigência é mais ampla. Neste caso, conforme disposto na primeira parte do Art. 1º, ambos os contratantes devem ter seu domicílio ou sede, conforme o caso, em Estados-Partes.

A terceira condição é que o tribunal escolhido pelos contratantes integre um Estado-Membro do Mercosul. Esse requisito é absolutamente necessário, pois não se poderia exigir que um tribunal integrante de um Estado não parte do bloco econômico e não signatário do Protocolo de Buenos Aires aplicasse o instrumento regional.

Finalmente, a quarta e última condição menciona que deve haver uma conexão razoável com o foro eleito segundo as normas de jurisdição do Protocolo, consistindo essa uma exigência de difícil compreensão por diversas razões, conforme será demonstrado.

O Art. 4º, ao enunciar os requisitos de validade da eleição de jurisdição, menciona que o acordo sobre a escolha do foro deve ser feito sob a forma escrita e não pode ter sido obtido de forma abusiva. O mesmo artigo admite a eleição de tribunais arbitrais.³²³ Não há qualquer menção no Art. 4º com relação à necessidade de conexão razoável do foro eleito com o contrato ou com as partes, o que evidencia que este não é um requisito para a validade do acordo. Logo, é no mínimo curioso que o Protocolo reconheça a validade de um acordo com base no Art. 4º, mas que o exclua do âmbito de sua aplicação no Art. 1º.

Os elementos que podem indicar a conexão razoável da jurisdição eleita podem ser identificados considerando-se como suporte a lista dos juízos que têm jurisdição, à escolha do autor, na hipótese de ausência de acordo (*jurisdição subsidiária*).

³²² Os Arts. 41 e 42 do Código Civil elencam as pessoas jurídicas de direito público interno (União, Estados, Distrito Federal, Territórios, Municípios, autarquias e demais entidades de caráter público criadas por lei) e de direito público externo (Estados estrangeiros e todas as pessoas que forem regidas pelo direito internacional público).

³²³ “Art. 4: 1. Nos conflitos que decorram dos contratos internacionais em matéria civil ou comercial serão competentes os tribunais do Estado-Parte em cuja jurisdição os contratantes tenham acordado submeter-se por escrito, sempre que tal ajuste não tenha sido obtido de forma abusiva. 2. Pode-se acordar, igualmente, a eleição de tribunais arbitrais.”

Assim, com base no Art. 7º³²⁴, infere-se que os tribunais que têm conexão razoável com a causa e podem ser objeto de escolha contratual são: (i) o juízo do lugar do cumprimento do contrato³²⁵ (Art. 7º, ‘a’), (ii) o juízo do domicílio de qualquer das partes (Art. 7º, ‘b’³²⁶), e (iii) lugar da sede social da pessoa jurídica³²⁷ (Art. 7º, ‘c’). Ademais, o Art. 10 prevê que são competentes para conhecer dos litígios sobre questões societárias que surjam entre os sócios os juízes da sede principal da administração. E segundo o Art. 11 é possível que as pessoas jurídicas com sede em um Estado-Parte que celebrem contratos em outro Estado-Parte sejam demandadas perante os juízes deste último. Estes foros, se escolhidos pelas partes, teriam conexão com a causa.

Em estudo sobre o tema, María Blanca Noodt Taquela conclui que não há qualquer outro fator de conexão razoável no âmbito do Protocolo de Buenos Aires além daqueles referidos nos Arts. 7-12, os quais versam sobre a jurisdição subsidiária. Sendo essas regras as únicas que revelam os elementos que caracterizam a conexão da jurisdição, as partes não têm possibilidade de escolha de qualquer outro foro.³²⁸ Por conseguinte, a liberdade dos contratantes não é tão ampla como poderia parecer à primeira vista.

Nessa lógica, caso as partes tenham escolhido algum juízo que não apresente com a causa uma das hipóteses de conexão mencionadas acima, eventual litígio decorrente desse contrato estaria afastado do âmbito de aplicação do Protocolo de Buenos Aires. Não se afirma que a avença sobre o foro neste caso seria inválida ou ineficaz, devendo essa apreciação ser feita de acordo com a lei nacional do foro acionado.

María Blanca Noodt Taquela critica duramente essa condição prevista no Art. 1º para a aplicação do Protocolo, pois defende que os países do Mercosul deveriam responder de forma uniforme às situações em que uma das partes é domiciliada no bloco econômico e a outra é domiciliada em qualquer outro país do mundo, tal como ocorre na União Europeia,

³²⁴ “Art. 7: Na ausência de acordo, têm jurisdição à escolha do autor: a) o juízo do lugar de cumprimento do contrato; b) o juízo do domicílio do demandado; c) o juízo de seu domicílio ou sede social, quando demonstrar que cumpriu sua prestação.”

³²⁵ Se o contrato tiver de ser cumprido em mais de um local será caracterizada a conexão razoável se for eleita a jurisdição do local de cumprimento de qualquer das obrigações, pois não é possível antever no momento da celebração do contrato qual será o local em que a obrigação deixará de ser adimplida, ensejando discórdia entre as partes. Vale observar que o Art. 8º esclarece o que se entende por “lugar do cumprimento do contrato”, que varia de acordo com o tipo de contrato.

³²⁶ O Art. 7º, ‘b’ menciona que na ausência de acordo, o autor pode acionar o demandado no juízo do domicílio deste último. No entanto, em havendo eleição de foro, as partes não têm como saber de antemão qual delas será autor e quem será réu em uma futura desavença contratual. Consequentemente é razoável se afirmar que o juízo do domicílio de qualquer das partes é suficiente para caracterizar a conexão com a causa. O Art. 9 menciona o que se entende por “domicílio do demandado”.

³²⁷ Conforme disposto no Art. 9, 2, se a pessoa jurídica tiver sucursais, estabelecimentos, agências ou qualquer outra espécie de representação, será considerada domiciliada no lugar onde funcionem, sujeitas à jurisdição das autoridades locais, no concernente às operações que ali pratiquem. Esse fato não obsta o direito do autor de interpor ação junto ao tribunal da sede principal da administração.

³²⁸ TAQUELA, María Blanca Noodt. “Los Acuerdos de Eleccion de Foro em El Protocolo de Buenos Aires de 1994”. In: VIGNALI, Heber Arbuet; Copello, Belter Garre; PIPERNO, Jaime *et al* (Orgs). *Mercosur: Balance y Perspectivas*. Fundacion de Cultura Universitaria, 1996. pp. 139-140.

sem qualquer sujeição de conexão com o foro eleito.³²⁹ A autora expõe que o simples fato de uma das partes ser domiciliada em um Estado-Parte do Tratado de Assunção configura, por si só, conexão apropriada entre o processo e Protocolo de Buenos Aires.³³⁰

Vale mencionar que, em artigo coletivo publicado recentemente sobre o tema, Taquela parece ter suavizado o seu posicionamento ao afirmar que a exigência de conexão razoável não tem muita importância prática. Alega que a experiência demonstra que na grande maioria dos casos a jurisdição pactuada coincide com alguns dos pressupostos da jurisdição subsidiária.³³¹

Com relação ao momento da eleição de jurisdição, o Protocolo de Buenos Aires prevê no Art. 5º 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. Deste modo, é assegurado aos contratantes ampla oportunidade para realizarem a avença.

Em qualquer hipótese, o acordo deve ser formalizado por escrito, de modo que fique inequívoco o consentimento das partes e a livre manifestação de vontade, a evidenciar que o ajuste não foi obtido de forma abusiva.³³²

No caso de haver desequilíbrio entre os contratantes e a jurisdição eleita corresponder à conveniência de apenas uma das partes, a nulidade da instauração do processo é relativa, devendo ser arguida na jurisdição escolhida na forma da lei processual aplicável. Já a não observância de regra relativa à competência exclusiva importará na impossibilidade de execução da decisão no Estado em que vigore a regra violada.

O parágrafo segundo do Art. 5º dispõe que a validade e os efeitos da eleição de foro serão regidos pelo direito dos Estados-Partes que teriam jurisdição em conformidade com o estabelecido no Protocolo. Diante de um caso concreto, se mais de um Estado tiver jurisdição para reger o acordo, o parágrafo terceiro explicita que será aplicado o direito mais favorável à validade do acordo, prevalecendo a regra *favor negotii*.

Vale menção ainda ao Art. 6, segundo o qual eleita ou não a jurisdição, considerar-se-á esta prorrogada em favor do Estado-Parte onde seja proposta a ação quando o demandado, depois de interposta esta, a admita voluntariamente, de forma positiva e não ficta. Trata-se da

³²⁹ Ver comentários ao Regulamento 44/2001 no item 2 acima.

³³⁰ TAQUELA, María Blanca Noodt, op. cit. nota 328, pp. 141-143.

³³¹ KLOR, Adriana Dreyzin de; MARTINOLI, Amalia Uiondo de; TAQUELA, María Blanca Noodt. "Dimensiones convencional e institucional de los sistemas de jurisdicción de los Estados mercosureños". In: ARROYO, Diego P. Fernández (coord.). *Derecho Internacional Privado de Los Estados del Mercosur*. Buenos Aires: Zavalia Editor, 2003. pp. 187-189.

³³² Quanto à condição da não abusividade, Leonardo Greco adverte que embora tenha por objetivo proteger a parte mais fraca na contratação internacional e resguardar a competência exclusiva estabelecida pela legislação de cada país, a fórmula é fraca e imprecisa. (GRECO, Leonardo. "A jurisdição internacional em matéria contratual". *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 1999. n° 17. pp. 143-162).

hipótese de submissão voluntária do demandado, que somente pode ser verificada após o ajuizamento da ação (*prorroga post-litem*). O Protocolo exige que o demandado aceite a jurisdição de forma positiva. Afasta, assim, a possível manifestação de vontade hipotética, que acontece quando o réu é revel. Ainda que tenha havido eleição de foro, prevalece a jurisdição a que o réu se submeteu voluntariamente.³³³

No âmbito da jurisdição brasileira, não se pode dar notícia de qualquer caso em que a questão acerca da possibilidade de eleição do foro tenha sido decidida pelos tribunais superiores nacionais com base no Protocolo de Buenos Aires.³³⁴

No que se refere à jurisdição internacional, deve-se mencionar o Protocolo de São Luiz sobre Matéria de Responsabilidade Civil Emergente de Acidentes de Trânsito entre os Estados-Partes do Mercosul – São Luiz, 1996.³³⁵ Seu Art. 7º prevê que para exercer as ações compreendidas no Protocolo serão competentes, à eleição do autor, os tribunais do Estado-Parte onde ocorreu o acidente, do domicílio do demandado e do domicílio do demandante.

Ademais, abordam a matéria de jurisdição internacional o Anexo II (Solução de Controvérsias) ao Acordo sobre Transporte Multimodal Internacional entre os Estados-Partes do Mercosul, assinado em 17/12/1994³³⁶; o Protocolo de Santa Maria sobre Jurisdição Internacional em Matéria de Relações de Consumo, assinado em Fortaleza em 16/12/1996³³⁷; e o Acordo sobre Jurisdição em Matéria de Contrato de Transporte Internacional de Carga entre os Estados-Partes do Mercosul, assinado em Buenos Aires em 05/07/2002.³³⁸ Como não versam especificamente sobre a escolha do foro pelas partes contratantes, esses instrumentos não são objeto de análise.

³³³ O Protocolo de Buenos Aires possui algumas disposições que não foram abordadas neste trabalho, como a relativa a reconvenção e jurisdição indireta. Para um estudo artigo por artigo v. FAZIO, Silvia. *Os contratos internacionais na União Européia e no Mercosul*. São Paulo: LTr, 1998; e CORRÊA, Antonio. *Mercosul: Soluções de Conflitos pelos Juízes Brasileiros*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

³³⁴ Renata Alvares Gaspar afirma que o Protocolo de Buenos Aires promove uma “revolução silenciosa” no Brasil sobre a matéria. Ao permitir que passem a integrar o sistema jurídico pátrio normas capazes de assegurar o reconhecimento da eleição de foro entre os Estados-Partes do Mercosul, ainda que com algumas limitações, o país passa a adotar uma postura condizente com o moderno direito internacional. (GASPAR, Renata Alvares. “Reflexiones acerca del Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción contractual: un Culzoni Editores, Santa Fe, 2009-1. pp. 151-183).

³³⁵ Assinado em 25/06/1996, o Protocolo foi ratificado por Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. No país, foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 259, de 15/12/2000, e promulgado pelo Decreto Executivo nº 3.856, de 03/07/01.

³³⁶ O Anexo II permanecerá válido até que entre em vigor o Protocolo sobre Jurisdição em Matéria de Transporte.

³³⁷ Ainda não ratificado por nenhum Estado-Parte.

³³⁸ O tratado ainda não está em vigor. No Brasil, foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 208, de 20/05/2004. A análise desses instrumentos foi feita por BERGMAN, Eduardo Tellechea. “Panorama de las soluciones concluidas en el ámbito del Mercosur en materia de jurisdicción internacional”. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAUJO, Nadia de. (orgs.). *O novo direito internacional – Estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. pp. 617-644.

3 ELEIÇÃO DE FORO E O DIREITO BRASILEIRO

3.1 A jurisdição dos tribunais brasileiros

A jurisdição, ao lado da legislação e administração, consubstanciam as três funções fundamentais do Estado, reflexo de sua soberania. Cuidaremos neste item tão somente da jurisdição, definida por José Frederico Marques como sendo a “função de julgar a lide ou pretensão, dando a cada um o que é seu.”³³⁹

A atividade jurisdicional, diferentemente do que ocorre com as duas outras funções estatais, é inicialmente inerte, na medida em que não há jurisdição sem ação (*ne procedat judex ex officio*).

A maior finalidade do exercício da jurisdição consiste na composição dos conflitos. Para atingir esse objetivo, o Estado se utiliza da ordem legal, verdadeiro instrumento para fins de manutenção da ordem social, e impõe os direitos subjetivos aos seus súditos. Como bem esclarece Sergio André Laclau Marques, a determinação do direito aplicável à situação concreta constitui-se num meio de se alcançar a pacificação social, sendo este o principal objetivo da atividade jurisdicional - restaurar a estabilidade.³⁴⁰

Tendo em vista que a jurisdição é um reflexo do poder soberano do Estado, em tese é ilimitada.³⁴¹ Todavia, o reconhecimento da existência de outros Estados soberanos, igualmente dotados de jurisdição ilimitada, implica uma necessária fixação pelo próprio Estado das causas que sejam de seu interesse e conveniência julgar.³⁴²

³³⁹ MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. Campinas: Millenium, 2000. §27, n. 119. p. 257.

³⁴⁰ Como afirma com clareza Sergio André Laclau Marques: “O exercício da jurisdição exige algo que se traduz pelo poder de torná-la *praticamente efetiva*, de fazer atuar no plano dos fatos o conteúdo da norma legal prescrita para uma dada situação concreta: o *ius dicere*. A determinação do direito aplicável à situação concreta, constitui-se num meio de se alcançar a *pacificação social*. Este seria então o objetivo principal da atividade jurisdicional, restaurar a estabilidade, e, por assim dizer, o bem-estar social por meio da eliminação de conflitos, mediante a aplicação da solução justa dada pelo Estado.” (MARQUES, Sergio André Laclau Sarmiento. *A jurisdição internacional dos tribunais brasileiros*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 16).

³⁴¹ Carnelutti, ao analisar os possíveis limites da atuação do juiz italiano em um caso concreto, afirmou que não há limites lógicos à jurisdição. Nada impede, em tese, que um juiz italiano decida qualquer lide, independentemente da nacionalidade ou domicílio das partes envolvidas, do local em que se encontrem os bens que constituem objeto do litúgio ou do local em que tenham ocorrido os fatos em que se baseia a ação. (CARNELUTTI, Francesco. *Rivista di Diritto Processuale Civile*. Vol. VIII, parte II, 1931. pp. 218-220 *apud* PORTUGAL, Sílvio. “Competência internacional da justiça brasileira”. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 1943. vol. 93. p. 274).

³⁴² Conforme precisa síntese de Frederico Marques: “Não interessa ao Estado, porém, estender tão ilimitadamente o alcance espacial de sua jurisdição. Além de sobrecarregar inutilmente seus órgãos judicantes, ainda se arriscaria a entrar em conflito com as jurisdições de outros Estados, sem a possibilidade de tornar efetivas as decisões de seus magistrados.” (FREDERICO MARQUES, José. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. Campinas: Millenium, 2000. §33, n. 142. p. 294).

São diversos os fatores que limitam o exercício da atividade jurisdicional. Dentre outros, destaca-se a restrição territorial da jurisdição³⁴³ e o princípio da imunidade jurisdicional dos Estados, de acordo com o qual nenhum Estado pode ser submetido à jurisdição de outro Estado por atos praticados no exercício do seu *jus imperii*.³⁴⁴

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover lecionam que os limites internacionais de jurisdição são ditados pelas normas internas desse mesmo Estado.³⁴⁵ O legislador considera principalmente duas ponderações: (i) a conveniência (interessa ao Estado apenas a pacificação dos conflitos no seio de sua própria conveniência social); e (ii) a viabilidade (são excluídos os casos em que não será possível a imposição do cumprimento da sentença). Dentre os motivos que levam à observância dessas regras, destacam a existência de outros Estados soberanos, o respeito às convenções internacionais e razões de interesse do próprio Estado.

Ademais, os referidos autores assinalam que os princípios da efetividade e da submissão são fatores que condicionam a competência internacional de cada Estado. A nosso ver, essa última assertiva deve ser lida com cautela, pois na realidade a competência internacional é definida por lei, e o juiz não possui discricionariedade para sujeitar as hipóteses de competência internacional a um juízo de valor por ele adotado caso a caso.³⁴⁶

Tanto o princípio da efetividade quanto o da submissão foram apontados por Amilcar de Castro como sendo os pilares do exercício da atividade jurisdicional.³⁴⁷ O princípio da efetividade, em sua visão, significa que o juiz é incompetente para proferir sentença que não tenha possibilidade de executar. Isto é, em regra, não havendo texto de lei, o tribunal deve se julgar incompetente quando as coisas ou o réu estejam fora do alcance de sua jurisdição.³⁴⁸

Botelho de Mesquita é mais específico ao descrever o princípio da efetividade, e elenca três espécies de causas que são excluídas da competência internacional do Estado

³⁴³ Cfr. DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Vol. I. 10ª ed. Salvador: Editora Jus PODIVM, 2008. pp. 83-84.

³⁴⁴ O princípio da imunidade de jurisdição informa que um juiz não pode julgar ações movidas contra Estados estrangeiros, em vista não apenas da igualdade entre os Estados, como também em reconhecimento à soberania dos Estados. Sobre o tema da imunidade de jurisdição, v. MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. *A renúncia à imunidade de jurisdição pelo Estado brasileiro e o novo direito da imunidade de jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar: 2003; e GRUENBAUM, Daniel. “A imunidade de jurisdição do Estado alemão em matéria civil para ações decorrentes de atos praticados durante a Segunda Guerra Mundial”. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. nº 10. pp. 387-396. Sobre os fatores de limitação da jurisdição internacional dos Estados, v. MARQUES, Sergio André Laclau Sarmento. *A jurisdição internacional dos tribunais brasileiros*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. pp. 31-108.

³⁴⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 26ª ed. Malheiros: São Paulo, 2010. item 75, pp. 167-168.

³⁴⁶ Nos países que adotam o sistema *common law*, os juizes podem utilizar a doutrina do *forum non conveniens* como meio para declinar do exercício da atividade jurisdicional, com base nos fatores previstos pelo próprio ordenamento jurídico, conforme já analisado no item 1.3.4. do Capítulo 1.

³⁴⁷ Sobre o princípio da submissão, v. Capítulo 3, item 3.1.2 acima.

³⁴⁸ CASTRO, Amilcar de. *Direito internacional privado*. 6ª ed. atual. com notas de rodapé por Carolina Cardoso Guimarães Lisboa. Rio de Janeiro: Forense, 2005, § 293. pp. 459-460.

brasileiro por força do princípio em referência, a saber: (i) as que demandem aplicação de Direito estrangeiro e não sejam suscetíveis de execução no território nacional; (ii) as que demandem aplicação do Direito nacional mas a sentença dada não seja suscetível de homologação no país onde deva ser executada; e (iii) as execuções sobre bens situados fora do território nacional ou referentes a obrigações de cujo título não conste o Brasil como lugar do cumprimento da obrigação.³⁴⁹

Por sua vez, Celso Agrícola Barbi afirma que o poder de tornar efetivo aquilo que foi decidido sofre limitações, pois existem outros países que não reconheceriam a sentença em seu território, e não permitiriam sua execução nele, o que tornaria inútil a decisão proferida.³⁵⁰

Verifica-se, portanto, que a definição do princípio da efetividade proposta pelos doutrinadores brasileiros é pouco precisa e demasiado rígida. Tomando-se por base o que foi dito por Amílcar de Castro, principal formulador do princípio, entendemos que a impossibilidade de o juiz executar a própria decisão não é suficiente para afastar necessariamente o exercício da atividade jurisdicional, pois em tese a decisão proferida no país poderá surtir efeitos no exterior.

Além da efetividade, há outros aspectos que devem ser analisados quando o Estado é acionado para decidir a causa, como, por exemplo, a garantia do acesso à justiça.³⁵¹ Se ficar demonstrado que a parte não possui condições econômicas para litigar no exterior, ou então que o processo no foro estrangeiro não irá assegurar garantias processuais fundamentais, entende-se que, ainda que a decisão não possa ser executada no Brasil, inexistente qualquer óbice para que seja aqui proferida. Pelo contrário, em observância ao princípio constitucional do acesso à justiça, deve ser assegurada a composição do litígio mediante a utilização dos meios necessários para tanto.

Nesse contexto, há que ser considerado que os Estados, através da cooperação jurídica internacional, possuem uma via específica para conferir eficácia às decisões proferidas no

³⁴⁹ MESQUITA, José Ignacio Botelho de. “Da competência internacional dos princípios que a informam”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. n° 50. pp. 59-60.

³⁵⁰ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10ª ed. Vol. I: Arts. 1º a 153. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 294.

³⁵¹ Além de instrumento para a realização dos demais direitos, o acesso à justiça é, *per se*, um direito subjetivo titularizado por todos, que lhes garante o acesso ao Judiciário. Embora sua eficácia envolva dificuldades básicas, a Constituição de 1988 se ocupou (i) de consagrar a assistência jurídica gratuita para os necessitados; (ii) de institucionalizar a Defensoria Pública; bem como (iii) de criar os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, os quais visam a reduzir custos e a imprimir maior celeridade à prestação jurisdicional. Nesse sentido, v. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 325: “Em um Estado de direito, como já se referiu, não basta a consagração normativa: é preciso existir uma autoridade que seja capaz de impor coativamente a obediência aos comandos jurídicos. Dizer que o acesso à Justiça é um dos componentes do núcleo da dignidade humana significa dizer que todas as pessoas devem ter acesso a tal autoridade: o Judiciário.”

exterior. Se, por hipótese, todo juiz fosse incompetente para proferir sentença que não pudesse executar, não haveria necessidade de reconhecer sentenças estrangeiras, já que as decisões seriam necessariamente executadas por eles mesmos.

Com efeito, acolhe-se a concepção de que o princípio da efetividade é relevante na medida em que exprime que a atividade jurisdicional deve ser exercida com uma finalidade específica, que consiste na efetiva composição do litígio. Todavia, há que se reconhecer que na prática judiciária é praticamente impossível definir de antemão que determinada sentença não é apta a produzir efeitos. A uma, porque o réu pode cumprir espontaneamente a decisão, independentemente do seu reconhecimento no exterior. Ademais, a sentença pode não produzir efeitos no país “A”, por exemplo, mas depois vir a ser reconhecida no “B”, sendo esse reconhecimento suficiente para a parte vencedora.

Para saber se o tribunal de um Estado possui ou não jurisdição para apreciar uma causa é necessário consultar a sua lei processual. Conforme esclarece Haroldo Valladão, a competência judiciária é regida pela *lex fori*, e no caso do Brasil há que se atentar ao que dispõe a lei brasileira.³⁵²

A jurisdição brasileira é regida pelos artigos 88, 89 e 90 do Código de Processo Civil. Tais dispositivos estão inseridos no Livro I, Título IV, Capítulo II do referido diploma legal, sob o título “Competência Internacional”. A terminologia utilizada pelo legislador para designar o Capítulo é imprópria, uma vez que os artigos em questão cuidam da jurisdição brasileira, e não da competência internacional.³⁵³

Os artigos 88 e 89 explicitam as hipóteses em que a Justiça nacional deve conhecer e julgar determinadas causas. Nesses casos, ainda que ações estejam potencialmente vinculadas objetiva ou subjetivamente a mais de um ordenamento jurídico, o legislador considerou que o Brasil possui interesse em decidir o litígio (dependendo da situação, de forma concorrente ou absoluta em relação a outras jurisdições).

³⁵² VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado - em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados americanos*. Vol. III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978. p. 131.

³⁵³ Na precisa síntese de Donaldo Armelin sobre a questão da impropriedade terminológica, cita-se: “aqueles dispositivos legais apenas deram maior amplitude ou fixaram a atuação do Poder Judiciário nacional naquela zona cinzenta das jurisdições potencialmente atuantes, sem pretender atribuir competência a determinados órgãos judicantes, considerada nesse plano a competência como aquele pressuposto subjetivo-objetivo da validade do processo, como uma posição do órgão judicante frente à causa que se lhe apresenta (...) as redações sugeridas vestem a concepção de que de jurisdição se trata na espécie e não de competência. Entretanto, forçoso é reconhecer que a expressão ‘competência internacional’ é corrente e tradicional e vem sendo normalmente aceita, o que lhe dá foros de validade no plano legal e doutrinário.” (ARMELIN, Donaldo. “Competência internacional”. *Revista de Processo*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1976. n° 2. pp. 134-135).

São hipóteses a serem observadas por todos os órgãos do judiciário, daí falar-se em jurisdição. Apenas quando o Estado reparte essa jurisdição, passa a se chamar o poder de julgar “repartido” competência.³⁵⁴

Constata-se, portanto, que a competência pressupõe jurisdição, mas com ela não se confunde, tendo um caráter mais restrito. Na definição de Donaldo Armelin, a competência consiste na “esfera de atribuições deferida por lei a um órgão do Judiciário, para o exercício de suas funções específicas relativamente a determinados objetos, ou seja, determinadas causas.”³⁵⁵

Destarte, embora seja comumente criticada a terminologia utilizada pelo legislador para designar o capítulo relativo às hipóteses de jurisdição dos tribunais nacionais, consagrou-se no Brasil referência à competência internacional.³⁵⁶ Neste trabalho, será adotada a terminologia corrente, que divide a competência internacional em concorrente e exclusiva.

Ao apreciar uma controvérsia, primeiramente o juiz deve recorrer às normas de direito internacional. Se a causa estiver ali enquadrada significará que o Brasil possui jurisdição para conhecer da ação. Em seguida, a autoridade judiciária deve analisar as regras do capítulo de competência interna para verificar se a lide deve ser processada no seu juízo.³⁵⁷ O primeiro problema refere-se à competência geral, e consiste em saber qual o Estado cuja Justiça é competente para resolver a controvérsia. Já o segundo problema, posterior, versa sobre a competência especial. Este consiste em saber qual dentre os juízes e tribunais de determinado país é competente para decidir o litígio.³⁵⁸

O fato de ser caracterizada a competência da Justiça nacional para apreciar determinada causa não importa necessariamente na aplicação da lei brasileira para reger o

³⁵⁴ Conforme esclarece Pontes de Miranda: “Chama-se *jurisdição* à competência judiciária distribuída a cada Estado pela ordem supra-estatal. É o poder de julgar, indiferente à repartição desse poder feita pelo Estado. Quando o Estado reparte essa jurisdição, essa *iudicis dandi licentia*, então se chama, ao poder de julgar ‘repartido’, *competência*.” (MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª. ed. Tomo II: Arts. 46 a 153. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 208).

³⁵⁵ ARMELIN, Donaldo. “Competência internacional”. *Revista de Processo*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1976. nº 2. p. 132.

³⁵⁶ Donaldo Armelin tece um paralelo entre a classificação da competência internacional em exclusiva e concorrente e a subdivisão da competência interna em absoluta e relativa, *in verbis*: “Esta subclassificação tem certa analogia com a subdivisão da competência interna em absoluta e relativa, examinada infra, porquanto a violação da regra do art. 89 em questão provocará, como se verá mais adiante, a impossibilidade da homologação da sentença estrangeira prolatada ao arrepio do ali disposto, o que incoorre com a infringência da norma do art. 88 disciplinador da competência concorrente. Por sua vez a chamada competência interna, se enfocada pelo prisma dos efeitos decorrentes de sua carência, divide-se em absoluta e relativa. Aquela, como é cediço, se inexistente, provoca a nulidade dos atos decisórios já realizados ou a rescindibilidade da decisão de mérito transitada em julgado; esta, com sua falta apenas outorga à parte a faculdade de arguir a exceção de incompetência do foro, faculdade essa que, se não exercitada tempestivamente, fará com que se opere a prorrogação da competência, tornando, assim, competente o órgão judicante que até então não o era. Isto significa que a competência absoluta é inderrogável e improrrogável, o que incoorre com a relativa.” (ARMELIN, Donaldo, op. cit. nota 355, p. 135).

³⁵⁷ V. BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10ª ed. Vol. I: Arts. 1º a 153. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 295.

³⁵⁸ BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito internacional privado*. 2. ed. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. pp. 354-358.

mérito da controvérsia.³⁵⁹ Por ser bastante comum a confusão entre a lei aplicável ao fundo e a lei utilizada para reger o processo, não é demais frisar que as hipóteses constantes dos Arts. 88 e 89 consubstanciam uma regra de direito processual. Assim, por exemplo, pode ocorrer que a autoridade brasileira seja competente por força do disposto no Art. 88, I (réu domiciliado no Brasil), devendo ser aplicada ao mérito direito material estrangeiro.

3.1.1 A legislação brasileira

A Introdução ao Código Civil de 1916 cuidou da matéria da jurisdição brasileira em seu Art. 15, que tinha a seguinte redação:

“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.”

Inferem-se desse dispositivo duas regras: na primeira parte, consta que a *lex fori* rege o processo (competência, forma do processo e meios de defesa)³⁶⁰; e na segunda é expressa a competência internacional dos tribunais brasileiros nas demandas contra pessoas domiciliadas ou residentes no Brasil, desde que a causa verse sobre obrigações contraídas ou responsabilidades assumidas neste ou noutro país.

Em razão do advérbio “sempre”, predominava o entendimento de que o legislador determinara a competência exclusiva da autoridade brasileira nas ações contra réu domiciliado ou residente no país, pouco importando a sua nacionalidade ou a sua submissão a autoridade judiciária estrangeira.³⁶¹

Posteriormente, entrou em vigor no Brasil o Código Bustamante (Decreto 18.871, de 13/08/1929), que em seu Art. 318 elegeu o critério da nacionalidade e domicílio de uma das

³⁵⁹ No mesmo sentido, FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. “A lei e o foro de eleição em tema de contratos internacionais”. In: RODAS, João Grandino (coord.). *Contratos internacionais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 67-68.

³⁶⁰ Embora a regra sobre a aplicação da *lex fori* ao processo não seja reproduzida em qualquer dispositivo atualmente em vigor, é inequívoco que esse preceito é mantido em nosso ordenamento. Acerca da territorialidade das normas processuais, vale transcrever trecho da obra de Serpa Lopes: “A primeira razão da territorialidade dessas normas assenta, precisamente, no princípio da administração da Justiça, como função do Estado. As normas de processo pertencem ao Direito Público; são, em grande maioria, normas cogentes. Considere-se, por outro lado, que as leis processuais dependem diretamente da organização judiciária, tornando-se, por isso, impraticáveis as de outras nações. Mesmo, motivo algum existiria capaz de justificar uma situação especial para o estrangeiro face ao nacional, se se lhe concedesse um sistema de garantias diverso do que fosse reconhecido ao segundo.” (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Comentário teórico e prático da Lei de Introdução ao Código Civil*. Vol. III. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho Editora, 1944. p. 199).

³⁶¹ V. LIEBMANN, Enrico Tullio. “Os limites da jurisdição brasileira”. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 1942. vol. 92. p. 648.

partes, associado à submissão ao tribunal, como elementos fixadores da jurisdição internacional.³⁶² Ressalvava, no entanto, o direito local em sentido contrário.

Em decorrência dessa ressalva, o critério da submissão foi considerado contrário ao Art. 15 da Introdução ao Código Civil e jamais foi aplicado pelo STF para fins de determinação da jurisdição brasileira.³⁶³

Em 1942, a antiga Introdução ao Código Civil foi substituída pelo Decreto-Lei nº 4.657, de 04/09/1942, que passou a regular a jurisdição brasileira de forma mais clara, a saber:

“Art. 12. É competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação.

§1º. Só à 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 ao objeto das diligências.”

Como ressalta Oscar Tenório, o Art. 12 formula uma regra unilateral de direito internacional privado, que não se propõe a estabelecer uma norma para solução de conflito de jurisdição, mas apenas fixa o critério a ser seguido pelo Judiciário brasileiro.³⁶⁴

A partir de então, foi feita uma distinção entre hipóteses de competência concorrente (*caput*) e competência exclusiva (§1º). Privilegiou-se apenas o critério do domicílio (e não mais o da residência) e foi incluída nova hipótese de competência concorrente, quando a obrigação tivesse de ser cumprida no Brasil.³⁶⁵

³⁶² “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 submetam 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 da sua situação.” Sobre o Código Bustamante, v. item 2.3.1 do Capítulo 2 supra.

³⁶³ MESQUITA, José Ignacio Botelho de. “Da competência internacional dos princípios que a informam”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. nº 50. pp. 65-66.

³⁶⁴ TENÓRIO, Oscar. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955. p. 379.

³⁶⁵ A LICC inegavelmente veio a melhorar o dispositivo legal anterior sobre a jurisdição internacional brasileira. Não obstante, a redação do Art. 12 foi objeto de severas críticas, dentre as quais destacamos aquelas formuladas por Balmaceda Cardoso, e citadas por Serpa Lopes: “(a) tomou por critério o domicílio, como elemento determinador da competência judiciária, silenciando os casos de ausência ou multiplicidade de domicílios, ou ainda a sua mudança no curso da ação; (b) ressentiu-se o art. 12 de um espírito de conciliação em face das jurisdições de outros Estados, tão necessárias ante a falta de regras uniformes, de vez que a sua generalidade e indeterminação produzem um aumento de colisões, bastando figurar na lide mais de um réu, com domicílios em lugares diferentes, ou mesmo de um réu sem domicílio algum, ou com multiplicidade de domicílios, ou que venha a mudar de domicílio no curso da ação; (c) o fato da obrigatoriedade da competência da justiça brasileira, em se tratando de obrigação exigível no Brasil, tolhe a movimentação da autonomia da vontade, pela determinação do foro do contrato, nos casos em que o interesse público não esteja em foco; (d) não pacificou nem resolveu a competência para os processos de inventário, em face do versátil sistema do código de processo civil (CARDOSO, Balmaceda. *O Direito Internacional Privado*. 1943, p. 159 *apud* SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Comentário teórico e prático da Lei de Introdução ao Código Civil*. Vol. III. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho Editora, 1944. p. 213).

Em 1973, o Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/73) derogou o Art. 12 da LICC, e as hipóteses de jurisdição brasileira passaram a constar de três artigos, com a seguinte redação:

“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 ato 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.
 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.
 Art. 90. 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.”

O Art. 88 especifica situações em que a competência dos tribunais brasileiros é concorrente, o que significa que essas causas podem ser julgadas por tribunais estrangeiros. Neste caso, eventual decisão proferida no exterior irá produzir efeitos no país se for homologada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito, considerando que inexistente um ordenamento jurídico supranacional com regras sobre jurisdição, não raro ocorre que autoridades integrantes de Estados diversos tenham jurisdição para apreciar alguma das causas enumeradas no Art. 88.³⁶⁶

Por sua vez, o Art. 89 elencou as hipóteses em que a atuação dos tribunais pátrios é exclusiva, de modo que eventual sentença proferida no estrangeiro não surtirá efeitos no Brasil.

O CPC manteve a sistemática da LICC, mediante a utilização de um critério de determinação direta da jurisdição brasileira, em que as hipóteses são classificadas como sendo de competência concorrente ou exclusiva. Com relação a LICC, é acrescida uma situação de competência concorrente (ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil) e uma de competência exclusiva (inventário e partilha de bens situados no Brasil).

Não há qualquer distinção no tratamento jurídico conferido a nacionais e estrangeiros, pois o critério da nacionalidade do réu não foi levado em conta para fins da determinação da competência internacional brasileira.³⁶⁷

³⁶⁶ Sobre essa abordagem, vale transcrever a lição de Osiris Rocha: “Na vida internacional, como cada jurisdição é independente, autônoma, como cada país elabora o seu próprio direito depois de se ter organizado autoctonamente, como cada país tem os seus próprios tribunais, sem nenhuma ligação de interdependência com os demais países, como não há nenhuma subordinação entre as várias ordens jurídicas – na vida internacional é impossível determinar-se a competência dos tribunais de qualquer país com relação àqueles dos outros países. Isto é, como não há o Superestado, nem o Supertribunal, não cabe falar de normas de competência internacional propriamente ditas. O que existe, sim, é o direito de cada país de recusar a sua competência, quando um determinado fato não tenha ligação com a jurisdição local ou quando, por exemplo, pelo domicílio das partes, ou pela situação dos bens, o tribunal verifique que não terá meios de executar sua decisão.” (ROCHA, Osiris. *Curso de Direito Internacional Privado*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. pp. 160-161).

Atualmente, vale mencionar que foi instalada uma comissão pelo Senado Federal, presidida pelo Ministro Luiz Fux, do STJ, para elaborar o anteprojeto de um novo Código de Processo Civil, e que a comunidade acadêmica ligada ao DIPr fez diversas sugestões a essa comissão sobre relevantes questões relacionadas à matéria. Dentre outras, destaca-se a criação de regra especial de competência internacional relativa à hipótese em que houver sido pactuada cláusula exclusiva de eleição de foro estrangeiro, situação em que o juiz brasileiro não será competente, salvo se a matéria for de competência exclusiva, na forma do Art. 89 do atual CPC.

3.1.2 A competência concorrente dos tribunais brasileiros

O Art. 88 cuida das hipóteses de competência concorrente dos tribunais brasileiros, em que se admite a atuação de jurisdição estrangeira sobre a mesma causa. Portanto, se for proferida sentença alhures, essa poderá ser homologada pelo Superior Tribunal de Justiça para que surta efeitos no Brasil.

As hipóteses de competência concorrente previstas no Art. 88 do CPC são verificadas quando: (i) o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil; (ii) no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação e (iii) a ação se originar de fato ocorrido ou ato praticado no Brasil. Basta a ocorrência de qualquer uma dessas circunstâncias para que a ação fique sujeita à jurisdição brasileira.

O inciso I privilegia o critério do domicílio do réu para a fixação da competência internacional, conforme conceituação prevista no Código Civil.³⁶⁷ Pouco importa o local da residência ou a nacionalidade do réu. No caso de multiplicidade de domicílio, subsiste a competência brasileira desde que um domicílio seja no Brasil.

O parágrafo único do Art. 88 acentua que se a pessoa jurídica estrangeira aqui tiver agência, filial ou sucursal será reputada domiciliada no Brasil para fins de fixação da jurisdição brasileira, sendo essa uma hipótese de domicílio legal ou ficto. Esse dispositivo refere-se apenas às demandas que sejam oriundas de atos próprios das agências, filiais ou

³⁶⁷ Sobre os critérios para fixação da competência internacional em outros países, veja-se TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. I. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1974. pp. 303-304.

³⁶⁸ Neste sentido, BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10ª ed. Vol. I: Arts. 1º a 153. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 296; e BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Problemas relativos a litígios internacionais”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. nº 65. p. 146.

sucursais da pessoa jurídica estrangeira localizadas no Brasil, pois são essas causas que interessam à ordem jurídica brasileira.³⁶⁹

O lugar do cumprimento da obrigação, critério previsto no inciso II, constará necessariamente do negócio jurídico, de forma expressa ou implícita, ou então será decorrente de previsão legal. Conforme esclarece Hélio Tornaghi, esse requisito não se refere a qualquer obrigação contratual que deva ser cumprida no Brasil, e sim alude à mesma obrigação cujo cumprimento é pedido.³⁷⁰ É irrelevante o local em que a obrigação foi contraída.

E, finalmente, o inciso III refere-se a algum fato ou ato praticado no Brasil que tenha repercussão no mundo jurídico, quer seja lícito ou ilícito.

Incidindo qualquer uma das situações descritas, os tribunais brasileiros têm jurisdição para conhecer da causa, em caráter não exclusivo. Ou seja, nesses casos se reconhece a possibilidade de outras Justiças decidirem a mesma causa.

A decisão porventura proferida no exterior em hipótese de competência concorrente terá de ser homologada pelo Superior Tribunal de Justiça para que surta efeitos no Brasil. É pacífico o entendimento da jurisprudência brasileira de que em casos de competência concorrente a sentença pode vir a ser homologada, desde que observados os requisitos legais para tanto.³⁷¹

3.1.3 A competência exclusiva dos tribunais brasileiros

O artigo 89 do Código de Processo Civil trata das hipóteses de competência exclusiva dos tribunais brasileiros. Neste dispositivo, são mencionadas duas situações em que não se admite a atuação paralela de outra jurisdição, a saber: (i) para conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil e (ii) para proceder a inventário e partilha de bens, situados no

³⁶⁹ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10ª ed. Vol. I: Arts. 1º a 153. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 296; e RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado – Teoria e prática*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 261.

³⁷⁰ Transcreve-se: “Para que a justiça brasileira seja competente, neste caso, é necessário que no Brasil esteja o *locus destinatae solutionis*, isto é, o local em que a obrigação *deve ser cumprida*. (...) Por outro lado, não basta que alguma obrigação contratual deva ser cumprida no Brasil; é preciso que aqui tenha de ser satisfeita a mesma obrigação cujo cumprimento é pedido. A obrigação de ressarcir que resulta do descumprimento de *outra* obrigação, a qual tenha de ser realizada no Brasil, determina a competência da justiça brasileira, mas não em virtude deste dispositivo e sim do inciso III.” (TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. I. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1974. p. 306).

³⁷¹ Confira-se, no STF, Sentença Estrangeira Contestada nº 6.697, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 23/06/2004; Sentença Estrangeira Contestada nº 7.178, Rel. Min. Carlos Britto, j. 09/06/2004; Sentença Estrangeira Contestada nº 5.802, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 29/03/2001. E no STJ: Sentença Estrangeira Contestada nº 646/US, Rel. Min. Luiz Fux, j. 05/11/2008.

Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional.

Eventual sentença proferida alhures em hipótese de competência exclusiva jamais surtirá qualquer efeito no Brasil, pois não será homologada pelo Superior Tribunal de Justiça.³⁷² Ademais, não será conferido o *exequatur* a carta rogatória caso o pedido seja relacionado à ação que verse sobre matéria de competência absoluta da autoridade judiciária brasileira.³⁷³

Ainda que, porventura, o ordenamento jurídico estrangeiro contenha disposição colidente com a do Art. 89, conferindo competência aos seus juízes, prevalecerá o direito nacional.

Com relação à primeira hipótese de competência exclusiva – *ações relativas a imóveis no Brasil* – a doutrina diverge quanto à aplicação do dispositivo exclusivamente a ações fundadas em direito real. De um lado, e com melhor razão, Barbosa Moreira³⁷⁴, Hélio Tornaghi³⁷⁵, Nadia de Araujo³⁷⁶ e Daniel Gruenbaum³⁷⁷ argumentam que o dispositivo diz respeito tão somente a ações que tenham como fundamento um direito real, não abarcando as ações fundadas em direito pessoal, mesmo que sejam relativas a imóveis. Em sentido contrário, Celso Agrícola Barbi³⁷⁸, Wilson de Souza Campos Batalha³⁷⁹, Arruda Alvim³⁸⁰ e

³⁷² V. Sentença Estrangeira nº 1.032, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 19/12/2007. Conforme lição de Hélio Tornaghi acerca da distinção da competência concorrente e exclusiva, transcreve-se: “(...) no primeiro caso, o Brasil decide litígios enquadrados no art. 88 mas não nega homologação a sentença estrangeira sobre qualquer deles por não se haver exercido aqui o respectivo direito de ação; ao passo que nas hipóteses do art. 89, não seria possível a homologação.” (TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. I. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1974. p. 307).

³⁷³ Carta Rogatória nº 202, Rel. Min. Edson Vidigal, j. 26/10/2005.

³⁷⁴ “Na aplicação desse dispositivo, tem-se entendido que ele só diz respeito a ações que versem sobre bens imóveis e nas quais o autor alegue direito real (exemplo típico: reivindicação); não a ações fundadas em direito pessoal, ainda que relativas a imóveis (v.g.: ação de despejo, ação de resolução de contrato de compra e venda ou de promessa de compra e venda de imóvel).” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Problemas relativos a litígios internacionais”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. nº 65. p. 146).

³⁷⁵ TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. I. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1974. p. 308.

³⁷⁶ ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 246.

³⁷⁷ GRUENBAUM, Daniel. “Proximidade e Tolerância: Competência internacional para demandas relativas a imóveis”. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (orgs.). *O direito internacional contemporâneo - Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 229-288, esp. pp. 233-234.

³⁷⁸ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10ª ed. Vol. I: Arts. 1º a 153. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 298.

³⁷⁹ BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito internacional privado*. 2. ed. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 369.

³⁸⁰ ALVIM, Arruda. “Competência internacional”. *Revista de Processo*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1977. nº 7-8. p. 32.

Maria Helena Diniz³⁸¹ afirmam que o texto é amplo, não se restringindo a ações reais, abrangendo também as ações fundadas em direito obrigacional.³⁸²

Na jurisprudência, já houve casos em que a homologação de sentença estrangeira foi indeferida sob o argumento de que quaisquer ações nas quais estejam envolvidos bens imóveis que se encontrem em território pátrio compete exclusivamente à jurisdição nacional.³⁸³ Não obstante, têm razão aqueles que fazem uma interpretação restritiva do dispositivo, pois esse entendimento se coaduna com as regras mais avançadas de direito internacional, em que se privilegia o amplo reconhecimento de atos proferidos no exterior.

Quanto à segunda hipótese de competência exclusiva – *proceder a inventário e partilha de bens situados no Brasil* – consagrou-se o entendimento tanto na doutrina quanto no Judiciário de que a expressão está relacionada a sucessão *mortis causa*.³⁸⁴ Desse modo, em diversos casos relativos à partilha decorrente de divórcio, mesmo havendo bens situados no Brasil, houve homologação de sentença proferida no exterior.³⁸⁵

O Judiciário entende que a regra referente à competência exclusiva da autoridade brasileira, com exclusão de qualquer outra para conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil, aplica-se quando não houver composição entre as partes ou quando, havendo acordo, restar qualquer dúvida quanto à sua consonância com a legislação pátria.³⁸⁶

Sob esta lógica, vale observar que até mesmo na hipótese de sucessão *causa mortis* já houve caso em que foi deferida sentença estrangeira relativa à partilha de imóveis situados no Brasil. No caso, a sentença homologanda ratificava a última vontade registrada em testamento, tendo sido o pedido de homologação deferido.³⁸⁷ Todavia, esse não é o

³⁸¹ DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 387-388.

³⁸² É interessante observar que Pontes de Miranda, em seus *Comentários ao Código de Processo Civil* de 1973 defendeu que o Art. 89, I deveria ser lido de forma extensiva, não se referindo apenas a ações reais relativas a imóveis. Todavia, em versão atualizada de sua obra, consta uma alteração quanto a esse posicionamento, pois se afirma que o Art. 89, I cuida apenas de ações reais relativas a imóveis situados no Brasil. (MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª. ed. Tomo II: Arts. 46 a 153. Rio de Janeiro: Forense, 1995. pp. 225-226).

³⁸³ Sentença Estrangeira nº 7.101, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 15/10/2003. No mesmo sentido, CR nº 2.963, Rel. Min. Antonio Neder, j. 26/03/1979.

³⁸⁴ V. Sentença Estrangeira Contestada nº 1.032, STJ, Min. Rel. Arnaldo Esteves Lima, j. 19/12/2007.

³⁸⁵ No STJ: Sentença Estrangeira nº 755, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 16/03/2005; Sentença Estrangeira nº 681, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 07/03/2005. E no STF: Sentença Estrangeira nº 8.409, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 18/03/2004; Sentença Estrangeira nº 7.310, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 09/10/2003.

³⁸⁶ Sentença Estrangeira nº 1351, Rel. Min. Edson Vidigal, j. 18/11/2005; Sentença Estrangeira Contestada nº 916, Rel. Min. Edson Vidigal, j. 07/06/2005.

³⁸⁷ Sentença Estrangeira Contestada nº 1.304, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 19/12/2007. Ementa: “Homologação de sentença estrangeira. Partilha de bens imóveis situados no Brasil. Sentença homologanda. Ratificação de vontade última registrada em testamento. Citação comprovada. Concordância expressa dos requeridos. Ausência de impugnação posterior. Caráter definitivo do julgado. Art. 89 do Código de Processo Civil e Art. 12 da Lei de Introdução ao Código Civil. Ofensa. Inexistência. Precedentes. Pedido de homologação deferido. I - O requisito da citação válida ou revelia decretada restou devidamente cumprido, pois os então requeridos foram comprovadamente cientificados da ação, não promovendo impugnação, ou, sequer, comparecendo ao juízo. O próprio *decisum* foi intitulado ‘Sentença Declaratória à Revelia’. II - O feito caracterizou-se pela inexistência de litígio, comprovada, primeiramente, pelo não comparecimento dos ora requeridos ao

entendimento prevalente, pois em se tratando de sentença estrangeira em que se visa ao reconhecimento judicial de testamento quanto a imóveis situados no Brasil a regra é que a ação deve tramitar no país.³⁸⁸

Para fins de aferição da competência absoluta do juiz brasileiro pouco importa a nacionalidade, residência ou domicílio do autor da herança.³⁸⁹ Outrossim, ao contrário do que ocorre com relação ao inciso I, são considerados bens situados no Brasil não apenas os imóveis. Não é relevante se apurar o local onde o *de cuius* faleceu e não é necessário que em algum momento tenha residido no Brasil.

Prevalece, portanto, uma interpretação restritiva das hipóteses em que o Judiciário brasileiro não admite a atuação paralela de uma Justiça estrangeira.

Carmen Tiburcio alerta que a regra do Art. 89 não deve ser bilateralizada, a dizer, se compete exclusivamente à autoridade judiciária brasileira conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil isso não significa que compete exclusivamente a autoridade judiciária de outro Estado conhecer das ações relativas a imóveis ali situados. Somente a legislação desse país pode determinar quais causas são de sua competência absoluta, não sendo possível a autoridade nacional se imiscuir em função ligada à soberania do Estado.³⁹⁰

3.1.4 Litispêndência internacional

O art. 90 do CPC estabelece a regra que na eventual dualidade de processos sobre uma única lide, sendo um em trâmite no exterior e outro no Brasil, a Justiça nacional não poderá

processo e não impugnação do pleito, bem como pela anuência expressa ao conteúdo do *decisum* e conseqüente não interposição de recurso face a sentença que aqui se pretende homologar. III - A anuência dos ora requeridos em relação ao decidido pela sentença homologanda, além da não interposição de recurso, confere natureza jurídica equivalente à do trânsito em julgado, para os fins perseguidos no presente feito. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. IV - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já decidiu no sentido de que compete exclusivamente à Justiça brasileira decidir sobre a partilha de bens imóveis situados no Brasil. V - Tanto a Corte Suprema quanto este Superior Tribunal de Justiça já se manifestaram pela ausência de ofensa à soberania nacional e à ordem pública na sentença estrangeira que dispõe acerca de bem localizado no território brasileiro, sobre o qual tenha havido acordo entre as partes, e que tão somente ratifica o que restou pactuado. Precedentes. VI - **Na hipótese dos autos, não há que se falar em ofensa ao art. 89 do Código de Processo Civil, tampouco ao art. 12, § 1º da Lei de Introdução ao Código Civil, posto que os bens situados no Brasil tiveram a sua transmissão ao primeiro requerente prevista no testamento deixado por T. B. H. e confirmada pela sentença homologanda, a qual tão somente ratificou a vontade última do testador, bem como a dos ora requeridos, o que ficou claramente evidenciado em razão da não impugnação ao *decisum* alienígena.** VII - Pedido de homologação deferido” (grifos nossos).

³⁸⁸ V. Sentença Estrangeira Contestada nº 1.030, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 08/06/2005.

³⁸⁹ V. Sentença Estrangeira nº 2.289/EU, Rel. Min. Moreira Alves, j. 18/09/1975.

³⁹⁰ TIBURCIO, Carmen. “Atualidades/Comentários à Jurisprudência. Competência Internacional”. In: *Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 454-455. Para Carmen Tiburcio, age de forma equivocada o Judiciário brasileiro quando recusa-se a conhecer de litígio envolvendo imóveis situados no exterior com fulcro em uma interpretação *a contrario sensu* do Art. 89, I. Em sua opinião, eventual recusa deveria ser embasada, se fosse o caso, no princípio da efetividade, cujo corolário determina que não se deve proferir uma decisão que não possa ser executada.

acolher preliminar de litispendência eventualmente suscitada. Ou seja, a regra é que a pendência de lide em outro Estado não obsta o conhecimento da mesma controvérsia pela Justiça nacional, desde que seja hipótese de competência internacional da justiça brasileira.³⁹¹

Enquanto não sobrevier homologação da sentença estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça inexistirá qualquer obstáculo para que a Justiça nacional conheça da mesma causa e de causas que, com ela, guardem relação de conexidade. Uma vez homologada pelo STJ, fica inviabilizado qualquer outro processo na justiça brasileira sobre o mesmo litígio. Em suma, a questão é saber qual processo se tornará coisa julgada no Brasil primeiramente.³⁹²

É irrelevante identificar se o processo brasileiro foi instaurado antes ou após o encerramento do processo estrangeiro, pois uma decisão pronunciada no exterior não tem o condão de produzir efeitos no Brasil enquanto não for homologada. A regra é que se a decisão proferida neste país transitar em julgado antes que tenha sido deferido o pedido de homologação de sentença estrangeira, a decisão estrangeira jamais produzirá efeitos em nosso território. Ao reverso, com o trânsito em julgado da decisão homologatória antes do trânsito em julgado da sentença brasileira, os efeitos da sentença estrangeira passam a ser produzidos no Brasil.³⁹³

Conforme acentua Cândido Rangel Dinamarco, justifica-se a disposição em referência pois juiz brasileiro de primeiro grau, ao apreciar eventual defesa consistente na litispendência estrangeira, teria de adentra estrangeira. E isso constituiria uma antecipação do juízo de delibação reservado ao Superior Tribunal de Justiça, o que é incabível.³⁹⁴

Embora o dispositivo esteja colocado posteriormente ao Art. 89, que trata da competência exclusiva, o Art. 90 refere-se apenas às hipóteses de competência concorrente.

³⁹¹ Barbosa Moreira critica a expressão utilizada pelo legislador - “não induz litispendência” – embora consiga delimitar precisamente o alcance da norma, merecendo destaque: “A fórmula escolhida pelo legislador de 1974 ademais, não parece muito feliz do ponto de vista técnico. Dizer que a propositura de ação perante a Justiça alienígena ‘não induz litispendência’ é dizer mais do que se precisaria; aliás, não cabe à lei brasileira, evidentemente, regular efeitos processuais que se produzam no território estrangeiro. O que se quis estatuir foi a irrelevância desses possíveis efeitos *para a nossa Justiça*: que a lide penda ou não perante o juiz de outro Estado, nada importa aqui. Não se nega propriamente a *litispendência*, em si: se ela existe ou não, só a *lex fori* pode responder. Nega-se, isto sim, o efeito impeditivo da litispendência em relação ao processo instaurado no Brasil; nega-se, em outras palavras, a possibilidade de vir o juiz pátrio a acolher a preliminar de litispendência porventura levantada, aqui, por qualquer das partes, com fundamento na precedente existência de processo estrangeiro sobre a mesma lide – e também, é claro, a possibilidade de vir ele a conhecer *ex officio* da matéria, como lhe seria dado fazer se se tratasse de outro processo em curso perante a nossa Justiça.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Relações entre processos instaurados, sobre a mesma lide civil, no Brasil e em país estrangeiro”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. nº 7-8. p. 53).

³⁹² JO, Hee Moon. *Moderno direito internacional privado*. São Paulo: LTr, 2001. p. 313.

³⁹³ Cfr. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Relações entre processos instaurados, sobre a mesma lide civil, no Brasil e em país estrangeiro”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. nº 7-8. pp. 51-58. Vale dizer que na eventual hipótese de rescisão da sentença proferida no Brasil, será possível, se atendidos os requisitos legais, a homologação de sentença proferida no exterior.

³⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. item 147, p. 357.

Em se tratando de competência exclusiva, fica excluída a competência de Justiça estrangeira na medida em que eventual decisão proferida alhures não será jamais executável no Brasil, por ter sido proferida por autoridade incompetente.

O Art. 90 torna a existência de ação no território nacional cuja decisão final ainda não tenha transitado em julgado indiferente para fins de homologação, conforme se afere de diversos precedentes judiciais.³⁹⁵

3.1.5 Hipóteses não previstas nos Arts. 88 e 89 do CPC

O legislador estabeleceu de forma direta as hipóteses em que a Justiça nacional possui jurisdição para apreciar uma causa. São situações em que se considerou conveniente e eficaz a atuação do Judiciário brasileiro. A questão que se coloca é saber se nas hipóteses não elencadas nos Arts. 88 e 89 do CPC teria o juiz nacional competência para decidir o litígio. Em outras palavras, importa definir se a enumeração constante dos referidos dispositivos encerra ou não todos os casos que legitimam a atuação da Justiça brasileira.

A questão é controvertida. Em defesa da exaustividade das hipóteses dos Arts. 88 e 89, Celso Agrícola Barbi afirma que “se a causa não estiver entre aquelas ali mencionadas, ele não poderá conhecer dela.”³⁹⁶

O mesmo entendimento é partilhado por Cândido Rangel Dinamarco, para quem inexistente qualquer outro dispositivo legal estabelecendo mais casos de competência do juiz brasileiro.³⁹⁷ Para o autor, ainda que fosse viável a execução fora do Brasil, os litígios que não se enquadrassem no elenco dos Arts. 88 e 89 do CPC não deveriam ser aqui processados.

Na mesma linha, Antenor Madruga confere uma interpretação às normas de jurisdição no sentido negativo, de modo que os casos não incluídos no Art. 88 seriam de incompetência

³⁹⁵ Sentença Estrangeira Contestada nº 646, Rel. Min. Luiz Fux, j. 05/11/2008; Sentença Estrangeira Contestada nº 611, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 23/11/2006. É interessante observar que o Código Bustamante, em seu Art. 394, previu regra em sentido contrário acerca da litispendência, *in verbis*: “A litispendência, por motivo de pleito em outro Estado contratante poderá ser alegada em matéria cível, quando a sentença, proferida em um deles, deva produzir, no outro, os efeitos de coisa julgada.” Tal preceito poderá ser alegado quando a sentença a ser proferida em um Estado contratante se destinar a produzir efeitos de coisa julgada em outro Estado contratante.

³⁹⁶ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10ª ed. Vol. I: Arts. 1º a 153. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 295.

³⁹⁷ Transcreve-se: “O elenco contido nos arts. 88 e 89 do Código de Processo Civil é rigorosamente taxativo, visto que inexistente qualquer outro dispositivo estabelecendo mais casos de competência do juiz brasileiro, ou mesmo alguma razão superior que a impusesse além do que ali está – o que induz a consequência de que outros litígios, mesmo quando fosse viável a execução fora do Brasil, aqui não serão processados ou julgados.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. item 137, p. 348).

do juiz brasileiro. O sentido de norma teria por objetivo “limitar o âmbito de atuação jurisdicional legítima do Estado brasileiro.”³⁹⁸

Na compreensão de José Ignacio Botelho de Mesquita, a regra é que as causas não incluídas na previsão dos Arts. 88 e 89 do CPC se acham excluídas da jurisdição brasileira.³⁹⁹ Sendo a jurisdição uma atividade onerosa para o Estado, e portanto para os contribuintes, não interessa ao Brasil o julgamento de litígios que não guardem, com o ordenamento jurídico nacional, nenhum dos pontos de contato previstos nos Arts. 88 e 89.

Todavia, Botelho de Mesquita reconhece que essa regra não é absoluta. Em alguns casos, mesmo inexistindo qualquer ponto de contato com base nos Arts. 88 e 89, pode haver interesse do Brasil em exercer a sua jurisdição. Ou o contrário, inexistir interesse mesmo diante de uma causa que se enquadre em alguma das situações do Art. 88. Nestes casos, incidirão os princípios da efetividade e submissão.⁴⁰⁰

Por sua vez, Barbosa Moreira sustenta que “a enumeração constante do texto legal não é exaustiva. Além dos casos arrolados nos Arts. 88 e 89, cumpre admitir outros para os quais seria absurdo negar a competência da Justiça brasileira.” Refere-se às causas da jurisdição voluntária, em que não há “réu”, nem “ação”, devendo as lacunas ser suprimidas pelas regras de competência interna, e às hipóteses em que inexistente uma Justiça competente.⁴⁰¹

No entendimento de Beat Walter Rechsteiner, a enumeração constante da lei não é exaustiva. Na prática, podem surgir situações não expressamente previstas em lei perante as quais a justiça brasileira se declare internacionalmente competente.⁴⁰²

Sergio Laclau afirma que a *ratio* por detrás da norma do Art. 88 é estabelecer de forma exaustiva as hipóteses de atuação da jurisdição brasileira. No entanto, reconhece que essa assertiva não oferece resposta para situações em que a demanda é excluída da apreciação da justiça brasileira, em razão da não incidência dos artigos 88 e 89 do CPC, mas se não decidida a controvérsia no país, será caracterizada denegação de justiça. Nessas circunstâncias, entende que a “norma geral exclusiva do artigo 88 do CPC deverá ceder frente ao direito do indivíduo de acesso à prestação jurisdicional efetiva”, sob pena de se acarretar um irremediável dano a este direito. A saber, na opinião de Laclau, quando manifesta e grave a possibilidade de tutela

³⁹⁸ MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. *A renúncia à imunidade de jurisdição pelo Estado brasileiro e o novo direito da imunidade de jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar: 2003. pp. 89-91.

³⁹⁹ MESQUITA, José Ignacio Botelho de. “Da competência internacional dos princípios que a informam”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. n° 50. pp. 53-54.

⁴⁰⁰ MESQUITA, José Ignacio Botelho de, op. cit, nota 400, pp. 53-54.

⁴⁰¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Problemas relativos a litígios internacionais”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. n° 65. p. 147-148.

⁴⁰² RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado – Teoria e prática*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 264.

jurisdicional efetiva ou de violação do processo justo, os juízes devem estender sua jurisdição às hipóteses não previstas em lei.⁴⁰³

Finalmente, para Marcelo De Nardi, “a competência dos juízes nacionais se estende a todos os casos que possam estar conectados ao Brasil, por qualquer razão, inclusive a eleição de foro.”⁴⁰⁴ Em sua visão, as hipóteses previstas no Art. 88 não são as únicas que ensejam a atuação do Judiciário brasileiro.

A nosso ver, é certo que a interpretação dos artigos 88 e 89 do CPC deve ser feita de forma restritiva, pois quando o legislador estabeleceu os elementos de vínculo com o ordenamento pátrio para fins de determinação da competência internacional de nossos tribunais levou em consideração os casos em seria conveniente e viável ao Brasil decidir a causa. Por conseguinte, as hipóteses ali não compreendidas, a *contrario sensu*, não interessam à jurisdição brasileira.⁴⁰⁵

Ocorre que, a despeito de haver uma definição legal das situações que podem ensejar a atuação jurisdicional nacional, é possível vislumbrar outras hipóteses em que se deva admitir a ação da Justiça. Citam-se os exemplos apontados por Barbosa Moreira, de jurisdição voluntária e das situações que inexistem uma justiça que seja competente para decidir a causa⁴⁰⁶, como sendo suficientemente aptos a demonstrar que a enumeração legal não é exaustiva.

A eleição de foro brasileiro deve também ser considerada como um elemento fixador da jurisdição brasileira, embora não expressamente previsto em lei. Mesmo que a relação entre as partes não possua vínculo com o ordenamento brasileiro à luz dos elementos previstos nos Arts. 88 e 89 do CPC, o compromisso assumido acerca do foro pode, dependendo das circunstâncias concretas, caracterizar a causa como sendo de interesse da Justiça brasileira.⁴⁰⁷

A possibilidade de as partes escolherem litigar perante o Judiciário brasileiro em hipóteses não previstas em lei encontra amparo, primeiramente, na noção de que a jurisdição

⁴⁰³ MARQUES, Sergio André Laclau Sarmento. *A jurisdição internacional dos tribunais brasileiros*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. pp. 143-172.

⁴⁰⁴ DE NARDI, Marcelo. “Eleição de foro em contratos internacionais: uma visão brasileira”. In: RODAS, João Grandino (coord.). *Contratos internacionais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 134.

⁴⁰⁵ No mesmo sentido, MARQUES, Sergio André Laclau Sarmento. *A jurisdição internacional dos tribunais brasileiros*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. pp. 145-155.

⁴⁰⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Problemas relativos a litígios internacionais”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. n° 65. pp. 147-148.

⁴⁰⁷ Não se está afirmando que um contrato absolutamente desprovido de qualquer vínculo com o país, objetivo ou subjetivo, pelo simples fato de conter eleição de foro brasileiro deve ser decidido pelos nossos tribunais. A verificação do interesse e conveniência deve ser feita quando da análise do caso concreto.

preexiste às normas de competência internacional e em tese tem caráter ilimitado.⁴⁰⁸ Portanto, teoricamente poderia o Estado brasileiro conhecer de todos os conflitos porventura existentes. De fato, houve uma opção do legislador quando estabeleceu as hipóteses que justificam a movimentação do judiciário nacional. Não obstante, se as partes optam por mútuo acordo eleger o tribunal brasileiro, não há qualquer impedimento para apreciação do conflito pela Justiça nacional em razão de inexistir autorização legal expressa nesse sentido.

Ademais, conforme exposto no Capítulo 1, o respeito ao princípio da autonomia da vontade consagrou-se como um dos mais relevantes pilares do direito internacional privado contemporâneo, devendo ser considerado para fins de determinação das situações em que deve haver a atuação do Judiciário. Nesta lógica, além dos elementos previstos nos Arts. 88 e 89, devem ser considerados outros princípios fundamentais quando da fixação da competência internacional brasileira diante de um caso concreto, como o princípio que impede a denegação do acesso à justiça e o princípio da autonomia da vontade.

Inclusive, o próprio STJ já decidiu recentemente (RO 64, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13/05/2008,) que o rol contido nos arts. 88 e 89 não é exaustivo.⁴⁰⁹ Foi afirmado que os elementos que justificam o interesse da autoridade judiciária brasileira em julgar são também definidos com base em outros princípios consagrados em nosso ordenamento. No caso concreto, foram considerados os princípios da “prevalência dos direitos humanos”, da “autodeterminação dos povos” e do “repúdio ao terrorismo e racismo”.

A questão relativa aos efeitos positivos da eleição de foro será analisada detidamente no item 2.1 abaixo. Por ora, objetiva-se apenas sedimentar a noção de que em algumas situações específicas é possível justificar a atuação da jurisdição nacional ainda que não sejam verificados quaisquer dos elementos constantes dos Arts. 88 e 89 do CPC.

⁴⁰⁸ Veja-se TIBURCIO, Carmen. “Comentários ao Recurso Especial nº 251.438: três temas de processo internacional.” *In: Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 86.

⁴⁰⁹ Tratava-se de uma ação de indenização proposta por um brasileiro (naturalizado) judeu em face da República Federativa da Alemanha, em decorrência das humilhações e agressões sofridas durante a Segunda Guerra Mundial, quando residia na França. O STJ decidiu que a despeito de não haver qualquer elemento que autorizasse a atuação da Justiça brasileira à luz dos Arts. 88 e 89 do CPC, restara caracterizado o interesse da autoridade judiciária brasileira no julgamento da causa. Por outro lado, em decisão mais antiga proferida pelo STJ (RE nº 90.270, Rel. Min. Rafael Mayer, j. 23/06/1981), a Corte aponta que para que uma causa seja apreciada pela justiça nacional, deve necessariamente se enquadrar em umas das hipóteses dos Arts. 88 e 89 do CPC. No caso, houve um verdadeiro esforço do tribunal para caracterizar a ocorrência de fato no Brasil, o que parece indicar que rol dos Arts. 88 e 89 do CPC seria exaustivo. Sobre a análise desses casos e sobre a enumeração exaustiva ou não dos Arts. 88 e 89 do CPC, veja-se BALERONI, Rafael Baptista. “Conexão contratual internacional – algumas conseqüências jurídicas: internacionalidade dos contratos, jurisdição adjudicativa e vinculação cambial”. Dissertação de Mestrado em Direito Internacional e Integração Econômica pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: UERJ, 2009. pp. 57-64.

3.2 A influência da vontade das partes nas regras sobre a competência internacional dos tribunais brasileiros: efeitos positivos e efeitos negativos da eleição de foro

Sob a perspectiva da jurisdição estatal, a escolha do foro pode atuar no sentido positivo ou negativo. O efeito positivo verifica-se quando as partes conferem à Justiça de um Estado competência para apreciar uma causa não sujeita à jurisdição nacional, incluindo, por conseguinte, hipótese de competência internacional mediante acordo de vontade. O efeito negativo, por sua vez, ocorre quando a eleição de foro estrangeiro importa na subtração de competência internacional de um Estado, sendo afastada a atividade jurisdicional mesmo diante da verificação de situação prevista na legislação interna como apta a ensejar o exercício da jurisdição.

No Brasil, a questão é saber se, havendo eleição de tribunal nacional, é possível a atuação do Judiciário ainda que a causa não apresente qualquer vínculo com o nosso ordenamento à luz dos elementos constantes dos Arts. 88 e 89 do CPC (efeito positivo). E, ainda, se é possível que as autoridades judiciárias nacionais se abstenham de apreciar causas sobre as quais tenham jurisdição, em vista da eleição de foro estrangeiro (efeito negativo).

A análise do direito brasileiro nos conduz à conclusão que inexistente qualquer autorização expressa em nossa legislação acerca da possibilidade de ampliação das hipóteses de competência internacional dos tribunais através da vontade das partes. Do mesmo modo, em nenhum dispositivo há menção acerca da negativa da atuação do Judiciário caso se verifique eleição de foro estrangeiro.⁴¹⁰

Em vista do silêncio do legislador acerca do tratamento jurídico conferido à cláusula de eleição de foro estrangeiro, tanto a doutrina como a jurisprudência⁴¹¹ divergem sobre a possibilidade de reconhecimento do pacto em nosso ordenamento.

Normalmente, a análise dessa questão é externada sem que seja feita a devida distinção entre o efeito positivo e o negativo da avença sobre o foro. Cuidaremos, neste tópico, de identificar os argumentos favoráveis e contrários à possibilidade de haver influência da vontade das partes nas regras sobre a competência internacional dos tribunais brasileiros sob a ótica da prorrogação e derrogação da jurisdição mediante acordo. Há que se

⁴¹⁰ No mesmo sentido, SOARES, Guido F. S. “A competência internacional do judiciário brasileiro e a questão da autonomia da vontade das partes”. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; HUCK, Hermes Marcelo; CASELLA, Paulo Borba (coords). *Direito e Comércio Internacional: Tendências e Perspectivas - Estudos em Homenagem ao Prof. Irineu Strenger*. São Paulo: Ltr., 1994. p. 292.

⁴¹¹ A análise da jurisprudência brasileira será feita no Capítulo 4 abaixo.

ter em mente que a maior parte dos argumentos pode ser utilizada para ambos os efeitos, como infere-se, por exemplo, do reconhecimento do princípio da autonomia da vontade.

A terminologia utilizada – derrogação e prorrogação de jurisdição – não é precisa, pois, conforme bem observado por José Inácio Gonzaga Franceschini, a vontade das partes não modifica ou cria competência ou jurisdição, já que estas preexistem à manifestação privada.⁴¹² Não obstante, será feita referência ao efeito positivo como resultando em prorrogação de competência, e o efeito negativo será equiparado a uma derrogação de competência ou jurisdição.

3.2.1 Efeitos positivos da escolha do foro sobre a jurisdição brasileira

Pretende-se identificar, neste item, se, havendo eleição de foro brasileiro, teriam os tribunais nacionais competência internacional para resolver o conflito, ainda que inexistente qualquer elemento de vínculo com nosso ordenamento à luz do Art. 88 do CPC.

A esse respeito, Celso Agrícola Barbi afirma categoricamente que se a causa não apresentar nenhum dos elementos previstos nos Arts. 88 e 89 do CPC, a ação não pode ser decidida pelos tribunais brasileiros.⁴¹³ Portanto, em sua visão, a vontade das partes não pode atuar como um elemento para prorrogação de jurisdição brasileira.

Nesse diapasão, Gaetano Morelli, ao analisar o sistema italiano, defende que como o fundamento das normas sobre jurisdição internacional repousa em uma valoração que o Estado faz de seus fins e interesses, não teriam as partes a possibilidade de realizar uma valoração em qualquer outra direção, apenas para atender a uma vontade particular. Assim, seria inadmissível que a manifestação das partes atuasse no sentido de determinar o exercício de atividades públicas consideradas estranhas ao Estado italiano.⁴¹⁴ Para verificação dos

⁴¹² Destaca-se a crítica à terminologia “prorrogação” e “derrogação” de jurisdição feita por José Inácio Franceschini: “(...) é importante esclarecer, desde já, que tanto a ‘modificação’ da competência internacional como a ‘submissão’ da parte a um determinado juízo são aqui expressões imprecisas, na medida que, em verdade, a vontade dos particulares não modifica ou cria jurisdição ou competência, estas já preexistem à manifestação privada (FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. “A lei e o foro de eleição em tema de contratos internacionais.” *In*: RODAS, João Grandino (coord.). *Contratos internacionais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 88).

⁴¹³ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10ª ed. Vol. I: Arts. 1º a 153. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 295.

⁴¹⁴ Transcreve-se a seguinte passagem: “Hay que tomar en cuenta, por el contrario, la función y el fin de las normas de competencia jurisdiccional. Estas normas distinguen las litis que al Estado interesa componer, y que, por tanto, se someten a

efeitos do pacto atributivo de jurisdição em outros Estados, Morelli afirma que se deve analisar o que informa o ordenamento jurídico interno a respeito.

Em sentido contrário, e com melhor razão, Carmen Tiburcio afirma que a jurisdição preexiste às normas sobre competência internacional, pois decorre da soberania estatal. Consequentemente, a vontade das partes não cria jurisdição, e sim determina o seu exercício em hipótese não enumerada em lei.⁴¹⁵ Por essa razão, caso eleito o foro brasileiro, mesmo não se verificando qualquer dos elementos previstos nos Arts. 88 e 89 do CPC, os tribunais nacionais teriam jurisdição para apreciar o conflito.

De fato, conforme analisado no item 3.1 deste Capítulo, em tese a jurisdição brasileira, sendo reflexo de sua soberania, é ilimitada. No entanto, por razões de interesse e conveniência, foram fixadas em lei situações que justificam a movimentação do judiciário, sendo essas matérias caracterizadoras da competência internacional dos tribunais brasileiros.

Já se constatou que o rol constante do CPC não é exaustivo, comportando exceções em vista das particularidades do caso concreto (item 1.5 acima). Oscar Tenório enfatiza que “do Código de Processo Civil extraímos princípios que nos levam à conclusão de que a justiça brasileira não é competente apenas nos casos indicados no art. 12 e no §1º da Lei de Introdução ao Código Civil.”⁴¹⁶

Nesta lógica, concebemos ser possível que a vontade das partes atue no sentido de prorrogar a jurisdição, na medida em que a escolha pelo foro brasileiro é elemento apto a demonstrar o interesse e conveniência na pacificação do conflito pelos tribunais pátrios, observadas, necessariamente, as particularidades do caso concreto para confirmar essa assertiva.

No mesmo sentido, Barbosa Moreira leciona que o direito brasileiro admite, em princípio, pactos sobre a escolha do foro, “seja quando designam a Justiça brasileira em hipótese não prevista legalmente como de sua competência, seja quando indicam alguma

la jurisdicción de ese mismo Estado, de las litis respecto de las cuales no existe dicho interés y que, precisamente por ser irrelevantes para el Estado, se sustraen a su poder jurisdiccional. Ahora bien, si el fundamento de las normas sobre los límites de la jurisdicción y de la consiguiente exclusión de la jurisdicción misma respecto de una determinada categoría de litis reposa en una valoración que el Estado hace de sus propios fines y de su propio interés, no vemos cómo esa valoración pueda prevalecer sobre una diferente valoración de las partes, que tendrían puesta exclusivamente la mira en su particular interés. Sometiendo a la jurisdicción del Estado una litis que no estaría a ella sujeta, la voluntad privada operaría en el sentido de determinar el ejercicio de actividades públicas para la composición de una litis que el Estado considera extraño a sus propios fines el componer. Lo cual es ciertamente inadmisibile.” (MORELLI, Gaetano. *Derecho procesal civil internacional*. Tradução: Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: E.J.E.A., 1953. pp. 202-203). Morelli excepciona apenas as hipóteses em que o Estado não afasta de modo absoluto o conhecimento da mesma lide, ocasião em que já resta demonstrado o interesse na composição do litígio.

⁴¹⁵ TIBURCIO, Carmen. “Comentários ao Recurso Especial nº 251.438: três temas de processo internacional.” In: *Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 86.

⁴¹⁶ TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*. 11ª ed. rev. e atual. por Jacob Dolinger. Vol. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976. p. 363.

Justiça estrangeira, em hipótese incluída na competência (não exclusiva!) da Justiça brasileira.”⁴¹⁷

Destarte, sendo o objetivo maior da atividade jurisdicional a restauração da estabilidade por meio da pacificação dos conflitos, não configura qualquer óbice ou violação a essa função o fato de as partes determinarem o foro brasileiro como sendo o competente para conferir a solução justa ao caso concreto.

Conforme ressaltado por Hélène Gaudemet-Tallon, a justiça, sendo um serviço público, é exercida no interesse do jurisdicionado. Por conseguinte, há que se levar em consideração a vontade dos litigantes na opção por determinada jurisdição.

No entendimento de Gaudemet-Tallon, a escolha do foro não implica em qualquer violação à soberania estatal. Pelo contrário, em vista da incerteza das regras sobre competência internacional, que variam de Estado para Estado, e muitas vezes implicam em situações em que mais de um Estado possui competência para resolver a causa, deve-se assegurar às partes a possibilidade de escolherem a jurisdição que deve decidir a controvérsia.

Destaca-se, a esse respeito, a seguinte passagem de sua obra:

“Que la justice soit un service public, cela n’est certe pas discutable; mais elle demeure essentiellement, même dans l’ordre international, un service établi dans l’intérêt du justiciable, ce qui implique la possibilité reconnue aux parties de modifier les règles de compétence judiciaire internationale, sans qu’on puisse prétendre, que, de façon générale, ces modifications aillent à l’encontre de la souveraineté étatique. (...)”

Mais cette argumentation reste un peu négative : les modifications conventionnelles des règles de compétence judiciaire internationale ne sont pas forcément contraires à la souveraineté étatique, c’est un point acquis. En résulte-t-il que ces modifications soient souhaitables ? Pour arriver à une telle conclusion il est nécessaire de retenir en outre un argument positif: l’incertitude des règles de compétence judiciaire internationale incitent à reconnaître la possibilité de principe d’une influence de la volonté individuelle sur la compétence judiciaire internationale.”⁴¹⁸

Portanto, de acordo com o que leciona Beat Walter Rechsteiner, deve-se reconhecer, em princípio, a submissão voluntária do réu, domiciliado no exterior, à justiça brasileira ainda que a competência internacional dos nossos tribunais não seja configurada expressamente dentro da lei. O interesse razoável das partes para se submeterem à justiça brasileira é elemento suficiente para se admitir a competência de nossa justiça.⁴¹⁹

O principal princípio por detrás da possibilidade de que seja conferida liberdade às partes para prorrogar as hipóteses de competência internacional consiste no reconhecimento

⁴¹⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Problemas relativos a litígios internacionais”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. n° 65. p. 149.

⁴¹⁸ GAUDEMET-TALLON, Hélène. *La prorogation volontaire de jurisdiction en droit international privé*. Vol. IV. Paris: Dalloz, 1965. p. 142.

⁴¹⁹ RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado – Teoria e prática*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 267-268.

da autonomia da vontade. Esse princípio, analisado no Capítulo 1, permite que o interesse privado seja considerado para fins de determinação da jurisdição. Cria, portanto, um elo entre a atuação do judiciário e a vontade das partes, na medida em que o tribunal que restaura a estabilidade social é aquele que as partes consideram mais apto para tanto.

Serpa Lopes, em defesa da eficácia do pacto atributivo de jurisdição, reconhece que o princípio da autonomia da vontade “como uma realidade sensível, inegável”.⁴²⁰ Irineu Strenger também ressalta que, na conformidade com o princípio da autonomia da vontade, que domina os contratos, as partes podem designar o tribunal de sua escolha.⁴²¹

3.2.2 Efeitos negativos da escolha do foro sobre a jurisdição brasileira

Com relação ao efeito negativo decorrente da eleição de foro, igualmente surge a questão acerca da possibilidade de se reconhecer a influência da vontade das partes nas regras sobre a competência internacional brasileira. Nesse caso, espera-se que as autoridades judiciárias nacionais, a despeito de terem jurisdição para apreciar a causa, se declarem incompetentes em face da escolha das partes pela jurisdição estrangeira.

Tendo em conta os esclarecimentos acerca da jurisdição dos tribunais brasileiros constante do item 1 acima, é fácil compreender que a discussão travada acerca do reconhecimento da cláusula de eleição de foro somente ocorre nas hipóteses do Art. 88 do CPC. Em se tratando de matérias elencadas no Art. 89, não será possível dizer que o foro eleito contratualmente deverá prevalecer, pois nesses casos a Justiça brasileira não admite que qualquer outra autoridade tenha jurisdição para apreciar da causa.

Portanto, a discussão cinge-se a definir se a norma do Art. 88 do CPC pode ser afastada pela vontade das partes mediante acordo quanto ao foro.

Um dos principais argumentos utilizados no sentido de denegar às partes a possibilidade de modificar as regras sobre competência internacional baseia-se na alegação de que as regras dos Arts. 88 e 89 do CPC são de direito público e afetam a ordem pública nacional.

⁴²⁰ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Comentário teórico e prático da Lei de Introdução ao Código Civil*. Vol. III. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho Editora, 1944. p. 232. Para o autor “a vontade das partes projecta-se (sic), assim, quer num sentido positivo, quer num sentido negativo, de qualquer modo, porém, para alterar os princípios regedores da competência internacional.”

⁴²¹ STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 278.

Enrico Tullio Liebmann entende que os limites da jurisdição não podem ser alterados pelas partes, quer seja no sentido positivo ou negativo.⁴²² Excepciona apenas a hipótese de imunidade de jurisdição, em que considera ser possível àquele que goza desse privilégio renunciar ao tratamento diferenciado.

Partilha da mesma opinião José Ignacio Botelho de Mesquita, que inclusive escreveu o texto doutrinário de maior influência e repercussão acerca dessa questão em 1988. O autor defende a impossibilidade de subtração, por qualquer autoridade judiciária, de uma controvérsia que se ache incluída na sua competência internacional concorrente. Vale mencionar o seguinte trecho do artigo em questão:

“As normas que definem a extensão da jurisdição de um Estado são normas diretamente fundadas na soberania nacional e, por isto, não se acham submetidas à vontade das partes interessadas. Como disse Chiovenda, é ‘evidente que a jurisdição, que o Estado se arroga, inspirando-se em supremos interesses nacionais, não se pode representar objeto de disposição da parte dos litigantes’ (*Instituições*, 1943, I/70). Os limites da jurisdição nacional não podem, por isto, ser ampliados, nem restringidos, por vontade das partes. As partes podem modificar a competência territorial mas não podem modificar a extensão da jurisdição (...) As normas de competência internacional são, pois, normas de ordem pública.”⁴²³

Na mesma linha, Athos Gusmão Carneiro informa que as normas definidoras da competência concorrente da Justiça brasileira são de direito público e delas não podem os interessados previamente abdicar. A disponibilidade da jurisdição constituiria, assim, manifestação inerente à soberania estatal.⁴²⁴ Guido Soares também entende que fora os casos contemplados em lei (Arts. 95 e 111 do CPC), relativos à competência interna, as partes não podem derrogar ou prorrogar a competência judiciária fixada, taxativamente, por se tratar de matéria de ordem pública.⁴²⁵

Discordamos da opinião de Liebmann, de Botelho de Mesquita, Athos Gusmão Carneiro e Guido Soares. Conforme bem apontado por Oscar Tenório, o fato das leis de competência serem emanação da soberania nacional não justifica tese oposta à eleição de foro.⁴²⁶

⁴²² “A exclusão ou inclusão de uma causa em dada jurisdição é feita pelas razões mencionadas há pouco, e, por isso, os seus limites não podem ser alterados pelas partes nem em sentido positivo nem em sentido negativo, isto é, nem para distendê-la nem para restringi-la. O fato de certa causa ser estranha à jurisdição do Estado, não é a rigor caso de incompetência (essa consiste, no fundo, na negação da ação), e, talvez, só por analogia se lhe possa aplicar a regra da incompetência *ratione materiae*.” (LIEBMANN, Enrico Tullio. “Os limites da jurisdição brasileira”. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 1942. vol. 92. p. 650).

⁴²³ MESQUITA, José Ignacio Botelho de. “Da competência internacional dos princípios que a informam”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. n° 50. pp. 52-53.

⁴²⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. “Competência internacional concorrente. Artigo 88 do CPC e o foro de eleição”. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. vol. 352. p. 48.

⁴²⁵ SOARES, Guido F. S. “A competência internacional do judiciário brasileiro e a questão da autonomia da vontade das partes”. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; HUCK, Hermes Marcelo; CASELLA, Paulo Borba (coords). *Direito e Comércio Internacional: Tendências e Perspectivas - Estudos em Homenagem ao Prof. Irineu Strenger*. São Paulo: Ltr., 1994. p. 290.

⁴²⁶ TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*. 11ª ed. rev. e atual. por Jacob Dolinger. Vol. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976. p. 359.

Primeiramente, deve-se considerar que nas hipóteses previstas no Art. 88 do CPC, a jurisdição estatal admite a atuação de Justiça estrangeira na pacificação do conflito. Tanto é assim, que a regra é que sentença proferida no exterior nessas situações seja homologada pelo STJ.

Na explicação de Carmen Tiburcio, o que ocorre é que nas hipóteses do Art. 88 presume-se que há um interesse do país na prestação da jurisdição. Sendo a competência concorrente, essa presunção é relativa, podendo ser alterada mediante vontade das partes. Já nas hipóteses dos Art. 89, em que a atividade jurisdicional é exercida de forma peremptória, as partes não podem afastar sua aplicação (presunção absoluta).⁴²⁷

Oscar Tenório ressalta um aspecto interessante das normas sobre a jurisdição brasileira, ao afirmar que a regra de competência segundo o domicílio do réu é, na realidade, uma garantia para este. Assim sendo, não há qualquer inconveniente ou vedação à possibilidade de renúncia do réu a essa garantia.⁴²⁸

Ademais, não procede a alegação de que as normas sobre competência internacional são de direito público, e afetam a ordem pública nacional, e que por essa razão não podem ser afastadas pela vontade das partes. Embora seja verdade que as normas processuais constantes do Art. 88 sejam de direito público, tal como ocorre com qualquer norma de natureza processual, isso não significa que necessariamente não podem ser objeto de disposição pelas partes.

É incontroverso que as normas processuais são de direito público. Regem a atividade jurisdicional, sendo essa uma função pública, exercida pelo Estado em decorrência do seu poder soberano.⁴²⁹ Mas isso não significa que todas elas sejam de ordem pública. Conforme esclarece Cândido Rangel Dinamarco:

“são de ordem pública todas as normas (processuais ou substanciais) referentes a relações que transcendam a esfera de interesses dos sujeitos privados, disciplinando relações que os envolvam mas fazendo-o com atenção ao interesse das sociedade como um todo, ou ao interesse público. Existem normas processuais de ordem pública e outras, também processuais, que não o são.”⁴³⁰

⁴²⁷ TIBURCIO, Carmen. “Comentários ao Recurso Especial nº 251.438: três temas de processo internacional.” *In: Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 86-87.

⁴²⁸ TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*. 11ª ed. rev. e atual. por Jacob Dolinger. Vol. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976. pp. 359-360.

⁴²⁹ Veja-se CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol I. Edição Saraiva: São Paulo, 1969. pp. 73-75.

⁴³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. item 20, p. 71. No mesmo sentido, Ricardo Ramalho Almeida: “Com efeito, toda e qualquer norma processual, como as normas atribuidoras de competência interna ou internacional, são normas de direito público. E nem poderia ser diferente, pois o direito processual visa, precipuamente, à regulação de uma atividade estatal, pública e essencial à organização mesma do Estado – a atividade jurisdicional. Não quer isso dizer, naturalmente, que todas as suas normas, que são, por natureza, de *direito público*, sejam de *ordem pública*, isto é, de caráter imperativo, *jus cogens*.” (ALMEIDA, Ricardo Ramalho. “Breves reflexões sobre eleição de foro estrangeiro e a competência concorrente do Judiciário brasileiro”. *In: RODAS, João Grandino* (coord.). *Contratos internacionais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 312).

Portanto, o fato de o Art. 88 ser uma norma de direito público não significa que ela seja obrigatoriamente uma norma de ordem pública.

Tampouco a natureza de direito público da norma processual significa que ela seja deve necessariamente incidir sobre a situação concreta. Algumas normas processuais não têm caráter imperativo, de modo que se admite a influência das partes na aplicação das regras.⁴³¹

É o que ocorre, por exemplo, com relação às regras sobre competência interna, quando definida em razão do valor e do território. Nestes casos, com fulcro no Art. 111 do CPC⁴³², é autorizado às partes modificar a competência, elegendo o foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações. Trata-se de hipótese de competência relativa, passível de ser alterada pela vontade das partes.⁴³³ A escolha quanto ao foro pode ocorrer em momento anterior à propositura da ação, quando as partes elegem de antemão o tribunal em que deve ser ajuizada eventual demanda, ou então após o ajuizamento da ação.⁴³⁴

A possibilidade de eleição de foro em contratos já foi inclusive objeto de Súmula do STF (Súmula 335), em que se reconheceu a validade da cláusula de eleição de foro para processos oriundos do contrato.⁴³⁵

A súmula decorre de decisão proferida em um caso puramente interno, o Recurso Extraordinário 34.791.⁴³⁶ A ação fora proposta inicialmente na capital do Rio de Janeiro, com o fim de rescindir escritura de promessa de compra e venda de imóvel situado em Petrópolis. Como as partes haviam convencionado o foro daquela cidade como competente, com exclusão de qualquer outro, o réu opôs exceção de incompetência.

À época, o Código de Processo Civil em vigor, de 1939, não continha menção à possibilidade de escolha do foro pelas partes, diferentemente do que ocorria anteriormente,

⁴³¹ Neste sentido: “A natureza de direito público da norma processual não importa em dizer que ela seja necessariamente *cogente*. Embora inexista processo convencional, mesmo assim em certas situações admite-se que a aplicação da norma processual fique na dependência da vontade das partes – o que acontece em vista dos interesses particulares dos litigantes, que no processo se manifestam. Têm-se, no caso, as normas processuais *dispositivas*.” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 26ª ed. Malheiros: São Paulo, 2010. item 39, p. 96.

⁴³² “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. § 1º O acordo, porém, só produz efeito, quando constar de contrato escrito e aludir expressamente a determinado negócio jurídico. § 2º O foro contratual obriga os herdeiros e sucessores das partes.”

⁴³³ Em se tratando de competência absoluta, não poderá ser modificada pela vontade das partes ou por conexão ou continência. Já quando a competência seja relativa, por ser alterada por conexão ou continência (Art. 102 do CPC) ou por vontade das partes (Art. 111 do CPCP). Veja-se FIDÉLIS DOS SANTOS, Ernane. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. I – processo de conhecimento. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 161-162.

⁴³⁴ “Art. 114. Prorrogar-se-á a competência se dela o juiz não declinar na forma do parágrafo único do art. 112 desta Lei ou o réu não opuser exceção declinatoria nos casos e prazos legais.”

⁴³⁵ Súmula 335 do STF: “Validade - Cláusula de Eleição do Foro para os Processos Oriundos do Contrato. É válida a cláusula de eleição do foro para os processos oriundos do contrato.”

⁴³⁶ Recurso Extraordinário nº 34.791, STF, Rel. Min. Ary Franco, j. 08/08/1957. Ementa: “O Código de Processo Civil não vedou às partes a eleição do *forum destinatae solutionis*.”

quando as legislações estaduais admitiam a escolha do foro, pelo preceito contido no Regulamento nº 737, Art. 62. A questão era saber se poderia admitir-se a escolha com base no Art. 42 do Código Civil de 1916, que admitia no conceito de domicílio o foro contratual.⁴³⁷

O Supremo decidiu que prevalecia a regra contida no Art. 42 do então vigente Código Civil, de modo que fora mantido o domicílio de eleição no ordenamento brasileiro, através da escolha do foro do domicílio.⁴³⁸

A regra foi firmada para processos internos, embora seja comum ainda hoje a referência à Súmula 335 em casos de caráter internacional, quando se justifica a possibilidade de escolha de foro pelas partes.

Para Ricardo Ramalho Almeida, o reconhecimento da possibilidade de eleição de foro em relações jurídicas internas deve ser projetado para âmbito internacional. Em sua visão, a razão jurídica da regra é a mesma tanto para processos internos quanto para os internacionais, correspondendo à ideia de que o foro estabelecido em razão do território é prorrogável.⁴³⁹ Portanto, em seu entendimento não haveria qualquer vedação no ordenamento pátrio à eleição de foro em contratos internacionais.

Luiz Olavo Baptista também entende que a regra constante na Súmula 335 se aplica aos contratos internacionais entre pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. Ressalva, no entanto, que com relação às pessoas jurídicas de direito público a regra pode não prevalecer.⁴⁴⁰

⁴³⁷ “Art. 42. Nos contratos escritos poderão os contraentes especificar domicílio onde se exercitem e cumpram os direitos e obrigações deles resultantes.”

⁴³⁸ Pontes de Miranda critica severamente a autorização da escolha do foro em vista da possibilidade de escolha do domicílio. Segundo ele, a regra jurídica de eleição de foro é de direito processual, enquanto que a regra jurídica de eleição do lugar da execução das obrigações é de direito material. Assim, se o direito processual contém regra sobre a escolha do foro, pode ocorrer que o foro escolhido não seja o mesmo daquele da execução do contrato. Destaca-se o seguinte trecho: “não se pode falar de foro de eleição e de foro do contrato (da feitura, ou da execução) como sendo o mesmo. Quando os juristas encambulham os dois conceitos, nenhuma confiança podem ter na conclusão dos seus raciocínios. A mistura do direito processual com o direito material é, então, de lastimáveis conseqüências.” (MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª. ed. Tomo II: Arts. 46 a 153. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 318).

⁴³⁹ Em suas palavras: “Exatamente no ponto objeto das presentes reflexões – eleição e foro –, a sua prorrogação por convenção das partes, em matéria de competência interna, em razão do valor e do território, é prerrogativa incontestável e inafastável das partes, não se conhecendo interpretação doutrinária ou decisão judicial que negue efeitos ao disposto no art. 111 do CPC em se tratando de partes que, livre e conscientemente, em condições negociais equitativas (não havendo hipossuficiente a ser protegido) e em matéria de direitos patrimoniais disponíveis, hajam eleito, no território nacional, o foro de uma determinada Comarca para a solução de seus litígios. **E se tal regra se aplica a processos internos, não se entende por que razão jurídica (não política ou ideológica) não se deva aplicar às relações jurídicas transnacionais, uma vez que, aqui, não se trata de uma regra positiva de atribuição de competência, em que seria compreensível uma distinção técnica entre competência interna e internacional, mas sim da enunciação de um princípio geral – que o foro estabelecido em razão do território é prorrogável**” (grifos nossos). (ALMEIDA, Ricardo Ramalho. “Breves reflexões sobre eleição de foro estrangeiro e a competência concorrente do Judiciário brasileiro”. In: RODAS, João Grandino (coord.). *Contratos internacionais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 313).

⁴⁴⁰ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 110.

Finalmente, vale mencionar que o próprio legislador autorizou a possibilidade de um foro estrangeiro decidir a controvérsia nas hipóteses do Art. 88. Nessas situações, é pacífico que caso a lide seja resolvida por tribunal estrangeiro, a sentença ali proferida poderá produzir efeitos no Brasil. Portanto, a própria lei brasileira admite a possibilidade de não atuação do Judiciário pátrio para dirimir as controvérsias nas situações elencadas no dispositivo. Nesta lógica, não procede a alegação de que a vontade das partes estaria interferindo nos limites da jurisdição brasileira estabelecidos em lei, pois é pacífico que o Art. 88 cuida de competência concorrente.

Inclusive, a análise da evolução legislativa acerca das regras de competência internacional nos leva a crer que a competência do Art. 88 pode ser afastada por vontade das partes. O Art. 15 da Introdução ao Código Civil de 1916 continha disposição clara, através do uso do advérbio “sempre”, no sentido de que a competência dos tribunais brasileiros deveria necessariamente ser exercida. Conforme salientado por Oscar Tenório, a supressão do advérbio “sempre” indica que “só não poderá haver exclusão da competência local nas hipóteses do artigo 89, mas nada impede que o réu abra mão da competência local nas hipóteses do artigo 88.”⁴⁴¹

Na mesma linha, Serpa Lopes ressalta que sendo possível a prorrogação tácita, em que a parte é acionada no exterior e não se opõe à jurisdição estrangeira, pelas mesmas razões deve-se aceitar a prorrogação expressa.⁴⁴² Isto é, admitindo o Brasil que outra jurisdição decida qualquer causa que se enquadre em uma das hipóteses do Art. 88 no caso de não haver acordo entre as partes, ainda com mais razão deve se admitir que jurisdição estrangeira conheça da ação se houver sido escolhida pelas partes.

3.3 A possibilidade de reconhecimento da cláusula de eleição de foro pelo direito brasileiro

Analisados os argumentos favoráveis e contrários à eleição do foro sob a perspectiva dos efeitos positivos e negativos do pacto, resta-nos definir o posicionamento mais acertado acerca da questão.

⁴⁴¹ TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*. 11ª ed. rev. e atual. por Jacob Dolinger. Vol. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976. p. 360.

⁴⁴² SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Comentário teórico e prático da Lei de Introdução ao Código Civil*. Vol. III. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho Editora, 1944. pp. 238-240.

3.3.1 A compatibilidade da eleição de foro com o ordenamento jurídico brasileiro

Demonstramos até o momento que a doutrina diverge quanto à admissibilidade da cláusula de eleição de foro no direito brasileiro, quer seja para a hipótese de prorrogação, quanto para os casos de derrogação da jurisdição nacional. Analisados os argumentos favoráveis e contrários apresentados, concluímos que a eleição de foro em relações de caráter internacional é plenamente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

Primeiramente, há que se atentar que inexistente qualquer dispositivo legal que obste a eleição de foro estrangeiro. Portanto, as manifestações nesse sentido estão respaldadas em uma construção teórica, podendo ser rechaçadas mediante a apresentação de argumentos jurídicos em direção oposta, o que passamos a explicar.

Ao admitir a possibilidade de eleição de foro no exterior não estão compreendidas as causas que envolvam qualquer elemento de contato com o nosso ordenamento previsto no Art. 89 do CPC. Nesses casos, não é aceita a atuação de qualquer outra jurisdição, sendo nula, portanto, eventual cláusula ajustada nesse sentido.⁴⁴³

Já nas hipóteses do art. 88, foi o próprio legislador que acolheu a competência paralela de jurisdição estrangeira para apreciar o conflito. É pacífico que a decisão proferida no exterior relativa a qualquer controvérsia que se enquadre no Art. 88 do CPC poderá, ao menos potencialmente, produzir efeitos no Brasil, após a devida homologação pelo STJ. Sendo assim, a alegação de que a norma do Art. 88 tem a natureza de observância obrigatória desconsidera a possibilidade indicada pelo próprio legislador de atuação de jurisdição estrangeira. Destaca-se, a esse respeito, comentário de Carmen Tiburcio:

“(...) o próprio legislador, ao distinguir as hipóteses de competência concorrente (previstas no art. 88 do CPC) das de competência exclusiva (art. 89 do CPC), já admitiu que no primeiro caso as partes têm a opção de litigar internamente ou no exterior, sendo portanto possível a eleição de foro estrangeiro em tais hipóteses, como foi oportunamente exposto. As partes, assim, não estão derogando as normas sobre competência, pois o próprio legislador admitiu essa possibilidade.

Ademais, sendo possível a homologação de sentenças estrangeiras nas hipóteses do art. 88 do CPC, já se admite que as partes excluam a jurisdição nacional naqueles casos e recorram ao

⁴⁴³ No mesmo sentido, Hélio Tornaghi: “(...) enquanto a competência *não-exclusiva* admite o *pactum de foro prorrogando*, isto é, a escolha do foro pelas partes, a *exclusiva* com ele não se compadece.” (TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. I. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1974. p. 307).

judiciário estrangeiro. Parece não haver sentido em se homologar sentenças estrangeiras e se recusar a reconhecer a eleição do foro estrangeiro nas mesmas hipóteses.”⁴⁴⁴

Outrossim, não há que se dizer que o Art. 88 consiste em uma norma relativa à ordem pública brasileira, considerando que o país já admitiu expressamente a eleição de foro no Código Bustamante⁴⁴⁵ e, no âmbito do Mercosul, no Protocolo de Buenos Aires.⁴⁴⁶

A possibilidade de escolha da jurisdição pelas partes, em ambos os diplomas internacionais, é sujeita à observância de requisitos específicos. Não obstante, é fato que a autonomia da vontade na escolha do foro foi reconhecida pelo direito brasileiro, ainda que se argumente que essa possibilidade restringe-se aos Estados que ratificaram os referidos tratados internacionais.

Se o Brasil admite a eleição de foro nas relações mantidas com alguns países, essa postura evidencia que a sua ordem pública não está sendo violada em decorrência dessa aceitação. Caso contrário, a impossibilidade de reconhecimento da eleição de foro deveria ser a regra geral, não sendo possível excepcioná-la em nenhuma hipótese. Por conseguinte, inferimos que não pode haver a relativização do conceito de ordem pública brasileira, de modo que para alguns Estados seja admitida a eleição de foro estrangeiro, enquanto para outros o mesmo pacto seja considerado como sendo contrário ao nosso ordenamento jurídico.

Cabe ainda a argumentação de que nos contratos internos, a jurisprudência admite a eleição de foro em razão do território, conforme Art. 111 do CPC, já tendo sido a matéria inclusive sumulada pelo Supremo Tribunal Federal (Súmula 335).

Oscar Tenório leciona que as regras acerca da competência internacional brasileira estão situadas no mesmo plano das regras da competência interna, não obstante alocadas em capítulos diferentes do CPC.⁴⁴⁷ Portanto, do mesmo modo que é possível que haja alterações na competência em razão do território em âmbito interno, a vontade das partes pode atuar na

⁴⁴⁴ TIBURCIO, Carmen. “A eleição de foro estrangeiro e o judiciário brasileiro”. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. nº 21. pp. 108-109.

⁴⁴⁵ Haroldo Valladão, ao analisar o reconhecimento da eleição de foro em âmbito convencional, destaca: “No direito convencional o foro de eleição e a prorrogação foram adotados, com grande ênfase, no Código de Havana (Bustamante) de 1928, colocando-os no primeiro texto do Título Segundo, Da Competência, do Livro 4º, Dir. Proc. Internac., art. 318 (...) Representa diretriz amplíssima, inédita, abrangendo até as ações de estado e família, só com a restrição de uma das partes ser nacional ou domiciliada no Estado do Juízo, salvo o direito local do mesmo Estado.” (VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado - em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados americanos*. Vol. III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978. p. 138). V. comentários ao Código Bustamante no Capítulo 2, item 2.3.1. acima.

⁴⁴⁶ Destaca-se: “El aspecto más importante del Protocolo es el alcance amplio que otorga a la autonomía de la voluntad, permitiendo pactar los tribunales que entenderán en los litigios que surjan de contratos internacionales.” (KLOR, Adriana Dreyzin de; MARTINOLI, Amalia Uiondo de; TAQUELA, María Blanca Noodt. “Dimensiones convencional e institucional de los sistemas de jurisdicción de los Estados mercosureños”. In: ARROYO, Diego P. Fernández (coord.). *Derecho Internacional Privado de Los Estados del Mercosur*. Buenos Aires: Zavalia Editor, 2003. p. 189). V. comentários ao Protocolo de Buenos Aires no Capítulo 2, item 2.3.3 acima.

⁴⁴⁷ Conforme TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*. 11ª ed. rev. e atual. por Jacob Dolinger. Vol. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976. p. 360.

seara internacional. A lógica permanece a mesma, o foro estabelecido em razão do território é prorrogável.⁴⁴⁸

Não há que se alegar que a prorrogação em nível internacional estaria vedada sob a justificativa de que o interesse do Estado brasileiro estaria colidindo com o interesse de outro Estado soberano. Na realidade, tendo em vista que o objetivo maior do exercício da atividade jurisdicional consiste na pacificação do conflito, para a justiça brasileira é indiferente que a estabilidade seja restaurada por decisão proferida no país ou no exterior. Deve-se garantir às partes liberdade para escolher o território em que irão exercer o seu direito de ação.

Esse é um aspecto de suma importância, e que merece ser ressaltado uma vez mais nesta dissertação. O princípio da autonomia da vontade consagrou-se como um dos pilares do direito internacional privado contemporâneo e deve ser reconhecido pelo Brasil perante a comunidade internacional. De acordo com esse princípio, além da possibilidade de escolha da lei aplicável, é assegurada às partes liberdade para escolherem o foro que irá resolver o litígio, devendo essa escolha ser reconhecida pelos demais tribunais, que devem se abster de julgar a causa. A possibilidade de escolha do foro já é uma realidade na maioria dos países desenvolvidos, conforme foi relatado nos Capítulos 1 e 2.

Neste contexto, o exemplo do direito comparado deveria inspirar o juiz brasileiro, na medida em que se a melhor solução foi encontrada por outros ordenamentos jurídicos, o mesmo entendimento deveria ser internalizado.⁴⁴⁹

Ainda em favor da possibilidade da eleição de foro no plano internacional, menciona-se o amplo reconhecimento, no Brasil, da autonomia da vontade na arbitragem. A opção pela via arbitral, além de permitir que a decisão seja proferida em território estrangeiro, subtrai do Judiciário a apreciação da causa, sendo o conflito dirimido por um ou mais particulares (árbitros) designados para aquele caso específico.

Considera-se que não fere o ordenamento brasileiro o fato de o conflito ser decidido no exterior, ainda que potencialmente a controvérsia seja enquadrada em uma das hipóteses de competência concorrente dos tribunais nacionais. Havendo cláusula compromissória, é

⁴⁴⁸ No mesmo sentido, ALMEIDA, Ricardo Ramalho. “Breves reflexões sobre eleição de foro estrangeiro e a competência concorrente do Judiciário brasileiro”. In: RODAS, João Grandino (coord.). *Contratos internacionais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 313 e BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 110.

⁴⁴⁹ Neste sentido, destaca-se lição da Marilda Rosado de Sá Ribeiro: “A busca pela melhor solução através do Direito Comparado surge com base na melhor solução estrangeira. Para tanto observam-se os movimentos unificadores e harmonizadores nos sistemas jurídicos no âmbito dos blocos regionais. Tais tendências caminham no sentido de facilitar os negócios internacionais, evitando os riscos de se aplicar um Direito Internacional Privado e regras substantivas estrangeiras, reduzindo as armadilhas legais do comércio internacional. Assim, diminuem-se as dificuldades tanto para o empresário que planeja um empreendimento quanto para o juiz que irá resolver as eventuais controvérsias”. (RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. “Importância do direito comparado”. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (orgs.). *O direito internacional contemporâneo - Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 687).

admitido que o juiz eventualmente acionado julgue extinto o processo sem julgamento do mérito, com fundamento no Art. 267, VII do CPC. Certamente, autorizar a resolução do conflito pela via privada é sensivelmente mais delicado do que a apreciação da causa por tribunal estrangeiro.⁴⁵⁰

Na seara arbitral, vale mencionar que uma vez definida a sede da arbitragem, o juízo daquele local passa a ser competente para interferir no procedimento, se for o caso, por exemplo, através da concessão de medidas cautelares ou quando da revisão da validade do laudo. Assim, em sede de arbitragem internacional, a Justiça brasileira reconhece o processamento em foro estrangeiro de causas que apresentem algum elemento de contato previsto no Art. 88 do CPC.⁴⁵¹ Logo, por via oblíqua, admite-se a autonomia da vontade para escolha de foro estrangeiro.⁴⁵²

Enquanto a inserção da cláusula de eleição de foro em contratos internacionais não oferecer a mesma segurança jurídica e previsibilidade da cláusula compromissória, continuarão as partes a optar pela arbitragem como meio de resolução de conflitos, já que nesse caso a autonomia da vontade é reconhecida de forma ampla.⁴⁵³

Adicionalmente, conforme destacado por Vera Maria Barrera Jatahy, a possibilidade de escolha de foro, sempre que livremente manifestada, encontra amparo no preceito constitucional contido no Art. 5º, II, que dispõe que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.⁴⁵⁴ Desta forma, entende-se que esse preceito

⁴⁵⁰ Confira-se o que afirma Rodrigo Garcia da Fonseca: “A Lei 9.307/96 não estabelece qualquer limitação quanto à possibilidade de pactuação de cláusula compromissória que remeta a solução de um eventual litígio para uma arbitragem a se desenvolver no exterior. (...) Na prática, os Tribunais pátrios vêm aplicando a regra na forma em que editada, sem qualquer diferenciação entre aquelas que se referem a arbitragens no Brasil e as que dizem respeito a arbitragens no exterior. Esta regra, por sinal, é a maior expressão do chamado efeito negativo da convenção de arbitragem, ou seja, a sua aptidão a impedir o conhecimento da lide por órgão do Poder Judiciário, afastado este justamente pela vontade das partes. Já há exemplos de casos em que, não obstante estivessem envolvidas partes brasileiras, ou se discutissem obrigações a serem aqui cumpridas, os Tribunais garantiram a realização das arbitragens no exterior. Quando a legislação quis exigir a realização da arbitragem exclusivamente no Brasil, o fez expressamente, como na recente Lei das PPPs.” (FONSECA, Rodrigo Garcia da. “Competência internacional. Competência concorrente da justiça brasileira. Diferenças entre a cláusula de eleição de foro e a cláusula compromissória na lei e na jurisprudência”. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. n° 7. pp. 233-234).

⁴⁵¹ DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 253.

⁴⁵² Essa incoerência é exemplificada por Carmen Tiburcio: “(...) admite-se a arbitragem com sede na França e implicitamente admite-se que o Judiciário francês seja o único competente para apreciar, por exemplo, a anulabilidade do laudo. Assim, caso a Justiça brasileira seja instada a agir, deverá se abster de fazê-lo. Nada obstante, se as partes escolherem o Judiciário francês para julgar a controvérsia, mediante uma cláusula de eleição, isso pode não ser admitido, a prevalecer a orientação refratária à eleição de foro.” (TIBURCIO, Carmen. “A eleição de foro estrangeiro e o judiciário brasileiro”. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. n° 21. pp. 110-111).

⁴⁵³ Ver item 1.4 do Capítulo 1 acima.

⁴⁵⁴ JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do conflito de jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. pp. 185-188.

fundamental não pode ser contrariado em razão de um posicionamento excessivamente protecionista dos tribunais brasileiros, sem qualquer fulcro legal.⁴⁵⁵

Ricardo Ramalho Almeida, em interessante análise da cláusula de eleição de foro, informa que quando as partes convencionam que determinada jurisdição será competente para apreciar a controvérsia, o desrespeito a esse pacto consiste em um verdadeiro ilícito contratual. Diante do inadimplemento da cláusula, o juiz deve declinar de sua competência, não em razão do fato de as partes terem modificado uma norma de competência internacional que lhe fora reconhecida pelo direito interno, mas sim em observância a interesses estritamente privados: a autonomia privada, o princípio *pacta sunt servanda* e a boa-fé.⁴⁵⁶ Nessa perspectiva, a avença sobre o foro é perfeitamente válida, pois não tem o condão de tornar outras jurisdições incompetentes, e sim apenas reflete uma obrigação contratual perfeitamente válida.

Esse é indiscutivelmente mais um argumento que reforça a necessidade de reconhecimento da eleição de foro. Esse pacto, validamente assumido com apoio na liberdade de contratar, reflete a vontade das partes e as vincula, tornando-se um compromisso contratual que deve ser observado. O princípio da obrigatoriedade dos pactos (*pacta sunt servanda*), pelo qual adquire o contrato força de lei entre as partes, exterioriza a noção da força cogente dos contratos.⁴⁵⁷ Nesta lógica, o compromisso acerca do foro consiste em um verdadeiro acordo de vontade das partes, e que deve ser respeitado.

Quanto às consequências do desrespeito ao *pacta sunt servanda*, Lauro Gama Junior já alertou que o posicionamento brasileiro contrário ao reconhecimento da eleição de foro gera sérios efeitos negativos perante a comunidade internacional. Para Lauro Gama, os indivíduos e empresas devem ser responsabilizados por suas próprias escolhas, devendo ser eliminado o fardo estatista e paternalista que entrava o crescimento nacional. A não aceitação da eleição de foro pela Justiça brasileira onera o custo Brasil, na medida em que gera desconfiança quanto ao descumprimento do contrato.⁴⁵⁸

Em vista de todos os argumentos mencionados supra, partilhamos da posição defendida pela maioria da doutrina brasileira, favorável à eleição de foro, como Agostinho

⁴⁵⁵ Na mesma linha, v. artigo publicado por Lauro Gama Junior no *Valor Econômico* em 23/10/08 sob o título: “A escolha do foro estrangeiro em contratos”.

⁴⁵⁶ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. “Breves reflexões sobre eleição de foro estrangeiro e a competência concorrente do Judiciário brasileiro”. In: RODAS, João Grandino (coord.). *Contratos internacionais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 311.

⁴⁵⁷ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; BODIN DE MORAES, Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 5-8; e PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. III - Contratos. 13ª edição rev. e atual. por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2009. pp. 13-15.

⁴⁵⁸ V. artigo publicado por Lauro Gama Junior no *Valor Econômico* em 23/10/08 sob o título: “A escolha do foro estrangeiro em contratos”.

Fernandes Dias da Silva⁴⁵⁹, Amilcar de Castro⁴⁶⁰, Arruda Alvim⁴⁶¹, Beat Walter Rechsteiner⁴⁶², Cândido Rangel Dinamarco⁴⁶³, Carmen Tiburcio⁴⁶⁴, Donaldo Armelin⁴⁶⁵, Haroldo Valladão⁴⁶⁶, Hee Moon Jo⁴⁶⁷, Hélio Tornaghi⁴⁶⁸, Irineu Strenger⁴⁶⁹, José Inácio Gonzaga Fransceschini⁴⁷⁰, Lauro Gama Jr.⁴⁷¹, Luiz Olavo Baptista⁴⁷², Marcelo De Nardi⁴⁷³, Maria Helena Diniz⁴⁷⁴, Nadia de Araujo⁴⁷⁵, Oscar Tenório⁴⁷⁶, Osiris Rocha⁴⁷⁷, Ricardo Ramalho Almeida⁴⁷⁸, Serpa Lopes⁴⁷⁹, Vera Maria Barrera Jatahy⁴⁸⁰, Wilson de Souza Campos Batalha⁴⁸¹.

Não obstante, é preciso ter em mente que caso as partes tenham elegido foro no exterior, mas a ação seja proposta no Brasil, o juiz nacional não deve se declarar de ofício

⁴⁵⁹ SILVA, Agustinho Fernandes Dias da. *A competência judiciária no Direito Internacional Privado Brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965. p. 62.

⁴⁶⁰ CASTRO, Amilcar de. *Direito internacional privado*. 6ª ed. atual. com notas de rodapé por Carolina Cardoso Guimarães Lisboa. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 463.

⁴⁶¹ ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. I – parte geral. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. nº 80, p. 311.

⁴⁶² RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado – Teoria e prática*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 269-270.

⁴⁶³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. item 145, pp. 353-355.

⁴⁶⁴ TIBURCIO, Carmen. “A eleição de foro estrangeiro e o judiciário brasileiro”. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. nº 21. pp. 108-113 e TIBURCIO, Carmen. “Comentários ao Recurso Especial nº 251.438: três temas de processo internacional.” *In: Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 85-87.

⁴⁶⁵ ARMELIN, Donaldo. “Competência internacional”. *Revista de Processo*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1976. nº 2, p. 148.

⁴⁶⁶ VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado – introdução e parte geral*. 5ª ed. 1980, pp. 370-371.

⁴⁶⁷ JO, Hee Moon. *Moderno direito internacional privado*. São Paulo: LTr, 2001. p. 307.

⁴⁶⁸ TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. I. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1974. p. 307.

⁴⁶⁹ STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 277.

⁴⁷⁰ FRANCESCINI, José Inácio Gonzaga. “A lei e o foro de eleição em tema de contratos internacionais”. *In: RODAS, João Grandino (coord.). Contratos internacionais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 101.

⁴⁷¹ V. artigo publicado por Lauro Gama Junior no *Valor Econômico* em 23/10/08 sob o título: “A escolha do foro estrangeiro em contratos”.

⁴⁷² BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 110.

⁴⁷³ DE NARDI, Marcelo. “Eleição de foro em contratos internacionais: uma visão brasileira”. *In: RODAS, João Grandino (coord.). Contratos internacionais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 146.

⁴⁷⁴ DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 386.

⁴⁷⁵ ARAUJO, Nadia de. “A Jurisprudência Brasileira sobre Contratos Internacionais: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro”. *In: Contratos internacionais: autonomia da vontade, MERCOSUL e convenções internacionais*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 283 e ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. pp. 384-388.

⁴⁷⁶ TENÓRIO, Oscar. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955. p. 394 e TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*. 11ª ed. rev. e atual. por Jacob Dolinger. Vol. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976. pp. 359-363.

⁴⁷⁷ ROCHA, Osiris. *Curso de Direito Internacional Privado*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 161.

⁴⁷⁸ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. “Breves reflexões sobre eleição de foro estrangeiro e a competência concorrente do Judiciário brasileiro”. *In: RODAS, João Grandino (coord.). Contratos internacionais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 316.

⁴⁷⁹ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Comentário teórico e prático da Lei de Introdução ao Código Civil*. Vol. III. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho Editora, 1944. pp. 235-240.

⁴⁸⁰ JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do conflito de jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. pp. 185-188.

⁴⁸¹ BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito internacional privado*. 2ª ed. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 386.

incompetente. Isto é, a cláusula de eleição de foro não prevalece de forma absoluta e inalterável. Sendo hipótese de competência concorrente, é possível que o réu aceite a jurisdição brasileira, o que equivale a uma espécie de novo pacto acerca do tribunal. Neste caso, não prevalece o foro acordado anteriormente.⁴⁸²

3.3.2 Limites ao reconhecimento da eleição de foro

Vimos que a cláusula de eleição de foro é plenamente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro e deve ser observada pelos nossos tribunais para fins de determinação das hipóteses de movimentação da justiça nacional. Todavia, há que se atentar que a possibilidade de reconhecimento da prorrogação ou derrogação da jurisdição brasileira mediante acordo das partes deve necessariamente submeter-se a certos limites. As limitações aqui descritas referem-se, sobretudo, às hipóteses em que as partes visam afastar o exercício da atividade jurisdicional brasileira.

O primeiro limite a ser observado consiste na verificação da validade do acordo. A escolha do foro, tal como qualquer outra obrigação, deve corresponder a uma manifestação de vontade livremente assumida, e que não seja viciada por erro, dolo, coação, estado de perigo, ou lesão.

Sendo constatado que o compromisso não foi acordado de forma livre, e havendo objeção nesse sentido oposta pela parte prejudicada, deverá a cláusula ser reputada como se não houvesse sido pactuada, sendo seus efeitos desconsiderados pelos tribunais nacionais. Caso o vício não seja absoluto, a não objeção da parte acionada pode ser interpretada como uma aquiescência com relação ao foro acionado.

No que concerne ao aspecto da livre manifestação de vontade, merece especial atenção situações em que uma das partes é considerada mais frágil na relação assumida, merecendo,

⁴⁸² A esse respeito, o Protocolo de Buenos Aires dispõe no Art. 6 que: “Eleita ou não a jurisdição, considerar-se-á esta prorrogada em favor do Estado Parte onde seja proposta a ação quando o demandado, depois de interposta esta, a admita voluntariamente, de forma positiva e não ficta”. No mesmo sentido, Marcelo De Nardi: “o ajuizamento de ação em foro diverso do eleito, concorrentemente competente com aquele, não implica incompetência, salvo se a parte demandada suscitar a pertinente exceção, pretendendo fazer valer a avença previamente firmada. Convindo a parte demandada, prorroga-se a competência, equivalendo a submissão a nova convenção sobre o foro”(DE NARDI, Marcelo. “Eleição de foro em contratos internacionais: uma visão brasileira”. In: RODAS, João Grandino (coord.). *Contratos internacionais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 189). E ainda JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do conflito de jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 173.

por essa razão, singular proteção jurídica.⁴⁸³ É o caso das contratações envolvendo trabalhadores e consumidores, em que se questiona se o foro eventualmente eleito deveria prevalecer.⁴⁸⁴

Em relação aos contratos de trabalho de caráter puramente interno, a matéria é regulada no Art. 651 da Consolidação das Leis de Trabalho⁴⁸⁵, em que se estabelece a competência territorial da Justiça do Trabalho. Em tese, a competência territorial é relativa, mas a doutrina⁴⁸⁶ e a jurisprudência⁴⁸⁷ entendem que na realidade o Art. 651 da CLT trata-se de norma de ordem pública, e que não é passível de ser modificada pela vontade das partes.

⁴⁸³ Em tese, qualquer contrato pode apresentar um desequilíbrio entre as partes contratantes, todavia não são todos os contratos que não de receber uma tutela especial. Conforme sintetiza Fausto Pocar: “En fait, tout contrat peut présenter un déséquilibre entre les parties: en effet l’une d’elles peut se trouver dans une certaine situation de faiblesse envers l’autre au moment de la stipulation, elle peut par exemple se trouver dans la nécessité de stipuler le contrat pour des motifs personnels, tandis que l’autre peut être libre de contracter ou non et peut en profiter pour conclure un contrat plus avantageux. Mais faut-il que des mesures de protection interviennent dans toute situation de ce genre? La réponse ne peut être que négative. Dire autrement n’impliquerait pas seulement un affaiblissement de la fonction contractuelle du contrat, mais signifierait, en pratique, éliminer le contrat même et sa fonction dans la vie juridique, qui consiste, justement, dans une réglementation des intérêts des parties impliquant que chacune d’elles puisse tirer du contrat le maximum d’utilité.” (POCAR, Fausto. *La protection de la partie faible en droit international privé*. Recueil des Cours, vol. 188 (1984-V) pp. 362-363).

⁴⁸⁴ Como explica Peter Nygh com relação à autonomia na escolha da lei, é inegável que existe uma tensão entre a plena liberdade e a necessidade de se proteger a parte mais fraca. Embora em tese nenhuma concessão devesse ser feita em prejuízo da absoluta autonomia, fato é que algumas partes negociam em condições desvantajosas, e merecem uma proteção especial. Transcreve-se: “It cannot be denied that there is a tension between the principle of autonomy in the choice of the law applicable to the contract and the desire to protect the ‘weaker party’. According to the classical approach, no concession should be made. Although the principle of freedom of contract of necessity implies the existence of an actual freedom to determine the terms and conditions of the contract, the classical model, generally speaking, ignored the social and economic pressures that might induce a party to agree to disadvantageous terms in the course of bargaining.” (NYGH, Peter. *Autonomy in international contracts*. Oxford University Press, 1999. p. 138). E mais à frente: “What we are dealing with are cases where a party, despite having a legal capacity to enter into transactions, is at inherent disadvantage vis-à-vis the other party because of gross disparity in bargaining power. This is the case of the household consumer vis-à-vis the corporate supplier of goods or services, or that of the individual employee vis-à-vis the employer.” (p. 143).

⁴⁸⁵ “Art. 651 - A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento é determinada pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutra local ou no estrangeiro. § 1º - Quando for parte de dissídio agente ou viajante comercial, a competência será da Junta da localidade em que a empresa tenha agência ou filial e a esta o empregado esteja subordinado e, na falta, será competente a Junta da localização em que o empregado tenha domicílio ou a localidade mais próxima. § 2º - A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento, estabelecida neste artigo, estende-se aos dissídios ocorridos em agência ou filial no estrangeiro, desde que o empregado seja brasileiro e não haja convenção internacional dispondo em contrário. § 3º - Em se tratando de empregador que promova realização de atividades fora do lugar do contrato de trabalho, é assegurado ao empregado apresentar reclamação no foro da celebração do contrato ou no da prestação dos respectivos serviços.”

⁴⁸⁶ Conforme Carlos Henrique Bezerra Leite: “Nos domínios do processo do trabalho não é facultado às partes da relação empregatícia instituir cláusula prevendo foro de eleição, pois as regras de competência da Justiça do Trabalho são de ordem pública e, portanto, inderrogáveis pela vontade das partes. A omissão do texto obreiro não é condição suficiente para a aplicação subsidiária do processo civil, tendo em vista a incompatibilidade do instituto do foro de eleição, seja nos dissídios individuais, seja nos dissídios coletivos de trabalho.” (LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. p. 161. No mesmo sentido, Amauri Mascaro Nascimento: “O foro de eleição, isto é, o escolhido pelas partes num contrato escrito, comum no direito civil, não é admitido nos contratos de trabalho. A sua admissibilidade redundaria em problemas de difícil solução, dada a hipossuficiência do trabalhador. (...) Entende-se, portanto, não escrita cláusula de contrato individual de trabalho estabelecendo foro de eleição.” (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009). E ainda CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 33ª ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 511.

⁴⁸⁷ Confira-se Processo n.º 20050644089, TRT 2ª Região, Rel. Sérgio Pinto Martins, j. 14/09/2005, ementa: “Competência em razão do lugar. Foro de eleição. No processo do trabalho, não se admite o foro de eleição, pois caso assim se procedesse haveria impossibilidade de o empregado locomover-se para Manaus, onde teria sido eleito o foro de eleição, inviabilizando o direito de ação do obreiro. É portanto, uma medida de proteção ao operário. É considerada não escrita a cláusula no contrato de trabalho que estabeleça foro de eleição. A regra a respeito da competência no processo do trabalho é a estabelecida no art. 651 da CLT e seus parágrafos, inexistindo foro de eleição. Não há omissão na CLT para se aplicar o CPC. O art. 651 da CLT é, portanto, uma norma de ordem pública” e Processo n.º 037713/2000, TRT 15ª Região, Rel. Levi Ceregado, j. 03/10/2000,

Nessa lógica, se nem mesmo em âmbito interno admite-se a eleição de foro, com muito mais razão entende-se que o pacto celebrado no sentido de afastar a atuação do Judiciário brasileiro dificilmente seria reconhecido.

Não obstante, pode-se dar notícia de um caso em que o STF admitiu ser possível que tribunal estrangeiro decidisse sobre ação trabalhista, em hipótese em que o próprio trabalhador, contratado para prestar serviços no Brasil, acionou empresa alemã no exterior (tribunal de Frankfurt).⁴⁸⁸ O Min. Rel. Oscar Corrêa entendeu que tendo em vista que o próprio empregado acionara justiça estrangeira, teria havido um acordo das partes quanto à competência da justiça alemã, e que merecia ser respeitado.⁴⁸⁹

Situação semelhante ocorre nas relações de consumo, em que o consumidor recebe um tratamento protetivo do Estado, inclusive por força de preceitos constitucionais.⁴⁹⁰ Nestes casos, em âmbito interno, entende-se que pelo Código de Defesa do Consumidor a eleição de foro é possível desde que ausente a excessividade do ônus que ela acarreta ao réu. Se a cláusula tiver sido devidamente negociada e o consumidor não seja caracterizado como hipossuficiente, não há que se considerar a cláusula como abusiva e, por conseguinte, nula.⁴⁹¹

Em relações internacionais, a lógica deveria permanecer a mesma, de modo que o fato da relação contratual caracterizar-se como sendo uma relação de consumo não necessariamente deveria tornar sem efeito um acordo quanto à escolha do foro, sobretudo se esta escolha não inviabiliza a defesa no juízo contratualmente eleito.⁴⁹²

ementa: “Foro de eleição - Justiça do Trabalho - Incompatibilidade - Conquanto não haja vedação expressa no Texto Celetizado, a eleição de foro revela-se incompatível com o processo trabalhista, na medida em que a orientação é facilitar o acesso do trabalhador ao órgão jurisdicional, considerando a sua hipossuficiência econômica - Inteligência do artigo 651 da CLT e seus parágrafos - Preliminar que ora se rejeita.”

⁴⁸⁸ Sentença Estrangeira nº 3.390, STF, Rel. Min. Oscar Corrêa, j. 03/10/1984.

⁴⁸⁹ Transcreve-se trecho da decisão: “Na verdade, foi o Requerido quem propôs a reclamação perante o foro alemão, não arguindo, obviamente, sua incompetência, que agora – competência territorial que é, como tal, derogável (art. 111 do CPC) – não pode recusar. Não há que cogitar, dessa forma, de ofensa à soberania nacional e à ordem pública – segundo argumento do Requerido – se a legislação brasileira não é convocada a dirimir a controvérsia e se as partes concordaram, quanto à competência da justiça alemã, que a decidiu.”

⁴⁹⁰ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”; e “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V - defesa do consumidor”.

⁴⁹¹ Essa situação é muito comum em contratos de elevado valor para aquisição de equipamentos médicos. Confira-se, a título exemplificativo, Conflito de Competência nº 53000, Rel. Min. Castro Filho, j. 17/04/2006; Conflito de Competência nº 40450, STJ, Rel. Min. Castro Filho, j. 26/05/2004; Agravo Regimental no Conflito de Competência nº 39914, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 24/03/2004.

⁴⁹² Fazemos referência à proposta de Convenção para a CIDIP VII, de Cláudia Lima Marques, que versa sobre a lei aplicável aos contratos com consumidores. A respeito, comenta Nadia de Araujo: “As soluções mais modernas para os consumidores não excluem totalmente a autonomia da vontade nos contratos em que eles forem partes. Essa eleição deve ter limites para garantir um nível adequado de proteção, pois, como parte mais fraca, o consumidor precisa de normas de DIPr diferenciadas. A análise da nossa jurisprudência demonstra que os juízes brasileiros tendem a ignorar o caráter internacional da relação jurídica, para aplicar apenas o CDC, como se viu no caso Panasonic.” (ARAÚJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 390).

Outra questão delicada refere-se à questão da validade da cláusula de eleição de foro inserta em contratos de adesão. Em contratos internos, essa avença não é por si nula de pleno direito. Desde que ausente a hipossuficiência da parte aderente e inexistente a inviabilização do acesso ao poder judiciário, deve prevalecer o foro de eleição. Porém, em hipóteses em que da sua obrigatoriedade resultar prejuízo à defesa dos interesses do aderente, deverá ser decretada a sua nulidade.⁴⁹³

Na seara internacional, verificamos que a jurisprudência ao identificar o contrato como sendo de adesão, considera haver motivo suficiente para justificar a negativa de efeitos da cláusula de eleição de foro.⁴⁹⁴ De fato, afastar a atuação da jurisdição brasileira por meio de um contrato que não reflita de forma inequívoca a manifestação de vontade da parte contratada e que possivelmente implicará em dificuldades para a parte aqui domiciliada em litigar no exterior, é uma questão delicada. Todavia, se verificado que efetivamente as partes não são hipossuficientes e que não fora inviabilizado o acesso ao Judiciário, entende-se que não haveria óbice à eleição de foro estrangeiro.

Além de livremente pactuada, sem que seja caracterizada pressão irresistível exercida por uma parte sobre a outra, a escolha do foro deve corresponder a um acordo celebrado de boa-fé, no melhor interesse contratual. Conforme destacado por Irineu Strenger, é indispensável que o consentimento das partes seja certo e isento de vício e que a cláusula estipule, cuidadosamente, os litígios submetidos ao tribunal designado.⁴⁹⁵

Uma das hipóteses em que provavelmente também não se deve admitir eleição de foro estrangeiro é quando houver regra de competência interna absoluta. Nesses casos, é possível que o interesse protegido pela regra de competência absoluta interna também se estenda ao plano internacional.

Os contratos administrativos que são regulados pela Lei nº 8.666/93 se regem pelos preceitos de direito público e exigem cláusula contratual em que conste que o foro da sede da Administração será competente para dirimir qualquer desavença contratual. Isto é, não se admite seja avençado foro diverso do brasileiro, mesmo quando a parte contratada seja

⁴⁹³ Confira-se Recurso Especial nº 1084291, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 05/05/2009 e Resp nº 1072911, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 16/12/2008.

⁴⁹⁴ STF, Recurso Extraordinário nº 34.606/DF. Rel. Min. Luiz Gallotti, j. 05/12/1957; TJRJ, Agravo de Instrumento nº 2001.002.07195, Rel. Des. Galdino Siqueira Netto, j. 10/10/2001; TJSP, Agravo de Instrumento nº 7228580-2, Rel. Des. Jovino de Sylos, j. 10/06/2008. Na doutrina, v. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Problemas relativos a litígios internacionais”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. nº 65. p. 149; e TIBURCIO, Carmen. “Comentários ao Recurso Especial nº 251.438: três temas de processo internacional.” *In: Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 109-110.

⁴⁹⁵ STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 277.

domiciliada no estrangeiro, conforme disposto no Art. 55, §2º da Lei nº 8666/93.⁴⁹⁶ Com fundamento na imperatividade das normas que regulam a competência jurisdicional e na indisponibilidade do interesse público não poderia a Administração eleger qualquer outro foro.

Não obstante, localizamos uma recente decisão do STJ, de âmbito interno, em que foi reconhecida a prevalência do foro eleito em contrato administrativo, sob a alegação de que a discussão envolvia competência relativa, e portanto derogável pela vontade das partes.⁴⁹⁷

O Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/86) expressa também uma regra de competência em seu Art. 10 que não pode ser objeto de disposição pelas partes – não é possível a exclusão da competência de foro do lugar do destino.⁴⁹⁸

Com relação aos contratos de fretamento de navio, alguns autores defendem que com fulcro no Art. 628 do Código Comercial Brasileiro⁴⁹⁹ (Lei nº 556/1850) não seria permitido às partes afastar a atuação do Judiciário brasileiro, uma vez que o contrato “há de ser determinado e julgado pelas regras estabelecidas neste Código”. No entanto, uma análise acurada do dispositivo nos conduz à conclusão de que o legislador referiu-se à lei aplicável e não ao foro competente para apreciar a causa.

Outro fator limitador à liberdade das partes quanto à escolha do foro consiste na necessária observância da ordem pública brasileira.⁵⁰⁰ Se o reconhecimento da avença quanto ao tribunal competente implicar em violação aos preceitos fundamentais de nosso ordenamento, é certo que o acordo não surtirá efeitos.⁵⁰¹

Exemplifica-se com a situação em que é celebrado acordo versando sobre uma das hipóteses do Art. 89 do CPC. Neste caso, sob pena de afronta à ordem pública brasileira, o

⁴⁹⁶ “Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: (...) § 2º Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei.”

⁴⁹⁷ Recurso Especial nº 1078962, Rel. Min. Luiz Fux, j. 04/03/2009.

⁴⁹⁸ “Art. 10. Não terão eficácia no Brasil, em matéria de transporte aéreo, quaisquer disposições de direito estrangeiro, cláusulas constantes de contrato, bilhete de passagem, conhecimento e outros documentos que: I - excluam a competência de foro do lugar de destino; II - visem à exoneração de responsabilidade do transportador, quando este Código não a admite; III - estabeleçam limites de responsabilidade inferiores aos estabelecidos neste Código (artigos 246, 257, 260, 262, 269 e 277).”

⁴⁹⁹ “Art. 628 - O contrato de fretamento de um navio estrangeiro exequível no Brasil, há de ser determinado e julgado pelas regras estabelecidas neste Código, quer tenha sido ajustado dentro do Império, quer em país estrangeiro.”

⁵⁰⁰ Veja-se SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Comentário teórico e prático da Lei de Introdução ao Código Civil*. Vol. III. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho Editora, 1944. pp. 239-240.

⁵⁰¹ É o que afirma Haroldo Valladão: “Observe-se sempre, porém, o limite clássico à autonomia das partes, que não lhes permite eleger ou prorrogar jurisdições estabelecidas com caráter de ordem pública. Aparece numa ordem publicada particularizada, declarada especificamente, quando o legislador, p.ex., estabelece certas hipóteses de competência com caráter de exclusividade.” (VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado - em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados americanos*. Vol. III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978. p. 137). Neste sentido, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Problemas relativos a litígios internacionais”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. nº 65. p. 149.

juiz nacional não deve se declarar incompetente para apreciar a causa, ainda que tenha sido eleito foro no exterior.

Alguns autores indicam que a fraude à lei consiste também em um elemento a ser considerado para fins de limitação à liberdade das partes.⁵⁰² A fraude à lei, na concisa definição de Jacob Dolinger, ocorre quando “o agente, artificialmente, altera o elemento de conexão que indicaria a lei aplicável.”⁵⁰³

Ao se admitir que as partes escolham o foro de sua conveniência, autoriza-se por consequência que seja alterado o elemento de conexão que irá definir a lei aplicável, uma vez que serão observadas as regras da *lex fori* a respeito. Assim, *e.g.*, caso seja afastado o foro brasileiro, e eleito o foro da Austrália, a lei aplicável pelo juiz australiano será definida a partir dos critérios estabelecidos no direito australiano. E não há que se falar em fraude à lei em decorrência da escolha, pois a alteração do elemento de conexão terá sido realizada por meio de um mecanismo autorizado pelo direito internacional privado. Portanto, entendemos que dificilmente será possível justificar o não reconhecimento da escolha do foro com base na verificação da fraude à lei.

Além desses fatores, a necessária caracterização da internacionalidade do contrato pode ser considerada para fins de produção de efeitos da cláusula de eleição de foro perante a jurisdição brasileira. Entende-se por contratos internacionais aqueles que estão vinculados potencialmente a mais de um sistema jurídico, de modo que, ao menos em tese, é cabível a aplicação de dois ou mais ordenamentos jurídicos para regular o acordo celebrado.⁵⁰⁴

Caso o contrato não apresente nenhum elemento que o conecte, ao menos potencialmente, a mais de um ordenamento jurídico, seria discutível se é possível às partes afastarem a atuação do Judiciário brasileiro.

⁵⁰² MORI, Celso Cintra; NASCIMENTO, Edsom Bueno. “A competência geral internacional do Brasil: competência legislativa e competência judiciária no Direito Brasileiro”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. n° 73. p. 86; DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 386.

⁵⁰³ DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado - parte geral*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 441. Na mesma linha, Wilson de Souza Campos Batalha define fraude à lei como sendo “a configuração artificial e maliciosa da circunstância reputada como elemento de conexão pela norma de direito internacional privado.” (BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito internacional privado*. 2. ed. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 246).

⁵⁰⁴ Nesse sentido é a definição elaborada por Nadia de Araujo: “O que define a internacionalidade de um contrato é a presença de um elemento que o ligue a dois ou mais ordenamentos jurídicos.” (ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 364). João Grandino Rodas esclarece que além do componente jurídico, por vezes exige-se que um contrato somente seja considerado internacional se for dotado de conotação econômica internacional: “Ressalta-se que o traço diferenciador entre um contrato internacional e um outro não internacional é justamente estar o primeiro potencialmente vinculado a mais de um sistema jurídico. Aventa-se por vezes, sob influência da jurisprudência francesa, a necessidade de se agregar outra característica. Além do elemento jurídico, haveria um outro, de conotação econômica: o contrato deveria ser de interesse da economia internacional, ou seja, ultrapassar os lindes de uma única economia nacional.” (RODAS, João Grandino. “Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais”. In: RODAS, João Grandino, coord. *Contratos internacionais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 19-65)

Outro fator consistiria na mínima relação entre o foro eleito e as partes ou à causa. É essa a opinião de José Inácio Gonzaga Franceschini, para quem necessariamente a escolha do foro deve vir acompanhada de conexão de caráter objetivo ou subjetivo. Admite que todos os elementos de conveniência conhecidos pelo CPC que indicam a competência *ratione loci* podem ser admitidos para fins de se conferir eficácia à cláusula de eleição de foro, a saber: (a) o local de domicílio ou residência do réu; (b) o local de cumprimento da obrigação; (c) o local da ocorrência do fato ou da prática do ato que der origem à ação; (d) o local da situação da agência, filial ou sucursal da pessoa jurídica; (e) o local de estada do réu cujo domicílio seja incerto ou desconhecido; (f) o local de domicílio ou residência do autor; (g) o local da capital da pessoa jurídica de direito público; e (h) o local da sede da pessoa jurídica ou o local onde a sociedade de fato exerça sua principal atividade.⁵⁰⁵

Enquanto não seja firmado com solidez no país o entendimento de que é possível às partes escolherem o foro competente para apreciar suas eventuais controvérsias, a discussão acerca dos exatos contornos em que se deve reconhecer a autonomia na escolha do foro é relegada a um segundo plano.

⁵⁰⁵ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. “A lei e o foro de eleição em tema de contratos internacionais”. In: RODAS, João Grandino (coord.). *Contratos internacionais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 117-118.

4 A ELEIÇÃO DE FORO NA PRÁTICA JUDICIÁRIA BRASILEIRA

4.1 O tratamento jurídico conferido à escolha de foro estrangeiro diante de ações propostas no exterior: análise de precedentes jurisprudenciais

Conforme exposto no Capítulo 3, o poder de dizer o direito é restrito ao sistema jurídico em que o Estado exerce jurisdição. Em decorrência dessa limitação da atividade jurisdicional, é comum em situações de caráter internacional que a efetividade da prestação da Justiça fique sujeita ao intercâmbio dos órgãos judiciais de diferentes países. É o que se chama de cooperação jurídica internacional, e compreende a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias.⁵⁰⁶

No Brasil, até a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 30/12/2004, o Supremo Tribunal Federal era competente para processar e julgar, originariamente, a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias. Atualmente, compete ao Superior Tribunal de Justiça decidir sobre essas matérias.⁵⁰⁷

Tanto o STF quanto o STJ já tiveram a oportunidade de enfrentar casos em que foi suscitada a necessidade de observância do foro eleito em pedidos de cooperação internacional. No entanto, a matéria é controversa, e há pouca certeza com relação ao que será decidido diante de um caso concreto.

⁵⁰⁶ Atualmente, admitem-se situações em que o intercâmbio não é feito diretamente entre autoridades judiciárias, mas sim através de autoridades administrativas. No Brasil, já se reconhece a cooperação por meio do auxílio direto, que consiste, em apertada síntese, na prestação da diligência solicitada pelo Estado estrangeiro por autoridade nacional como se o caso não tivesse qualquer relação com o exterior. A solicitação é endereçada à autoridade central brasileira, responsável por propor a ação, sendo o pedido analisado tal como o seria qualquer outra demanda nacional. Vale mencionar que o instrumento que regula, atualmente, o trâmite da homologação de sentença estrangeira e concessão de *exequatur* às cartas rogatórias é a Resolução nº 9 que dispõe no parágrafo único do Art. 7º sobre o reconhecimento do auxílio direto nos seguintes termos: “Os pedidos de cooperação jurídica internacional que tiverem por objeto atos que não ensejem juízo de delibação pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que denominados como carta rogatória, serão encaminhados ou devolvidos ao Ministério da Justiça para as providências necessárias ao cumprimento por auxílio direto.” O STJ, em diversas ocasiões, já admitiu a realização de diligências através do auxílio direto, como, por exemplo, na Carta Rogatória nº 3.248, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 26/05/2008; Carta Rogatória nº 1.969, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 18/12/2006; e Carta Rogatória nº 706, Rel. Min. Edson Vidigal, j. 22/08/2005. Sobre o assunto v. SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. “Cooperação jurídica internacional e auxílio direto”. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (orgs.). *O direito internacional contemporâneo - Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 797-809.

⁵⁰⁷ Até a entrada em vigor da EC nº 45, em 31/12/2004, competia ao STF processar e julgar, originariamente, “a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias, que podem ser conferidas pelo regimento interno a seu Presidente” (Art. 102, I, “h” da CF/88 – redação original). Esse dispositivo foi expressamente revogado pelo Art. 9º da EC nº 45, quando então foi atribuído ao STJ a competência originária para cuidar das ações relativas à homologação das sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias, mediante o acréscimo da alínea “i” ao inciso I do Art. 105 da CF/88.

Neste item, serão analisados os principais julgados relativos a ações propostas no exterior em que fora acordado entre as partes um foro específico para dirimir seus litígios. Adicionalmente, serão examinadas situações que ainda não foram objeto de julgamento no Brasil, mas que certamente devem integrar um estudo aprofundado sobre o tema.

É preciso ter em mente que tanto na ação de homologação de sentença estrangeira quanto no procedimento de carta rogatória, não cabe ao tribunal nacional apreciar o mérito do processo em trâmite no exterior.⁵⁰⁸ As matérias de defesa da parte interessada são limitadas aos preceitos básicos do ordenamento brasileiro, sobretudo com vistas a impossibilitar a ofensa à soberania ou à ordem pública.⁵⁰⁹

4.1.1 Cartas rogatórias

A carta rogatória é a medida judicial de cooperação internacional que tem por objetivo o cumprimento, em jurisdição estrangeira, de atos ou diligências necessários à movimentação do processo no foro acionado, tais como citações, intimações, inquirições de testemunhas, avaliações, exames etc.⁵¹⁰ O Brasil sempre reconheceu a prática do cumprimento de pedidos oriundos do estrangeiro via carta rogatória, independentemente de reciprocidade.⁵¹¹

⁵⁰⁸ Veja-se, por todas, no STF, Sentença Estrangeira Contestada nº 4.469, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/12/1993: “Não há como apreciar o pedido de homologação considerada matéria de fundo pertinente à própria demanda julgada.” E, no STJ, Sentença Estrangeira Contestada nº 3.035, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, j. 19/08/2009: “O mérito da sentença estrangeira não pode ser apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, pois o ato homologatório restringe-se à análise dos seus requisitos formais” e Sentença Estrangeira Contestada nº 651, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 16/09/2009.

⁵⁰⁹ O procedimento relativo às cartas rogatórias e sentenças estrangeiras ficou consagrado no STF como sendo de contenciosidade limitada, tendo em vista que enseja apenas a verificação de determinados requisitos fixados pelo ordenamento positivo nacional. Confira-se, a título exemplificativo, Sentença Estrangeira Contestada nº 5.093/EUA, Rel. Min. Celso de Mello, j. 08/02/1996.

⁵¹⁰ Segundo Pontes de Miranda, a “carta rogatória é o ato de solicitação do juiz de um Estado à justiça do outro, para que tenha efeitos no território estrangeiro algum ato seu, ou que algum ato se pratique, como parte da seqüência de atos que é o processo.” (MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo III: arts. 154 a 281*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 193). Até 2005, quando ainda era competente, o Supremo Tribunal Federal denegava o *exequatur* a cartas rogatórias de caráter executório, que são aquelas que contêm uma medida de caráter construtivo, tais como o arresto, sequestro, penhora, busca e apreensão de bens ou de menores, quebra de sigilo bancário, transferência de títulos ou bens, em virtude da partilha ou por outros motivos, dentre outras. Sob a alegação de que feriam a ordem pública ou a soberania nacional, a jurisprudência firmou entendimento no sentido de que tais medidas só poderiam ser cumpridas em território nacional se as sentenças que as houvesse determinado fossem homologadas através do procedimento de homologação de sentença estrangeira. A Resolução nº 9/2005, atendendo aos anseios da doutrina contemporânea, previu expressamente em seu Art. 7º que as cartas rogatórias podem ter por objeto atos decisórios ou não decisórios (leia-se, executórios ou não executórios). Desse modo, já se pode dar notícia de diversos precedentes no STJ acerca de concessão de *exequatur* a medidas de caráter executório. Por exemplo, Carta Rogatória nº 4.037, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 24/06/2009; Carta Rogatória nº 2.260, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 05/06/2007; Carta Rogatória nº 374, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 20/11/2006. Sobre o tema, v. TIBURCIO, Carmen. “As cartas rogatórias executórias no direito brasileiro no âmbito do Mercosul: jurisprudência recente.” In: *Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 159-190; MADRUGA FILHO, Antenor. “O Brasil e a Jurisprudência do STF na Idade Média da Cooperação Jurídica Internacional”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 13, nº 54, 2005, p. 291-311; ALMEIDA, Bruno Rodrigues de. “Cooperação Jurídica Internacional em perspectiva: análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros sobre a denegação do *exequatur* às cartas

As cartas rogatórias expedidas no Brasil para cumprimento no exterior são chamadas cartas rogatórias ativas⁵¹², enquanto que aquelas emanadas de autoridades estrangeiras e cumpridas no Brasil após a concessão do *exequatur* pelo STJ são as cartas rogatórias passivas. Neste item, cuidaremos apenas das cartas rogatórias passivas.

O procedimento de concessão de *exequatur* às cartas rogatórias é, atualmente, regulado pela Resolução nº 9/2005 do STJ. Quando da análise dos pedidos provenientes do exterior, não cabe ao STJ adentrar no mérito da medida rogada. Deve verificar apenas se a diligência solicitada ofende a soberania nacional ou a ordem pública e se foram observados os requisitos da Resolução nº 9/2005.⁵¹³

(i) *Análise da justiça da decisão estrangeira*

O precedente mais polêmico em matéria de eleição de foro consiste no **Agravo Regimental na Carta Rogatória 3.166**⁵¹⁴, proveniente do Uruguai, relatado pelo Min. Antônio Neder e julgado em 18/06/80. Tratava-se de solicitação feita pela Justiça de Montevideú, Uruguai, por meio de carta rogatória, para citação da Companhia Brasileira de Tratores, domiciliada em São Paulo.

A ação havia sido proposta no Uruguai por Agro Máquinas Charrua S.A., empresa uruguaia, sob a alegação de que era a única representante comercial da Companhia Brasileira de Tratores em certos departamentos do Uruguai, e que a empresa brasileira havia descumprido determinadas obrigações. A Charrua S.A. visava, portanto, ser ressarcida pelas perdas e danos sofridos em decorrência do

rogatórias passivas por ofensa à ordem pública, soberania nacional e os bons costumes”. Dissertação de Mestrado em Direito Internacional e Integração Econômica pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: UERJ, 2008.

⁵¹¹ Oscar Tenório assinala que: “Teoricamente, as rogatórias têm aceitação facultativa, a título de cortesia, ao contrário das precatórias. Mas a praxe, as leis e os tratados lhes asseguram o cumprimento, a par da própria cortesia internacional.” (TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*. 11ª ed. rev. e atual. por Jacob Dolinger. Vol. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976. p. 370).

⁵¹² Os requisitos das cartas rogatórias ativas constam do Art. 202 do Código de Processo Civil.

⁵¹³ Sobre a Resolução nº 9/2005 confira-se ARAUJO, Nadia de (coord.). *Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça: Comentários à Resolução n 9/2005*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. E sobre a análise de pedidos provenientes do exterior, confira-se no STJ: Agravo Regimental na Carta Rogatória nº 2.497/US, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 07/11/2007; Agravo Regimental na Carta Rogatória nº 733/IT, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 19/12/2005. No mesmo sentido no STF: Agravo Regimental na Carta Rogatória nº 10.849/EU, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 28/04/2004; Agravo Regimental na Carta Rogatória nº 9.194/AT, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 16/11/2000.

⁵¹⁴ Agravo Regimental na Carta Rogatória nº 3.166, Rel. Min. Antonio Neder, j. 18/06/1980. Ementa: “1. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, Art. 12. Código de Processo Civil, Art. 88, I e II. É competente a justiça brasileira para conhecer de ação judicial em que o réu se acha domiciliado no Brasil ou aqui houver de cumprir-se a obrigação. Caso em que o demandante tem domicílio no Uruguai e o réu é brasileiro domiciliado no Brasil, onde se deverá cumprir a obrigação questionada na demanda proposta no Uruguai. 2. Eleição de foro. **Se as partes, uma domiciliada no Uruguai, outra domiciliada no Brasil, contrataram que suas divergências pertinentes ao contrato a que se vincularam seriam solvidas no foro da comarca de São Paulo, Brasil, esse é o foro competente, e não o do Uruguai.** 3. Carta rogatória de citação do contratante brasileiro para responder, no Uruguai, e demanda que lhe foi acolá proposta pelo contratante uruguaio. 4. *Exequatur* inicialmente concedido e posteriormente revogado. 5. Agravo Regimental a que o STF nega provimento” (grifos nossos).

descumprimento contratual por parte da Companhia Brasileira de Tratores. O contrato em questão continha cláusula de eleição do foro de São Paulo.

O Supremo Tribunal Federal, à época competente para apreciar a matéria⁵¹⁵, em um primeiro momento, concedeu o *exequatur*. Posteriormente, em sede de Agravo Regimental, o Min. Rel. adentrou na justiça da decisão estrangeira, excedendo o limitado alcance do procedimento de *exequatur*, e julgou ser válida a cláusula de eleição de foro ajustada contratualmente entre as partes.

Aduziu que a parte aqui domiciliada não poderia ser citada para ação em curso no exterior, pois a jurisdição nacional seria a única competente para conhecer do litígio. E admitiu ser possível que o instrumento acerca da eleição do foro fosse apartado do contrato principal celebrado pelas partes, e até mesmo com data anterior.

A decisão do Min. Relator baseou-se no fato de o caso enquadrar-se nas hipóteses do Art. 12 da LICC e Art. 88 do CPC (réu domiciliado no Brasil e obrigação a ser cumprida no Brasil), o que impunha a competência da autoridade judiciária brasileira para conhecer da ação.

Ocorre que esses dispositivos tratam da competência concorrente brasileira, correspondem a hipóteses em que se admite a atuação de justiça estrangeira na solução do conflito. Assim, seria plenamente possível que o réu, aqui domiciliado, após ser devidamente citado, comparecesse perante a jurisdição uruguaia e ali se defendesse.

Trata-se de um grave equívoco a determinação, pelo STF, da incompetência de determinado juízo no âmbito de procedimento de carta rogatória, em se tratando de hipótese de competência concorrente. Se o próprio ordenamento pátrio admite que nas situações elencadas no Art. 88 a causa seja conhecida por jurisdição estrangeira, não cabe a interpretação de que a convenção entre as partes do foro brasileiro estabelece a competência exclusiva da justiça nacional.

Essa decisão foi alvo de severas críticas por parte da doutrina brasileira, merecendo destaque a seguinte passagem de artigo escrito por Marcelo De Nardi:

“A matéria é plenamente disponível, e o sistema processual nacional, por tudo o que aqui já se escreveu, admite claramente a competência estrangeira na matéria. Ainda que no Brasil se haja de cumprir a obrigação (inc. II do art. 88 do CPC), ainda que domiciliado no Brasil seja o réu (inc. I do art. 88 do CPC), a justiça estrangeira é concorrentemente competente para examinar as questões emergentes de contrato internacional. A decisão ora em exame, pois, negou a competência da justiça rogante, apesar de tanto ser admitido pela ordem jurídica nacional.”⁵¹⁶

⁵¹⁵ Art. 102, I, “h” da Constituição Federal de 88, redação original.

⁵¹⁶ DE NARDI, Marcelo. “Eleição de foro em contratos internacionais: uma visão brasileira”. In: RODAS, João Grandino (coord.). *Contratos internacionais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 178. Ver também ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. pp. 405-409.

A CR 3.166 é comumente citada nos textos doutrinários em razão do fato de a cláusula de eleição de foro brasileiro ter sido interpretada como indicação de competência exclusiva da justiça nacional. Certamente, esse não é o melhor entendimento acerca da matéria, pois não cabe ao tribunal nacional adentrar, em procedimento de carta rogatória, na análise da cláusula de eleição de foro já realizada por justiça estrangeira. Essa é uma matéria que embora não diretamente relacionada ao mérito do processo, certamente refere-se à justiça da decisão proferida no exterior. Inclusive, há que se levar em consideração que é plenamente possível a sujeição das partes a foro diverso do eleito, não cabendo ao tribunal brasileiro antecipar qualquer consideração a respeito.

Posteriormente, no **Agravo Regimental na CR 10.267/EU**⁵¹⁷, o Supremo decidiu, com melhor razão, que em se tratando de carta rogatória para citação de pessoa jurídica sediada no Brasil para responder a ação que tramita perante tribunal estrangeiro, o que se cumpre verificar é apenas se a citação, em si mesma, atenta ou não contra a ordem pública ou a soberania nacional. As questões relativas à competência que podem ser apreciadas para a concessão do *exequatur* dizem respeito única e exclusivamente à competência absoluta da Justiça brasileira (Art. 89 do CPC).

Neste precedente, foi assentado que a validade da cláusula de eleição de foro deve ser apreciada pela Justiça onde proposta a demanda, para que, se for o caso, decline de sua competência para o foro eleito. A recusa do citando em se submeter à jurisdição estrangeira não impede o cumprimento da carta, mas deve ser comunicada como simples registro ao tribunal onde tramita a demanda.⁵¹⁸

⁵¹⁷ Agravo Regimental na Carta Rogatória nº 10.267-2, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 29/05/2003. Ementa: “Carta rogatória. Citação. Óbice. Descabe acolher, como óbice ao cumprimento da carta rogatória, tema próprio à discussão no processo existente na Justiça rogante. Carta rogatória. Citação. **Eleição de foro. Os efeitos da eleição de foro devem ser dirimidos pela Justiça na qual proposta a ação, descabendo defini-los em carta rogatória cujo objetivo se faça restrito à citação.** Carta rogatória. Ilegitimidade ativa. Cláusula contratual. No Juízo da ação, hão de ser veiculadas as matérias de defesa, como é o caso da ilegitimidade da autora. Município. Secretaria. Citação. O fato de pedir-se a citação conjunta do Município e da Secretaria - no que esta não conta com personalidade jurídica - não prejudica a execução da carta rogatória, devendo ser cumprida no que direcionada ao Município. Jurisdição estrangeira. Recusa à submissão. Efeito. **A recusa dos interessados em se submeterem à jurisdição estrangeira revela-se como simples notícia, não sendo óbice ao cumprimento da carta rogatória, no que voltada ao conhecimento da ação proposta, à citação**” (grifos nossos).

⁵¹⁸ Não foi a primeira vez que o Supremo teve de enfrentar a alegação da parte interessada no Brasil de que a citação não poderia ser efetivada diante de sua recusa à submissão da jurisdição estrangeira. Confira-se, a título exemplificativo, ementa do Agravo Regimental na Carta Rogatória nº 4.920/AT, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 06/03/1991: “Carta rogatória. Citação. **Na carta rogatória, o fato de o citando recusar, expressamente, sua submissão ao Juízo rogante não obsta à concessão do ‘exequatur’ para a diligência rogada. A posição do réu, entretanto, pode ser noticiada ao Juízo rogante, anotando-se que tal atitude é amparada pela ordem jurídica brasileira.** Precedentes do STF, nas Cartas Rogatórias (AgRg) n.s 4450-Japão e 4707 (AgRg). **Não há, entretanto, extrair dessa última referência nenhuma antecipação de julgamento, quanto à homologação, ou não, da sentença estrangeira proferida sobre a mesma matéria.** Agravo regimental desprovido” (grifos nossos). No mesmo sentido, Agravo Regimental na Carta Rogatória nº 8.346/EU, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 16/11/2000 e Agravo Regimental na Carta Rogatória nº 9.734/UK, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 23/05/02. Esse entendimento é mantido pelo STJ, conforme Embargos de Declaração na Carta Rogatória nº 606, Rel. Min. Barros Monteiro,

Desse modo, foi deferida a execução da carta rogatória, e transmitida, como simples registro, a manifestação dos interessados relativamente à recusa de se submeterem à jurisdição estrangeira.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça, competente para conceder *exequatur* às cartas rogatórias desde janeiro de 2005, já decidiu que a alegação de incompetência da Justiça rogante por ser diversa do foro eleito pelas partes não deve ser examinada no cumprimento de cartas rogatórias.

Tanto nos **Embargos de Declaração na Carta Rogatória 807/EX**⁵¹⁹, como no **Agravo Regimental na Carta Rogatória 1.461/US**⁵²⁰ foi decidido que a análise acerca da eleição de foro contratual é questão a ser avaliada pelo juiz que irá decidir a causa, não podendo essa objeção ser apreciada no procedimento rogatório. A manifestação quanto à recusa de submissão à jurisdição estrangeira é possível, mas não obsta o cumprimento da medida rogada.

Infere-se, portanto, que não cabe examinar, no cumprimento de cartas rogatórias, a validade e eficácia da cláusula de eleição de foro contratual, pois esta questão deve ser objeto de decisão pela justiça rogante. Trata-se de matéria de defesa que deve ser deduzida no juízo em que proposta a ação, e apreciada exclusivamente pela Justiça a que a demanda está submetida.

(ii) *Competência exclusiva*

Não foi localizada nenhuma carta rogatória relacionada à hipótese de eleição de foro estrangeiro em matéria de competência exclusiva dos tribunais brasileiros. Todavia, não há

j. 07/02/2007. Os casos mencionados não versam sobre a hipótese de eleição de foro pelas partes, mas apenas de situações em que a Justiça brasileira tinha competência concorrente com a justiça estrangeira.

⁵¹⁹ Embargos de Declaração na Carta Rogatória nº 807, STJ, Rel. Min. Peçanha Martins, j. 02/08/2006. Ementa: “Carta rogatória. Agravo regimental. Ofensa à ordem pública e à soberania nacional. Inocorrência. **Foro de eleição. A questão relativa à eleição de foro é matéria de defesa e deve ser deduzida no juízo no qual proposta a ação.** A prática de ato de comunicação processual é plenamente admissível em carta rogatória. A simples citação do interessado para responder à ação na jurisdição alienígena, por si só, não apresenta qualquer situação de afronta à ordem pública ou à soberania nacional. **A manifestação quanto à recusa de submissão à jurisdição estrangeira é possível, mas não obsta o cumprimento do mandado de citação rogado** (precedentes do STF). Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, que fica improvido, consignando-se apenas a recusa da parte interessada a submeter-se à jurisdição estrangeira” (grifos nossos).

⁵²⁰ Agravo Regimental na Carta Rogatória nº 1461, STJ, Rel. Min. Peçanha Martins, j. 16/05/2007. Ementa: “Carta rogatória. Agravo regimental. Diligência rogada. Citação. Documentos que acompanham a inicial. Prejuízo à defesa, ofensa à ordem pública e soberania nacional. Inocorrência. **Eleição de foro. Questão a ser analisada pela justiça rogante.** Representação em juízo. Não se exige, tanto na legislação brasileira quanto na americana, que o ato citatório venha acompanhado de todos os documentos mencionados na petição inicial. Não há falar, desse modo, em violação dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. A prática de ato de comunicação processual é plenamente admissível em carta rogatória. A simples citação, por si só, não apresenta qualquer situação de afronta à ordem pública ou à soberania nacional, destinando-se, apenas, a dar conhecimento da ação em curso, permitindo a defesa da interessada. **A questão relativa à eleição de foro é matéria de defesa e deve ser deduzida no juízo em que proposta a ação.** O art. 12, inciso VIII, do CPC é dispositivo que se refere às demandas ajuizadas no Brasil. Agravo regimental improvido” (grifos nossos).

dúvidas de que nesse caso o *exequatur* não seria concedido, sob pena de afronta à soberania nacional.⁵²¹

Em se tratando de situação que caracteriza competência exclusiva brasileira, a autoridade judiciária nacional não admite que qualquer outra jurisdição conheça da causa. Por conseguinte, não deve cooperar na instrução de um processo que, de acordo com o ordenamento brasileiro, não deveria tramitar no exterior. A jurisprudência é pacífica no sentido de não conceder *exequatur* a medidas relacionadas a ações judiciais estrangeiras que competem exclusivamente à Justiça brasileira.⁵²²

(iii) *Autoridade rogante diversa daquela escolhida pelas partes*

Caso a medida rogada tenha sido emanada de um foro estrangeiro diverso daquele eleito pelas partes no exterior, ainda assim o Brasil deverá cumprir a diligência, desde que atendidos os pressupostos do nosso ordenamento para tal finalidade. Não sendo hipótese de

⁵²¹ Em diversas cartas rogatórias, a jurisprudência menciona que o artigo 88 versa sobre competência relativa, e não absoluta, razão pela qual o *exequatur* é deferido mesmo quando a hipótese se enquadra em uma das situações ali descritas. Considerando que o Art. 89 cuida de competência absoluta, infere-se que nesses casos o cumpra-se é sempre denegado, independentemente da vontade das partes no sentido de afastar a jurisdição brasileira. Confira-se Agravo Regimental na Carta Rogatória nº 10.686-0, STF, Rel. Min. Maurício Correa, j. 27/08/2003. No mesmo sentido, Athos Gusmão Carneiro: “Nos casos de competência exclusiva, se proposta ação perante um tribunal estrangeiro, a sentença que nela venha a ser proferida não poderá merecer homologação para cumprimento em nosso país, e também cartas rogatórias não merecerão *exequatur*.” (CARNEIRO, Athos Gusmão. “Competência internacional concorrente. Artigo 88 do CPC e o foro de eleição”. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. vol. 352. p. 41).

⁵²² Transcreve-se trecho da Carta Rogatória nº 8346/EU, STF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 14/04/1999: “(...) a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no exame do tema ora em análise, vem enfatizando ser necessário distinguir entre os casos de competência concorrente (CPC, art. 88), que admitem a instauração de processos também perante Tribunais estrangeiros, e os casos de competência exclusiva (CPC, art. 89), que se submetem, unicamente, à jurisdição dos magistrados brasileiros (...) Na realidade, e considerando os precedentes firmados por esta Suprema Corte, **o *exequatur* pode - e deve - ser denegado, quando a carta rogatória, oriunda de outro País, busca efetivar, no Brasil, a prática de atos de comunicação processual (como a citação) referentemente a processos, que, embora instaurados perante o Juízo rogante, versam matéria que o ordenamento positivo nacional quis submeter à competência absoluta da autoridade judiciária brasileira, ‘com exclusão de qualquer outra’, afastando, em consequência, nas hipóteses previstas no art. 89 do CPC, toda e qualquer possibilidade de exercício de jurisdição concorrente, por Tribunal estrangeiro**” (grifos nossos). E no âmbito do STJ, v. Carta Rogatória nº 507, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 19/05/2005: “O Juízo Nacional de 1ª Instância Comercial da 1ª Vara - Buenos Aires roga a realização da venda, em hasta pública, de imóvel localizado no Balneário Camburiú, em Santa Catarina. O Ministério Público federal opinou pela denegação do *exequatur*, nos seguintes termos: ‘O objeto da presente rogatória é a solicitação de venda de imóvel localizado no Brasil, no Balneário Camburiú, em Santa Catarina, em razão da ordem de liquidação de bens exarada pela Justiça argentina, no processo de falência de J.V.R. Ocorre que, segundo o disposto nos artigos 12, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, e 89 do Código de Processo Civil, **é hipótese de competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra, conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil; ou seja, o ordenamento positivo nacional quis submeter à competência absoluta da autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra, afastando, em consequência toda e qualquer possibilidade de exercício de jurisdição concorrente, por Tribunal estrangeiro, as ações sobre imóveis situados no Brasil, inclusive as ações de falência, como no caso dos autos.** Verifica-se, portanto, que o pedido rogatório atenta contra a ordem pública, motivo pelo qual o Ministério Público federal vem impugná-la (fls. 44/45). Com efeito, verificar-se que o objeto desta carta rogatória atenta contra a ordem pública, consoante restou assentado no parecer do Ministério Público federal. Ante o exposto, não concedo o *exequatur*” (grifos nossos).

competência exclusiva brasileira, a submissão da parte a qualquer outra jurisdição é plenamente possível e não há como antecipar o comportamento da parte domiciliada no país.

Não obstante, é aceitável que conste da decisão concessiva do *exequatur* a manifestação da parte aqui domiciliada quanto à recusa de submissão à jurisdição estrangeira. A recusa é comunicada como simples registro ao tribunal onde tramita a demanda, o que não obsta ao cumprimento da medida rogada.

Assim sendo, o mero cumprimento da diligência rogada não afronta a ordem pública ou a soberania nacional, pois objetiva dar conhecimento da ação ajuizada no exterior e permitir a apresentação de defesa pela interessada, ou então a simples instrução de processo no exterior.⁵²³

4.1.2 Sentenças Estrangeiras

A sentença estrangeira é o ato estrangeiro que, de acordo com o direito brasileiro, possui “conteúdo e efeitos típicos de sentença”⁵²⁴ ou “natureza de sentença”.⁵²⁵ Os requisitos indispensáveis para homologação de sentença estrangeira constam do Art. 5º da Resolução nº 9/2005 e são os seguintes: (i) haver sido proferida por autoridade competente; (ii) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia; (iii) ter transitado em julgado; e (iv) estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado no Brasil.

O Art. 6º complementa o dispositivo ao dispor que não será homologada sentença estrangeira (ou concedido *exequatur* a carta rogatória) que ofenda a soberania ou a ordem pública nacional.

⁵²³ No STJ, v. Agravo Regimental na Carta Rogatória nº 535/US, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 23/11/2006 e Agravo Regimental na Carta Rogatória nº 299/EX, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 30/06/2006.

⁵²⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V – Arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 64 e ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 314.

⁵²⁵ De acordo com o Art. 4º, §1º da Resolução nº 9/2005: “Serão homologados os provimentos não-judiciais que, pela lei brasileira, teriam natureza de sentença.” Daniel Gruenbaum propõe um critério de qualificação de sentença estrangeira que leve em conta a função exercida pelo reconhecimento de uma sentença estrangeira. Em sua visão, “se a função do reconhecimento é permitir que um ato jurisdicional estrangeiro produza seus efeitos e imponha a sua autoridade em outro sistema jurídico que não aquele de onde emana, então o exercício de poder jurisdicional pode ser o critério relevante para a qualificação do ato estrangeiro como sentença. A qualificação do ato deve, assim, passar pela seguinte análise: o órgão estrangeiro do qual emanou o ato que se quer ver reconhecido exerceu uma função que se possa caracterizar como jurisdicional?” (GRUENBAUM, Daniel. “O reconhecimento e a extensão da autoridade da sentença estrangeira”. Tese de Doutorado em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2009. pp. 60-61).

Esses requisitos devem ser verificados de forma cumulativa, de modo que a inobservância de qualquer um deles é suficiente para ensejar o indeferimento do pedido homologatório.⁵²⁶

(i) *Autoridade competente e competência exclusiva*

Com relação à observância do primeiro requisito para fins de homologação (sentença proferida por autoridade competente), o STF, quando competente, jamais adentrou no exame da competência especial da autoridade estrangeira segundo as normas do seu Estado de origem. O Supremo sempre se limitou ao exame da competência geral.⁵²⁷

Esse continua sendo o posicionamento do STJ, conforme se depreende da recente decisão proferida na Sentença Estrangeira 2.714, decidida em 28/10/2009.⁵²⁸ A análise restringe-se à verificação da matéria decidida alhures versar ou não sobre uma das hipóteses de competência exclusiva. Caso a ação não verse sobre qualquer matéria do Art. 89 do CPC, é

⁵²⁶ Confira-se Sentença Estrangeira Contestada nº 3.183/DE, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17/06/2009: “A sentença estrangeira, cumpridos os requisitos erigidos pelo art. 5º incisos I, II, III e IV da Resolução 09/STJ, revela-se apta à homologação perante o STJ.” No mesmo sentido, Sentença Estrangeira Contestada nº 3.661/GB, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 28/05/2009: “Presentes os requisitos indispensáveis à convalidação da sentença estrangeira, não havendo ofensa à soberania nacional ou à ordem pública, deve ser deferido o pedido de homologação.” E ainda: Sentença Estrangeira Contestada nº 843/EX, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 21/03/2007: “Sentença estrangeira contestada. Reconhecimento de herdeiro. Inventário e partilha. Competência exclusiva da jurisdição brasileira. Ausência de citação na justiça de origem. Requisitos indispensáveis não atendidos. Homologação indeferida. Não há que se deferir pedido de homologação de sentença estrangeira quando não atendidos os requisitos indispensáveis previstos nos arts. 5º e 6º da Resolução n. 9 do STJ. Homologação indeferida.”

⁵²⁷ Segundo Nadia de Araujo: “O STF nunca se imiscuiu na sistemática interna do país estrangeiro, e por isso verificava apenas se as regras atributivas de competência internacional daquele país permitiam que fosse ali julgada a causa. Não cuidava das regras específicas de competência interna.” (ARAÚJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 316). Para Barbosa Moreira: “É entendimento consolidado que basta reconhecer-se a competência da Justiça do Estado de origem no plano internacional. Não se preocupa o STF em verificar se, dentre os órgãos que compõem essa Justiça, era mesmo competente aquele que sentenciou, ou algum outro: na questão da competência interna, aceita-se o juízo do órgão estrangeiro, naturalmente guiado pelas regras do seu próprio ordenamento.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Problemas relativos a litígios internacionais”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. nº 65. p. 155). No mesmo sentido, José Inácio Gonzaga Franceschini: “Atualmente, porém, é interpretação predominante aquela segundo a qual o juiz de delibação deve restringir-se ao exame da competência geral, sem indagar da competência interna, que deve ser presumida.” (FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. “A lei e o foro de eleição em tema de contratos internacionais”. In: RODAS, João Grandino (coord.). *Contratos internacionais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 97). Confira-se no STF a Medida Cautelar na Reclamação nº 1.908/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 09/10/2001: “Cabe enfatizar, neste ponto, em face do que dispõe a regra inscrita no art. 102, I, ‘h’ da Constituição da República, que o alcance normativo desse preceito constitucional estende-se, unicamente, às sentenças emanadas de órgãos estatais estrangeiros, subordinadas, quanto à sua eficácia no Brasil, à exigência de prévia homologação por parte do Supremo Tribunal Federal. **O processo de homologação, desse modo, desempenha, perante o Supremo Tribunal Federal - que é o Tribunal do foro - uma função essencial na outorga de eficácia à sentença emanada de órgão público competente segundo as leis do Estado que a proferiu.** Esse processo homologatório, que se reveste de caráter constitutivo, faz instaurar uma situação de contenciosidade limitada” (grifos nossos). E ainda: Sentença Estrangeira Contestada nº 4.738/EU, Rel. Min. Celso de Mello, j. 24/11/1994. No âmbito do STJ, v. Sentença Estrangeira Contestada nº 1.300/US, Rel. Min. Denise Arruda, j. 20/05/2009: “Ressalta-se, inicialmente, que a sentença em questão foi proferida por autoridade competente, na medida em que os contratos inadimplidos foram celebrados nos Estados Unidos da América, de acordo com as leis vigentes naquele País, não se tratando, outrossim, de causa de competência exclusiva de autoridade judiciária brasileira.” E ainda Sentença Estrangeira Contestada nº 5.378/FR, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 03/02/2000.

⁵²⁸ Sentença Estrangeira nº 2.714, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 06/11/2009.

potencialmente possível a homologação da sentença estrangeira, desde que observados os requisitos dos Arts. 5º e 6º da Resolução nº 9/2005.⁵²⁹

Esse entendimento é pacífico tanto na jurisprudência quanto na doutrina, valendo menção a lição de Celso Agrícola Barbi:

“Nosso legislador, no art. 88, especificou causas em que a competência dos tribunais brasileiros é concorrente, isto é, elas podem ser julgadas também por tribunais estrangeiros. No art. 89, enumerou as causas em que a competência dos nossos tribunais é exclusiva. Naquela primeira modalidade, a sentença proferida em Estado estrangeiro é válida no Brasil (...). Mas se for caso de competência exclusiva, a sentença estrangeira não tem nenhum valor no nosso País.”⁵³⁰

Nas situações em que há eleição de foro estrangeiro, em nenhuma circunstância as partes podem afastar matéria de competência exclusiva dos tribunais nacionais. Se, por alguma razão, a questão for decidida no foro eleito e posteriormente a sentença seja objeto de ação de homologação, o resultado será o indeferimento do pleito.

(ii) *Submissão ao foro estrangeiro*

Além da necessária observância dos requisitos dos Arts. 5º e 6º da Resolução nº 9/2005 mencionados supra, há que se analisar se a homologação de sentença estrangeira é condicionada à submissão do requerido à jurisdição estrangeira.

O princípio da submissão, juntamente com o princípio da efetividade, foram apontados por Amilcar de Castro como sendo os pilares do exercício da atividade jurisdicional.⁵³¹ Em seu entendimento, o princípio da submissão informa que, em um limitado número de casos, uma pessoa pode submeter-se voluntariamente à jurisdição de tribunal a que não estava sujeita, não sendo possível posteriormente livrar-se dela.

Para Amilcar de Castro, [...] onde se encontre estabelecida por lei a competência de justiça estrangeira, e (ii) não resiste ao princípio da efetividade, isto é, não funciona quando este deva funcionar. Em outras palavras, ainda que a parte se submeta à jurisdição estrangeira, o tribunal deve declarar-se incompetente quando não tenha razoável certeza de que poderá executar seu julgado.

O princípio da submissão foi utilizado em algumas decisões do STF como sendo um requisito adicional àqueles previstos no RISTF para fins de deferimento do pedido de

⁵²⁹ Citam-se, a título exemplificativo, os seguintes casos em que o pedido de homologação de sentença estrangeira foi indeferido no STJ por tratar-se de matéria sob a exclusiva competência dos tribunais brasileiros: Sentença Estrangeira Contestada nº 1030, Rel. Min. Francisco Falcão, j.08/06/2005 e Sentença Estrangeira Contestada nº 884, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 14/03//2005. No STF, v. Sentença Estrangeira nº 2.227, Rel. Min. Cordeiro Guerra, j. 23/04/1975.

⁵³⁰ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10ª ed. Vol. I: Arts. 1º a 153. Rio de Janeiro: Forense, 1998. pp. 295-296.

⁵³¹ CASTRO, Amilcar de. *Direito internacional privado*. 6ª ed. atual. com notas de rodapé por Carolina Cardoso Guimarães Lisboa. Rio de Janeiro: Forense, 2005, § 293. pp. 459-460. Sobre o princípio da efetividade, v. Capítulo 3, item 3.1 acima.

homologação de sentença estrangeira. Nesta lógica, para fins de homologação, além dos requisitos legais indispensáveis, seria também necessária a submissão do requerido à jurisdição estrangeira. Se o réu comparecesse no tribunal estrangeiro apenas para se opor à competência do juízo, a sentença proferida não deveria ser homologada no Brasil.⁵³²

Em detalhado estudo sobre o posicionamento da jurisprudência sobre o assunto, Botelho de Mesquita conclui que, na realidade, o STF jamais considerou a insubmissão do réu a processo instaurado no exterior como suficiente para, por si só, afastar a homologabilidade da sentença estrangeira contra ele pronunciada.⁵³³

Botelho de Mesquita constatou que nas decisões em que foi feita referência ao princípio da submissão, a homologação de sentença estrangeira foi indeferida em razão do fato de o réu não ter sido devidamente citado por carta rogatória. Com efeito, a citação por carta rogatória é requisito indispensável para fins de homologação, sendo que apenas na hipótese de comparecimento espontâneo do requerido à jurisdição estrangeira essa exigência pode ser dispensada. Vale transcrever o seguinte trecho:

“Ora, à evidência, nos casos de falta ou nulidade da citação, a submissão do réu ao juízo é importante, sem dúvida, mas não para determinar a competência do juiz (salvo naturalmente o Direito estrangeiro em contrário) e, sim, para sanar a nulidade ou suprir a falta de citação. Daí não se pode inferir, portanto, que o STF tenha firmado sua jurisprudência no sentido de que, tendo o réu sido regularmente citado por precatória (*sic*), lhe defira o Direito brasileiro o poder de não se submeter a uma autoridade judiciária estrangeira que seja internacionalmente competente, tanto segundo a lei estrangeira como segundo a lei brasileira. Essa subversão dos princípios e normas que regem a competência internacional, pelo menos ao que se saiba, não foi perpetuada pelo STF.”⁵³⁴

Nesse aspecto, compartilhamos da opinião de Botelho de Mesquita. Não cabe ao juiz nacional exigir qualquer condição adicional àquelas previstas nos Art. 5º e 6º da Resolução nº 9/2005 para fins homologação de sentenças estrangeiras. Uma vez preenchidos aqueles

⁵³² Sentença Estrangeira nº 3.448/EU, STF, Rel. Min. Cordeiro Guerra, j. 04/09/1985. Ementa: “Sentença Estrangeira. Homologação denegada. Art. 217, I e II, do RI. A citação reclamada pelo art. 217, II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal, em causas como a da espécie, há de ser consubstanciada no trânsito regular de carta rogatória (SS. EE. 1.529, 2.311, 2.522, 2.582, 2.609). **Ainda que a citação assim procedida, viciada estaria a competência do juízo alienígena pela expressa recusa da pessoa citanda de se submeter àquela jurisdição, nos termos da jurisprudência uniforme da corte** (SS. EE. 2.225, 2.227, 2.512)” (grifos nossos). No mesmo sentido, Sentença Estrangeira nº 2.512, STF, Rel. Min. Thompson Flores, j. 30/10/1978: “Destarte, **ainda que a citação se houvesse consumado por rogatória, a insubmissão da mulher, residente no Brasil, ao foro português, viciaria a competência deste, nos termos da jurisprudência uniforme do STF**” (grifos nossos); Sentença Estrangeira nº 2.214/EU, Rel. Min. Rodrigues Alckmin, j. 04/04/1974. V. MAGALHÃES, José Carlos de. “Competência internacional do juiz brasileiro e denegação de justiça”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. vol. 630. pp. 53-54.

⁵³³ MESQUITA, José Ignacio Botelho de. “Da competência internacional dos princípios que a informam”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. nº 50. pp. 63-71.

⁵³⁴ MESQUITA, José Ignacio Botelho de, op. cit. nota 533, p. 70.

requisitos, impõe-se a homologação, independentemente da submissão à jurisdição estrangeira.⁵³⁵

Com relação ao posicionamento do STJ a respeito, identificamos na Sentença Estrangeira Contestada 1.763 menção à necessidade de submissão da ré à corte estrangeira. No entanto, tal como apontado por Botelho de Mesquita, no caso a submissão era necessária, já que a devida citação da requerida não estava comprovada.⁵³⁶

Na Sentença Estrangeira 897, o STJ homologou decisão estrangeira em hipótese em que o requerido fora devidamente citado, mas se recusara a receber a documentação referente à rogatória. O fato de não ter se manifestado na ação em curso no exterior não impediu o deferimento da homologação, o que nos parece o entendimento mais acertado acerca da questão.⁵³⁷

No mesmo sentido, decidiu-se na Sentença Estrangeira Contestada 3.183. A citação da requerida foi feita de forma ficta, já que a tentativa de citação por carta rogatória não fora bem sucedida. Embora a requerida não tenha se defendido no processo no exterior, não foi

⁵³⁵ Sentença Estrangeira Contestada nº 2.610/US, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 05/11/2008: “Preenchidos os requisitos dos arts. 5º e 6º da Resolução nº 9/2005 deste Superior Tribunal de Justiça, impõe-se a homologação da sentença estrangeira.” Não há qualquer menção à submissão como sendo um requisito para fins de homologação.

⁵³⁶ Sentença Estrangeira Contestada nº 1.763, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 28/05/2009: “Processual civil. Sentença estrangeira contestada. Ação proposta r

Brasil. **Citação da requerida não-comprovada.** indeferimento da homologação. 1. A competência do juízo decorre, geralmente, do domicílio das partes ou de sua submissão ao foro eleito. No caso dos autos, além de o requerente e a requerida serem domiciliados no Brasil, a exceção declinatória do foro, por ela oferecida, indica sua negativa de submissão à jurisdição concorrente. 2. **Para homologação de sentença estrangeira proferida em processo judicial proposto contra pessoa residente no Brasil, é imprescindível que tenha havido a sua regular citação por meio de carta rogatória ou se verifique legalmente a ocorrência de revelia.** 3. ‘Ainda que a citação assim tivesse sido procedida, viciada estaria a competência do juízo alienígena pela expressa recusa da pessoa citanda de se submeter àquela jurisdição, nos termos da jurisprudência uniforme da Corte’. Precedentes do STF. 4. A competência para conversão da separação judicial é exclusiva do juiz brasileiro, conforme inteligência do art. 7º da LICC, segundo o qual a lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre os direitos de família. 5. Homologação indeferida” (grifos nossos).

⁵³⁷ Sentença Estrangeira nº 897, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 22/11/2007: “1. G. de O. G., brasileira, qualificada na inicial, formulou pedido de homologação de sentença estrangeira, proferida pela Vara de Família do Tribunal de Justiça de Weilburg, Alemanha, que, em 22 de novembro de 2002, dissolveu, por divórcio, seu casamento com K. W. G., cidadão alemão, também qualificado nos autos. A requerente juntou aos autos a seguinte documentação: procuração (fls. 9/11); sentença homologanda (fls. 6/8), evidentemente chancelada pelo consulado brasileiro em Frankfurt (fl. 8-v) e traduzida por profissional juramentado no Brasil (fls. 4/5), bem como a prova do respectivo trânsito em julgado (fls. 4 e 6). **Citado por carta rogatória, o requerido não se manifestou no prazo legal,** nomeou-se então um dos membros da Defensoria Pública da União como curador especial, que suscitou preliminar de nulidade da citação, ante a recusa do requerido em receber a documentação referente à rogatória; no mérito, manifestou-se favorável ao deferimento do pleito (fls. 94/97). O Ministério Público Federal, na pessoa do Subprocurador-Geral da República Edson Oliveira de Almeida, acompanhando o entendimento esposado pelo curador especial, preliminarmente, opinou pela renovação da citação por carta rogatória (fl. 101); quanto ao mérito do pedido, manifestou-se favoravelmente ao seu deferimento (fl. 118-v). 2. Por primeiro, anoto que, nos termos das certidões de fls. 82 e 85 dos autos, **a citação do requerido foi eficaz, pois das referidas certidões constam não só a notícia de recusa no recebimento,** mas também a de que na documentação apresentada ao citando há esclarecimentos do seguinte teor, dentre outros: ‘ao destinatário deve ser dada a possibilidade de visualizar o documento. Ao destinatário deve ser esclarecido também que não é obrigatório o recebimento, mas **é possível que o processo estrangeiro seja realizado mesmo com a não aceitação do documento, podendo haver desvantagens.**’ Desse modo, afastado a preliminar argüida. 3. Dessa forma, **restam atendidos os pressupostos indispensáveis ao deferimento do pleito;** além do mais, a pretensão não ofende a soberania, a ordem pública ou os bons costumes (art. 17 da LICC c/c arts. 5º e 6º da Resolução nº 9/2005 do STJ). 4. Posto isso, homologo a sentença estrangeira de divórcio, nos termos em que proferida” (grifos nossos).

verificado qualquer óbice ao deferimento da homologação.⁵³⁸ Igualmente, na Sentença Estrangeira Contestada 1.300 e na Sentença Estrangeira Contestada 1.864 não foi constatada submissão voluntária do réu ao foro estrangeiro, pelo contrário, houve revelia, e não obstante a sentença estrangeira foi homologada.⁵³⁹

Constata-se, portanto, que no STJ a maioria das decisões não menciona o princípio da submissão como um requisito a ser observado para fins de homologação de sentença estrangeira. Mesmo não havendo comparecimento ao tribunal localizado no exterior, sendo a parte devidamente citada por carta rogatória e observados os demais requisitos legais, a ação de homologação de sentença estrangeira é deferida.

⁵³⁸ Sentença Estrangeira Contestada nº 3.183/DE, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17/06/2009: “Processual civil. Sentença estrangeira contestada. Homologação. Divórcio. Citação efetivada por carta rogatória. Requisitos legais atendidos. Homologação deferida. 1. A sentença estrangeira, cumpridos os requisitos erigidos pelo art. 5º incisos I, II, III e IV da Resolução 09/STJ, revela-se apta à homologação perante o STJ. 2. *In casu*, o curador especial, designado em face da revelia da requerida - que após seu ciente sem apresentar contestação - manifestou-se contrariamente à homologação, ao argumento de que, no processo originário, não houve a intervenção de curador especial, razão pela qual ofenderia a ordem pública, mormente as garantias legais e constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. 3. A homologação da Sentença Estrangeira pressupõe a obediência ao contraditório consubstanciado na convocação inequívoca realizada alhures. **No caso sub judice, resta indubitável o fato de que a citação deu-se por carta rogatória, que restou devolvida, sem cumprimento, pelo fato de a ré estar em local desconhecido, sendo certo que operou-se a convocação, na forma da ZPO (fls. 56/58).** 4. Sob esse ângulo, assentou o MP (fls. 90), *in verbis*: ‘3. No processo alienígena foi tentada citação da requerida por carta rogatória, a qual foi devolvida, sem cumprimento, pela Justiça Brasileira (documento anexado aos autos, fls. 54/55 - tradução fls. 56/58). Donde a citação ficta, como relatado na sentença homologanda (fls. 44/47 - tradução fls. 48/53): onde a requerida vive atualmente é desconhecido. O pedido de divórcio lhe foi comunicado publicamente. 3. No presente pedido de homologação, a requerida foi encontrada e após o seu ciente, sem contudo apresentar contestação (fls. 69). 4. A Defensoria Pública, designada em face da **revelia da requerida**, manifestou-se contrariamente à homologação, argumentando que no processo de origem não houve intervenção de curador especial. 5. A intervenção da Defensoria Pública não procede. A frustração da tentativa de citação pessoal da requerida no Brasil deu ensejo à citação ficta, não havendo como impor à Justiça alemã a observância de regras próprias do ordenamento processual brasileiro, no que tange às conseqüências processuais da revelia. Além disso, citada pessoalmente no processo de homologação, a requerida nada reclamou.’ 5. É cediço na jurisprudência do Eg. STJ que a homologação de sentença estrangeira reclama prova de citação válida da parte requerida, seja no território prolator da decisão homologanda, seja no Brasil, mediante carta rogatória, consoante a *ratio essendi* do art. 217, II, do RISTJ. 6. Destarte, **encontram-se preenchidos os requisitos erigidos pelo art. 5º incisos I, II, III e IV da Resolução 09/STJ**: a sentença homologanda foi proferida por Juízo competente - Tribunal de Primeira Instância da Comarca de Tostedt, na Alemanha; houve a devida citação da requerida por carta rogatória (fls. 56/58); a sentença transitou em julgado, consoante certificado às fls 11 (tradução às fls. 49), seu inteiro teor encontra-se devidamente autenticado pelo cônsul brasileiro (fls. 47), e a sua tradução foi realizada por intérprete juramentado no Brasil (fls. 48-53), por isso que o presente ato jurisdicional estrangeiro revela a sua aptidão à pretendida homologação perante o STJ. 7. O curador especial atua obstando a homologabilidade, por isso que somente faz jus aos honorários acaso sucumbente o autor via oposição oferecido pelo exercente de *munus* público. 8. Homologação deferida. Despesas *ex lege*” (grifos nossos).

⁵³⁹ Sentença Estrangeira Contestada nº 1.300/US, Rel. Min. Denise Arruda, j. 20/05/2009: “Homologação de sentença estrangeira. Presença dos requisitos necessários à homologação. Deferimento do pedido. 1. Trata-se de pedido de homologação de sentença estrangeira proferida pelo Tribunal Distrital dos Estados Unidos - Distrito do Sul da Flórida -, que condenou a empresa Transbrasil S/A Linhas Aéreas ao pagamento de US\$ 14.797.440,32 (quatorze milhões, setecentos e noventa e sete mil, quatrocentos e quarenta dólares e trinta e dois centavos), acrescidos de juros, em decorrência do inadimplemento de contratos de manutenção e arrendamento de motores de turbinas e equipamentos. 2. ‘Competente a autoridade que prolatou a sentença, citada a parte e regularmente decretada a revelia, transitado em julgado o *decisum* homologando, devidamente acompanhado da chancela consular brasileira, acolhe-se o pedido, por atendidos os requisitos indispensáveis à homologação da sentença estrangeira que não ofende a soberania ou a ordem pública’ (SEC 1.864/DE, Corte Especial, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 5.2.2009). 3. Pedido de homologação de sentença deferido” (grifos nossos). Sentença Estrangeira Contestada nº 1.864/DE, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 19/11/2008: “Sentença estrangeira contestada. Reparação de danos. Homologação. Decretação de revelia. Regularidade. Limites do contraditório. Artigo 9º da Resolução STJ Nº 9/2005. 1. **Competente a autoridade que prolatou a sentença, citada a parte e regularmente decretada a revelia, transitado em julgado o *decisum* homologando, devidamente acompanhado da chancela consular brasileira, acolhe-se o pedido, por atendidos os requisitos indispensáveis à homologação da sentença estrangeira que não ofende a soberania ou a ordem pública.** 2. As alegações relativas à condenação no pagamento de indenização em face de exceção de contrato não cumprido são estranhas às exceções de defesa, enumeradas no artigo 9º da Resolução STJ nº 9, de 4 de maio de 2005. 3. Pedido de homologação de sentença estrangeira deferido” (grifos nossos).

Feitos esses esclarecimentos acerca do princípio da submissão, nos interessa saber se havendo cláusula de eleição de foro no exterior seria possível a alegação do réu aqui domiciliado de que a sua insubmissão ao foro estrangeiro poderia obstar a homologação da sentença proferida alhures.

Conforme visto acima, o melhor entendimento nos conduz à conclusão de que a insubmissão ao foro estrangeiro não é um critério a ser considerado para fins de homologação de sentença estrangeira.

Com mais razão, essa percepção se aplica à hipótese em que tenha havido eleição de foro estrangeiro, pois esse seria, *per se*, um elemento indicativo da aceitação da jurisdição de outro Estado. Neste caso, a alegação do requerido de que deve manifestar a sua submissão a jurisdição estrangeira quando da instauração do processo não tem suporte algum. Isso porque, é inequívoco que a parte já teria manifestado concordância em reconhecer a atuação de jurisdição estrangeira de antemão, quando da celebração do acordo.⁵⁴⁰

Mesmo aqueles que defendem a necessidade de submissão, admitem que se as partes houverem eleito foro estrangeiro, a sentença ali proferida será homologável independentemente de qualquer manifestação da parte perante a justiça estrangeira. É o que assinala Barbosa Moreira:

“Outra observação que desde já se impõe: 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 STF – 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 argua inapropiada a expressão “competência concorrente” no que tange à Justiça estrangeira: no fundo, para o Brasil, a brasileira é que 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”⁵⁴¹ (grifos nossos).

Apesar de não ser necessária a submissão através de defesa no exterior, deve-se enfatizar que, sendo o réu domiciliado no país, necessariamente deverá ter sido citado por

⁵⁴⁰ No mesmo sentido, Ricardo Ramalho Almeida: “Voltando à hipótese de existir foro eleito contratualmente, quarto e último caso aventado, parece também evidente que a homologação deverá ser deferida, não só por ter a parte validamente renunciado à atuação do Judiciário nacional, mas também por ter inadimplido a obrigação que contraíra de submissão ao juízo estrangeiro. Obrigação essa que terá sido contraída, primordialmente, por uma cláusula de eleição de foro”. (ALMEIDA, Ricardo Ramalho. “Breves reflexões sobre eleição de foro estrangeiro e a competência concorrente do Judiciário brasileiro”. In: RODAS, João Grandino (coord.). *Contratos internacionais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 305).

⁵⁴¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Problemas relativos a litígios internacionais”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. n° 65. p. 145. Vale mencionar que apesar de Barbosa Moreira fazer alusão à necessidade de submissão do réu à jurisdição estrangeira, oferecendo defesa, o autor reconhece, na nota de rodapé 30 do artigo em referência, que na verdade os precedentes de recusa são, de modo geral, casos em que houvera irregularidade na citação. Parece ter razão, nesse particular, Botelho de Mesquita.

carta rogatória para que seja possível o deferimento da ação de homologação. O comparecimento voluntário do réu para opor mera exceção de incompetência de foro é apto a suprir a ausência de citação válida.⁵⁴²

(iii) *Análise da cláusula de eleição de foro e citação da parte domiciliada no Brasil*

A alegação de invalidade da cláusula de eleição de foro já foi submetida à apreciação do STF na **Sentença Estrangeira Contestada 4.948/EU**.⁵⁴³ Na ocasião, o STF asseverou que não se discute no processo de homologação a relação de direito material subjacente à sentença estrangeira homologanda. Decidiu-se que embora não tenha havido citação válida, a submissão dos contraentes ao foro eleito era apta a suprir a ausência de citação pela via da rogatória.

Por sua vez, o STJ na **Sentença Estrangeira Contestada 842/US**, indeferiu pedido de homologação em hipótese em que havia sido eleito foro no exterior, em razão de a empresa ré domiciliada no Brasil não ter sido devidamente citada por meio de carta rogatória. Firmou-se o entendimento de que a eleição de foro no exterior não é apta a suprir a devida citação válida.

Vê-se, pois, que caso a autoridade prolatora da decisão tenha sido escolhida pelas partes, e não sendo hipótese de competência exclusiva dos tribunais brasileiros, é possível a homologação da sentença estrangeira. Não cabe à Justiça brasileira reapreciar a validade da cláusula de eleição de foro.⁵⁴⁴ Em qualquer hipótese, é necessário que a parte aqui

⁵⁴² Por todas, transcreve-se trecho da ementa da Sentença Estrangeira Contestada nº 833/US, STJ, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 16/08/2008: “Tratando-se de sentença estrangeira, é necessário – salvo comparecimento voluntário e consequente aceitação do juízo estrangeiro- que a citação do requerido, residente no Brasil, seja feita por meio de carta rogatória após concessão do *exequatur* pelo Presidente do Superior Tribunal de Justiça (art. 105 - I - i da CF/88). Nesse sentido, copiosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal antes do advento da Emenda Constitucional Nº 45/2004 (v., entre inúmeras, SEC 3.495, SEC 6.122, SEC 6.304). Na mesma linha, orientação que se firma no Superior Tribunal de Justiça (v. SEC 295, relator Ministro José Delgado; SEC 841, relator Ministro José Arnaldo da Fonseca; e SEC 861, relator Ministro Ari Pargendler).”

⁵⁴³ Sentença Estrangeira Contestada nº 4.948/EU, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 08/10/1998. Ementa: “Constitucional. Negócio celebrado no exterior entre instituições sujeitas à lei local. Nota promissória assinada no Brasil. Avalistas. Submissão ao foro eleito pelos contraentes. Exequibilidade do título de crédito no Brasil. **O objetivo do pedido de homologação não é conferir eficácia ao contrato em que se baseou a justiça de origem para decidir, mas à sentença dela emanada. Impossibilidade de se discutir direito material a ela subjacente.** Precedente. Sentença homologada” (grifos nossos).

⁵⁴⁴ Embora não especificamente relacionada à eleição de foro estrangeiro pelas partes, vale observar a decisão proferida na Sentença Estrangeira Contestada nº 4.738/EU, STF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 24/11/1994, em que consta que não cabe ao STF reapreciar questões relativas à justiça da decisão proferida no exterior. Transcreve-se trecho da ementa, preciso sobre o processo homologatório: “As sentenças proferidas por tribunais estrangeiros somente terão eficácia no Brasil depois de homologadas pelo Supremo Tribunal Federal. O processo de homologação de sentença estrangeira reveste-se de caráter constitutivo e faz instaurar uma situação de contenciosidade limitada. A ação de homologação destina-se, a partir da verificação de determinados requisitos fixados pelo ordenamento positivo nacional, a propiciar o reconhecimento de decisões estrangeiras pelo estado brasileiro, com o objetivo de viabilizar a produção dos efeitos jurídicos que são inerentes a esses atos de conteúdo sentencial. O sistema de controle limitado que foi instituído pelo direito brasileiro em tema de homologação de sentença estrangeira não permite que o Supremo Tribunal Federal, atuando como tribunal do foro, proceda, no que se refere ao ato sentencial formado no exterior, ao exame da matéria de fundo ou a apreciação de questões pertinentes ao *meritum causae*, ressalvada, tão-somente, para efeito do juízo de delibação que lhe compete, a análise dos aspectos concernentes à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes. Não se discute, no processo de homologação, a relação de direito material subjacente à sentença estrangeira homologanda.”

domiciliada tenha sido citada por carta rogatória e os demais requisitos legais sejam observados.

É possível vislumbrar algumas situações específicas em que a justiça nacional considere que a autoridade prolatora não poderia decidir a causa, ainda que o foro tenha sido objeto de contratação. Por exemplo, em se tratando de contrato de consumo em que o foro contratual foi imposto por apenas uma das partes, resultando na impossibilidade de a outra parte litigar no exterior, seria possível o indeferimento da homologação. Do mesmo modo, na hipótese de o foro eleito não ter assegurado à parte domiciliada no Brasil o devido processo legal. Nesses casos, o indeferimento da homologação estaria embasado na ordem pública brasileira.

A despeito dessas situações específicas que ora se vislumbra, a título exemplificativo, como passíveis de ensejar o indeferimento da ação de homologação, não é esse o posicionamento a ser adotado na maioria dos casos. Pode-se afirmar que, em regra, quando da homologação de sentenças estrangeiras a justiça nacional admite a eleição de foro estrangeiro e não adentra na análise acerca da validade da cláusula.

(iv) Autoridade prolatora diversa daquela escolhida pelas partes

Questão interessante a ser analisada, e que jamais foi apreciada pela jurisprudência pátria, é aquela que se refere à possibilidade de serem homologadas decisões estrangeiras em que a autoridade prolatora não tenha sido aquela escolhida pelas partes. Digamos, por exemplo, que as partes tenham eleito o foro do Brasil, mas por alguma hipótese a justiça canadense tenha sido acionada e dirimido a controvérsia. Questiona-se se o Brasil deveria homologar a decisão provida no exterior ou não.

Primeiramente, há que se atentar se o caso versa sobre competência concorrente dos tribunais brasileiros e se a parte aqui domiciliada foi devidamente citada e os demais requisitos foram observados. Conforme exposto acima, em havendo eleição de foro, não há que se cogitar da necessidade de submissão à jurisdição estrangeira.

Se todos os requisitos indispensáveis à homologação houverem sido observados, a Justiça brasileira deve homologar a decisão emanada de jurisdição estrangeira, ainda que a parte aqui domiciliada alegue que a autoridade prolatora é diversa daquela escolhida contratualmente.

A primeira razão que justifica esse entendimento baseia-se no fato de o Judiciário brasileiro, quando da verificação da competência da autoridade prolatora, apenas analisar a

sua competência geral para apreciar a causa. Em outras palavras, o STJ identifica apenas se o caso versa sobre competência exclusiva da autoridade brasileira ou não. Em caso negativo, não será feita qualquer apreciação acerca da razão pela qual aquela autoridade específica se declarou competente para apreciar o litígio.

Ademais, eventual indeferimento da homologação com base na avença do foro representaria uma análise da justiça da decisão estrangeira. Todavia, o exame acerca da validade e eficácia da cláusula do foro compete exclusivamente à autoridade prolatora.

Se, por alguma razão, juiz diverso daquele eleito decidiu julgar a causa a despeito da convenção entre as partes, é porque, de acordo com o ordenamento aplicado, tinha competência para fazê-lo. Não cabe ao Judiciário brasileiro quando da ação de homologação de sentença estrangeira examinar os motivos que ensejaram o julgamento da lide por referido juízo.

Inclusive, a posição dominante do STJ em hipótese de eleição de foro estrangeiro é decidir a causa quando a jurisdição nacional é acionada e é configurada uma das hipóteses do Art. 88 do CPC. Conforme será analisado no item 2 abaixo, há diversos precedentes em que a eleição de foro contratual foi desconsiderada pela autoridade brasileira com base no entendimento de que a avença não é apta a afastar as situações que o legislador elencou como sendo possíveis de apreciação pelos tribunais brasileiros.

De forma análoga, deve-se entender que se o foro de uma jurisdição que não tenha sido eleita decidir a controvérsia, não cabe ao Brasil adentrar no exame da motivação que levou a autoridade a declarar-se competente.

Essa mesma lógica se aplica no caso de contratantes tenham eleito o foro de um determinado país estrangeiro (ex: EUA), mas por alguma hipótese a justiça de um terceiro país (ex: Canadá) tenha resolvido o litígio. Não cabe ao judiciário adentrar na justiça da questão decidida alhures.

4.2 O tratamento jurídico conferido à escolha de foro estrangeiro diante de ações propostas no Brasil

A jurisprudência brasileira manifestou-se com relação à cláusula de eleição de foro avençada em contratos internacionais em diversas ocasiões.⁵⁴⁵

É certo que em se tratando de matéria relativa à competência absoluta da jurisdição brasileira (Art. 89, CPC), não há que se falar em convenção contratual elegendo foro diverso do nacional. A questão se coloca apenas no âmbito da competência concorrente (Art. 88 do CPC), em que o Brasil admite que outros países exerçam a jurisdição com relação às hipóteses ali mencionadas.

A matéria está longe de ser pacífica. Ao contrário, verifica-se da análise jurisprudencial que as decisões apresentam pouca uniformidade, ora admitindo que a avença sobre a eleição do foro prevaleça, ora privilegiando a jurisdição nacional. A argumentação em ambos os entendimentos baseia-se, fundamentalmente, nos dispositivos que versam sobre a competência internacional brasileira (Art. 12 da LICC e Art. 88 do CPC).

Por um lado, defende-se que a eleição convencional da Justiça estrangeira não é suficiente para afastar a competência da justiça nacional, que é habilitada para exercer a jurisdição mediante a ocorrência de qualquer das situações enumeradas no Art. 88, eis que se cogita de competência concorrente. Em sentido oposto, alega-se que não havendo envolvimento de interesses públicos (Art. 89, CPC), a jurisdição nacional pode ser afastada por livre manifestação de vontade das partes.

É curioso observar que em se tratando de homologação de sentenças estrangeiras e concessão de *exequatur* às cartas rogatórias, os tribunais superiores parecem reconhecer com maior facilidade a possibilidade de causas decididas no exterior em que há eleição de foro estrangeiro resultarem na não apreciação do litígio pela jurisdição nacional.

Já quando a Justiça brasileira é acionada, mesmo havendo eleição de foro estrangeiro e sendo hipótese do Art. 88 do CPC, a questão é analisada sob outra ótica, e se vê maior óbice para o afastamento da matéria do conhecimento da Justiça brasileira.

⁵⁴⁵ Para fins de análise dos precedentes jurisprudenciais acerca da cláusula de eleição de foro em contratos internacionais sugere-se leitura de TIBURCIO, Carmen. “A eleição de foro estrangeiro e o judiciário brasileiro”. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. n.º 21. pp. 84-113; TIBURCIO, Carmen. “Comentários ao Recurso Especial n.º 251.438: três temas de processo internacional.” *In: Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 83-121; ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 4.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. pp. 403-416; ARAUJO, Nadia de. “Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro”. *In: RODAS, João Grandino (coord.). Contratos internacionais*. 3.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 195-229; ALMEIDA, Ricardo Ramalho. “Breves reflexões sobre eleição de foro estrangeiro e a competência concorrente do Judiciário brasileiro”. *In: RODAS, João Grandino (coord.). Contratos internacionais*. 3.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 296-316; DE NARDI, Marcelo. “Eleição de foro em contratos internacionais: uma visão brasileira”. *In: RODAS, João Grandino (coord.). Contratos internacionais*. 3.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 122-194; BALERONI, Rafael Baptista. “Conexão contratual internacional – algumas conseqüências jurídicas: internacionalidade dos contratos, jurisdição adjudicativa e vinculação cambial”. Dissertação de Mestrado em Direito Internacional e Integração Econômica pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: UERJ, 2009.

É o que constata igualmente Nadia de Araujo e Ricardo Ramalho Almeida⁵⁴⁶, os quais acentuam a atitude “unilateral” do Judiciário brasileiro com relação à matéria. Embora seja acolhido o conceito de competência concorrente quando a ação tramita no exterior, o mesmo não ocorre quando a ação é proposta no Brasil. Nesse último caso, mesmo quando é eleito foro estrangeiro, o Judiciário brasileiro em muitos casos não privilegia a avença das partes.

Percebe-se, em algumas decisões, uma confusão entre competência internacional (direito processual) e a indicação da lei aplicável ao contrato internacional (direito material). O fato de as partes terem escolhido o foro brasileiro, por exemplo, para a resolução de eventuais conflitos não significa que a lei brasileira irá disciplinar a questão. Do mesmo modo, a eleição de foro estrangeiro não expressa uma escolha pela lei aplicável estrangeira. Alguns magistrados, infelizmente, parecem não ter conhecimento desse fato, e em suas decisões se fundamentam na lei aplicável para determinar o foro que irá apreciar a causa.

Recentemente, ao julgar um pedido de homologação de sentença estrangeira (Sentença Estrangeira 1.763) a corte especial do STJ declarou que a competência para conversão da separação judicial é exclusiva do juiz brasileiro, conforme inteligência do Art. 7º, segundo o qual a lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre os direitos de família.⁵⁴⁷

É nítida a confusão entre lei aplicável e competência internacional. O fato de a lei aplicável ao caso concreto ser a brasileira não configura hipótese de competência exclusiva da autoridade nacional. As regras sobre competência internacional constam dos Arts. 88 e 89 do CPC, e ainda que o juiz brasileiro tenha competência não necessariamente irá decidir o caso à luz do direito material brasileiro. São as regras de conexão do ordenamento pátrio que informam a lei aplicável.

⁵⁴⁶ ARAUJO, Nadia de. “Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro”. In: RODAS, João Grandino (coord.). *Contratos internacionais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 222; e ALMEIDA, Ricardo Ramalho. “Breves reflexões sobre eleição de foro estrangeiro e a competência concorrente do Judiciário brasileiro”. In: RODAS, João Grandino (coord.). *Contratos internacionais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 315.

⁵⁴⁷ Sentença Estrangeira Contestada nº 1.763/PT, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 28/05/2009: “Processual civil. Sentença estrangeira contestada. Ação proposta no estrangeiro para converter em divórcio a separação judicial consensual ocorrida no Brasil. Citação da requerida não-comprovada. Indeferimento da homologação. 1. A competência do juízo decorre, geralmente, do domicílio das partes ou de sua submissão ao foro eleito. No caso dos autos, além de o requerente e a requerida serem domiciliados no Brasil, a exceção declinatória do foro, por ela oferecida, indica sua negativa de submissão à jurisdição concorrente. 2. Para homologação de sentença estrangeira proferida em processo judicial proposto contra pessoa residente no Brasil, é imprescindível que tenha havido a sua regular citação por meio de carta rogatória ou se verifique legalmente a ocorrência de revelia. 3. Ainda que a citação assim tivesse sido procedida, viciada estaria a competência do juízo alienígena pela expressa recusa da pessoa citanda de se submeter àquela jurisdição, nos termos da jurisprudência uniforme da Corte. Precedentes do STF. 4. **A competência para conversão da separação judicial é exclusiva do juiz brasileiro, conforme inteligência do art. 7º da LICC, segundo o qual a lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre os direitos de família.** 5. Homologação indeferida.”

Os casos abaixo identificados estão organizados de acordo com a natureza da ação e órgão julgador, estando mencionados em ordem cronológica. A intenção dessa análise de precedentes é verificar a evolução jurisprudencial acerca do tratamento jurídico conferido às situações em que é configurada a eleição de foro estrangeiro.

4.2.1 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

A primeira vez que o STF se deparou com um caso em que havia sido eleito pelas partes foro estrangeiro foi no **Recurso Extraordinário 14.328**, julgado em 1950.⁵⁴⁸ Tratava-se de ação proposta por uma empresa brasileira (*Luiz Alves Fernandes & Cia Ltda.*) em face de uma companhia de navegação holandesa (*Rotterdam Zuid Amerika Lijn*, representada por *E. Johnston & Cia Ltda.*), com base em inadimplemento de contrato de transporte de mercadorias. Esse contrato previa eleição do foro holandês.

A ré opôs exceção de incompetência, que foi rejeitada em primeira instância e posteriormente acolhida no tribunal. No STF, foi decidido que o Art. 12 da LICC não era peremptório em estabelecer a competência exclusiva dos tribunais brasileiros para os casos em que uma das partes era domiciliada no estrangeiro. Apenas no tocante a ações relativas a imóveis situados no Brasil a competência da autoridade brasileira era exclusiva. Ademais, foi dito que o Art. 12 da LICC havia abrandado a disposição contida no antigo Art. 15 da Introdução ao CC, através da supressão do adverbio sempre. Portanto, a eleição de foro estrangeiro não representava violação à lei federal, razão pela qual foi mantida a decisão que julgou procedente a exceção de incompetência do juízo.

No mesmo sentido, foi julgado o **Recurso Extraordinário 19.419**.⁵⁴⁹ O caso versava sobre uma ação proposta por empresa seguradora inglesa (*Corporação Lloyds*), sub-rogada nos direitos de sociedade brasileira, em face de empresa norte-americana (*Gondrand Shipping Company, Inc.*) e empresa chilena (*Cia de Muelles de La Población Vergara*), para haver

⁵⁴⁸ Recurso Extraordinário nº 14.328/DF, Rel. Min. José Linhares, j. 12/06/1950. Ementa: “Competência para propor ação contra firma brasileira a obrigação contraída no estrangeiro, em que se estabeleceu o foro do contrato. Aplicação e inteligência do art. 12 da Lei de Int. do Código Civil. Não cabimento do recurso extraordinário.”

⁵⁴⁹ Recurso Extraordinário nº 19.419/DF, Rel. Min. Mário Guimarães, j. 27/07/1953. Ementa: “Competência do foro brasileiro, quando o réu é domiciliado no Brasil. Renunciabilidade. **O art. 12 da atual Lei de Introdução é menos rigoroso que o art. 15 da antiga, porque não exige sempre, como esta fazia, a competência da autoridade judiciária brasileira quando for o réu domiciliado no Brasil, permitindo, assim, a submissão voluntária da pessoa domiciliada no Brasil aos tribunais estrangeiros.** Corrobora essa interpretação o fato de dizer o §1º do mesmo art. 12 que ‘só à autoridade judiciária compete conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil’, tornando certo que a irrenunciabilidade do foro brasileiro, claramente decretada no parágrafo, não se estende à hipótese prevista no artigo (*caput*)” (grifos nossos).

ressarcimento de danos relativos ao extravio das mercadorias transportadas. Com relação ao contrato celebrado com a ré americana, havia sido eleito o foro de Nova York para dirimir quaisquer controvérsias. Ambas as rés excepcionaram o juízo.

O juiz não acolheu a exceção de incompetência, tendo sido essa decisão revertida pelo tribunal. No STF, o Min. Rel. Mário Guimarães consignou que a disposição segundo a qual é competente a autoridade judiciária brasileira quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação é de ordem pública. Prevalece sobre qualquer convenção que as partes façam em sentido contrário.

Todavia, esse não foi o entendimento prevalente da Corte. O Min. Luiz Gallotti, em seu voto, defendeu que o Art. 12 da LICC é menos rigoroso que o Art. 15 da Introdução ao CC, pois não exige “sempre”, como esta fazia, a competência da autoridade brasileira quando for o réu domiciliado no Brasil. Seria possível, assim, a submissão voluntária de parte domiciliada no país a tribunais estrangeiros. Por maioria, foi negado provimento ao recurso e mantida a decisão do tribunal que acolhera a exceção de incompetência.⁵⁵⁰

O STF decidiu de forma diferente quando do julgamento do **Recurso Extraordinário 24.004**.⁵⁵¹ O caso cuidava de ação ordinária de indenização ajuizada pela seguradora *Motor Union Insurance Company Ltd.*, sub-rogada nos direitos do carregador brasileiro (segurado), em face de empresa argentina com sede em Buenos Aires e agência no Brasil (*Flota Mercantil del Estado*). O contrato principal continha cláusula de eleição do foro de Buenos Aires, de modo que toda ação promovida pelo carregador contra a transportadora deveria ser exercitada perante os tribunais portenhos.

A ré apresentou exceção de incompetência, rejeitada tanto em primeira quanto em segunda instância. No âmbito do STF, o entendimento foi o mesmo - a convenção sobre a eleição de foro não teria o condão de neutralizar outras prescrições legais. O Min. Rel. Abner de Vasconcelos acentuou que, em face do disposto no Art. 12, LICC, mesmo havendo avença entre as partes acerca do foro, deveria prevalecer a jurisdição brasileira, pois a obrigação teria de ser cumprida no país e aqui tinha a ré domicílio, com sua agência. Em sua visão, esta condição legal teria mais força que a escolha do foro de eleição, sendo certo que na divergência de leis, no plano internacional, há de prevalecer a nacional, como expressão da soberania.

⁵⁵⁰ Confira-se, sobre o caso, TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*. 11ª ed. rev. e atual. por Jacob Dolinger. Vols. I e II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976. p. 361.

⁵⁵¹ Recurso Extraordinário nº 24.004/DF, Rel. Min. Abner de Vasconcelos, j. 28/10/1954. Ementa: “O foro de eleição é reflexo do domicílio, matéria de direito civil, que escapa ao que a lei processual prescreve sobre a competência. Válida a escolha do foro eleito, nas relações jurídicas internacionais, deixa de produzir efeito em face do art. 12 da Lei de Introdução ao Código Civil.”

É de se destacar o voto do Min. Luiz Gallotti nessa ação, que embora seja no mesmo sentido, baseou-se em outro fundamento. Entendeu o Min. que o Art. 12 da LICC, que ao contrário do Art. 15 da antiga não contém o advérbio “sempre”, permite ao réu domiciliado no Brasil, por cláusula contratual, renunciar à competência do foro brasileiro. Todavia, no caso concreto, o acórdão contra o qual se insurgiu *Flota Mercantil del Estado* estava fundado na interpretação do contrato, e foi no sentido de que não houvera livre estipulação para excluir o foro brasileiro. Tratava-se de cláusula potestativa, que não poderia produzir efeito já que não fora livremente pactuada. Por essa razão, não deveria prevalecer a cláusula de eleição de foro constante do contrato.

De fato, nas hipóteses em que a eleição de foro estrangeiro não decorre de livre acordo entre as partes, essa disposição contratual não deve prevalecer. Agiu acertadamente o Min. Gallotti ao defender que a renúncia à atuação da jurisdição brasileira somente deve ser reconhecida se corresponder à livre manifestação de vontade de ambas as partes.

O **Recurso Extraordinário 28.007** cuidou de situação semelhante.⁵⁵² Havia eleição de foro contratual estipulado em conhecimento de transporte, emitido por empresa argentina (*Flota Mercante del Estado*). A companhia seguradora (*Cia. de Seguros Bahia*), sub-rogada no direito do segurado, ajuizou ação no Brasil.

A interessada ingressou com exceção de incompetência, sem ganho de causa tanto em primeira quanto em segunda instância. O STF decidiu que é possível a convenção de foro estrangeiro, mas desde que ocorra de maneira expressa, não valendo como tal a simples inclusão ou referência ao foro, nos impressos de conhecimento dos transportadores. No caso, a eleição de foro não fora livremente pactuada, mas sim imposta unilateralmente pela empresa de transporte. Por conseguinte, a empresa argentina poderia ser acionada no Brasil.

No julgamento do **Recurso Extraordinário 27.937**, também restou consignado que o foro de eleição poderia ser admitido, mas apenas quando livremente acordado e de forma inequívoca.⁵⁵³ Na espécie, a discussão acerca do foro competente adveio de uma ação de indenização por inadimplemento de contrato de transporte exequível no Brasil. A ação fora ajuizada por empresa de seguros brasileira (*Columbia – Cia. Nacional de Seguros de Vida e Ramos Elementares*), sub-rogada nos direitos da segurada, em face de sociedade holandesa

⁵⁵² Recurso Extraordinário nº 28.007/DF, Rel. Min. Lafayette de Andrada, j. 16/09/1955. Ementa: “Recurso Extraordinário. Foro de eleição. Não vale como tal a simples inclusão ou referência ao foro, nos impressos de conhecimento dos transportadores.”

⁵⁵³ Recurso Extraordinário nº 27.937/DF, Rel. Min. Lafayette de Andrada, j. 13/01/1956. Ementa: “Recurso Extraordinário. Foro de eleição. Não tem valor a cláusula impressa nos contratos de transporte. O foro de eleição é admitido, mas quando expressamente acordado e não por mera referência nos referidos contratos.”

(*Keninklijke Holladeche Lloyd*, representada por *Sociedade Anônima Martinelli*). No contrato, fora eleito o foro de Amsterdam.

No tribunal, prevaleceu a tese de que a autoridade brasileira seria incompetente para conhecer da causa. Em sentido contrário, no STF entendeu-se que a cláusula de eleição de foro não havia sido avençada de forma clara, indubitosa. Pelo contrário, essa disposição fora estabelecida por imposição da empresa estrangeira.

É interessante observar que o Min. Rel. Lafayette de Andrada, em seu voto, acentuou o caráter político dessa interpretação, no sentido de que os brasileiros são a parte mais fraca nas relações comerciais que concluem com estrangeiros e por esse motivo precisam ser protegidos. Nesta lógica, a disposição contratual imposta pelos estrangeiros acerca da eleição de foro não deveria ser considerada para fins de exclusão da competência da autoridade nacional, sob pena de se consagrar a submissão dos brasileiros nos negócios de caráter internacional.⁵⁵⁴

Vê-se que nos anos 50, o cenário econômico brasileiro de maior fragilidade face às empresas americanas e europeias interferia no posicionamento da jurisprudência pátria. Considerava-se que a parte aqui domiciliada tinha menor poder de barganha, e acabava por se sujeitar às disposições impostas pelas empresas estrangeiras. Por essa razão, mesmo na hipótese de competência concorrente, o foro eleito não deveria prevalecer se não fosse configurada uma efetiva manifestação de vontade acerca da escolha do foro.

Não obstante, ao decidir o **Recurso Extraordinário 30.636**, que também cuidava de discórdia relativa a contrato de transporte de mercadorias, o STF posicionou-se favoravelmente à cláusula de eleição de foro estrangeiro.⁵⁵⁵ Tratava-se de ação ordinária de indenização proposta por *Cia Naviera del Sur* em razão de avarias em mercadorias embarcadas em navio de propriedade da *Cia Boa Vista de Seguros*, com fulcro em descumprimento de contrato de transporte. O referido contrato dispunha que todas as ações dali decorrentes seriam apreciadas no foro de Montevideú.

⁵⁵⁴ Transcreve-se passagem da decisão: “Convém, por fim acentuar, e enfaticamente, que é essa a interpretação mais convincente à posição do Brasil, quanto às relações comerciais, aos negócios, na ordem internacional. Não é nas suas mãos que se encontram as grandes frotas mercantes, as poderosas reservas de capital e organizações bancárias com força de influência decisiva na rede internacional dos negócios, de sorte que, adotado romanticamente o princípio de prorrogação expressa ou tácita do foro estrangeiro nos casos previstos no art. 12 da Lei de Introdução ao Código Civil, terá que ceder e submeter-se inapelavelmente, a parte mais fraca generalizando-se a inclusão de cláusulas semelhantes é que invocam as agravantes, para declinarem a competência da justiça brasileira. A enorme desproporção de vantagens, na aplicação da interpretação que prevaleceu no acórdão, está mostrando o interesse político em atribuir à lei outro pensamento, que o seu texto, comodamente, admite.”

⁵⁵⁵ Recurso Extraordinário nº 30.636/DF, Rel. Min. Cândido Motta, j. 24/01/1957. Ementa: “O direito brasileiro reconhece o foro contratual, salvo quando existir impedimento de ordem pública.”

A ré opôs exceção de incompetência, julgada improcedente tanto em primeira quanto em segunda instância. No STF, o Min. Rel. Cândido Motta entendeu que o direito brasileiro reconhece o foro contratual, sendo possível impedir às partes contratantes fixar o foro da ação senão por impedimento de ordem pública. De acordo com a sua visão, o Art. 12 da LICC 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. Assim, salvo o caso do §1º do Art. 12 - que versa sobre a competência exclusiva -, podem as partes em contrato dispor que as ações decorrentes da avença sejam apresentadas em foro estrangeiro. Neste caso, a autoridade brasileira deveria abster-se de julgar a causa. A decisão foi tomada por unanimidade.

Foi uma constante no STF a assertiva de que a eleição de foro supõe um verdadeiro e inequívoco acordo de vontade, sob pena de a escolha não ser considerada.

O **Recurso Extraordinário 34.606** versava sobre uma ação de indenização proposta por um passageiro de navio (*Fereno Sik*) em face de transportadora (*Companhia Colonial de Navegação*), em decorrência de extravio de uma de suas malas.⁵⁵⁶

No bilhete de passagem, havia cláusula elegendo o foro de Lisboa. O tribunal de justiça considerou ser válida a eleição de foro, tendo sido essa decisão revertida pelo STF. O Supremo reconheceu que o foro legal pode ceder ao que foi livremente escolhido pelas partes. Mas no caso o contrato em questão tratava-se de um contrato de adesão e a escolha do foro não fora objeto de negociação, razão pela qual não deveria prevalecer.

Finalmente, no mesmo ano de 1957, ao decidir o **Recurso Extraordinário 18.615**⁵⁵⁷, e posteriormente os Embargos de Declaração⁵⁵⁸, o STF decidiu que a cláusula de eleição de foro estrangeiro ajustada contratualmente não deveria prevalecer. Tratava-se de ação proposta por *Cia. Internacional de Seguros*, sociedade sub-rogada nos direitos de companhia brasileira, contra *Sociedade Anônima Martineli*, em nome do *Lloyd Real Holandês*. As partes haviam eleito o foro holandês para dirimir as controvérsias e essa alegação fora considerada pelo tribunal de justiça para fins de acolher a *declinatoria fori*.

⁵⁵⁶ Recurso Extraordinário nº 34.606/DF, Rel. Min. Luiz Gallotti, j. 05/12/1957. Ementa: “Passageiro de navio. Bagagem extraviada. Ação de indenização. Foro competente. Cláusula contida no bilhete da passagem. Contrato de adesão. O foro legal pode ceder ao que foi livremente escolhido pelas partes. Mas essa escolha supõe um verdadeiro e inequívoco acordo de vontades, o que não ocorre no contrato de adesão. Recurso extraordinário conhecido e provido, para que a ação corra no foro do porto de desembarque.”

⁵⁵⁷ Recurso Extraordinário nº 18.615/DF, Rel. Min. Antonio Villas Boas, j. 21/06/1957. Ementa: “Não pode a convenção que elege foro estrangeiro para conhecimento de causa referente a falhas na execução do contrato de transporte, se a cláusula não é a expressão inequívoca da vontade das partes.”

⁵⁵⁸ Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 18.615/DF, Rel. Min. Luiz Gallotti, j. 30/06/1958. Ementa: “Contrato de transporte marítimo. Cláusula do conhecimento que elege foro estrangeiro. Não prevalência.”

O Min. Antonio Villas Boas afirmou ser perfeitamente válida a convenção acerca do foro estrangeiro, porém, no caso concreto, não poderia conferir-lhe validade. Com base na legislação então em vigor, afirmou que no país o conhecimento de frete original prova o recebimento da mercadoria e a obrigação de entregá-la no lugar do destino, sendo reputada não escrita qualquer cláusula em sentido contrário.

Ocorre que inexistia uma prova clara dessa vantagem caso a ação tramitasse no foro eleito (Amsterdam), e por isso haveria mais proteção à autora se a causa fosse apreciada pela jurisdição brasileira. Ademais, foi dito que não pode prevalecer a convenção que elege foro estrangeiro para conhecimento de causa referente a falhas na execução do contrato de transporte, se a cláusula não é a expressão inequívoca da vontade das partes.

A partir da análise dos precedentes do STF, conclui-se que o principal argumento utilizado pela Corte nos casos em que rejeitou a prevalência da escolha de foro estrangeiro contratualmente ajustado consistiu no fato de a cláusula não haver sido objeto de livre negociação entre as partes. Isto é, nas hipóteses em que ficou caracterizado que a eleição de foro fora imposta unilateralmente por uma das partes e não houvera livre e inequívoca avença, entendeu-se que a escolha de foro não poderia afastar a atuação da justiça brasileira, uma vez acionada.

Na década de 50, constata-se uma acentuada preocupação da jurisprudência pátria com a possibilidade de a parte brasileira submeter-se a condições contratuais desfavoráveis em razão de sua dificuldade em negociar de forma equitativa com empresas estrangeiras. Assim, a força obrigatória do contrato acabou cedendo espaço para uma interpretação da legislação favorável à parte brasileira. Nas décadas de 60, 70 e 80 não foi localizado nenhum precedente no STF que abordasse o tema da eleição de foro no exterior.

4.2.2 Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Em 1989, o STJ apreciou a **Ação Rescisória 133**, que tinha por objetivo desconstituir decisão proferida em 1976 que condenara empresa transportadora holandesa (*Koninklijke Hollandsche Lloyd*) a indenizar seguradora brasileira (*Companhia de Seguros Marítimos e*

Terrestres Fênix de Porto Alegre), em decorrência de extravio de mercadorias sob a responsabilidade da transportadora.⁵⁵⁹

A ação rescisória tinha como principal fundamento o fato de ter sido eleito contratualmente o foro judicial da Holanda, o que indicava que o mérito da causa jamais poderia ter sido apreciado pela justiça brasileira.

O STJ decidiu que, em se tratando de transporte marítimo, a obrigação assumida pelo transportador consistiu em efetivar a entrega da mercadoria em Porto Alegre, sendo essa uma das hipóteses de competência concorrente da justiça brasileira (Art. 88, II). Deste modo, não haveria qualquer impedimento ao juiz nacional em conhecer da causa. Ademais, foi ressaltado que a alegação acerca da incompetência da autoridade brasileira somente foi feita no âmbito da rescisória. Isto significava que a atuação da jurisdição pátria fora aceita pela empresa holandesa quando do julgamento da ação cuja decisão ora pretendia rescindir.

De fato, o STJ decidiu acertadamente ao registrar que, a despeito de ter sido eleito foro contratual, se as partes se submeteram à jurisdição brasileira não há como se alegar posteriormente descumprimento da avença. A submissão ao tribunal nacional supre qualquer acordo prévio em sentido contrário.

No entanto, embora no caso concreto tenha sido correta a decisão no sentido de que não deveria prevalecer o foro estrangeiro, decisões posteriores da Corte fazem referência à Ação Rescisória 133, com base no fato de ali ter sido expresso que sendo caracterizada hipótese de competência concorrente a causa não pode ser excluída da apreciação do Judiciário brasileiro.⁵⁶⁰

Importante decisão foi proferida no **Recurso Especial 251.438**, em que foi expresso que a cláusula de eleição de foro pactuada em contrato acessório não pode afastar a

⁵⁵⁹ Ação Rescisória nº 133/RS, Rel. Min. Cláudio Santos, j. 30/08/1989. Ementa: “Transporte marítimo. Emenda Constitucional nº 7/77. Ação rescisória. Competência residual do extinto Tribunal Federal de Recursos. Eleição contratual de foro estrangeiro. Prevalência da jurisdição brasileira. Aplicação do Art. 88, II, do CPC e do princípio da submissão. 1. Tratando-se de questão relacionada com contrato de transporte marítimo, continuou competente o extinto Tribunal Federal de Recursos, após a Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977, para o julgamento de ação rescisória visando à desconstituição de seus acórdãos. 2. **Não prevalece o foro contratual eleito pelas partes quando, pela obrigação assumida pela empresa de transporte, o desembarque da mercadoria é feito no Brasil. Aplicação do artigo 88, inciso II, do Código de Processo Civil, bem como do princípio da submissão em razão da anterior aceitação da jurisdição brasileira.** 3. Ação rescisória julgada improcedente pela in ocorrência dos pressupostos legais” (grifos nossos).

⁵⁶⁰ No mesmo sentido, Carmen Tiburcio critica o fato de a jurisprudência posterior fazer uma leitura equivocada da decisão proferida na Ação Rescisória 133: “A decisão passou a ser lida como se não admitisse a escolha de foro estrangeiro em contrato a ser executado em território brasileiro – um dos casos previstos no art. 88, II, do CPC, que, como já visto, diz respeito à competência concorrente. Todavia, não era essa exatamente a situação. O caso concreto versava sobre ação proposta no Brasil em que durante todo o processo nem a autora nem a ré argüiram a eleição de foro estrangeiro. Somente após a prolação da decisão é que a parte descontente alegou a existência da cláusula. Indubitavelmente, considerando a situação, não se poderia admitir o argumento da eleição de foro em sede de rescisória, pois ambas as partes haviam revogado o pacto anterior quando a ação fora ajuizada no país e a ré aqui comparecera sem suscitar a sua existência.” (TIBURCIO, Carmen. “A eleição de foro estrangeiro e o judiciário brasileiro”. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. nº 21. p. 105).

competência concorrente do juiz brasileiro no que se refere à controvérsia relativa ao contrato principal.⁵⁶¹ Para que se possa entender exatamente o posicionamento da Corte, há que se atentar para as particularidades do caso.

Sociedade estrangeira subsidiária de nacional (*Braspetro Oil Services Company – Brasoil*) celebrou contrato com consórcio integrado pelas empresas *Indústrias Verolme Ishibrás S.A. – IVI, Sade Vigesa S.A. e Iesa – Internacional de Engenharia S.A.*, cujo objeto consistia na execução de serviços para a conversão de um navio petroleiro em unidade flutuante de tratamento, armazenamento e escoamento de óleo e gás. O contrato era garantido através de *performance bond*, conforme ajustado entre as contratadas brasileiras e as seguradoras americanas (*American Home Assurance Company e United States Fidelity*), em benefício da *Brasoil*. O *performance bond* continha cláusula de eleição de foro.

Diante do inadimplemento contratual, *Brasoil* ingressou com uma ação contra as empresas do referido consórcio e contra as seguradoras, dessas últimas requerendo o pagamento do *performance bond*. Discutia-se, dentre outras questões, se os garantidores de execução do contrato poderiam ser acionados na jurisdição brasileira, ainda que constasse do instrumento relativo ao *performance bond* eleição de foro estrangeiro.

Em primeira instância, o processo foi extinto sem julgamento do mérito com relação às garantidoras, por falta de jurisdição brasileira. No tribunal, essa decisão foi revertida e foi restabelecida a jurisdição da autoridade nacional.⁵⁶² Posteriormente, a questão acerca da atuação da autoridade nacional no tocante às seguradoras foi submetida ao STJ, e a decisão ali proferida privilegiou a jurisdição nacional.

O Min. Rel. Barros Monteiro ressaltou que o contrato de garantia celebrado entre as empresas integrantes do consórcio e as co-rés constituiu uma avença acessória, subordinada ao contrato principal, pois dependia lógica e juridicamente do pacto garantido. Assim, as co-

⁵⁶¹ Recurso Especial nº 251.438, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 08/08/2000. Ementa: “Competência internacional. Contrato de conversão de navio petroleiro em unidade flutuante. Garantia representada por ‘performance bond’ emitido por empresas estrangeiras. Caráter acessório deste último. Jurisdição do tribunal brasileiro em face da denominada competência concorrente (art. 88, inc. II, do CPC). - O ‘Performance bond’ emitido pelas empresas garantidoras é acessório em relação ao contrato de execução de serviços para a adaptação de navio petroleiro em unidade flutuante de tratamento, armazenamento e escoamento de óleo e gás. - Caso em que empresas as garantem se sujeitam à jurisdição brasileira, nos termos do disposto no art. 88, inc. II, do CPC, pois no Brasil é que deveria ser cumprida a obrigação principal. Competência internacional concorrente da autoridade judiciária brasileira, que não é suscetível de ser arredada pela vontade das partes. - À justiça brasileira é indiferente que se tenha ajuizado ação em país estrangeiro, que seja idêntica a outra que aqui tramite. Incidência na espécie do art. 90 do CPC. Recurso especial não conhecido, prejudicada a medida cautelar.”

⁵⁶² Ver, a respeito desse caso, parecer elaborado por Athos Gusmão Carneiro, em que o jurista defende que a demanda foi corretamente ajuizada perante a Justiça brasileira, pois incide a competência concorrente prevista no Art. 88, II do CPC e que instruiu a lide. Em seu entendimento, não é possível às partes afastar a possibilidade de atuação do Judiciário brasileiro em hipótese de competência concorrente. (CARNEIRO, Athos Gusmão. “Competência internacional concorrente. Artigo 88 do CPC e o foro de eleição”. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. vol. 352. pp. 37-48). Confira-se também ALMEIDA, Ricardo Ramalho. “Breves reflexões sobre eleição de foro estrangeiro e a competência concorrente do Judiciário brasileiro”. In: RODAS, João Grandino (coord.). *Contratos internacionais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 2297-302.

rés *American Home Assurance Company* e *United States Fidelity* sujeitavam-se, no caso, à jurisdição brasileira uma vez que aqui deveria ser cumprida a obrigação principal (Art. 88, II). Na visão do Min., o que deveria prevalecer eram as estipulações constantes do contrato principal, não as do acessório.

Ademais, foi alegado pelo Min. Rel. que qualquer convenção entre as partes não teria força para obstaculizar o ingresso nos tribunais brasileiros pelos interessados, no que foi acompanhado por unanimidade pelos demais ministros.

Na opinião de Carmen Tiburcio, o STJ decidiu acertadamente ao desconsiderar a cláusula de eleição de foro naquele caso concreto, pois a renúncia ao foro brasileiro não poderia ser imposta à parte que não participara do contrato original, e que não manifestara a sua vontade livremente.⁵⁶³ Todavia, Tiburcio ressalva que a simples leitura da ementa pode conduzir a uma interpretação equivocada da questão segundo a moderna tendência do direito internacional privado, destacando *in verbis*:

“A cláusula de eleição de foro estrangeiro, que na realidade significa uma renúncia ao foro brasileiro, deve ser aceita quando representa uma manifestação de vontade inequívoca, sem vícios, de ambos os contratantes. (...) Entretanto, em trecho da ementa ora sob exame (‘Competência internacional concorrente da autoridade judiciária brasileira, que não é suscetível de ser arredada pela vontade das partes’), o STJ parece afirmar que, nas hipóteses de competência concorrente, não é possível a escolha de foro estrangeiro, o que contraria a doutrina dominante no país e a moderna tendência do direito internacional. Porém, não se tratando propriamente de caso no qual se deva aceitar a cláusula de eleição de foro, deve-se interpretar essa afirmação como aplicável somente à hipótese em questão.”⁵⁶⁴

De fato, há que se levar em consideração que a ação foi ajuizada no Brasil por parte que não havia assinado o *performance bond*, e que, por conseguinte, não estava sujeita às suas disposições. Logo, a cláusula eletiva de foro não poderia ser oposta contra si. Ademais, a eleição de foro constava de instrumento acessório a um contrato principal, que por sua vez continha regra segundo a qual seriam nulas as disposições constantes dos anexos que contrariassem as suas principais cláusulas. Foi, portanto, correta a decisão que confirmou a jurisdição brasileira para apreciar a causa.

Todavia, deve-se atentar que o Min. Barros Monteiro, em sua fundamentação, efetivamente afirmou que a competência concorrente do juiz brasileiro não pode ser afastada pela vontade das partes, tendo feito referência à lição de Botelho de Mesquita. Assim, ficou assentado no acórdão que em hipótese de competência internacional concorrente, a cláusula eletiva de foro não tem o condão de afastar a jurisdição brasileira.

⁵⁶³ TIBURCIO, Carmen. “Comentários ao Recurso Especial nº 251.438: três temas de processo internacional.” *In: Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 83-121, esp pp. 109-110.

⁵⁶⁴ TIBURCIO, Carmen, op. cit. nota 563, p. 110.

Em 2003, ao decidir o **Recurso Especial 505.208** o STJ utilizou a eleição de foro estrangeiro como argumento para afastar a atuação da autoridade brasileira.⁵⁶⁵ Tratava-se de ação ajuizada por brasileiro (A.M.G.) para rescisão de contrato de compra e venda de imóvel situado em Miami.

Em primeira instância foi afirmada a jurisdição brasileira, tendo sido essa decisão revertida em segunda instância. No STJ, foi mantida a decisão do tribunal que acolhera a alegação da incompetência da justiça brasileira para julgar a demanda. O contrato de compra e venda não tinha qualquer ligação com o Brasil, pois fora celebrado em Miami, em moeda estrangeira, era relativo a imóvel ali situado e as partes ainda haviam eleito o foro da Flórida para dirimir quaisquer pendências relativas ao contrato. No caso, não estava presente quaisquer das hipóteses de competência concorrente elencadas no Art. 88, o que certamente facilitou a decisão no sentido de afastar a causa da apreciação da jurisdição pátria.

Posteriormente, em 2005, ao decidir o **Recurso Especial 242.383** o STJ manifestou novamente entendimento favorável à cláusula de eleição de foro.⁵⁶⁶ O caso versava sobre ação de indenização por rescisão unilateral de contrato de representação comercial proposta por pessoas brasileiras em face de sociedade norte-americana (*Amoco Chemical Holding Company*). O contrato continha cláusula de eleição de foro estrangeiro. No caso, a ré não tinha domicílio no Brasil, o país não era o local de cumprimento da obrigação e a ação não se originara de fato ocorrido ou ato praticado no Brasil, já que o contrato fora firmado nos EUA.

O Min. Rel. Humberto Gomes de Barros mencionou ser válida a cláusula de eleição de foro estrangeiro, afastando, por conseguinte, a atuação da jurisdição nacional. O entendimento firmado foi o de que a eleição de foro estrangeiro é válida, exceto quando a lide envolver interesses públicos. Inclusive, foi feita referência à decisão proferida no Recurso Extraordinário 30.636 mencionado supra.

Destaca-se que Min. Carlos Alberto Direito, em seu voto, ressaltou que não há nenhuma vedação no ordenamento brasileiro a que se ponha o foro de eleição em contratos

⁵⁶⁵ Recurso Especial nº 505.208/AM, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 19/08/2003. Ementa: “Compra e venda de imóvel sediado em Miami. Competência da autoridade judiciária brasileira. Prequestionamento. Fundamentos não acatados. 1. Os dispositivos da Lei de Introdução ao Código Civil e os do Código de Defesa do Consumidor não foram prequestionados. 2. **O art. 88 do Código de Processo Civil não tem força para vencer os fundamentos relativos à existência de foro de eleição e ao fato de o autor não ter domicílio certo; indiscutível que o contrato foi celebrado no exterior e lá está o imóvel objeto da ação.** 3. Recurso especial não conhecido” (grifos nossos).

⁵⁶⁶ Recurso Especial nº 242.383/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 03/02/2005. Ementa: “Recurso Especial. Prequestionamento. Súmulas 282/STF e 211/STJ. Reexame de provas e interpretação contratual. Súmulas 5 e 7. **Jurisdição internacional concorrente. Eleição de foro estrangeiro. Ausência de questão de ordem pública.** Validade. Divergência não-configurada. 1. Em recurso especial não se reexaminam provas e nem interpretam cláusulas contratuais (Súmulas 5 e 7). 2. **A eleição de foro estrangeiro é válida, exceto quando a lide envolver interesses públicos.** 3. Para configuração da divergência jurisprudencial é necessário demonstrar analiticamente a simetria entre os arestos confrontados. Simples transcrição de ementa ou súmula não basta” (grifos nossos).

internacionais. Em sua visão, 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.

A decisão é louvável por reconhecer a possibilidade de a eleição de foro estrangeiro afastar a atuação da jurisdição nacional. Todavia, tendo em vista que não restava configurada qualquer das hipóteses do Art. 88, não foi discutida a questão da competência concorrente da justiça brasileira face à escolha de tribunal estrangeiro para decidir a causa.

Poucos meses depois, foi decidido o **Recurso Especial 498.835**, que não cuidava especificamente da questão da eleição de foro estrangeiro.⁵⁶⁷ O caso versava sobre ação de indenização proposta por seguradora brasileira (*Vera Cruz Seguradora S/A*) em face de empresa norte-americana (*Bell Helicopter Textron Inc.*). Essa última celebrara contrato com empresa brasileira (*Agropecuária JL*) cujo objeto era um helicóptero. Sucedeu-se que o helicóptero veio a cair e a seguradora contratada pela arrendatária pagou as despesas e propôs a ação em referência com vistas a ser ressarcida. Não foi feita, pelas partes, qualquer referência à eleição de foro estrangeiro.

Oferecida exceção de incompetência, foi acolhida em primeira instância e posteriormente declarada a incompetência da justiça brasileira pelo tribunal. No STJ, a Min. Rel. Nancy Andrighi entendeu que, para fins de fixação de competência, há que se observar que parte substancial das obrigações decorrentes do contrato firmado seriam cumpridas em território brasileiro. Se as obrigações deveriam ser cumpridas no Brasil, a regra incidente é a do Art. 12 da LICC combinado com o artigo 88, II, do CPC.

Essa decisão deve ser mencionada pois a Min. Rel., em seu voto, fez referência à lição de Botelho de Mesquita e ao Recurso Especial 251.438. Asseverou, ainda, em *obiter dictum*, que é vedado às partes, por vontade expressa em contrato, dispor sobre competência concorrente do juiz brasileiro.

O **Recurso Especial 861.248** também não aborda diretamente a questão da eleição de foro estrangeiro em hipótese de competência concorrente da justiça brasileira, mas nele é

⁵⁶⁷ Recurso Especial nº 498.835/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 12/04/2005. Ementa: “Processo civil. Embargos de declaração. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade. Competência internacional. Contrato de arrendamento mercantil internacional cuja execução se daria essencialmente em território brasileiro. Danos oriundos do fato de bem arrendado com defeito oculto. Rejeitam-se os embargos de declaração quando ausente omissão, contradição ou obscuridade a ser sanada. A autoridade judiciária brasileira tem competência para apreciar ação de indenização proposta por seguradora brasileira, sub-rogada nos direitos de arrendatária também brasileira, contra arrendadora norte-americana com o objetivo de ser ressarcida de danos oriundos de alegado inadimplemento de contrato de arrendamento mercantil cuja execução se daria essencialmente em território brasileiro. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.”

refletido um entendimento jurisprudencial que merece ser destacado.⁵⁶⁸ Tratava-se de execução de título judicial proposta por empresa americana (*Debis Financial Services Inc.*) contra empresa tomadora do empréstimo, com sede em Cayman (*Dorchester Investments Corp.*) e contra seus garantidores brasileiros (*H.A.C. e M.S.C.*). No contrato de garantia, havia cláusula de eleição de foro de Fairfiled (EUA) e Rio de Janeiro, e constava menção à possibilidade de as ações serem propostas perante qualquer outro tribunal competente.

Foi oposta exceção de pré-executividade pelos garantidores com base na incompetência da justiça brasileira apreciar a causa, rejeitada em primeira e em segunda instâncias. No STJ, esse posicionamento foi mantido, pois os garantidores eram domiciliados no Brasil, aqui se encontravam os bens dados em hipoteca (embarcações) e aqui estavam localizados os seus bens imóveis que eventualmente iriam garantir a execução.

A Min. Nancy Andrighi acentuou, em seu voto, que sendo a ação proposta no domicílio do devedor, o processo deveria correr no Brasil, pois o fato de a execução tramitar sob jurisdição nacional não causava nenhum prejuízo ao réu. Ou seja, não poderia o réu aqui domiciliado alegar que a ação contra si deveria ser proposta no exterior.⁵⁶⁹

Esse posicionamento, se projetado para os casos em que houver sido ajustada eleição de foro estrangeiro de forma livre e sem vícios, torna sem efeito a avença contratual. Isso porque a parte ré domiciliada no Brasil sempre poderá ser acionada no país, a despeito do compromisso firmado.

Em 2008, ao apreciar o **Recurso Especial 804.306** o STJ manifestou-se no sentido de desconsiderar a cláusula de eleição de foro em hipótese que se enquadrava no Art. 88 do CPC.⁵⁷⁰ O caso versava sobre um contrato de distribuição celebrado por uma empresa

⁵⁶⁸ Recurso Especial nº 861.248/RJ, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 12/12/2006. Ementa: “Processo civil. Competência internacional. Nada importa que o contrato principal tenha sido ajustado em outro país, por pessoas jurídicas estrangeiras; ainda que lá assumida, a fiança dada em garantia do respectivo cumprimento por brasileiros aqui residentes, com bens situados no território nacional, pode ser executada perante o Judiciário Brasileiro. Recurso especial não conhecido.”

⁵⁶⁹ Transcreve-se passagem do voto-vista da Min. Nancy Andrighi: “Com efeito, a despeito do CPC empregar erroneamente o termo ‘competência internacional’, ‘a norma regula na verdade a jurisdição brasileira para julgar as causas’ enumeradas nos arts. 88 e 89. (...) Nessa linha de entendimento, as disposições dos arts. 88 e 89 do CPC, por tratarem dos limites da jurisdição brasileira, são normas de ordem pública e, por isso, podem ser discutidas por meio de exceção de pré-executividade e não exclusivamente em embargos do devedor, conforme entendeu o acórdão recorrido. (...) Realmente, da mesma forma que o réu não tem *interesse processual* para arguir a incompetência para a ação ajuizada no foro do seu domicílio (...) – ainda que haja foro de eleição (...) – não há interesse processual do réu domiciliado no Brasil em ver reconhecida a exclusão da jurisdição brasileira para julgar demanda que lhe foi proposta no Brasil.”

⁵⁷⁰ Recurso Especial nº 804.306/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19/08/2008. Ementa: “Processo civil. Competência internacional. Contrato de distribuição no Brasil de produtos fabricados por empresa sediada no Reino Unido. Impropriedade do termo ‘leis do Reino Unido’. Execução de sentença brasileira no exterior. Temas não prequestionados. Súmulas 282 e 356 do STF. Execução contratual essencialmente em território brasileiro. Competência concorrente da Justiça brasileira. Art. 88, inc. II, do CPC. Precedentes. As alegações não enfrentadas e decididas pelo Tribunal local não podem ser apreciadas pelo STJ, pela ausência de prequestionamento. Súmulas 282 e 356 do STF. A autoridade judiciária brasileira tem competência para apreciar ação proposta por representante brasileira de empresa estrangeira, com o objetivo de manutenção do contrato de representação e indenização por gastos efetuados com a distribuição dos produtos. O cumprimento do contrato de

brasileira (*RS do Brasil Comércio Importação Exportação Consultoria e Representações Ltda.*) e uma empresa inglesa (*RS Components Limited*), que previa expressamente a eleição do foro do Reino Unido.

Após a rescisão do contrato pela empresa inglesa, a empresa brasileira ajuizou ação contra aquela. Oposta exceção de incompetência com base na eleição de foro pelas partes, essa alegação foi rejeitada pelo tribunal. No STJ, foi decidido que embora tenha havido eleição de foro estrangeiro, como estava caracterizada uma das hipóteses de competência concorrente brasileira (obrigação a ser cumprida no Brasil, Art.88, II), a justiça brasileira seria competente para conhecer da causa.

A Min. Rel. Nancy Andrichi fez referência às decisões proferidas no Recurso Especial 251.438 e no Recurso Especial 498.835, além da lição de Botelho de Mesquita. Concluiu que a eleição de foro estrangeiro somente poderia ser reconhecida se não acarretasse prejuízo a um dos contratantes, o que teria sido verificado no caso concreto.

Em abril de 2009 foi julgada a **Medida Cautelar 15.398**, em que foi decidido litígio envolvendo a eleição de foro estrangeiro de forma inovadora pelo STJ.⁵⁷¹ O caso, resumidamente, versava sobre ação declaratória proposta por empresa brasileira (*Marítima Petróleo e Engenharia Ltda.*) em face da *Petrobras – Petróleo Brasileiro S.A.* Na inicial, *Marítima* argumentou que participara da modernização de plataformas de petróleo, e que para tanto teve de constituir empresas no exterior. Em vista de desentendimentos surgidos durante a execução dos serviços, as sociedades subsidiárias da *Marítima* propuseram ações na Inglaterra, foro eleito contratualmente pelas partes. Ocorre que naquele foro as subsidiárias foram derrotadas, e optaram por propor novamente ação no Brasil.

representação deu-se, efetivamente, em território brasileiro; a alegação de que a contraprestação (pagamento) sempre foi feita no exterior não afasta a competência da Justiça brasileira. Recurso especial não conhecido.”

⁵⁷¹ Medida Cautelar nº 15.398, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 02/04/2009. 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 TJ/RJ, 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.”

Em primeira instância, o juiz deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, reconhecendo a jurisdição brasileira. No tribunal essa decisão foi revertida, pois se entendeu que a eleição do foro ocorreria de forma livre e consciente, e que a jurisdição inglesa não fora contestada pelas partes. No STJ, essa decisão foi mantida, mas com fulcro em outras razões.

A Min. Nancy Andrichi afirmou que o TJRJ aplicara dois princípios do direito internacional, notadamente reconhecidos nos países de *common law* e não positivados no direito brasileiro: o *forum shopping* e o *forum non conveniens*.⁵⁷² A regra aplicável no Brasil seria outra, a de que a sentença estrangeira somente terá eficácia depois de homologada pelo STJ, prevalecendo a decisão que primeiro obtiver a autoridade de coisa julgada. Assim, em teoria, a decisão prolatada no país poderia prevalecer sobre a decisão proferida no exterior.

Em que pesem esses argumentos, que levariam à reforma do acórdão recorrido, a Min. aduziu que conceder a liminar implicaria privilegiar o comportamento contraditório. Estaria configurado, nos autos, ao menos a princípio, violação da boa-fé objetiva no plano processual. Por tais razões, foi indeferida a medida liminar.

Neste processo, embora no mérito tenha decidido acertadamente o STJ, a cláusula de eleição de foro estrangeiro validamente pactuada não foi utilizada como fundamento, por si, para obstar a atuação da justiça nacional.

Em fins de 2009, o tema de eleição de foro estrangeiro foi objeto de análise do **Recurso Especial 1.159.796**, cujo seguimento foi negado pela Min. Nancy Andrichi em 30/11/2009.⁵⁷³ No caso, uma empresa brasileira (*Saraiva Equipamentos Ltda.*) ajuizou no país ação de indenização em face de empresa alemã (*Südleasing GMBH*), não obstante a existência de acordo contratual em que fora eleito o foro de Stuttgart, na Alemanha, como competente para dirimir quaisquer litígios.

Em primeira e segunda instâncias foi rejeitada a exceção de incompetência oposta pela empresa alemã, sob a alegação de que a cláusula de eleição de foro não teria o condão de modificar a competência internacional brasileira, sendo essa uma matéria de soberania.

No STJ, a Min. Rel. afirmou que a decisão proferida no acórdão recorrido estava alinhada ao entendimento do STJ quanto à matéria, conforme decidido nos Recursos Especiais 251.438, 498.835 e 804.306, e que deveria ser mantida. Ademais, a Min. mencionou que a

⁵⁷² Em defesa da adoção da doutrina do *forum non conveniens* no processo civil brasileiro, NERY JUNIOR, Nelson. “Competência no processo civil norte-americano: o instituto do *forum (non) conveniens*”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. vol. 781. pp. 28-32.

⁵⁷³ Recurso Especial nº 1.159.796, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 30/11/2009. Ementa: “Processo civil e civil. Exceção de incompetência. Competência internacional. Art. 88 do CPC. Cláusula de eleição de foro. Modificação da competência. Impossibilidade. Harmonia entre o acórdão recorrido e a jurisprudência do STJ. Fundamento do acórdão não impugnado. Súmula 283/STF.”

empresa alemã teria se comportado de maneira contraditória, porquanto em situação prévia teria ajuizado ação em face da empresa brasileira perante autoridade nacional.

No recente julgamento do **Recurso Especial 1.177.915** o STJ manteve a decisão de segunda instância que acolhera exceção de incompetência invocada com fulcro na existência de cláusula contratual de eleição de foro do juízo de Bolonha, na Itália.⁵⁷⁴ No entanto, vale observar que o acórdão recorrido extraía a conclusão de que o caso não se enquadrava em quaisquer das hipóteses do Art. 88 do CPC, pois o contrato fora firmado no exterior e as obrigações também deveriam ser cumpridas no exterior, inclusive o pagamento. O reexame das cláusulas contratuais e do conjunto fático-probatório não foi realizado pelo STJ, por força da vedação dos Enunciados 5 e 7.

Portanto, embora tenha sido feita menção à validade da cláusula de eleição de foro estrangeiro, é importante a ressalva de que a controvérsia não se enquadrava em nenhuma hipótese de competência concorrente da jurisdição brasileira.

Vale menção ao voto do Min. Massami Uyeda que afirmou que no caso não havia incidência da lei brasileira, mas sim da lei italiana, pelo que existia o contrato de importação. Houve, por parte do Ministro, uma nítida confusão entre a lei aplicável e a jurisdição competente para apreciar a controvérsia.

Finalmente, em maio de 2010, o STJ decidiu no julgamento do **Recurso Especial nº 1.168.547** que a cláusula de eleição de foro estrangeiro não impede a propositura de ação no Brasil, ainda que se trate de competência concorrente.

Tratava-se de ação de reparação civil proposta por uma dançarina brasileira, contratada na Espanha para fazer show no exterior, que teve sua imagem veiculada no endereço eletrônico da empresa contratante, sem a sua prévia autorização. A despeito de constar do contrato a eleição do foro da Espanha, o STJ decidiu que, em razão de não haver lei que regulamente a jurisdição no ciberespaço, a ação poderia ser promovida no foro do local onde ocorreu o ato ou fato, isto é, no Brasil. Entendeu-se que é no local em que reside e trabalha a pessoa supostamente prejudicada que o evento negativo teria maior repercussão.

⁵⁷⁴ Recurso Especial nº 1.177.915, Rel. Min. Vasco Della Giustina, j. 13/04/2010. Ementa: “Recurso Especial. Exceção de Incompetência. Cláusula de Eleição de Foro Estrangeiro. Contrato Internacional de Importação. Ofensa ao Art. 535 do CPC Não Configurada. Interpretação de Cláusulas Contratuais. Reexame de Provas. Incidência das Súmulas 05 e 07 do STJ. Ausência de Questão de Ordem Pública. 1. Não se verifica ofensa ao art. 535 do CPC, tendo em vista que o acórdão recorrido analisou, de forma clara e fundamentada, todas as questões pertinentes ao julgamento da causa, ainda que não no sentido invocado pelas partes. 2. A reforma do julgado demandaria a interpretação de cláusula contratual e o reexame do contexto fático-probatório, providências vedadas no âmbito do recurso especial, a teor do enunciado das Súmulas 5 e 7 do STJ. 3. As conclusões da Corte *a quo* no sentido de que, *in casu*, é de importação a natureza do contrato entabulado entre as partes e de que é o país estrangeiro o local de execução e cumprimento das obrigações, decorreram da análise de cláusulas contratuais e do conjunto fático-probatório carreado aos autos, pelo que proscriu o reexame da questão nesta via especial. 4. “A eleição de foro estrangeiro é válida, exceto quando a lide envolver interesses públicos” (REsp 242.383/SP, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 03/02/2005, DJ 21/03/2005, p. 360). 5. Recurso especial desprovido”.

Portanto, à luz das últimas decisões proferidas no STJ, verifica-se uma tendência da corte a não conferir efeitos à cláusula de eleição de foro no exterior se restar caracterizada uma das hipóteses de competência dos tribunais nacionais.

4.2.3 Jurisprudência dos tribunais inferiores

Os tribunais inferiores não apresentam um posicionamento uniforme com relação à hipótese em que é acionada a justiça brasileira, a despeito de ter sido eleito pelas partes foro estrangeiro. Neste item, cuidaremos de traçar qual é o entendimento prevalente nos principais tribunais brasileiros.

(i) *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*

O TJRJ decidiu controvérsias em que foi suscitada a existência de foro estrangeiro eleito contratualmente diversas vezes. Pode-se dizer que na maioria das decisões identificadas foi dada prevalência ao foro estrangeiro eleito pelas partes contratantes, o que evidencia um posicionamento merecedor de elogios do TJRJ.⁵⁷⁵

No entanto, não se pode negar que há decisões no sentido de privilegiar a jurisdição nacional.⁵⁷⁶ Em um caso, alegou-se que a apreciação da causa pela Justiça brasileira não traria à parte qualquer prejuízo para sua defesa, já que a ação fora proposta em seu domicílio.⁵⁷⁷ Todavia, entendemos que a análise acerca de qual foro é mais conveniente à parte não deveria ser feita por magistrado brasileiro, o qual não tem conhecimento das razões que justificam a escolha de determinado tribunal. É possível, por exemplo, que litigar em foro estrangeiro seja mais rápido, ou então que o tribunal eleito seja especialista na matéria litigiosa, fatores esses mais relevantes para a parte do que se defender no foro do seu domicílio.

Em duas decisões o TJRJ agiu acertadamente ao afastar o foro eleito. Na primeira, porque a cláusula de eleição de foro estava inserta em contrato de adesão, o qual não fora

⁵⁷⁵ Agravo de Instrumento nº 2007.002.24569, Rel. Des. Carlos Eduardo Moreira da Silva, j. 21/11/2007; Agravos de Instrumento nº 2007.002.02431 e 2007.002.02478, Rel. Des. Ricardo Rodrigues Cardozo, j. 27/03/2007; Apelação Cível nº 1994.001.05097, Rel. Des. Marlan de Moraes Marinho, j. 06/12/1994; e Apelação Cível nº 1989.001.04903, Rel. Des. Darcy Lizardo de Lima, j. 07/08/1990.

⁵⁷⁶ Apelação Cível nº 2003.001.03058, Rel. Des. José Carlos de Figueiredo, j. 07/05/2003.

⁵⁷⁷ Agravo de Instrumento nº 2007.002.34305, Rel. Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, j. 21/08/2009. Nesse caso, consta da decisão que a competência concorrente da justiça brasileira não pode ser afastada pela vontade das partes, por se tratar de norma fundada na soberania nacional.

objeto de livre negociação.⁵⁷⁸ Na segunda, o pacto atributivo de jurisdição somente fazia parte de contrato acessório, e não do principal.⁵⁷⁹

Em se tratando de ação de regresso proposta por seguradora, sub-rogada no direito de seu segurado, o TJRJ vem entendendo que, a despeito da eleição de foro, os tribunais brasileiros são competentes para julgar a causa.⁵⁸⁰ Um dos argumentos utilizados é que a sub-rogação da seguradora na posição da segurada não abrange a cláusula de eleição de foro de contrato do qual não participou.

O tribunal já manifestou entendimento no sentido de não reconhecer a validade da cláusula de eleição de foro avençada entre as partes em contrato de representação comercial. Entendeu-se que as cláusulas não haviam sido livremente discutidas, em pé de igualdade, acabando por impor sua vontade à parte economicamente mais forte. No entendimento do TJRJ, isso equivale a privar a parte economicamente mais fraca na avença de postular a tutela jurisdicional, com reais prejuízos aos seus direitos eventualmente violados, bem como à sua defesa.⁵⁸¹

Vale atentar que alguns juízes confundem as regras sobre lei aplicável (Art. 9º da LICC) com aquelas que versam sobre jurisdição brasileira, sendo esse um equívoco que não pode continuar ocorrendo em nossos tribunais.⁵⁸²

(ii) *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*

Em São Paulo, a jurisprudência manifesta-se predominantemente contrária ao reconhecimento da autonomia da vontade na escolha de foro estrangeiro.

Há casos em que de fato foi acertada a decisão no sentido de que o foro eleito não tinha o condão de afastar a apreciação da controvérsia pelo judiciário brasileiro.⁵⁸³ Há um precedente em que se decidiu que como o foro eleito fora pactuado em contrato de adesão, não deveria prevalecer.⁵⁸⁴ Em outros casos, tratava-se de ação proposta por seguradora em face da empresa responsável pelos danos, não tendo sido admitida a prevalência do foro eleito

⁵⁷⁸ Agravo de Instrumento nº 2001.002.07195, Rel. Des. Galdino Siqueira Netto, j. 10/10/2001.

⁵⁷⁹ Agravo de Instrumento nº 1999.002.01561, Rel. Des. Raul Celso Lins e Silva, j. 14/04/1999.

⁵⁸⁰ Agravo de Instrumento nº 2007.002.17947, Rel. Des. Ana Maria Pereira de Oliveira, j. 28/08/2007; Agravo de Instrumento nº 2006.002.14243, Rel. Des. Carlos Santos de Oliveira, j. 08/11/2006; e Apelação Cível nº 2002.001.08328, Rel. Des. Fabrício Paulo B. Bandeira Filho, j. 15/02/2002.

⁵⁸¹ Apelação Cível nº 1998.002.01190, Rel. Des. Luiz Odilon Gomes Bandeira, j. 19/05/1998.

⁵⁸² Agravo de Instrumento nº 2007.002.08683, Rel. Des. Gilberto Rego, j. 01/08/2007. Ementa: “Agravo de Instrumento. Competência. Direito Internacional Privado. Lei de Introdução ao Código Civil, art. 9º. Ação de Cobrança de empréstimo pessoal. O próprio autor/Agravante afirma (fls. 26) que transferiu numerário em moeda estrangeira, no estrangeiro, para o réu/Agravado. Assim, não resta dúvida de que a obrigação se constituiu no estrangeiro, o que acarreta, por consequência, a incompetência absoluta da Justiça Brasileira, que pode ser reconhecida de ofício. Recurso conhecido provimento negado.”

⁵⁸³ Agravo de Instrumento nº 1182983-0/5, Rel. Des. Sílvia Rocha Gouveia, j. 29/07/2008.

⁵⁸⁴ Agravo de Instrumento nº 7228580-2, Rel. Des. Jovino de Sylos, j. 10/06/2008.

em contrato do qual não participara.⁵⁸⁵ E ainda, vale mencionar a hipótese em que o foro eleito foi desconsiderado por faltar à ré o interesse legítimo para recusar o foro que lhe era visivelmente mais favorável.⁵⁸⁶

Na maioria dos julgados concluiu-se que em sendo configurada hipótese de incidência do Art. 88 do CPC, a atuação dos tribunais nacionais não poderia ser afastada por vontade das partes.⁵⁸⁷

Porém, vale dizer que há precedente em que se decidiu que o juízo brasileiro não seria competente para julgar o litígio, diante da eleição de foro estrangeiro.⁵⁸⁸

Em se tratando de pedido de recuperação judicial feito pela devedora, decidiu-se ser irrelevante que o contrato tivesse sido celebrado com credor estrangeiro e que nele se houvesse elegido o foro de Nova Iorque. Estando o crédito sujeito à recuperação judicial, o foro para sua discussão é o da recuperação judicial, definido pela Lei 11.101/2005. Só no caso de créditos não sujeitos à recuperação judicial é que o foro de eleição, acordado pelas partes, poderia prevalecer.⁵⁸⁹

Vale dizer que no TJSP já foi feita confusão entre a cláusula de eleição de foro e a lei aplicável, tendo sido afirmado que de acordo com o Art. 9º da LICC, é possível determinar a Justiça competente para processar o feito.⁵⁹⁰ Trata-se de um grande equívoco, uma vez que o Art. 9º versa sobre lei aplicável.

(iv) *Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e Espírito Santo*

Em Minas Gerais, o tribunal já decidiu que inexistindo nos autos prova de eleição de foro estrangeiro pelas partes litigantes, a Justiça brasileira é competente se configurada uma

⁵⁸⁵ Apelação Cível nº 1.141.462-9, Rel. Des. Oséas Davi Viana, j. 06/12/2006; e Agravo de Instrumento nº 1.042.815-0/8, Rel. Des. Romeu Ricupero, j. 13/07/2006.

⁵⁸⁶ Agravo de Instrumento nº 1.224.573-0/6, Rel. Des. Sebastião Flavio, j. 24/03/2009 e Agravo de Instrumento nº 7.200.357-5, Rel. Des. Cyro Bonilha, j. 22/01/2008.

⁵⁸⁷ Agravo de Instrumento nº 7.361.681-0, Rel. Des. Simões de Vergueiro, j. 29/07/2009; Agravo de Instrumento nº 7.321.405-8, Rel. Des. Carlos Alberto Lopes, j. 10/03/2009; Apelação Cível nº 7112847-3, Rel. Des. Vieira de Moraes, j. 12/06/2008; Agravo de Instrumento nº 7.111.862-6, Rel. Des. Ulisses do Valle Ramos, j. 31/01/2007; Agravo de Instrumento nº 7.073.901-2, Rel. Des. Carlos Alberto Lopes; j. 19/10/2006; Agravo de Instrumento nº 7.049.587-7, Rel. Des. Paulo Roberto de Santana, j. 03/05/2006; Agravo de Instrumento nº 7.037.063-1, Rel. Des. Candido Alem, j. 07/02/2006; Apelação Cível nº 950.455-8, Rel. Des. Antonio Marson, j. 27/07/2005; Agravo de Instrumento nº 1.181.198-6, Rel. Des. Artur César Beretta da Silveira, j. 13/05/2003; Agravo de Instrumento nº 790562-00/5, Rel. Des. Ferraz Felisardo, j. 01/04/2003; Apelação Cível nº 988.517-4, Rel. Des. Jurandir de Sousa Oliveira, j. 04/09/2001; Agravo de Instrumento nº 949.804-4, Rel. Des. Cunha Garcia, j. 20/09/2000; e Agravo de Instrumento nº 8.275-0, Rel. Des. Nóbrega de Salles, j. 16/06/1988.

⁵⁸⁸ Agravo de Instrumento nº 7.250.372-7, Rel. Des. Thiers Fernandes Lobo, j. 04/11/2008.

⁵⁸⁹ Agravo de Instrumento nº 639.362.4/0-00, Rel. Min. Romeu Ricupero, j. 27/10/2009.

⁵⁹⁰ Apelação nº 733.139-1, Rel. Juiz Cristiano Ferreira Leite, j. 09/12/1998. Foi configurada confusão entre a lei aplicável e competência internacional na Apelação Cível nº 312.848-4/4-00, Rel. Des. Álvaro Passos, j. 17/12/2008.

das hipóteses do Art. 88 do CPC.⁵⁹¹ Na decisão, fica claro que seria legítimo que a jurisdição brasileira fosse afastada pela vontade das partes em casos de competência concorrente.

Em outra decisão do TJMG, ficou consignado que é possível a prorrogação das hipóteses de competência internacional concorrente por vontade expressa das partes, nos mesmos termos em que se admite a eleição de foro em âmbito nacional.⁵⁹²

Já houve manifestação por parte do Tribunal de Justiça do Espírito Santo acerca da necessidade de ser feita uma interpretação teleológica dos dispositivos que regulam a competência internacional brasileira. Tratando-se de contrato de adesão, não há possibilidade de discussão acerca da manutenção da cláusula de eleição de foro, prevalecendo a jurisdição nacional.⁵⁹³

(iv) *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná*

No Tribunal do Rio Grande do Sul já houve decisões no sentido de se dar prevalência ao foro estrangeiro eleito contratualmente, mesmo em hipótese de concorrência da jurisdição brasileira.⁵⁹⁴ Em sentido contrário, já houve decisões afastando o foro de eleição estrangeiro, em razão de ser configurada uma das hipóteses de competência concorrente do Art. 88 do CPC.⁵⁹⁵

Vale mencionar que não se verificando qualquer interesse do réu em deslocar a competência para o julgamento da demanda, já houve caso em que não foi julgada procedente a exceção de incompetência por ele oposta.⁵⁹⁶

Não é possível identificar, a partir dos precedentes do TJRS, o entendimento prevalente do tribunal acerca da questão relativa à eleição de foro estrangeiro.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em uma decisão localizada sobre a matéria, entendeu que deveria prevalecer o foro escolhido pelas partes.⁵⁹⁷ No caso, verificou-se que o Estado brasileiro não teria interesse em decidir a causa, o que serviu como um fundamento relevante para que fosse afastada a atuação da justiça nacional.

⁵⁹¹ Apelação Cível nº 2.0000.00.325815-3/000(1), Rel. Des. Jurema Brasil Marins, j. 07/02/2001.

⁵⁹² Apelação Cível nº 1.0396.03.007090-0/001(1), Rel. Des. Pinheiro Lago, j. 30/08/2005.

⁵⁹³ Agravo de Instrumento nº 24.029.012.879, Rel. Des. Carlos Henrique Rios do Amaral, j. 04/10/2005.

⁵⁹⁴ Agravo de Instrumento nº 70031582000, Rel. Des. Elaine Harzheim Macedo, j. 24/09/2009; Agravo de Instrumento nº 70005228440, Rel. Des. Luís Augusto Coelho Braga, j. 08/04/2003.

⁵⁹⁵ Agravo de Instrumento nº 70023968704, Rel. Des. Judith dos Santos Mottecy, j. 05/06/2008; Agravo de Instrumento nº 196040638, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 23/05/1996.

⁵⁹⁶ Agravo de Instrumento nº 70002814523, Rel. Des. Lúcia de Castro Boller, j. 30/10/2001.

⁵⁹⁷ Apelação Cível nº 88.060151-3 (41005), Rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. 05/03/1997.

Em um segundo precedente identificado, foi decidido que a competência internacional é matéria de ordem pública e que a verificação da jurisdição do Estado brasileiro consiste em um ato de soberania nacional, com referência à lição de Botelho de Mesquita.⁵⁹⁸

Em todas as decisões localizadas no Tribunal de Justiça do Paraná foi conferida prevalência à jurisdição nacional. O argumento utilizado, basicamente, é que a eleição do foro em país estrangeiro não afasta a competência concorrente da Justiça brasileira.⁵⁹⁹

4.3 Algumas conclusões a partir da análise dos casos

A análise dos casos envolvendo eleição de foro estrangeiro nos conduz à constatação de que a jurisprudência nacional não tem um entendimento firme acerca da matéria. Não obstante, a partir do estudo dos precedentes judiciais é possível mencionar algumas conclusões relativas ao posicionamento dos juízes brasileiros, que serão sucintamente descritas a seguir.

A primeira constatação que merece ser destacada é que alguns magistrados ainda não têm clareza acerca da diferença entre as regras relativas à lei aplicável ao mérito e as regras concernentes à jurisdição. Por vezes, o Art. 9º é utilizado para fins de determinação da Justiça competente, o que configura um erro intolerável, uma vez que o dispositivo em questão cuida somente da lei aplicável ao mérito.

No cumprimento de cartas rogatórias, não cabe examinar as alegações de fundo mencionadas na ação em trâmite na Justiça rogante. A questão relativa à eleição de foro é matéria de defesa e deve ser deduzida no juízo em que foi proposta a ação, e não perante a autoridade brasileira. Entretanto, é possível a manifestação da parte aqui domiciliada quanto à recusa de submissão à jurisdição estrangeira, o que não obsta o cumprimento da medida rogada. A recusa é comunicada como simples registro ao tribunal onde tramita a demanda.

É possível a homologação de sentenças estrangeiras proferidas nas hipóteses de competência concorrente (Art. 88 do CPC), não cabendo à Justiça brasileira reapreciar a

⁵⁹⁸ Agravo de Instrumento nº 2006.025528-7, Rel. Des. Jorge Luiz de Borba, j. 15/12/2008.

⁵⁹⁹ Agravo de Instrumento nº 338.366-0, Rel. Des. Luiz Sérgio Neiva de Lima Vieira, j. 08/08/2006; Agravo de Instrumento nº 255.915-5, Rel. Juiz substituto em 2º grau Antonio Loyola Vieira, j. 18/05/2004; Agravo de Instrumento nº 76753-1, Rel. Des. Cyro Crema, j. 10/08/1999; Agravo de Instrumento nº 0096298-1, Rel. Des. Jorge Wagih Massad, j. 05/11/1996; e Agravo de Instrumento nº 0041300-1, Rel. Des. J. Vidal Coelho, j. 17/10/1995.

validade da cláusula de eleição de foro, já realizada por tribunal no exterior. A homologação somente será realizada se não houver ofensa à ordem pública e à soberania nacional.

Caso a parte ré seja domiciliada no país, necessariamente deverá ter sido citada por carta rogatória. O comparecimento voluntário do réu para opor mera exceção de incompetência de foro, conquanto não represente submissão à Justiça estrangeira incompetente, é apto a suprir a ausência de citação válida. Não se discute, no processo de homologação, a relação de direito material subjacente à sentença estrangeira homologanda.

Alega-se, em diversas decisões, que da mesma forma que, em casos puramente internos, o réu não tem interesse processual para arguir a incompetência do juízo se a ação for proposta no foro do seu domicílio, não haveria interesse processual do réu domiciliado no Brasil em ver reconhecida a exclusão da jurisdição brasileira para julgar demanda que lhe foi proposta no país. Nessa lógica, entende-se que mesmo que as partes tenham eleito foro estrangeiro, deve prevalecer a ação proposta no domicílio do réu. Discordamos dessa assertiva, pois não necessariamente é mais interessante para o réu a propositura da ação no local do domicílio. Outros fatores não que ser levados em consideração, como o reconhecimento judicial do descumprimento da avença, a *expertise* do tribunal eleito ou o tempo estimado para a resolução do conflito. A análise acerca da conveniência do foro cabe à parte, e não ao magistrado nacional.

Os principais argumentos contrários à aceitação da eleição de foro nas hipóteses do Art. 88 do CPC utilizados pela jurisprudência são:

- (i) A escolha de foro, embora válida, pode ser neutralizada pela interferência de outras prescrições legais. Assim, deixa de produzir efeito em face do Art. 12 da LICC e Art. 88 do CPC. Estas condições legais têm mais força que a escolha do foro de eleição.
- (ii) É vedado às partes, por vontade expressa em contrato, dispor sobre competência concorrente do juiz brasileiro, pois a jurisdição não pode ser objeto de disposição contratual, sob pena de ofensa à soberania nacional.
- (iii) A eleição convencional da Justiça estrangeira não é suficiente para afastar a competência da Justiça nacional, que é habilitada para exercer a jurisdição mediante a ocorrência de qualquer das situações enumeradas no Art. 88, eis que se cogita de competência concorrente.
- (iv) A tratativa entre as partes não tem poderes para afastar competência decorrente de lei. Conquanto válida a eleição de foro, não pode ela obstar o

conhecimento da ação que for levada aos tribunais brasileiros. Tal impossibilidade decorre por se tratar, na espécie, de situação onde há jurisdições concorrentes.

Por outro lado, os argumentos favoráveis à aceitação da eleição de foro nas hipóteses do Art. 88 do CPC são:

- (i) O Art. 12 da LICC e Art. 88 do CPC envolvem 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.
- (ii) A eleição de foro é válida, exceto quando a lide envolver interesses públicos. Se não há questão de ordem pública envolvida – Art. 89 do CPC – a jurisdição nacional pode ser afastada.
- (iii) A norma consagrada no Art. 12 da LICC e Art. 88 do CPC não interessa à soberania do Estado brasileiro e não é de direito público, podendo ser derogada mediante convenção expressa dos contratantes.
- (iv) Nada impede que a parte possa, especialmente em questões de interesses privados de natureza patrimonial, abrir mão da proteção legal ao renunciar o foro que lhe é assegurado a fim de eleger outro, esteja domiciliado no Brasil ou deva a obrigação aqui ser cumprida.
- (v) Se as partes emitiram suas vontades de forma livre e consciente e na pactuação feita qualificaram o desejo, como contratantes, de se submeterem a foro estrangeiro, vício algum há nessa escolha. Não atenta contra a soberania brasileira e tampouco aos direitos dos nacionais. Trata-se de relação de direito privado, com prevalência da vontade das partes.

Em ações movidas pela seguradora com base em descumprimento contratual, os tribunais entendem, na maioria dos casos analisados, que não prevalece a cláusula de eleição de foro ajustada no contrato entre a parte ré e a segurada. Em primeiro lugar, porque muitas vezes trata-se de um contrato de adesão e não se pode dizer que a cláusula é a expressão inequívoca da vontade das partes. Ademais, não tendo sido a seguradora parte do contrato principal, não tem que se sujeitar ao foro avençado. E, ainda, há que se considerar que na maioria das vezes a obrigação deve ser cumprida no Brasil.

Em se tratando de competência interna, a regra é que é válido o foro de eleição (Artigo 111 do CPC e Súmula 335 do STF). No entanto, essa regra não vale para todo e qualquer tipo

de ajuste. A jurisprudência denega validade à cláusula quando a mesma consta de contrato em que não houve plena liberdade de uma das partes, normalmente a economicamente mais fraca, para discutir os termos da avença. O mesmo raciocínio existe para as hipóteses de competência internacional. Se ficar comprovado que as cláusulas não tenham sido livremente discutidas, em mesmo pé de igualdade, acabando por impor sua vontade a parte economicamente mais forte, deve prevalecer a jurisdição nacional. Caso contrário, a parte economicamente mais fraca na avença estaria privada de postular a tutela jurisdicional, com reais prejuízos aos seus direitos eventualmente violados, bem como à sua defesa.

Não é válida a cláusula de eleição de foro se acarretar impedimento de acesso ao judiciário, com violação a princípio constitucional.

As pretensões relativas a contratos acessórios devem ser apreciadas pelo juízo que irá decidir a controvérsia com relação ao contrato principal. O que prevalece são as estipulações constantes do contrato principal.

Atualmente, é possível dizer que há uma tendência do STJ em privilegiar a jurisdição nacional em ações que se enquadrem em uma das hipóteses previstas no Art. 88 do CPC, ainda que tenha sido celebrado contrato internacional com cláusula de eleição de foro no exterior. Esse entendimento é retrógrado do ponto de vista do moderno direito internacional privado, na medida em que cria empecilhos para aqueles que têm intenção de contratar com brasileiros ou realizar negócios no país, mas pretendem eleger foro no exterior.

Com relação aos tribunais inferiores, constatam-se decisões em ambos os lados. No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na maioria das decisões, é dada prevalência ao foro eleito. Por outro lado, no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, a prevalência é pela jurisdição nacional. Sendo assim, não se pode dizer, com segurança, se hoje os tribunais inferiores adotam uma postura pró moderno direito internacional, admitindo a validade da eleição de foro, ou não.

5 CONCLUSÃO

1. O princípio da autonomia da vontade, sob a perspectiva do direito internacional privado, consistiu primeiramente na possibilidade de escolha, pelas partes, da lei aplicável para reger o seu contrato e, mais recentemente, também na possibilidade de escolha do foro ou da arbitragem como mecanismo para solução do conflito.
2. O surgimento do princípio na ordem internacional remonta ao século XVI, quando Charles Dumoulin, em 1525, manifestou opinião sobre questão relativa à lei aplicável ao regime matrimonial de bens. No entanto, a aplicação desse princípio pelos tribunais ocorreu em poucos casos nos séculos seguintes, sobretudo porque a mobilidade das pessoas e dos seus negócios era extremamente reduzida, de modo que eram raros os eventos que poderiam resultar em um conflito de leis. Apenas nos séculos XIX e XX pode-se dar notícia de decisões judiciais proferidas na Europa e nos Estados Unidos em que foi determinado que a lei a ser aplicada a um contrato deveria ser aquela escolhida pelas partes.
3. Contemporaneamente, o princípio da autonomia se espalhou para além do âmbito contratual, podendo ser verificado em diversas outras relações jurídicas, como, por exemplo, em matéria de obrigações extracontratuais, sucessões, regimes matrimoniais e cobrança de alimentos.
4. Quando se fala em autonomia da vontade no direito internacional privado não se está aludindo à mera faculdade de as partes convencionarem acerca de regras dispositivas de determinado sistema legal. Essa possibilidade é inegavelmente conferida aos contratantes de acordo com a autonomia privada, mas já o seria independentemente da internacionalidade do contrato. A autonomia a que nos referimos versa sobre a escolha de um determinado ordenamento jurídico pelos contratantes para reger o seu negócio.
5. A possibilidade de as partes escolherem a lei aplicável para reger o contrato é atualmente reconhecida como um princípio fundamental do direito internacional privado. Sendo assim, a principal questão que se coloca hoje se refere à delimitação dos contornos da autonomia da vontade. Dentre outros critérios, a internacionalidade do contrato, a ordem pública do foro e a tomada de decisão de forma livre são apontadas como fatores que limitam a liberdade de escolha da lei pelos contratantes. No Brasil, ainda se discute se o ordenamento pátrio autoriza ou não a escolha da lei aplicável ao contrato, havendo manifestações doutrinárias em ambos os sentidos.

6. A escolha da lei aplicável a um contrato não se confunde com a indicação do foro que será competente para resolver eventuais controvérsias advindas do acordo. Não obstante, alguns tribunais já interpretaram a cláusula de eleição de foro (e também a convenção de arbitragem) como sendo um dos indicadores da intenção das partes pela aplicação da lei do foro (ou sede arbitral). A eleição da lei, nessas hipóteses, teria ocorrido de forma implícita. Sendo assim, caso as partes tenham intenção de que a lei aplicável não seja a do foro devem mencionar claramente aquela escolhida.

7. O estudo dos efeitos do pacto sobre o foro desperta questões interessantes. Uma delas é saber se a validade da cláusula de eleição de foro depende do contrato principal no qual está inserida. Caso se entenda que a cláusula acerca do foro é válida, e ainda autônoma com relação ao contrato no qual está inserida, caberá ao tribunal eleito decidir sobre a validade do contrato principal. Do contrário, será sempre possível à parte insatisfeita desrespeitar a eleição do foro sob a alegação de invalidade do contrato principal.

8. Outra questão a se atentar refere-se à redação da cláusula de eleição de foro. Pode ocorrer que, a partir do texto acerca da escolha do foro, a cláusula seja interpretada como uma escolha não exclusiva, incapaz de afastar a atividade jurisdicional de outros Estados.

9. Analisou-se, ainda, se a doutrina do *forum non conveniens*, existente nos países de *common law* e segundo a qual é possível aos tribunais declinarem de sua jurisdição através do uso do seu poder discricionário, pode ser afetada pela existência de uma cláusula de eleição de foro. Verificou-se que, quando as partes elegem contratualmente um foro, a aplicação da doutrina do *forum non conveniens* perde a sua força, pois o acordo sobre o foro vincula as partes e deve ser respeitado. A ideia subjacente a esse entendimento é que os contratantes já teriam considerado a eventual inconveniência do foro e os ônus a ela relacionados quando das negociações contratuais, e teriam aceito se submeter a determinado tribunal a despeito de tudo isso. Ou seja, ao elegerem o foro já estaria assegurada a conveniência do foro.

10. Caso seja acionado tribunal diverso daquele eleito contratualmente, a corte não deve se declarar, de ofício, incompetente, pois a ausência de objeção ao que fora pactuado deve ser interpretada como um novo pacto atributivo de jurisdição. A decisão proferida em foro diverso daquele eleito contratualmente não necessariamente será reconhecida e executada em outros Estados, pois em alguns países (Estados Unidos e Reino Unido, por exemplo) vige a regra de que decisões proferidas por tribunais estrangeiros que não respeitaram o acordo contratual não precisam ser reconhecidas.

11. Além de se manifestar através da escolha da lei aplicável e do foro, a autonomia da vontade pode ser exercida através da escolha da arbitragem como meio de solução de conflitos. O procedimento arbitral, ao apresentar maior flexibilidade do que aquele verificado em âmbito da jurisdição estatal no que se refere à vontade das partes, vem sendo utilizado como principal mecanismo para a solução de conflitos relativos ao comércio internacional.

12. A autonomia da vontade não é uma fonte independente de conflito de leis, a qual as partes podem recorrer a seu exclusivo critério e sem quaisquer limites. Pelo contrário, para que seja reconhecida a autonomia, é essencial que a mesma seja autorizada pela lei do foro. A adoção do princípio justifica-se não apenas pelo necessário reconhecimento à liberdade contratual, como também pelo fato de a autonomia promover certeza e eficiência econômica.

13. A autonomia da vontade na escolha de foro já foi objeto de diversas convenções da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. Recentemente, em junho de 2005, foi aprovada a Convenção sobre a Escolha do Foro, cujo escopo é: (i) assegurar a eficácia da eleição de foro exclusivo pelas partes em transações comerciais e civis e (ii) garantir que a sentença proferida pelo foro eleito seja reconhecida e executada de forma ampla nos demais Estados contratantes, observadas algumas exceções ali previstas. A Convenção ainda não entrou em vigor, mas a expectativa é que tenha o mesmo significado para a eleição de foro do que aquele obtido pela Convenção de Nova Iorque para o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

14. Na Europa, o Regulamento nº 44/2001, consagra em seu Art. 23 a autonomia da vontade na escolha do foro ao prever que é autorizado às partes escolherem o tribunal que será competente para decidir quaisquer litígios que tenham surgido ou que possam surgir de uma determinada relação jurídica. Para que o acordo surta efeitos, há que se observar uma série de requisitos, como, por exemplo, ser o domicílio de pelo menos uma parte no território de um Estado-Membro e ter sido designado um tribunal de um Estado-Membro. Ademais, o acordo deve observar uma forma específica, com vistas a assegurar que houve um acerto das partes quanto à derrogação das regras gerais de determinação de competência, consensualmente deliberado.

15. Nas Américas, o primeiro instrumento unificado de direito internacional privado consistiu no Código Bustamante, concluído em 1928. Esse diploma internacional previu, em seu Art. 318, que o juízo competente em primeira instância seria aquele a que as partes se submetessem, expressa ou tacitamente, desde que ao menos uma das partes fosse nacional ou domiciliada no Estado contratante a que pertença o juízo escolhido. A aplicação desse código

pelos tribunais brasileiros é escassa, e a questão da eleição de foro jamais chegou a ser enfrentada pelas instâncias superiores.

16. No Mercosul, destaca-se o Protocolo de Buenos Aires, que menciona a possibilidade de acordo de eleição de foro em favor de um juiz de um Estado-Parte, observadas as diversas condições ali previstas, dentre as quais que o foro eleito deve apresentar uma conexão razoável com o litígio.

17. No que se refere à jurisdição brasileira, a matéria é regida pelos Arts. 88, 89 e 90 do CPC. O Art. 88 especifica situações em que a competência dos tribunais brasileiros é concorrente, enquanto que o Art. 89 elenca hipóteses em que a atuação dos tribunais pátrios é exclusiva, de modo que eventual sentença proferida no estrangeiro não surtirá efeitos no Brasil. Por sua vez, o art. 90 do CPC estabelece a regra de que na eventual dualidade de processos sobre uma única lide, sendo um em trâmite no exterior e outro no Brasil, a Justiça nacional não poderá acolher preliminar de litispendência eventualmente suscitada. Embora não expressamente previsto em lei, a eleição de foro deve também ser considerada como um elemento fixador da jurisdição brasileira.

18. Sob a perspectiva da jurisdição estatal, a escolha do foro pode atuar no sentido positivo ou negativo. O efeito positivo verifica-se quando as partes conferem à Justiça de um Estado competência para apreciar uma causa não sujeita à jurisdição nacional, incluindo, por conseguinte, hipótese de competência internacional mediante acordo de vontade. O efeito negativo, por sua vez, ocorre quando a eleição de foro estrangeiro importa na subtração de competência internacional de um Estado, sendo afastada a atividade jurisdicional mesmo diante da verificação de situação prevista na legislação interna como apta a ensejar o exercício da jurisdição.

19. Entende-se que os tribunais brasileiros, em caso de terem sido eleitos mediante acordo, têm competência para resolver o conflito, ainda que não haja qualquer elemento de vínculo com o ordenamento brasileiro à luz do Art. 88 do CPC, em vista do fato da jurisdição preexistir às normas sobre competência internacional. Ademais, verificou-se que o rol legal não é exaustivo, comportando novas hipóteses diante do caso concreto, dentre as quais a escolha do tribunal pelas partes. Demonstrou-se, ainda, que o princípio da autonomia da vontade na escolha do foro deve ser reconhecido em nosso ordenamento, como já ocorre na maioria dos países desenvolvidos.

20. Com relação aos efeitos negativos da escolha do foro, igualmente entende-se que deve ser reconhecida a possibilidade de a vontade das partes influenciar as regras sobre

competência internacional. Há uma presunção relativa de haver um interesse do país na prestação da jurisdição, que é possível de ser afastado mediante acordo. O fato de a norma do Art. 88 ser de direito público, não significa que é necessariamente cogente, como infere-se, por exemplo, da regra do Art. 111 do CPC, em que se admite a eleição de foro em âmbito interno. Com efeito, o próprio legislador autorizou a possibilidade de um foro estrangeiro decidir a controvérsia nas hipóteses do Art. 88. Nessas situações, é pacífico que caso a lide seja resolvida por tribunal estrangeiro, a sentença ali proferida poderá produzir efeitos no Brasil. Portanto, a própria lei brasileira reconhece a possibilidade de não atuação do Judiciário pátrio para dirimir as controvérsias nas situações elencadas no dispositivo.

21. A eleição de foro em relações de caráter internacional é plenamente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro. Não há que se dizer que o Art. 88 consiste em uma norma relativa à ordem pública brasileira, considerando que o país já admitiu expressamente a eleição de foro no Código Bustamante e, no âmbito do Mercosul, no Protocolo de Buenos Aires. Outrossim, na seara arbitral, a autonomia da vontade é um princípio reconhecido, sendo autorizado que as partes escolham a lei aplicável à resolução da controvérsia e a sede arbitral, onde eventualmente serão realizadas medidas judiciais.

22. A possibilidade de reconhecimento da prorrogação ou derrogação da jurisdição brasileira mediante acordo das partes deve necessariamente submeter-se a certos limites. O acordo deve ser válido e livremente pactuado. Caso seja caracterizado que uma das partes apresenta uma posição de maior fragilidade nas negociações, como é o caso das contratações envolvendo consumidor e trabalhador, a possibilidade de escolha de foro estrangeiro somente surtirá efeitos caso reste inequívoco que o pacto foi pactuado de forma livre. O mesmo ocorre no que se refere à cláusula de eleição de foro inserta em contratos de adesão, em que o foro eleito deverá prevalecer desde que ausente a hipossuficiência da parte aderente e inexistente a inviabilização do acesso ao poder judiciário. Ademais, a escolha do foro é limitada pela ordem pública brasileira, dentre outros fatores aventados.

23. Com relação às decisões da jurisprudência brasileira, constatamos que o Brasil reconhece o foro eleito quando a ação é proposta no exterior. Todavia, em caso de ser acionada a Justiça brasileira, a tendência é que os tribunais não deixem de decidir a causa em razão do pacto sobre o foro.

24. No cumprimento de cartas rogatórias, não cabe examinar a questão relativa à eleição de foro, pois essa é matéria de defesa e deve ser deduzida no juízo em que proposta a ação. Em tema de competência exclusiva, caso haja eleição de foro no exterior, o *exequatur* não

deve ser concedido, sob pena de afronta à soberania nacional. Em ações de homologação de sentenças estrangeiras proferidas nas hipóteses de competência concorrente, não cabe à Justiça brasileira reapreciar a validade da cláusula de eleição de foro, por tratar-se de questão já analisada pelo juízo acionado. Ainda que a parte não se submeta à jurisdição estrangeira, defendendo-se no exterior, a sentença proferida deverá ser aqui homologada.

25. Com relação a ações propostas no Brasil, verifica-se da análise jurisprudencial que as decisões apresentam pouca uniformidade, ora admitindo que a avença sobre a eleição do foro prevaleça, ora privilegiando a jurisdição nacional. No STJ, foi constatada uma tendência em não reconhecer que a cláusula de eleição de foro estrangeiro em hipótese de competência concorrente obste a atuação da Justiça brasileira.

26. Por um lado, defende-se que a eleição convencional da Justiça estrangeira não é suficiente para afastar a competência da justiça nacional, que é habilitada para exercer a jurisdição mediante a ocorrência de qualquer das situações enumeradas no Art. 88, eis que se cogita de competência concorrente. Seria vedado às partes, por vontade expressa em contrato, dispor sobre competência concorrente do juiz brasileiro, pois a jurisdição não poderia ser objeto de negociação.

27. Em sentido oposto, alega-se que não havendo envolvimento de interesses públicos (Art. 89, CPC), a jurisdição nacional pode ser afastada por livre manifestação de vontade das partes. O Art. 12 da LICC e Art. 88 do CPC envolvem 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. Não há nenhuma lei que impeça que a parte possa, em questões de interesses privados de natureza patrimonial, abrir mão da proteção legal e renunciar o foro que lhe é assegurado a fim de eleger outro.

28. Ante a ausência de qualquer justificativa jurídica consistente que impeça o reconhecimento, pelos tribunais, da cláusula de eleição de foro, é chegada a hora de o Brasil conferir efeitos a essa estipulação contratual, de modo a alinhar o seu direito com a tendência de harmonização identificada na matéria. No momento em que o país assume presença internacional crescente, e que há um clamor por segurança jurídica nas relações internacionais, é fundamental que seja assegurada às partes liberdade de escolha do tribunal competente para dirimir o conflito.

REFERÊNCIAS

- ADLER, Matthew H; Zarychta, Michele Crimaldi. “The Hague Convention on Choice of Court Agreements: The United States Joins the Judgment Enforcement Band”, 27 *Nw. J. Int’l & Bus* 1 2006-2007;
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. “Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional”. *Revista de Direito Renovar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. nº 16. pp. 1-16;
- ALMEIDA, Ricardo Ramalho. “Breves reflexões sobre eleição de foro estrangeiro e a competência concorrente do Judiciário brasileiro”. In: RODAS, João Grandino (coord.). *Contratos internacionais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 296-316;
- _____. “A exceção de ofensa à ordem pública na homologação de sentença arbitral estrangeira”. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (coord.). *Arbitragem interna e internacional: questões de doutrina e da prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp.129-170;
- _____. “Aspectos Práticos da Arbitragem”. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (coord.). *Arbitragem interna e internacional: questões de doutrina e da prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp. 233-249;
- ALMEIDA, Bruno Rodrigues de. “Cooperação Jurídica Internacional em perspectiva: análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros sobre a denegação do *exequatur* às cartas rogatórias passivas por ofensa à ordem pública, soberania nacional e os bons costumes”. Dissertação de Mestrado em Direito Internacional e Integração Econômica pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: UERJ, 2008;
- ALONSO, Ramón Silva. “La Contratación Internacional en América – Del Congreso Sudamericano de DIP de 1889 a la V Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado”. In: Kleinheisterkamp, Jan; IDIARTE, Gonzalo A. Lorenzo. (coords.). *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina – Liber Amicorum Jürgen Samtleben*. Montevideú: Fundación de Cultura Universitaria, 2002. pp. 23-30;
- ALVIM, Arruda. “Competência internacional”. *Revista de Processo*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1977. nº 7-8. pp. 15-50;

- _____. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. I – parte geral. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008;
- ANCEL, Bertrand; LEQUETTE, Yves. *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. 3ª ed. Paris: Dalloz, 1998;
- ARAÚJO, Nadia de. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, MERCOSUL e convenções internacionais*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009;
- _____. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008;
- _____. *Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça: Comentários à Resolução n 9/2005*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010;
- _____. “Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro”. In: RODAS, João Grandino (coord.). *Contratos internacionais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 195-229;
- _____. “Convenção de Haia sobre Escolha de Foro e o Brasil: Necessidade de Sua Adoção.” *Revista Brasileira de Arbitragem*. São Paulo: Editora IOB, 2008. pp. 27-38;
- ARAÚJO, Nadia de; VARGAS, Daniela. “A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado: reaproximação do Brasil e análise das convenções processuais”. In: *Cadernos do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, jan/jun 2008. pp. 20-29.
- ARMELIN, Donaldo. “Competência internacional”. *Revista de Processo*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1976. n° 2. pp. 131-158;
- ARROYO, Diego P. Fernández. “Qué CIDIP para cuál América?” In: Kleinheisterkamp, Jan; IDIARTE, Gonzalo A. Lorenzo. (coords.). *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina – Liber Amicorum Jürgen Samtleben*. Montevidéo: Fundación de Cultura Universitaria, 2002. pp. 31-54;
- BALERONI, Rafael Baptista. “Conexão contratual internacional – algumas conseqüências jurídicas: internacionalidade dos contratos, jurisdição adjudicativa e vinculação cambial”. Dissertação de Mestrado em Direito Internacional e Integração Econômica pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: UERJ, 2009;
- BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática*. São Paulo: Saraiva, 1994;
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10ª ed. Vol. I: Arts. 1º a 153. Rio de Janeiro: Forense, 1998;

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V – Arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2010;
- _____. “Relações entre processos instaurados, sobre a mesma lide civil, no Brasil e em país estrangeiro”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. nº 7-8. pp. 51-58;
- _____. “Problemas relativos a litígios internacionais”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. nº 65. pp. 144-161;
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008;
- BASEDOW, Jürgen. “*Lex Mercatoria* and the Private International Law of Contracts in Economic Perspective”. In: BASEDOW, Jürgen; KONO, Toshiyuki. *An Economic Analysis of Private International Law*. Mohr Siebeck, 2006;
- BASSO, Maristela. “A autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio”. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; HUCK, Hermes Marcelo; CASELLA, Paulo Borba (coords). *Direito e Comércio Internacional: Tendências e Perspectivas - Estudos em Homenagem ao Prof. Irineu Strenger*. São Paulo: Ltr., 1994. pp. 42-66;
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito internacional privado*. 2ª ed. Vol. I e Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977;
- _____. *Tratado elementar de direito internacional privado – parte especial*. Vol. II. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977;
- BEALE, Joseph. “What law governs the validity of a contract”, 23 Harv. L. Rev. 260, 1910;
- BEAUMONT, Paul. “A Convenção da Haia sobre escolha do foro”. In: *Cadernos do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, jan/jun 2008. Palestra realizada na PUC-Rio no dia 17/09/2007. Transcrição, tradução e revisão realizada por Nadia de Araujo. pp. 8-13;
- _____. “Great Britain”. In: *Declining jurisdiction in private international law*. Oxford: Clarendon Press, 1995. pp. 207-233;
- BELL, Andrew. *Forum shopping and venue in transnational litigation*. Oxford University Press, 2003;
- BERG, Albert Jan Van Den. *The New York Arbitration Convention of 1958*. Netherlands, Kluwer, 1981;
- BERGMAN, Eduardo Tellechea. “Panorama de las soluciones concluidas en el ámbito del Mercosur en materia de jurisdicción internacional”. In: MARQUES, Cláudia Lima;

- ARAÚJO, Nadia de. (orgs.). *O novo direito internacional – Estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. pp. 617-644;
- BERLIN, Matthew B. “The Hague Convention on Choice of Court Agreements: creating an international framework for recognizing foreign judgments”, 3 B.Y.U. Int’l L. & Mgmt. Rev. 43, 2006;
- BRAND, Ronald A.; HERRUP, Paul M. *The 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements. Commentary and Documents*. Cambridge University Press, 2008;
- BRIGGS, Adrian. *Agreements on Jurisdiction and Choice of Law*. Oxford University Press, 2008;
- CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo (ed.). *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1994;
- CARNEIRO, Athos Gusmão. “Competência internacional concorrente. Artigo 88 do CPC e o foro de eleição”. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. vol. 352. pp. 37-48;
- CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 33ª ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2008;
- CASELLA, Paulo Borba. “Autonomia da vontade, arbitragem comercial internacional e Direito Brasileiro”. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (orgs.). *O direito internacional contemporâneo - Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 737-750;
- CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*. 6ª ed. atual. com notas de rodapé por Carolina Cardoso Guimarães Lisboa. Rio de Janeiro: Forense, 2005;
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 26ª ed. Malheiros: São Paulo, 2010;
- COLLINS, Lawrence. *Essays in International Litigation and the Conflict of Laws*. Oxford: Clarendon Press, 1994;
- CORRÊA, Antonio. *Mercosul: Soluções de Conflitos pelos Juízes Brasileiros*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997;
- DE NARDI, Marcelo. “Eleição de foro em contratos internacionais: uma visão brasileira”. In: RODAS, João Grandino (coord.). *Contratos internacionais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 122-194;
- DIAMOND, Aubrey L. *Harmonization of private international law relating to contractual obligations*. Recueil des Cours, vol. 199 (1986-IV), pp. 233-312;

- DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Vol. I. 10ª ed. Salvador: Editora Jus PODIVM, 2008;
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009;
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010;
- DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado - parte geral*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008;
- _____. *Direito internacional privado (parte especial) - contratos e obrigações no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007;
- _____. “A livre escolha pelas partes da lei aplicável nos contratos internacionais”. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. nº 2. pp. 215-258;
- _____. “The Bustamante Code and the Inter-american Conventions in the Brazilian System of Private International Law”. In: Kleinheisterkamp, Jan; IDIARTE, Gonzalo A. Lorenzo. (coords.). *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina – Liber Amicorum Jürgen Samtleben*. Montevédu: Fundación de Cultura Universitaria, 2002. pp. 133-149;
- _____. “Brazilian International Procedural Law”. In: DOLINGER, Jacob; ROSENN, Keith (edit.) *A Panorama of Brazilian Law*. Coral Gables (FLA): North-South Center & Editora Esplanada Ltda., 1992.
- DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003;
- _____. *Vade-Mécum de direito internacional privado - Edição Universitária*. 2ª ed. revista e atualizada com a colaboração de Suzana Medeiros. Rio de Janeiro: Renovar, 2002;
- _____. “The Forum Law Rule in International Litigation : *Lex Fori* or *Lex Diligentiae*? – Unresolved Choice-of-Law Issues in the Transnational Rules of Civil Procedure”, *Texas International Law Journal*, vol.33, XXX, 1998;
- DUCA, Luis F. Del; ZAPHIROU, George A. “United States of America”. In: *Declining jurisdiction in private international law*. Oxford: Clarendon Press, 1995. pp. 401-428;
- ENGLE, Rachel. “Party Autonomy in International Arbitration: Where Uniformity Gives Way to Predictability”, *15 Transnat’l Law*. 323-356, 2002;
- FAWCETT, J. J. “General Report”. In: *Declining jurisdiction in private international law*. Oxford: Clarendon Press, 1995. pp.1-70;

- FAWCETT, James; CARRUTHERS, Janeen M. *Cheshire, North & Fawcett Private International Law*. 14th ed. Oxford: Oxford University Press, 2008;
- FAZIO, Silvia. *Os contratos internacionais na União Européia e no Mercosul*. São Paulo: LTr, 1998;
- FIDÉLIS DOS SANTOS, Ernane. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. I – processo de conhecimento. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009;
- FONSECA, Rodrigo Garcia da. “Competência internacional. Competência concorrente da justiça brasileira. Diferenças entre a cláusula de eleição de foro e a cláusula compromissória na lei e na jurisprudência”. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. n° 7. pp. 223-237;
- FRADERA, Véra Maria Jacob de. “Aspectos problemáticos na utilização da arbitragem privada na solução de litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis – comentários à Lei de Arbitragem”. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAUJO, Nadia de. (orgs.). *O novo direito internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. pp. 403-422;
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. “A lei e o foro de eleição em tema de contratos internacionais”. In: RODAS, João Grandino (coord.). *Contratos internacionais*. 3^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 66-121;
- GAMA JUNIOR, Lauro. *Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004: soft law, arbitragem e jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;
- _____. “Autonomia da vontade nos contratos internacionais no Direito Internacional Privado brasileiro: uma leitura constitucional do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável”. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (orgs.). *O direito internacional contemporâneo - Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 599-626;
- _____. “Ação de declaração de nulidade de cláusula contratual. Cláusulas de arbitragem e de eleição de foro incluídas no contrato. Extinção do processo sem julgamento do mérito”. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. n° 6. pp. 246-250;
- GASPAR, Renata Alvares. “Reflexiones acerca del Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción contractual: una perspectiva desde Brasil”. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2009-1. pp. 757-783;

- GAUDEMET-TALLON, Hélène. *La prorogation volontaire de jurisdiction en droit international privé*. Vol. IV. Paris: Dalloz, 1965;
- _____. *Compétence et exécution des jugements en Europe – Règlement n° 44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano*. Paris: L.G.D.J., 2002;
- _____. “France”. In: *Declining jurisdiction in private international law*. Oxford: Clarendon Press, 1995. pp.175-187;
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007;
- GRECO, Leonardo. “A jurisdição internacional em matéria contratual”. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 1999. n° 17. pp. 143-162;
- GRUENBAUM, Daniel. “O reconhecimento e a extensão da autoridade da sentença estrangeira”. Tese de Doutorado em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2009;
- _____. “A imunidade de jurisdição do Estado alemão em matéria civil para ações decorrentes de atos praticados durante a Segunda Guerra Mundial”. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. n° 10. pp. 387-396;
- _____. “Proximidade e Tolerância: Competência internacional para demandas relativas a imóveis”. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (orgs.). *O direito internacional contemporâneo - Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 229-288, esp. p. 233-234.
- HARTLEY, Trevor C. “The Hague Choice-of-Court Convention”, *E.L. Rev.* 2006, 31(3), 414-424;
- HARTLEY, Trevor; DOGAUCHI, Masato. “Explanatory Report of the Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements”. Edited by the Permanent Bureau of the Conference;
- HILL, Jonathan. “Choice of Law in Contract under the Rome Convention: The Approach of the UK Courts”, *53 Int & Comp. L.Q.* 325, 329 (2004);
- JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do conflito de jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2003;
- JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*. Recueil des Cours, vol. 251 (1995), pp. 9-267;
- JO, Hee Moon. *Moderno direito internacional privado*. São Paulo: LTr, 2001;

- JUENGER, Friedrich. "Traveling to the Hague in a Worn-Out Shoe", 29 *Pepp. L. Rev.* 7, 2001;
- KAHN-FREUND, O. *General problems of private international law*. *Recueil des Cours*, vol. 143 (1974-III), pp. 139-474;
- KIRCHNER, Christian. "An Economic Analysis of Choice-of-Law and Choice-of-Forum Clauses." In: BASEDOW, Jürgen; KONO, Toshiyuki. *An Economic Analysis of Private International Law*. Mohr Siebeck, 2006;
- KLOR, Adriana Dreyzin de; MARTINOLI, Amalia Uiondo de; TAQUELA, María Blanca Noodt. "Dimensiones convencional e institucional de los sistemas de jurisdicción de los Estados mercosureños". In: ARROYO, Diego P. Fernández (coord.). *Derecho Internacional Privado de Los Estados del Mercosur*. Buenos Aires: Zavalia Editor, 2003. pp. 169-210.
- KRUGER, Thalia. *Feasibility study on the choice of law in international contracts – overview and analysis of existing instruments*. Preliminary Document No 22 B of March 2007, for the Permanent Bureau;
- LANDO, Ole. *The conflict of laws of contracts: general principles*. *Recueil des Cours*, vol. 189 (1984-VI), pp. 225-447;
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003;
- LIEBMANN, Enrico Tullio. "Os limites da jurisdição brasileira". *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 1942. vol. 92. pp. 647-650;
- LOBO, Maria Teresa de Cárcomo. *Manual de Direito Comunitário: 50 anos de integração*. 3ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2007;
- LORENZEN, Ernest G. "Story's Commentaries on the Conflict of Laws – one hundred years after", 48 *Harv. L. Rev.* 15, 1934-1935;
- _____. "The Pan-American Code of Private International Law", 4 *Tul. L. Rev.* 499, 1929-1930;
- LOWENFELD, Andreas F. *International litigation and the quest for reasonableness: general course on private international law*. *Recueil des Cours*, vol. 245 (1994-I), pp. 9-319;
- _____. "Transatlantic business transactions: some questions for the lawyers", 26 *Hous. J. Int'l L.* 251, 2003-2004;
- MAEKELT, Tatiana B. de. *General rules of private international law in the Americas: new approach*. *Recueil des Cours*, vol. 177 (1982-IV), pp. 193-380;

- MADRUGA FILHO, Antenor. “O Brasil e a Jurisprudência do STF na Idade Média da Cooperação Jurídica Internacional”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 13, nº 54, 2005, p. 291-311;
- _____. *A renúncia à imunidade de jurisdição pelo Estado brasileiro e o novo direito da imunidade de jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar: 2003;
- MAGALHÃES, José Carlos de. “Fatores de limitação da jurisdição do Estado”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. vol. 767. pp. 46-58;
- _____. “Competência internacional do juiz brasileiro e denegação de justiça”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. vol. 630. pp. 52-55;
- MAGNUS, Ulrich; MANKOWSKI, Peter (editors). *European Commentaries on Private International Law: Brussels I Regulation*. Sellier, European Law Publishers, 2007;
- MAHMOUD, Mohamed Salah Mohamed. *Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé*. Recueil des Cours, vol. 315 (2005), pp. 141-264;
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. Campinas: Millenium, 2000;
- _____. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. I. 9 ed. Campinas: Millenium, 2003;
- MARQUES, Cláudia Lima. “Ensaio para uma introdução ao Direito Internacional Privado”. *In: DIREITO*, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (coords.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo - Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. pp. 319-350
- MARQUES, Sergio André Laclau Sarmento. *A jurisdição internacional dos tribunais brasileiros*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007;
- McCLEAN, David. *De conflictu legum: perspectives on private international law at the turn of the century - general course on private international law*. Recueil des Cours, vol. 282 (2000), pp. 41-228;
- MESQUITA, José Ignacio Botelho de. “Da competência internacional dos princípios que a informam”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. nº 50. pp. 51-71;
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª. ed. Tomo II: Arts. 46 a 153. Rio de Janeiro: Forense, 1995;

- MIRANDA, Isabel Alves de Melo. “A cláusula compromissória à luz do direito brasileiro e estrangeiro”. Dissertação de Mestrado em Direito Internacional e Integração Econômica pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: UERJ, 2009;
- MORELLI, Gaetano. *Derecho procesal civil internacional*. Tradução: Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: E.J.E.A., 1953;
- MORI, Celso Cintra; NASCIMENTO, Edsom Bueno. “A competência geral internacional do Brasil: competência legislativa e competência judiciária no Direito Brasileiro”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. n° 73. pp. 74-93;
- MOROSINI, Fabio. “Globalização e Novas Tendências em Filosofia do Direito Internacional: a Dicotomia entre Público e Privado da Cláusula de Estabilização”. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAUJO, Nadia de. (orgs.). *O novo direito internacional – Estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. pp. 549-572.
- NANDA, Ved P. “The landmark 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements”, 42 *Tex Int’l L.J.* 773, 2006-2007;
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009;
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;
- NERY JUNIOR, Nelson. “Competência no processo civil norte-americano: o instituto do *forum (non) conveniens*”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. vol. 781. pp. 28-32;
- NIBOYET, J.-P. *La théorie de l’autonomie de la volonté*. Recueil des Cours, vol. 16 (1927-I), pp. 1-116;
- NYGH, Peter. *Autonomy in international contracts*. Oxford University Press, 1999;
- OLIVEIRA, Renata Fialho de. *Harmonização Jurídica no Direito Internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- _____. “O Regulamento (CE) n° 593/2008 do parlamento europeu e do conselho de 17 de junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I)”. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. n° 12. pp. 281-301;
- PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. *Recent developments of conflict of laws conventions in Latin America*. Recueil des Cours, vol. 164 (1979-III), pp. 55-170;
- PEREIRA, Ana Cristina Paulo. *Direito Institucional e Material do Mercosul*. 2ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005;

- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. III - Contratos. 13ª edição rev. e atual. por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2009;
- PEREIRA, Luís Cezar Ramos. “A competência internacional da autoridade judiciária brasileira”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. nº 586. pp. 15-21;
- PEREIRA, Roberto Max Lamari e Costa. “Cláusula de eleição de foro: Aplicação, Utilização e Importância no Direito Brasileiro e Comparado”. Dissertação de Mestrado em Direito Internacional e Integração Econômica pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: UERJ, 2001;
- PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Internacional Privado – parte especial (direito de conflitos)*. Coimbra: Almedina, 1999;
- POCAR, Fausto. *La protection de la partie faible en droit international privé*. Recueil des Cours, vol. 188 (1984-V), pp. 339-418;
- PORTUGAL, Sílvio. “Competência internacional da justiça brasileira”. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 1943. vol. 93. pp. 273-278;
- RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado – Teoria e prática*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009;
- RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. “Batalha das formas e negociação prolongada nos contratos internacionais”. In: RODAS, João Grandino (coord.). *Contratos internacionais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 251-282;
- _____. “Importância do direito comparado”. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (orgs.). *O direito internacional contemporâneo - Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 679-692;
- _____. “As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional”. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (coords.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo - Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. pp. 455-492;
- _____. “Joint ventures internacionais”. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAUJO, Nadia de. (orgs.). *O novo direito internacional – Estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. pp. 423-460;

- RICCI, Edoardo F.; e FRANCO, Mariulza. “Após ratificação da Convenção de Nova Iorque: novos problemas”. *Revista Brasileira de Arbitragem*. nº 2. Porto Alegre: Síntese, 2004. pp. 90-102;
- RICHMAN, William M. “Carnival Cruise Lines: Forum Selection Clauses in Adhesion Contracts”, 40 *Am. J. Comp. L.* 977, 1992;
- ROCHA, Osiris. *Curso de Direito Internacional Privado*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986;
- RODAS, João Grandino. “Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais”. In: RODAS, João Grandino (coord.). *Contratos internacionais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 19-65;
- RÜHL, Giesela. “Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency”. *CLPE Research Paper* 4/2007, vol. 03, no. 01 (2007);
- SAMTLEBEN, Jürgen. “Teixeira de Freitas e a autonomia das partes no direito internacional privado.” *Revista de Informação Legislativa*. nº 85, 1985, pp. 257-276;
- _____. *Derecho Internacional Privado en América Latina – Teoría y Práctica del Código Bustamante*. Volumen I, Parte General. Buenos Aires: Depalma, 1983;
- SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema do direito romano atual*. Vol. VIII. Trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004;
- SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007;
- SCHULZ, Andrea. “The 2005 Hague Convention on Choice of Court Clauses”, 12 *ILSA J. Int’l & Comp. L.* 433, 2006;
- _____. *The American Instruments on Private International Law – a paper on their relation to a future Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements*. Preliminary Document No 31 of June 2005, for the attention to the Twentieth Session of June 2005. Disponível em www.hcch.net, acesso em 31/10/2009;
- SCOLES, Eugene F.; HAY, Peter; BORCHERS, Patrick J.; SYMEONIDES, Symeon C. *Conflict of Laws*. 4th ed. St. Paul Minn.: West, 2004;
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Comentário teórico e prático da Lei de Introdução ao Código Civil*. Vol. I, Vol. II e Vol. III. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho Editora, 1944;

- SILVA, Agostinho Fernandes Dias da. *Introdução ao Direito Internacional Privado – parte especial – os conflitos de leis no espaço (principalmente em face do direito brasileiro)*. 2º Volume. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978;
- SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. “Cooperação jurídica internacional e auxílio direto”. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (orgs.). *O direito internacional contemporâneo - Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 797-809;
- SOARES, Guido F. S. “A competência internacional do judiciário brasileiro e a questão da autonomia da vontade das partes”. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; HUCK, Hermes Marcelo; CASELLA, Paulo Borba (coords). *Direito e Comércio Internacional: Tendências e Perspectivas - Estudos em Homenagem ao Prof. Irineu Strenger*. São Paulo: Ltr., 1994. pp. 283-305;
- SOSA, Gualberto Lucas. *El Derecho Internacional Privado Interamericano y el Derecho de Integración (CIDIP V, México, 1994)*. Editorial Tercer Milenio, 1994;
- STONE, Peter. *EU Private International Law: Harmonization of Laws*. Edward Elgar Publishing, 2006;
- STORY, Joseph. “Commentaries on the conflict of laws, foreign and domestic, in regard to contracts, rights, and remedies, and especially in regard to marriages, divorces, wills, successions, and judgments”. Boston, Hilliard, Gray & Company, 1834;
- STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2003;
- _____. *Direito Internacional Privado*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2000;
- _____. “Verdadeira projeção da arbitragem – Convenção de New York de 1958. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, 2003. nº 129. pp. 40-44;
- TALPIS, Jeffrey; Krnjevic, Nick. “The Hague Convention on Choice of Court Agreements of June 30, 2005: the elephant that gave birth to a mouse”, 13 Sw. J. L. & Trade Am. 1, 2006;
- TAQUELA, María Blanca Noodt. “Los Acuerdos de Eleccion de Foro em El Protocolo de Buenos Aires de 1994”. In: VIGNALI, Heber Arbuet; Copello, Belter Garre; PIPERNO, Jaime et al (Orgs). *Merocsur: Balance y Perspectivas*. Fundacion de Cultura Universitaria, 1996. pp. 135-149;
- TEITZ, Louise Ellen. “The Hague Choice of Court Convention: validating party autonomy and providing an alternative to arbitration”, 53 Am. J. Comp. L. 543, 2005;

- TENÓRIO, Oscar. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955;
- _____. *Direito internacional privado*. 11ª ed. rev. e atual. por Jacob Dolinger. Vols. I e II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976;
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; BODIN DE MORAES, Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;
- TIBURCIO, Carmen. *Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;
- _____. “A eleição de foro estrangeiro e o judiciário brasileiro”. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. nº 21. pp. 84-113;
- _____. “A lei aplicável às arbitragens internacionais”. In: BATISTA MARTINS, Pedro A.; GARCEZ, José Maria Rossani. (coords.). *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002. pp. 92-114;
- TIMM, Luciano Benetti. “A cláusula de eleição de foro *versus* a cláusula arbitral em contratos internacionais: qual é a melhor opção para a solução de disputas entre as partes?” *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. nº 10. pp. 20-38;
- TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. I. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1974;
- TOSTES, Ana Paula B. *União Européia: o poder político do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004;
- VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado - em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados americanos*. Vol. I, Vol. II e Vol. III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977-1980;
- VERÇOSA, Fabiane Figueiredo de Azevedo. “Autonomia da vontade nos contratos internacionais: eleição da lei aplicável no direito convencional e no direito internacional privado brasileiro”. Dissertação de Mestrado em Direito Internacional e Integração Econômica pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: UERJ, 2003;
- VISCHER, Frank. *General Course on Private International Law*. Recueil des Cours, vol. 232 (1992-I), pp. 9-255;
- WALD, Arnoldo. “A interpretação da Convenção de Nova Iorque no direito comparado”. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. nº 22. pp. 353-370;

WEINTRAUB, Russel J. *Commentary on the Conflict of Laws*. Nova Iorque: New York Foundation Press, 2001;

YNTEMA, Hessel E. “ ‘Autonomy’ in Choice of Law”, 1 Am. J. Comp. L 341-358, 1952.