

ASPECTOS DA ELEIÇÃO DE FORO INTERNACIONAL

RAFAEL BARUD CASQUEIRA PIMENTA

Mestrando em Direito Processual na UERJ.

Resumo: O presente trabalho pretende analisar alguns aspectos da eleição de foro internacional, próprios do direito brasileiro. O objetivo é contrapor os argumentos favoráveis e aqueles contrários à validade e eficácia da cláusula de eleição de foro em contratos internacionais. Para esse fim, desenvolve-se o texto com a análise da competência internacional (*rectius*: jurisdição), a sua divisão e os diversos sistemas adotados no mundo. Passa-se, então, a investigar o sistema adotado pelo direito brasileiro, as hipóteses de competência internacional dos juízes brasileiros e o significado da sua divisão em *concorrente* e *exclusiva*. Ao fim, são contrapostos os argumentos mais corriqueiramente levantados pela doutrina tanto a favor quanto contra a subsistência da eleição de foro internacional no direito brasileiro, concluindo-se que, a despeito da posição ainda reticente dos tribunais, não parece mais haver hoje motivos plausíveis a repelir a sua juridicidade.

Palavras-chave: Direito Internacional; Processo Civil; Competência; Eleição de Foro.

Abstract: This paper analyzes some of the aspects related to the international jurisdiction clause, especially those regarding Brazilian law. The objective is to confront the arguments pro and against the validity and efficacy of the jurisdiction clause in international agreements. To the extent of that purpose, the text is developed with the analysis of the international competence (*rectius*: jurisdiction), its division and the various systems used over the world. Then, we investigate the system adopted by the Brazilian system, the different hypothesis of international competence of the Brazilian judges and the meaning of its division between *exclusive* and *non exclusive*. In the end, we confront the arguments most frequently used by Brazilian scholars in favor and against the possibility of choosing international jurisdiction in Brazilian law, concluding that, notwithstanding the hesitant position upheld by Brazilian Courts, it seems to exist no strong argument to defend its illegality.

Key-words: International Law; Civil Procedure; Competence; Jurisdiction Clause.

1. Justificativa 2. Competência Internacional 2.1. Competência exclusiva 2.1.1 Ações relativas a imóveis. 2.1.2 Inventário e partilha 2.2. Competência concorrente 2.2.1 O domicílio 2.2.2 O local do cumprimento da obrigação 2.2.3 Ato ou fato praticado no Brasil 3. A eleição de foro internacional 3.1. Argumentos a favor de sua subsistência no direito brasileiro 3.2. Argumentos contrários 4. Conclusões 5. Obras citadas.

1. Justificativa

Jogando luz sobre um dos temas mais recorrentes atualmente no Direito Processual, o presente trabalho pretende discutir os limites à autonomia da vontade das partes quanto à autodefinição do foro em que pretendem litigar. O tema, um desses capazes de deflagrar acalorados debates entre processualistas e internacionalistas, vem ao longo dos anos conquistando adeptos de um e de outro lado. Geralmente, adeptos apaixonados pelas posições que defendem. Essa adesão não é gratuita. Ela decorre essencialmente de um contexto mundial em que barreiras econômicas praticamente inexistem e em que relações humanas são travadas cotidianamente inobstante a distância geográfica que as separam.

Decorrência natural da intensificação das relações humanas e comerciais, o aumento de conflitos sociais abre um caleidoscópio de questões jurídicas, algumas aparentemente insolúveis, outras nem tanto. Nenhuma, porém, indiscutível. Uma delas sem dúvida é relativa à possibilidade ou não de as partes de um contrato internacional escolherem o foro (jurisdição) a que submeterão o seu conflito. E esta possibilidade (ou não) de escolha surge como elemento fundamental na compreensão, e sobretudo na definição, do modelo de direito processual internacional que se pretende construir para esse mundo sem barreiras que desponta no novo século.

O trabalho limita-se a debater aspectos peculiares ao direito brasileiro, tais como a opção do legislador pela *summa divisio* entre hipóteses de competência concorrente e hipóteses de competência exclusiva; quais os limites de cada uma delas e quando – e se – é lícito às partes derogá-los ou alterá-los, de modo a fazer operar a sua própria vontade no mundo jurídico.

A defesa de algumas posições é temperada pela advertência quanto à complexidade do tema. Ponto de interseção entre dois ramos do direito, a eleição de foro internacional apoia-se, ao mesmo tempo, em princípios próprios do direito público cogente, corriqueiramente tido como repositório hostil à autonomia da vontade, e princípios de direito privado, ramo que tem na vontade humana o seu vértice axiológico¹⁻².

Além de recomendar o comedimento na defesa de algumas posições, essa dicotomia está por trás de outros enfrentamentos tais como se as partes podem ou não conferir competência (*rectius*: jurisdição) à autoridade judiciária brasileira em hipóteses legalmente atípicas ou, de outro lado, se elas poderiam derogar tal jurisdição naqueles casos em que o juiz brasileiro está expressamente investido de tal poder. Esses são, em termos gerais, os aspectos abordados a seguir.

2. Competência Internacional

A competência internacional, ou também designada jurisdição internacional – nomenclatura que se revela tecnicamente mais apropriada³ – caracteriza-se por ser o desdobramento do exercício da soberania por um Estado juridicamente organizado, mediante o qual tal Estado arroga-se o poder de realizar o direito objetivo a casos concretos⁴.

Como decorrência direta da soberania, que é a capacidade de cada Estado de se auto-organizar e de impor a sua ordem jurídica àqueles que se encontram sob sua esfera de poder, a jurisdição não encontra limites senão na própria ordem jurídica do Estado. Não provém desta, mas é

¹ Com um certo exagero, decorrente do rigor científico que lhe é peculiar, Pontes de Miranda chama, por exemplo, a utilização do juízo arbitral de “*invasão dos quadros judiciais pela autonomia da vontade*”, qualificando tal fenômeno de “*internacionalista*” cf. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil* (Tomo II), Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 173.

² Em outra obra, porém, o tratadista parece contradizer-se, ao afirmar que: “*Supõe-se em cada um aptidão biológica, social e psico-individual para alcançar fins autônomos, escolhendo os fins e, ainda, criando fins seus. A intervenção do Estado é excepcional, posto que, na elaboração das leis, se adotem – para os indivíduos e para o Estado – regras que não podem ser alteradas pela vontade de cada um.*” cf. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado* (Tomo I), São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. XVII.

³ cf. 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. 84.

⁴ cf. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil* (Tomo II), Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 171.

por ela limitada. Isso significa que a lei não cria – e nem poderia criar – a jurisdição internacional de um dado Estado. Apenas lhe dá contornos, limites⁵.

A jurisdição, portanto, diferencia-se da competência, na medida em que esta é a “jurisdição repartida”, a divisão interna para que o Estado exerça, de maneira correta e racional, a jurisdição dentro de seus limites territoriais⁶ (MIRANDA, 1973, p. 172). No ordenamento brasileiro, a jurisdição é una e constitui um *poder-função*.

Jacob Dolinger nos fornece dois conceitos distintos, um de Gaetano Morelli, para quem *jurisdição* é a circunscrição dos poderes do Estado, ao passo que a competência presta-se a nada mais que indicar a autoridade judiciária responsável por julgar o caso; e outro, de Amílcar de Castro que, referindo-se a Chiovenda, infere de *jurisdição* a relação entre Estado e litigantes, e de *competência* a relação entre juízes e cortes⁷.

Vigoram, no mundo, dois grandes sistemas de delimitação da jurisdição⁸: um denominado *por inclusão* e outro, *por exclusão*. O sistema por inclusão consiste naquele em que os limites da jurisdição são determinados de forma expressa, com a enumeração das hipóteses nas quais o país exercerá o seu poder jurisdicional, como acontece por exemplo em Portugal⁹.

O sistema por exclusão, ao contrário, caracteriza-se pela omissão de norma expressa delimitadora da jurisdição. Por esse sistema, as causas de competência internacional são extraídas das hipóteses de competência interna. Desse modo, caso a demanda não seja de competência de nenhum dos juízes de seus tribunais, o Estado não terá competência internacional para aquela causa. São exemplos de Estados que adotam esse sistema a Alemanha e a Áustria (*Id. Ibid.*).

Desde diplomas anteriores, o Brasil filia-se ao sistema por *inclusão* e divide as hipóteses delimitadoras de sua jurisdição entre as concorrentes¹⁰ (art. 88, do Código de Processo Civil) e as exclusivas (art. 89 do Código de Processo Civil).

Do ponto de vista do direito positivo, a competência internacional do Brasil está atualmente definida nos artigos 88, 89 e 90, do Código de Processo Civil. Historicamente, a matéria era tratada

⁵ cf. MORELLI, Gaetano. *Derecho Procesal Civil Internacional*, 1953, p. 86: “En efecto, las normas sobre la competencia internacional, como normas pertenecientes al ordenamiento jurídico de un determinado Estado pueden determinar y determinan los límites de la jurisdicción del Estado a cuyo ordenamiento pertenecen”.

⁶ cf. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil* (Tomo II), Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 172.

⁷ DOLINGER, Jacob. *A Panorama of Brazilian Law*. Miami: North-South Center, 1992, p. 351.

⁸ Há outros critérios, geralmente usados, para classificar a jurisdição, tal como ser ela contenciosa ou voluntária. Apesar das polêmicas em torno de tal divisão, ela não é aplicável à delimitação propriamente dita do poder jurisdicional.

⁹ Os artigos 65º e 65º-A do Código de Processo Civil Português estabelecem, respectivamente, os casos de competência concorrente e competência exclusiva dos tribunais lusitanos; cf. BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 240.

¹⁰ Sob críticas de Barbosa Moreira, para quem: “*não se afigura inteiramente apropriada 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.*” cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Problemas relativos a litígios internacionais*. In: *Temas de Direito Processual*. 5ª Série. Rio de Janeiro: Saraiva, 1994. p. 140.

no art. 12 da Lei de Introdução ao Código Civil¹¹; e nos arts. 134 a 136 do Código de Processo Civil de 1939¹².

No âmbito internacional, o principal diploma legislativo a que o Brasil encontra-se submetido é o Código Bustamante¹³ que, no Título II do Livro Quarto, “*Direito Processual Internacional*”, trata da competência (arts. 318 a 339).

Nas hipóteses de competência concorrente, não se exclui *a priori* a jurisdição de tribunais estrangeiros para conhecer da causa – o que poderão fazer, inclusive, paralelamente ao judiciário brasileiro – visto não configurar *litispendência* a existência de demandas idênticas em países distintos¹⁴. Na verdade, e em prestígio à boa técnica, é preciso ressaltar que o efeito da divisão entre *concorrente* e *exclusiva* nunca será o de excluir (na segunda hipótese) ou de conferir (na primeira) jurisdição a Estados estrangeiros. Mas tão somente permitir, ou não, a produção de efeitos de tal decisão no território brasileiro¹⁵.

Nos casos de competência exclusiva, é vedada a concessão de tal eficácia à eventual decisão proferida por tribunal estrangeiro. Não se trata, neste último caso, de impedir que o tribunal estrangeiro conheça da causa; trata-se, nunca é demais repetir, simplesmente – e por força das limitações impostas pelo princípio *par in parem imperium non habet* – de não emprestar a tal decisão eficácia jurídica em território brasileiro.

A seguir, serão analisados separadamente os casos de competência concorrente e os de competência exclusiva, começando por estes últimos por suscitarem menos dúvidas do que os primeiros.

2.1 Competência exclusiva.

Os dois casos de competência exclusiva são aqueles previstos no art. 89 do CPC e dividem-se em duas hipóteses: (a) de ações relativas a imóveis situados no Brasil; e (b) de inventário e partilha de bens aqui localizados, ainda que o autor da herança tenha residido no exterior.

2.1.1 As ações relativas a imóveis.

Barbi destaca que, nesse inciso, estão abrangidas tanto as ações reais quanto as ações pessoais relativas a imóveis. Assim, a autoridade judiciária brasileira seria competente tanto em casos oriundos de contratos de locação, promessa de compra e venda quanto em ações de usucapião¹⁶.

¹¹ 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.

¹² “Art. 134. O réu será, em regra, demandado no foro de seu domicílio, ou, na falta, no de sua residência.

§1º Quando o réu não tiver domicílio, ou residência, no Brasil, e, por outras disposições constantes deste Título, não se puder determinar a competência, a ação será proposta no foro do domicílio, ou residência, do autor. Si também o autor for domiciliado e residente em território estrangeiro, a ação poderá ser proposta perante qualquer juízo.” [redação de acordo com a ortografia da época]

(...) Art. 136. Nas ações relativas a imóvel, será competente o foro da sua situação, salvo o disposto no artigo anterior.

¹³ Convenção de Direito Internacional Privado da OEA, Havana, 1928.

¹⁴ Conforme dispõe o art. 90, do Código de Processo Civil.

¹⁵ cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. Cit.*, p. 156.

¹⁶ BARBI, Celso Agrícola. *Op. Cit.*, p. 243.

Em sentido contrário, Tornaghi restringe essa hipótese aos casos de ações reais (ou relativas à posse) de bens imóveis. O autor ainda vai além e afirma que, na expressão “bens imóveis” contida no dispositivo, deve-se entender apenas e tão somente o solo com a sua superfície, acessórios e adjacências naturais, espaço aéreo e o subsolo, ou que a ele for incorporado, e os direitos reais a eles relacionados¹⁷.

O autor justifica a sua opção. E dá para isso duas razões. A primeira delas é de que a *ratio essendi* da norma é evitar que a decisão proferida por uma autoridade estrangeira goze de pouca ou nenhuma eficácia quando, e se, internalizada pelo direito brasileiro. Como as decisões estrangeiras sobre bens imóveis (na acepção que lhe dá o autor) são praticamente inexequíveis no Brasil, não restam dúvidas de que o dispositivo restringiu-se àqueles bens (solo e o que a ele for incorporado), não tratando portanto de direito à sucessão aberta e as apólices de dívida pública¹⁸.

A inexecutabilidade ou ineficácia se justificaria, pois, em primeiro lugar, as decisões judiciais estrangeiras sobre bens imóveis, para se perfazerem, deverão dialogar com o cartório competente para o registro do título; e, em segundo, porque a instrução processual ficaria prejudicada, tendo em vista a distância entre o objeto litigioso e o juiz.

Paralelamente à presumida ineficácia, a interpretação restritiva do dispositivo se justificaria também porque, sendo os bens imóveis (o solo e aquilo que a ele aderir) parte do território nacional, admitir que um Estado estrangeiro sobre ele decida significaria abrir mão de parte da soberania. (*Id. Ibid.*). O que não ocorreria, por outro lado, nos casos de ações pessoais relativas a imóveis tais como locações, comodato etc., em que não há porção de soberania envolvida.

De todo modo – e nada obstante a força dos argumentos do ilustre processualista – o argumento da literalidade da lei parece ter tido, ao menos nesse caso específico, maior poder de persuasão. Não à toa a maioria dos doutrinadores brasileiros segue o entendimento de que *ações relativas a imóveis* significa que compete exclusivamente à autoridade judiciária brasileira conhecer e julgar ações pessoais e reais relativas a imóveis¹⁹.

2.1.2 Inventário e partilha de bens situados no Brasil.

Os bens previstos por esse inciso são tanto móveis (ações, dinheiro, títulos, depósitos, veículos) quanto imóveis. Há dois aspectos a serem destacados. O primeiro é se o artigo se restringe aos casos de partilha *causa mortis* ou aquelas *inter vivos*. E outra, lançada por Barbi, se a partilha aqui citada é aquela processada judicialmente ou abrange também as processadas extrajudicialmente. O autor conclui pela inclusão de ambas as formas²⁰.

A primeira conclusão é acompanhada pela maioria da doutrina; a segunda parece ser uma excentricidade do autor. A partilha processada extrajudicialmente, enquanto negócio jurídico válido, produz efeitos independentemente de trâmite judicial. Assim, falar-se em competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira para dela conhecer parece um contrassenso.

¹⁷ TORNAGHI, Helio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1974.p. 308.

¹⁸ O autor escreveu ainda sob a vigência do Código de 1916, cujo art. 44, II, previa as apólices da dívida pública oneradas com cláusula de inalienabilidade como um bem imóvel. Esse dispositivo não foi reproduzido no novo Código.

¹⁹ cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. Cit.*, p. 143; cf. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil* (Tomo II), Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 195. Além de Barbi mencionado acima.

²⁰ cf. BARBI, Celso Agrícola. *Op. Cit.*, p. 243.

Voltando ao primeiro aspecto, vale destacar que a jurisprudência, sobretudo aquela formada pelo STF, inseriu um novo critério para afirmar a competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira: o da *litigiosidade* da partilha. Entendia a Corte, no que vem sendo acompanhada pelo STJ, que se a partilha *inter vivos* fosse consensual, ela poderia ser conhecida e julgada pela autoridade judiciária estrangeira sem que isso afetasse a sua produção de efeitos em território nacional²¹.

Assim, pode-se concluir que, na hipótese prevista pelo art. 89, II, do CPC, serão de competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira os inventários, sejam eles consensuais ou litigiosos, ainda que o *de cujus* tenha residido no exterior, e as partilhas litigiosas *inter vivos*.

2.2 Competência concorrente.

São três os casos de competência concorrente e seguem antigos princípios gerais de direito: (i) *actor sequitur forum rei*; (ii) *actor sequitur forum exsecutionis*; (iii) *actor sequitur forum facti causans*. Em bom português, significam que a autoridade brasileira será competente quando alternativamente concorrer qualquer das hipóteses: se o réu for domiciliado aqui; se aqui tiver que ser cumprida a obrigação; ou se a ação originar-se de fato aqui ocorrido²².

Alguns aspectos merecem ser analisados com relação a essas hipóteses. O primeiro deles é que se trata de hipóteses alternativas²³. Basta que ocorra uma delas para que abra ao interessado as portas do judiciário brasileiro.

2.2.1 O domicílio.

Com relação à primeira hipótese – a do domicílio do réu – a doutrina preocupa-se sempre em afirmar que se trata de *domicílio* e não de *residência*²⁴. No entanto, e como a definição de domicílio é dada pelo Código Civil²⁵, tal distinção perde um pouco o propósito prático.

Nos termos dos arts. 70 a 75 daquele diploma, a jurisdição brasileira será atraída quando o réu, sendo pessoa natural (i) aqui residir com *animus* de permanecer; (ii) aqui for encontrado quando não tiver residência habitual ou quando estas forem diversas; ou (iii) aqui exercer sua profissão – as três definições de domicílio dadas pelo Código.

²¹ Por todos, cf. SE n.º 3408, STF, Tribunal Pleno, relator min. Rafael Mayer, 09.10.1985, cuja ementa é a seguinte: “*HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA. SEPARAÇÃO DE CÔNJUGES. PARTILHA DE BENS. E HOMOLOGÁVEL A SENTENÇA ESTRANGEIRA QUE HOMOLOGA ACORDO DE SEPARAÇÃO E DE PARTILHA DOS BENS DO CASAL, AINDA QUE SITUADOS NO BRASIL, PORTA QUE NÃO OFENDIDO O ART. 89 DO CPC. NA CONFORMIDADE DOS PRECEDENTES DO STF (RTJ. 90/11; 109/38; 112/1006). HOMOLOGAÇÃO DEFERIDA.*”

²² 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 I, reputa-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal.

²³ cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. Cit.*, p. 140; cf. também BARBI, Celso Agrícola. *Op. Cit.*, p. 243.

²⁴ BARBI, Celso Agrícola. *Op. Cit.*, p. 242.

²⁵ A adoção do Código Civil como norma definidora do conceito é sustentada por Gaetano Morelli: “*todo concepto jurídico utilizado en una norma de un determinado ordenamiento, si no define específicamente su significado, debe entenderse en el sentido que tiene en el ordinamiento al que pertenece la norma que lo emplea.*” cf. MORELLI, Gaetano. *Op. Cit.*, p. 98.

Nos casos de pessoas jurídicas de direito privado, quando aqui funcionar a sede de sua administração ou diretoria, ou quando assim decorrer de seus atos constitutivos²⁶.

Pontes de Miranda chega à mesma conclusão, porém por caminho diferente. Segundo o tratadista, tendo o réu domicílio incerto ou desconhecido, a ação poderá ser proposta no Brasil, se o réu for aqui encontrado ou aqui residir, por aplicação subsidiária do art. 94, §2º, *primeira parte*²⁷²⁸.

No âmbito da hermenêutica jurídica, a conclusão correta não justifica a premissa equivocada²⁹. A proposição de Pontes de Miranda traz à discussão outra questão. A de ser possível a aplicação subsidiária das normas de competência interna (como, por exemplo, o art. 94 do CPC) às hipóteses de competência internacional.

A questão é polêmica por algumas razões. A primeira delas está no corpo do próprio artigo 94 que assim diz: “*Sendo incerto ou desconhecido o domicílio do réu, ele será demandado onde for encontrado ou no foro do domicílio do autor*” Ora, na verdade são duas as possibilidades: demandá-lo no Brasil caso ele seja aqui encontrado; ou demandá-lo no foro do domicílio do autor.

Pergunta-se: é possível que a lei brasileira atribua à jurisdição estrangeira (a do domicílio do autor) competência para julgar determinado caso por força de sua lei processual interna?

Ainda como exemplo dessa situação, o art. 100, I, do CPC, dispõe que as ações de separação, conversão em divórcio e anulação de casamento deverão ser propostas no foro de residência da mulher. E se a mulher residir no exterior e o marido, no Brasil, aplica-se subsidiariamente essa hipótese como critério para a delimitação da jurisdição brasileira?³⁰

²⁶ O parágrafo único do art. 88 também suscita discussão ao estabelecer que “*considera-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal*”. Barbi entende que, nesses casos, somente será competente o judiciário brasileiro quando o ato ou fato ou relação jurídica em que se fundar a causa houver sido praticado ou travada por tais agências, filiais ou sucursais. Segundo o autor, não se concebe a atração da jurisdição nacional por atos praticados por sociedades estrangeiras somente pelo fato de estas manterem agência, filial ou sucursal no Brasil, sem que estas se relacionem minimamente com a *causa petendi*. Na mesma linha, Pontes de Miranda vai mais além e critica o dispositivo por entender que este confunde os conceitos de filial (sociedade independente da sociedade central), sucursal (estabelecimento filho) e agência, que pode vir a ser modalidade de representação. Afirma o tratadista: “*Agência*”, no sentido do art. 88, parágrafo único, é a agência de negócios, outro instituto, ou representante da empresa, uma vez que opera com poderes de apresentação (o que é raro) ou representação (...) É preciso que não se confunda a filialidade e a sucursualidade. Filial é estabelecimento-filho, portanto independente; sucursal é estabelecimento ligado, talvez embrião de filial futura, porém de qualquer maneira, atualmente aderido. O patrimônio é único, única, a empresa; apenas, em vez de pôr os empregados a vender nas ruas, ou casas, ou em viagens, localiza-os alhures” cf. MIRANDA, Pontes de Miranda. *Comentários ao Código de Processo Civil* (Tomo II), Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 192 e 194.

²⁷ “Art. 94. A ação fundada em direito pessoal e a ação fundada em direito real sobre bens móveis serão propostas, em regra, no foro do domicílio do réu

§1º Tendo mais de um domicílio, o réu será demandado no foro de qualquer deles.

§2º *Sendo incerto ou desconhecido o domicílio do réu, ele será demandado onde for encontrado ou no foro do domicílio do autor.*”

²⁸ cf. MIRANDA, Pontes de. *Op Cit.*, p. 193.

²⁹ cf. PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 217.

³⁰ Jacob Dolinger propõe outra solução, pelo menos para a questão do foro do domicílio da mulher: a de que o art. 100 do CPC não teria sido recepcionado pela Constituição Federal por malferir o princípio da igualdade entre os sexos. cf. DOLINGER, Jacob. *Op. Cit.*, p. 356.

Ainda sobre esse ponto – e talvez aqui já antecipando outra discussão – alguns³¹ rejeitam a instituição da cláusula de eleição de foro nos contratos de que a União for parte, sustentando que a Constituição Federal estabelece ser a Justiça Federal competente para processar (*rectius*: conhecer) e julgar os casos em que a União participar, como parte, réu ou terceiro³²

Entenda-se desse modo e as normas atributivas de jurisdição à autoridade judiciária brasileira não estarão mais no CPC (art. 88, 89 e 90), mas sim espalhadas em toda a Constituição Federal e nem a União, nem suas autarquias ou empresas públicas poderão litigar no exterior, apenas perante a Justiça Federal.

O contrassenso torna-se maior quando se pensa que várias soluções adotadas pelas normas de competência interna seriam absolutamente incompatíveis com a dinâmica da jurisdição internacional. É possível pensar em remeter os autos à autoridade judiciária estrangeira quando o juiz brasileiro declarar-se internacionalmente incompetente? E vários outros exemplos se seguiriam, o que – no entanto – não é o propósito aqui.

Em síntese, todos esses exemplos têm o intuito de afirmar que, em caso de domicílio incerto ou desconhecido, a solução há que ser buscada, e oxalá encontrado, na aplicação subsidiária do Código Civil e não nas normas processuais reguladoras da competência interna³³.

2.2.2 O local de cumprimento da obrigação.

A segunda hipótese de competência concorrente é aquela prevista pelo inciso II, do art. 88, que estabelece ser competente a autoridade judiciária brasileira quando aqui houver de ser cumprida a obrigação. O local de cumprimento da obrigação pode ser definido pela lei, pela própria natureza do objeto da prestação, ou pela vontade das partes.

A vontade das partes pode manifesta-se expressa ou tacitamente. Em obrigações decorrentes de atos unilaterais, o *figurante* há de fixar o lugar da prestação; em atos jurídicos bilaterais, o local se define pelo consentimento das partes proponente e aceitante. De todo modo, conforme conclui Pontes de Miranda³⁴, a vontade das partes na definição do local da prestação apenas encontra limites em leis cogentes

Qualquer que seja o local da prestação, salvo *lex specialis cogente*, podem os interessados mudá-lo, convencionalmente do que se preste noutro lugar (e.g., que a indenização por ato ilícito entregue pelo devedor, em seu domicílio), ou alterando-se o lugar que fora determinado,

³¹ cf. MIRANDA, Pontes de Miranda. *Comentários ao Código de Processo Civil* (Tomo II), Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 181.

³² Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I- as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

³³ A despeito de abalizada opinião em contrário (cf. TORNAGHI, Helio. *Op. Cit.*, p. 307; cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. Cit.*, p. 144), esse foi o entendimento seguido pelo STF, no RE 82.545, da relatoria do ministro Moreira Alves, assim ementado: “*Competência internacional. Aplicação do art. 12 da Lei de Introdução ao Código Civil. Reconhecimento da competência da justiça estrangeira para processar e julgar ação de despeito em que o réu tem domicílio no exterior. Inexistência de negativa de vigência dos artigos 134, 1º e 142 do CPC de 1939, regras que são relativas à competência interna, e que, portanto, só podem ser aplicadas depois de estabelecida a competência de jurisdição do Brasil. Falta de demonstração de dissídio de jurisprudência. Recurso extraordinário não conhecido.*”

³⁴ cf. MIRANDA, Pontes de Miranda. *Comentários ao Código de Processo Civil* (Tomo II), Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 191.

convencionalmente, ou cuja determinação resultou de regra positiva. Para a ação decorrente de fato ocorrido, ou de ato praticado no Brasil, o art. 88, III, é cogente.

Pode-se acrescentar-se a esses limites também aquele definido pela natureza da prestação. A constituição de direito real limitado, por exemplo, é obrigação que só se cumpre mediante registro no cartório competente e não se pode convencionar cumpri-la em outro local.

Conclui-se, portanto, que o local de cumprimento da obrigação é disponível à alteração pelas partes, salvo quando a lei não disponha de outra forma e salvo quando a natureza da obrigação não lho permitir.

Na opinião de Pontes de Miranda³⁵, quando a lei define que a obrigação há de cumprir-se no domicílio de uma das partes, o domicílio é aquele do tempo da conclusão do negócio e não o do tempo do cumprimento.

2.2.3 O fato ou ato ocorrido no Brasil.

Tornaghi sintetiza esse inciso na seguinte asserção: “A causa de pedir deve ter ocorrido no Brasil. Nisso pode resumir-se o inciso III”³⁶.

Pontes de Miranda³⁷ é um pouco mais sistemático na conceituação, ao afirmar que tanto o ato e o fato previstos pelo dispositivo são aqueles dos quais pode advir alguma obrigação (responsabilidade de quem a ele deu causa). O responsável pode ser qualquer um, independentemente de nacionalidade ou domicílio. Os fatos são: os fatos jurídicos *stricto sensu*; os fatos jurídicos ilícitos (força maior da qual decorra responsabilidade); e os atos-fatos ilícitos (gestão de negócios contra a vontade presumível do dono). Os atos são: atos jurídicos *stricto sensu*; negócios jurídicos; atos jurídicos; atos-fatos jurídicos; e atos ilícitos.

Essas são em linhas gerais as principais características das hipóteses previstas pela lei para a atração da jurisdição brasileira. Passa-se a analisar, abaixo, a questão da eleição de foro propriamente dita.

3. A eleição de foro internacional

Como já visto acima, o Brasil adota um sistema de limitação da jurisdição *por inclusão*, enumerando os casos em que a autoridade judiciária brasileira deve aplicar a lei ao caso concreto. Viu-se também que, dentre aqueles casos, há aqueles denominados concorrentes e outros, absolutos. Ambos, com controvérsias, na doutrina e na jurisprudência quanto aos seus alcances, limites e exceções.

Pois bem, chega-se assim ao centro, a razão de ser desse texto: a análise da possibilidade de que aquelas hipóteses – marcos abstratos da soberania nacional, e desdobramentos do poder constituído do Estado brasileiro de aplicar aos casos que politicamente lhe convém a sua lei, em caráter definitivo – sejam alteradas pela vontade das partes.

³⁵ *Id. Ibid*, p. 189.

³⁶ *cf.* TORNAGHI, Helio. *Op. Cit.*, p. 306.

³⁷ *cf.* MIRANDA, Pontes de. *Op. Cit.*, p. 193 e 194.

Carmen Tiburcio nos dá um excelente panorama de como a questão é polêmica não só no Brasil, como em vários outros países³⁸. Os dois casos mais emblemáticos destacados pela internacionalista, no âmbito do direito comparado, são: *Losinjska Plovidba Oour Brodarstvo v. Ro. Ro. Trans. s.r.l.*, julgado pela Corte de Cassação italiana, em 15.05.1990; e o caso *Bremen v. Zapata*, julgado em 1972, pela Suprema Corte norte-americana.

No primeiro caso, uma empresa italiana, sediada na Itália, e outra iugoslava celebraram contrato marítimo e nele estipularam que o foro competente para conhecer e julgar questões oriundas do contrato era o da Iugoslávia. Ajuizada demanda em Veneza, a Corte de Cassação, onde o caso chegou tempos depois, recusou validade à cláusula de eleição de foro, pois esta era expressamente vedada pelo ordenamento processual italiano (arts. 2º e 4º do c.p.c.).

Tempos depois, porém, a legislação italiana foi alterada tanto para permitir que à Itália fosse reconhecida jurisdição, pelas partes, em casos em que ela não a tivesse; e também para permitir que, em outros, tal jurisdição lhe fosse subtraída – desde que, nesse caso, a lide versasse sobre direitos disponíveis e a escolha houvesse sido estipulada por escrito (*Id. Ibid.*).

Caso semelhante – porém com desfecho diferente – ocorreu nos EUA, em que uma empresa americana (Zapata) contratara uma alemã (UnterWeser) para realizar o transporte de uma plataforma de petróleo da Louisiana para a Itália. Pelo contrato, as partes haviam eleito o foro de Londres como competente. No golfo do México, após uma tempestade, a plataforma foi danificada, e a Zapata ingressa, na Flórida, com ação de indenização contra a UnterWeser. Peculiaridades à parte, o que vale destacar é que, após dois julgamentos – em primeira e segunda instâncias – dando como competente o foro americano, a Suprema Corte decidiu que a regra a prevalecer era a vontade das partes, salvo um fator externo que afastasse a higidez da sua manifestação na eleição do foro.

Ambos os casos, sem dúvida, são emblemáticos e refletem a falta de sistematização do tema em diversos países. Ocorre que, como ambos acabaram sendo decididos por peculiaridades – no caso italiano, pois o país tinha uma lei expressa que vedava a eleição de foro; e no caso americano, pelo exato oposto – pouco são os elementos que de ambos pode-se extrair para a edificação de um modelo interpretativo aplicável ao direito brasileiro.

Deste modo, e sem embargo das várias correntes adotadas mundo afora, tampouco do que dispõe direito convencional sobre o tema, o objetivo, aqui, é tentar extrair argumentos lógicos, do ponto de vista da dogmática jurídica, de modo a reduzir à evidência que a liberdade para escolher o foro em que se pretende litigar deve ser aberta às partes – não de modo absoluto, é claro – mas ao menos permitida naquelas hipóteses em que não haja fatos excepcionais que as impeçam de fazê-lo.

Antes, no entanto, de analisarmos tais argumentos, é preciso consignar a limitação do objeto do debate. As hipóteses tidas como de competência exclusiva, e nesse ponto tanto jurisprudência quanto doutrina são uníssonas, não permitem qualquer tipo de derrogação pela vontade das partes. Desse modo, todos os argumentos trazidos, sejam eles pró ou contra a liberdade de escolha do foro, referem-se às hipóteses de competência concorrente (art. 88 do CPC).

Abaixo, estão separados alguns desses argumentos, uns mais fortes, outros menos, mas – acredita-se – sejam os mais corriqueiros quando o tema do debate é eleição de foro.

3.1. Argumentos a favor de sua subsistência no direito brasileiro

³⁸ cf. TIBURCIO, Carmen. *Op Cit.*

Quatro são argumentos principais, e mais contundentes, na defesa da liberdade da eleição de foro internacional. São eles: (i) a não taxatividade do rol de hipóteses previstas pelo art. 88 do CPC; (ii) a própria lógica da separação das hipóteses entre concorrente e exclusiva; (iii) o fato de que ordenamento brasileiro já permitiu o afastamento da jurisdição em outros casos, como no da arbitragem – e, conforme o princípio geral de que *cui licet quod est plus licet utique quod est minus* – não haveria sentido em impedir-se a eleição de outra jurisdição; e (iv) por último, o fato de que art. 78 do Código Civil já garante às partes a faculdade de determinar o próprio domicílio.

O primeiro ponto – o da *não taxatividade* – está na base da argumentação de qualquer referência à eleição de foro internacional. E ele remonta à idéia expressada por Morelli (item 2 supra) de que, mesmo nos países que adotam o sistema por *inclusão*, a ordem jurídica não cria a jurisdição, limita-a. Assim, há de se entender que as hipóteses previstas no art. 88 do CPC são abertas. Tanto são abertas que, mediante o influxo de princípios de direito internacional (como o da não denegação de justiça e o da efetividade), novas hipóteses podem surgir³⁹.

Sendo exemplificativas, não há porque impedir que a manifestação de vontade, válida e eficaz, crie novos casos de competência concorrente da autoridade judiciária brasileira. Não há que falar-se, como argumenta Botelho de Mesquita (1988, p. 57-58) que isso implicaria alteração dos limites da soberania do Estado, ou melhor, submeteria esta à vontade das partes, o que na sua acepção seria inviável. Não se derroga nem se altera hipóteses que são abertas, preenche-se.

A não taxatividade, todavia, não parece ter força suficiente a sustentar a possibilidade de se excluir a jurisdição brasileira naqueles casos em que ela já está expressamente prevista; apenas para sustentar o acréscimo de outras quando não previstas. Para completar-se, ela precisa de argumentos de reforço.

O primeiro deles está na própria razão de ser da divisão estabelecida pelo legislador entre hipóteses concorrentes e hipóteses exclusivas do exercício da jurisdição. Para tanto, veja-se o que enunciam ambos os artigos

Art. 88. É competente a autoridade judiciária brasileira quando.

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

Ora, entende-se – e não há porque ser diferente – que o fato de o art. 89 conter a locução *com exclusão de qualquer outra* implica que o art. 88 seja, por sua vez, *sem exclusão de qualquer outra*. Se ele não exclui, permite. E se permite, as partes, naqueles mesmos casos, podem litigar tanto no Brasil como em qualquer outra jurisdição, sem que isso implique ineficácia da decisão estrangeira no território brasileiro.

A opção de litigar aqui ou lá fora é, portanto, nas hipóteses do art. 88, exclusiva das partes. E elas podem fazê-lo implícita ou explicitamente, durante o curso do processo ou previamente. No primeiro caso, haverá escolha do foro, quando a ação for ajuizada no exterior (ou mesmo no Brasil) e o réu não opuser exceção de incompetência ou o remédio processual adequado para questionar a jurisdição da corte de acordo com a *lex fori*. Em síntese, quando o réu *submeter-se* à jurisdição.

³⁹ cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. Cit.*, p. 144; e, estranhamente, MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Da competência internacional e dos princípios que a informam. In: *Revista de Processo* 50-51, 1988, p. 56.

Deste modo, por que não permitir que as partes o façam previamente ao litígio, já definindo no próprio contrato o foro em que pretendem litigar, e de modo expresso?⁴⁰

Não subsiste a alegação de que tal representaria uma derrogação da lei processual, sob o argumento de que as leis processuais são cogentes, de ordem pública e não estão sujeitas à manifestação de vontade das partes. O que concorre não derroga nem suprime. A concorrência representa uma pluralidade de escolhas possíveis. Qualquer delas lícita e válida. É, portanto, a própria lei processual – ao estabelecer hipóteses concorrentes – que garante validade e eficácia à manifestação das partes quanto à escolha do foro internacional.

E não são poucos os exemplos em que a técnica legislativa no Código de Processo Civil abre espaço à manifestação de vontade sem que isso represente fissão na sua estrutura *ex legibus cogens*. Sem a pretensão da exaustividade, arrolam-se aqui os seguintes casos: art. 111: eleição convencional de foro; art. 181: convenção para reduzir ou prorrogar prazos dilatatórios; arts. 265, II: suspensão convencional do processo; art. 333, par. único: convenção sobre a distribuição do ônus da prova; art. 453, I: adiamento da audiência por convenção das partes; art. 454, par. 1: convenção sobre a divisão do prazo entre litisconsortes para falar na audiência, e *via dicendo* como diram os italianos.

Nem se oponha que, nas hipóteses mencionadas, a autorização teria sido dada expressamente pela lei, o que não ocorre nos casos de competência internacional. Nos artigos 88 e 89, embora não o seja expressamente, é nítida tal permissão, pela própria redação dos dispositivos (como se viu acima). Só não vê quem não quer.

Tornaghi viu⁴¹ e afirmou que possibilidade de escolha de foro era um efeito prático decorrente da própria distinção entre as hipóteses de competência absoluta e competência concorrente. Para o autor, seriam dois os efeitos práticos de tal distinção por parte do legislador: negar a produção de efeitos, no país, a decisões estrangeiras que versem sobre as matérias previstas no art. 89 (e, a *contrario sensu*, não negá-la nas hipóteses do art. 88); e permitir, nos casos do art. 88, a prorrogação da competência por escolha das partes, e vedá-lo nos casos do art. 89 (*Id. Ibid.*).

Aquela linha de argumentação – a de necessidade de permissão legislativa expressa – é a mesma que se adota para bloquear outro argumento geralmente utilizado para a defesa da elegibilidade do foro: o de que, se o ordenamento brasileiro já permitiu o afastamento da jurisdição nacional em favor da arbitragem, seja ela nacional ou internacional, não haveria razão para negar a possibilidade de afastá-la também em favor de jurisdições estrangeiras, pois *quem pode o mais pode o menos*.

Os defensores da necessidade de expressa autorização legislativa sustentam que, naquele caso – da arbitragem –, a lei (9.307/96) abriu manifesta e inequívoca exceção à inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF) e por isso pode ser tolerada⁴².

⁴⁰ O grão de sal fica por conta de que, na eleição de foro, assim como em qualquer manifestação de vontade a que o direito atribui eficácia jurídica (atos ou negócios jurídicos), a vontade deve existir, ser consciente e livre de vícios, para que seja válida e eficaz.

⁴¹ cf. TORNAGHI, Helio. *Op. Cit.*, p. 307.

⁴² Talvez seja demasiadamente ousado – e daí porque esse pensamento vai escondido em nota de rodapé -- argumentar que, na verdade, o art. 5, XXXV, CF, encerra, acima de tudo, um comando ao legislador para que, em nenhuma hipótese, suprima às partes a possibilidade, real e concreta, de solucionar em caráter definitivo suas controvérsias. Definir se tal solução se dará perante o Poder Judiciário brasileiro, perante câmaras arbitrais ou ainda mesmo perante

Esse argumento parece desproporcional ante a total incongruência do resultado que acarreta. É fora de dúvida que a atividade do intérprete não se esgota, e nem poderia esgotar-se, na literalidade da lei. No caso, alguns princípios de hermenêutica jurídica nos guiam até a melhor solução. Permitir-se que haja “derrogação” da jurisdição pela vontade das partes para a instituição do juízo arbitral e, ao mesmo tempo, não permitir que o haja para a eleição de foro internacional torna o sistema jurídico duro, incoerente e, conseqüentemente, suscetível a quebras internas.

Restaurá-lo, acomodando-o num todo lógico e coerente é dever do intérprete. Nas palavras de C. Maximiliano⁴³

Não pode o intérprete alimentar a pretensão de melhorar a lei com desobedecer às suas prescrições explícitas. Deve ter o intuito de cumprir a regra positiva, e, tanto quanto a letra o permita, fazê-la consentânea com as exigências da atualidade. Assim, pondo em função todos os valores jurídico-sociais, embora levado pelo cuidado em tornar exequível e eficiente o texto, sutilmente o faz melhor, por lhe atribuir espírito, ou alcance, mas lógico, adiantado, humano do que à primeira vista a letra crua pareceria indicar.

O quarto argumento – do art. 78 do Código Civil – foi bem exposto pelo Supremo Tribunal Federal, quando há muito se manifestou em favor da subsistência da eleição de foro internacional no direito brasileiro, no Recurso Extraordinário n.º 30.636, de relatoria do ministro Cândido Motta Filho⁴⁴. Daquele acórdão, dois pontos merecem destaque.

O primeiro o próprio teor da decisão recorrida, proferida pelo Tribunal *a quo*. Naquela, estabeleceu-se que o art. 12 da Lei de Introdução ao Código Civil – que então definia as hipóteses de competência da Jurisdição brasileira -- não tinha natureza de ordem pública e, portanto, poderia ser derogado pelas partes – argumento esse que talvez hoje não tivesse guarida dada a *processualidade* da lei que regula a matéria.

A decisão ainda dá o tom da divergência doutrinária sobre a questão, consignando como defensores da liberdade de eleição do foro internacional grandes juristas brasileiros como Filadelfo Azevedo, Serpa Lopes, Espínola e Espínola Filho, e internacionais como Liebman e Carnelutti; e, na outra ponta, negando a sua possibilidade Chiovenda.

Em um rápido parêntese: Carmen Tiburcio também nos situa no cenário de batalha da doutrina brasileira, em que, do lado da elegibilidade do foro internacional, estão Philadelpho Azevedo, Serpa Lopes, Haroldo Valladão, Helio Tornaghi, Wilson de Souza Campos Batalha, Irineu Strenger, Osiris Rocha, Arruda Alvim, Donaldo Armelin e José Inácio Gonzaga Franceschini; e, de outro, entrincheirados, José Ignácio Botelho de Mesquita e Celso Agrícola Barbi⁴⁵.

Fechado o parêntese e retomado o conteúdo da decisão: o segundo ponto de que ela trata é um de ordem lógico-sistemática. Se a lei então dispunha que a autoridade judiciária brasileira era

tribunais estrangeiros, não constitui a finalidade última do comando contido naquele dispositivo. O que fere o dispositivo constitucional é permitir que se criem vácuos judicantes, em que as partes não tenham um órgão a recorrer.

⁴³ cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 277)

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 30.636. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 06.02.2009.

⁴⁵ cf. TIBURCIO, Carmen. *Op. Cit.*, p. 96-97.

competente quando fosse o réu domiciliado no Brasil ou aqui tivesse de ser cumprida a obrigação⁴⁶ e, ao mesmo tempo, garantia aos contratantes em geral fixar domicílio como o local de cumprimento de suas obrigações (art. 42 do Código Civil)⁴⁷, seria ilógico não permitir que as partes, abertamente, fixassem foro estrangeiro para a resolução de seus conflitos.

Ou seja, suponha-se a seguinte situação: duas pessoas, uma brasileira e outra italiana, celebram contrato de prestação de serviço, pelo qual a parte brasileira obrigou-se a prestar determinado serviço na Itália (local de cumprimento da obrigação). Nada mais natural, estabeleceram que eventual controvérsia advinda do contrato deveria ser solucionada na própria Itália (foro de eleição). A parte brasileira torna-se inadimplente e é demandada no foro de eleição que coincidentemente é o foro do local do cumprimento da obrigação.

Indaga-se: devem as partes ser obrigadas a litigar no Brasil só porque o réu está aqui domiciliado? Parece um total contrassenso. E não foi por outra razão que o Código Civil de 1916, no que foi seguido *ipsis litteris* pelo novo código, estabeleceu que “[n]os contratos escritos poderão os contraentes especificar domicílio onde se exercitem e cumpram os direitos e obrigações deles resultantes”.

À vista de todos esses argumentos, pode-se encerrar esse ponto com as palavras sempre presentes de Barbosa Moreira, cuja abordagem sobre a questão é definitiva⁴⁸

O direito brasileiro admite, em princípio, pactos desse gênero, seja quando designam a Justiça brasileira em hipótese não prevista legalmente como de sua competência, seja quando indicam alguma justiça estrangeira, em hipótese incluída na competência (não exclusiva!) da Justiça brasileira.

O reconhecimento da eficácia do pacto subordina-se ao “sistema de limites” consagrado no art. 216 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal – e, antes dele, no art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil. Assim, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é tradicionalmente repellido o deslocamento convencional da competência, por exemplo, em contratos de adesão, conforme ocorre, em geral, nos transportes internacionais.

3.2. Argumentos contrários

Embora todos os argumentos contrários já tenham sido, de certa maneira, analisados acima quando se avaliou os argumentos favoráveis à eleição do foro internacional, é bom sistematizá-los, e sobretudo dar-lhes um item próprio, sob pena de sermos acusados de parcialidade na exposição da matéria – acusação que seria, a bem da verdade, um elogio.

Em síntese, os argumentos contrários à instituição da cláusula de eleição de foro são três: (i) a natureza cogente da lei processual, hostil à manifestação de vontade das partes como fonte criadora do direito; (ii) a jurisdição como desdobramento da soberania do Estado, insuscetível de alteração pela vontade das partes; e (iii) a ausência de autorização legislativa expressa para que isso ocorra.

⁴⁶ “Art. 12. É competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação.”

⁴⁷ “Art. 42. Nos contratos escritos poderão os contraentes especificar domicílio onde se exercitem e cumpram os direitos e obrigações deles resultantes”. Redação do Código Civil de 1916 que foi repetida no art. 78 do Código Civil de 2002.

⁴⁸ cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. Cit.*, p. 146.

Eles todos dizem respeito a um mesmo fundamento que, a despeito das imperfeições decorrentes do reducionismo, pode ser sintetizado em um fundamento de ordem jurídico-filosófica: *o caráter publicístico que se vem estampando ao processo civil*.

Fonte de sérios embates entre processualistas os mais conceituados, o rumo do processo civil em direção a um controle estatal cada vez mais rígido, seja mediante o depósito de maiores e mais profundos poderes nas mãos dos juízes, seja ceifando à vontade das partes o seu efeito inovador da ordem jurídica, é crucial em diversos debates que vêm sendo travados no âmbito do processo, e não poderia ser diferente aqui.

Apenas para que fiquemos entre dois autores⁴⁹⁵⁰ que se dedicaram, monograficamente, ao estudo da relevância da manifestação da vontade na formação dos atos processuais, é possível ver-se o tamanho do dissenso:

O direito é expressão de um querer humano. O elemento vontade, portanto, é indissociável do direito. Nenhum efeito jurídico é possível divorciado do querer do homem, de sua vontade.

o formalismo não consente que se dê qualquer relevância à real vontade do sujeito (KOMATSU, 1991, p. 125)

Deste modo, os que defendem a impossibilidade de eleição de foro internacional parecem, antes de tudo, defender um processo civil publicístico – embora o inverso não seja verdadeiro – em que resta às partes, após embarcar na aventura judiciária, aguardar de mãos atadas que sejam conduzidas pelo juiz.

Sem pretender ingressar nessa longa discussão (embora já se tenha deixado transparecer a nossa opinião), parece crucial retomar a função primordial da jurisdição: a solução de controvérsias, a pacificação social. Quem leva um determinado problema ao judiciário, leva um drama pessoal, um imbróglio empresarial, ou mesmo busca a sua própria identidade. Não dar a essas pessoas, os atores da relação processual, um mínimo de espaço para definir como (e, sobretudo, onde) gostariam de ver dirimidos seus conflitos, soa juridicamente irrazoável e socialmente insensível.

Retomando alguns dos aspectos abordados na *Justificativa* ao presente trabalho, em um mundo onde barreiras, sociais e econômicas, praticamente não existem; em que a integração populacional é cada vez mais intensa, garantir às partes a segurança e a autonomia para determinar o local em que pretendem litigar parece muito mais condizente com os novos desafios do que arraigar-se na idéia de infalibilidade da jurisdição estatal nacional.

Por fim, um aspecto que acredito mereça menção, embora não seja possível classificá-lo como um argumento contrário, até porque seu autor não o é. Trata-se de um argumento de *espírito*, o da preferência da jurisdição nacional.

Embora posicione-se favoravelmente à escolha do foro pelas partes, Barbosa Moreira deixa transparecer um argumento (ainda que somente de reforço) que pode ser utilizado por aqueles que

⁴⁹ PASSOS, J. J. Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 28.

⁵⁰ KOMATSU, Roque. Da invalidade no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 125.

visam sustentar a impossibilidade de eleição de foro: a de que o legislador presitiçou, de certo modo, um sentimento que o processualista denominou de *preferência pela jurisdição nacional*⁵¹.

Esse sentimento d'alma estaria refletido no art. 90 do Código que reza: *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*; e poderia ser estendido ao tema da eleição do foro internacional. Assim, dever-se-ia buscar sempre, e a todo modo, privilegiar a jurisdição nacional em detrimento de qualquer outra.

Pode-se notar, contudo, que esse argumento somente serve para os casos de afastamento da jurisdição brasileira por vontade das partes, isto é, os de eleição de foro estrangeiro; e não para os de atribuição, também por vontade das partes, de jurisdição à autoridade judiciária brasileira. Ao contrário, estes últimos seriam reforçados por essa lógica ufanista.

4. Conclusões

Como visto, parece-nos evidente o caminho para que se permita a eleição de foro em contratos internacionais, tanto para eleger a autoridade judiciária brasileira quanto a autoridade judiciária estrangeira, está pavimentado. Agora, deve ser percorrido, desbravado. Não há dúvidas que alguns percalços virão, alguns mais complexos – que talvez obriguem a uma releitura dos princípios aqui abordados – outros mais simples, que exigirão apenas uma correção de percurso.

A possibilidade de haver casos em que a eleição de foro conduza a um resultado ruim – ou pelo menos pior do que se se tivesse mantido a jurisdição nacional – não pode, nem deve, conduzir à sua total supressão.

O radicalismo é o argumento dos apaixonados. E, como ponderam C. Maximiliano e também Perelman e Tyteca: *apaixonar-se não é argumentar, pois o orador apaixonado – de tão inflamado com o próprio discurso – deixa de preocupar-se em persuadir o seu auditório*⁵².

Assim, é certo que não podemos nos iludir com falsas escolhas. E o apelo ao excepcional, tomando-se por regra hipóteses extremas, radicais, não conduz a um sistema jurídico uniforme, capaz de se corrigir-se internamente mediante seus próprios instrumentos. Ao contrário, fragiliza-o.

Mesmo os que defendem a elegibilidade do foro internacional certamente não o farão nos casos de contrato de adesão⁵³. Mas, novamente insiste-se nesse ponto, isso não significa excluir *a priori* a elegibilidade do foro nos casos de direitos disponíveis, em que as partes do contrato, capazes e cientes de seus atos, tiveram ampla possibilidade de discutir a cláusula, e optaram por um foro específico, seja por transparecer economicamente mais vantajoso ou pelo fato de aquele tribunal específico ter mais *expertise* sobre a matéria (como nos contratos marítimos que, geralmente, elegem o foro de Londres).

Delineados esses aspectos, passa-se em resumo algumas das conclusões alcançadas neste trabalho:

⁵¹ cf. MOREIRA, José Carlos. *Op. Cit.*, p. 141.

⁵² cf. PERELMAN, Chaim. *Op. Cit.*, p. 32; no mesmo sentido cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Op. Cit.*, p. 145

⁵³ cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. Cit.* p. 146.

(a) O Brasil adota o sistema de delimitação de jurisdição por *inclusão*, segregando os casos de sua competência internacional entre aqueles de caráter concorrente com tribunais estrangeiros (art. 88 do Código de Processo Civil) e aqueles que excluem qualquer outra jurisdição (art. 89 do mesmo código);

(b) os casos de competência exclusiva são, atualmente, aqueles que versarem sobre *ações relativas a imóveis no Brasil* (art. 89, inciso I) e *sobre inventários e partilhas de bens situados no Brasil* (art. 89, inciso II);

(c) as ações relativas a imóveis são tanto aquelas reais quanto pessoais (embora haja autores que a restringem às ações reais) e a partilha é tanto aquela *mortis causae* quanto *inter vivos*, sendo que, nesse último ponto, a jurisprudência vem entendendo que, sendo consensual a partilha, não haverá exclusividade da jurisdição brasileira;

(d) os casos de competência concorrente são três: *réu domiciliado no Brasil* (art. 88, inciso I); *cumprimento da obrigação no Brasil* (art. 88, inciso II); e *ato ou fato praticado no Brasil* (art. 88, inciso III) – de todos, o que gera maior discussão é aquele relativo ao domicílio;

(e) a eleição de foro tem sido objeto de dissenso tanto na jurisprudência quanto na doutrina, embora esta tenda a ser mais receptiva à idéia do que aquela, e o debate gira em torno dos seguintes argumentos:

Favoráveis:

- i. a não taxatividade do rol de hipóteses previstas pelo art. 88 do CPC;
- ii. a própria lógica da separação das hipóteses entre concorrente e exclusiva que obrigam a uma interpretação sistemática de que, se na exclusiva não pode, na não exclusiva deve poder;
- iii. o fato de que ordenamento brasileiro já permitiu o afastamento da jurisdição em outros casos, como no da arbitragem e que, se *quem pode o mais pode o menos* – não haveria por que impedir-se a eleição de outra jurisdição
- iv. o fato de que art. 78 do Código Civil já garante às partes a faculdade de determinar o próprio domicílio.

Contrários:

- i. a natureza cogente da lei processual, hostil à manifestação de vontade das partes como fonte criadora do direito;
- ii. a jurisdição como desdobramento da soberania do Estado, insuscetível de alteração pela vontade das partes;
- iii. a ausência de autorização legislativa expressa para que isso ocorra.

5. *Obras citadas.*

- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- DOLINGER, Jacob. *A Panorama of Brazilian Law*. Miami: North-South Center, 1992.
- KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Da competência internacional e dos princípios que a informam*. In: *Revista de Processo* 50-51, 1988.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado* (Tomo I), São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil* (Tomo II), Rio de Janeiro: Forense, 1973.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Problemas relativos a litígios internacionais*. In: *Temas de Direito Processual*. 5ª Série. Rio de Janeiro: Saraiva, 1994.
- MORELLI, Gaetano. *Derecho Procesal Civil Internacional*. [s/cidade] [s/editora], 1953.
- PASSOS, J. J. Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- TIBURCIO, Carmen. *Comentários ao Recurso Especial nº 251.438: três temas de processo internacional*. In: *Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- TORNAGHI, Helio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- Agravo de Instrumento n.º 3.124-0 *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de SP* 271 (1983)
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 30.636. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 06.02.2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 82.454. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 12.03.2009.