

**A ELEIÇÃO DE FORO NO PANORAMA DO DIREITO
INTERNACIONAL PRIVADO CONTEMPORÂNEO**

VALESCA RAIZER BORGES MOSCHEN *

* Professora Adjunta do Departamento de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), Coordenadora do Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu de Direito da UFES, Doutora em Direito pela Universidade de Barcelona. Este artigo é parte da pesquisa com financiamento do CNPq, Edital Universal.

Sumário: I. Introdução. II. Pressupostos da eleição de foro. III. A Convenção de Haia de 30 de Junho de 2005 e seu âmbito de aplicação. IV. A prorroga do foro contratual. V. O declínio dos Tribunais não eleitos. VI. O reconhecimento das sentenças proferidas. VII. A Convenção de Haia e o Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdição em matéria contratual do Mercosul. VIII. A eleição de foro no sistema brasileiro: luzes e sombras. IX. A eleição de foro e a reforma processual brasileira. X Consideração Finais. XI. Bibliografia Especializada.

I. Introdução

No âmbito do comércio internacional é uma realidade a definição da jurisdição competente a uma determinada e eventual lide através do exercício da autonomia da vontade. Não obstante tal prática, a efetiva aplicação das cláusulas de eleição de foro ainda gera um conjunto de incertezas.

Inúmeras são as questões que se colocam em torno do tema, dentre as quais: o tribunal contratualmente eleito, pode não conhecer da lide? Deve um tribunal declinar em favor do outro eleito pelas partes? A eventual sentença proferida pelo tribunal eleito deve ser reconhecida no tribunal derogado? Isto se deve ao fato de a aplicação das cláusulas de eleição de foro possui estreita ligação com a maior ou menor sensibilidade dos Estados nacionais quanto ao reconhecimento da autonomia privada na submissão de uma controvérsia a uma dada jurisdição.

O presente artigo tem como objetivo sistematizar o tratamento convencional dado à matéria, particularmente, o previsto na Convenção de Haia de 2005, sobre as cláusulas de eleição de foro.

Com o intuito de enforçar problemas de *implementação* que poderiam ser recorrentes na eventual entrada em vigor da mencionada Convenção, este artigo destaca, em primeiro lugar, as dificuldades inerentes à derrogação de foro para que, posteriormente, se permita a análise das respostas sugeridas pela convenção a fim de se criar um tratamento uniforme sobre a matéria. Logo, desenvolve, também, do regime existente no marco do processo de integração do Mercosul e, finalmente, busca trazer ao debate a reforma processual que sofre o Estado brasileiro *vis a vis* a proposta convencional.

II. Pressupostos da eleição de foro

A questão principal da efetividade das cláusulas de eleição de foro está em delimitar se a vontade das partes é ou não idônea para influenciar o exercício da jurisdição, na composição de uma determinada lide.

A idoneidade estará referida tanto na possibilidade de prorrogação da jurisdição, quanto na sua derrogação, uma vez que a mencionada submissão contratual da jurisdição pode ser vista a partir de dois ângulos distintos, um positivo e outro negativo¹. Será positiva desde o prisma da jurisdição eleita, na medida em que amplia a competência do órgão jurisdicional para receber uma causa que, originariamente, não era de sua competência. E, contrariamente, negativa, quanto à possibilidade de privação do exercício jurisdicional como consequência da vontade das partes.

No último caso, a eleição de foro levará, necessariamente, ao declínio do exercício jurisdicional por parte de um Estado em favor de outro eleito pelas partes contratualmente. Os limites e as possibilidades da aplicação das cláusulas de eleição de foro se inserem no debate paradoxal sobre o interesse do Estado eleito em conhecer da lide, e a consequente quebra de braço entre o exercício da autonomia privada em submeter uma controvérsia a um foro contratual e os limites estatais da eventual derrogação.

O não reconhecimento por um ordenamento jurídico nacional, da possibilidade de subtração de uma controvérsia da esfera de sua jurisdição, poderá trazer como efeito, a possibilidade de serem estabelecidos procedimentos paralelos, em juízos concorrentes e o não reconhecimento de eventual sentença proferida em foro contratualmente eleito. Tais efeitos colocam em xeque a efetividade da solução judicial adotada pelo foro contratual, colaborando, em última instância, para a insegurança jurídica nas relações negociais internacionais.

Com o intuito de desenvolver o comércio e inversões internacionais mediante a promoção de maior segurança jurídica aos negócios internacionais, em 30 de Junho de 2005, 45 países aprovaram a elaboração da Convenção de Haia sobre acordos de eleição de foro.

III. A Convenção de Haia de 30 de Junho de 2005 e seu âmbito de aplicação

A Convenção sobre acordos de eleição de foro adotada no âmbito da Conferência de Haia sobre Direito Internacional Privado representa um importante, senão, o principal instrumento de regulamentação multilateral da matéria e é resultado de uma árdua e longa negociação em busca da harmonização de regras relativas à competência judicial internacional².

¹ MORELLI, Gaetano, *Derecho Processal Civil Internacional*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1953, p. 199.

² Sobre a história e o desenvolvimento da Convenção de Haia de 2005 vid TEITZ, Louise Ellen, “The Hague Choice of Court Convention: Validating Party Autonomy and Providing” na *Alternative to Arbitration. The American Journal of Comparative Law*, vol 53, pág. 544, 2005. Neste mesmo sentido, NANDA, Ved P., “The Landmark 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements”, *Texas International Law Journal*, vol 42, 2007, pág. 775 e 776.

ELEIÇÃO DE FORO NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

A Convenção de 30 de Junho de 2005 tem sua origem nos trabalhos do Prof. Arthur Taylor Von Mehren³, cuja sugestão inicial foi a de construir uma convenção sobre competência jurisdicional internacional. A convenção é assim, fruto de uma negociação mais ampla, iniciada nos anos “90” no seio da Conferência de Haia.

A proposta inicial tinha como objetivo estabelecer regras uniformes sobre competência internacional e o reconhecimento de sentença. Por inúmeras razões tal proposta não prospera. Podem ser apontadas como justificativas de seu insucesso, entre muitos motivos, a dificuldade em acomodar distintas estruturas jurídicas dos sistemas da *civil law* e *common law*⁴.

Em 2002, mediante consenso entre os Estados, ficou decidido que as partes seguiriam negociando não mais uma convenção geral sobre competência internacional e reconhecimento de sentenças, mas, sim, uma específica, destinada à harmonização das regras de eleição de foro para os contratos internacionais de comércio. Em 2004, o *draft* da convenção, depois de revisado e publicado, formalizou-se como o texto básico a ser considerado na conferência diplomática de junho de 2005, quando, finalmente, foi apresentado na vigésima sessão da Conferência de Haia⁵.

O texto final aprovado em 30 de junho de 2005 se estrutura em 34 artigos e 5 capítulos. A Convenção se constitui sobre a pauta do princípio da cooperação internacional e sua aplicação está definida a partir de três âmbitos precisos: material, espacial e temporal.

a. âmbito material: O artigo primeiro da convenção textualmente delimita a sua aplicação, aos acordos exclusivos de foro em matéria civil e comercial. A partir desta constatação, duas questões são postas: uma primeira, relativa à definição dos “acordos exclusivos” e, outra, referente à determinação da amplitude das matérias “civis e comerciais”. No primeiro caso, o artigo terceiro da Convenção define os acordos exclusivos de eleição de foro como aqueles celebrados por escrito ou por quaisquer meios de comunicação, como o eletrônico⁶, que se possa fazer acessível a informação para ulterior consulta; e que

³ Mentor intelectual do projeto de convenção que teve o seu primeiro draft em 1996,. Vid *Rapport Explicatif de Trevor Hartley & masato Dogauchi*. Convention du 30 de juin 2005 sur lês accords d’election de for. Bureau Permanent de la Conference , HCCH, p.16.

⁴ Sobre as dificuldades de se estabelecer uma convenção sobre competência internacional vid ARROYO, Diego F., “Competência Judicial Internacional: cuestiones e elementos para uma reglamentación internacional, *Libro em Homenaje al Profesor Santiago Benadava*, I.II, Santiago, 2008, p.117-152.

⁵ Vid *Rapport Explicatif de Trevor Hartley & masato Dogauchi*. Convention du 30 de juin 2005 sur lês accords d’election de for. Bureau Permanent de la Conference, HCCH.

⁶ Opção inspirada na Lei Modelo da UNCITRAL sobre Comércio Eletrônico.

designe para conhecer de um eventual litígio entre as partes, aos tribunais de um Estado contratante. A Convenção define a independência do acordo exclusivo de eleição de foro das demais estipulações contratuais. Desta forma, a validade do acordo de exclusivo não poderá ser impugnada apenas pela razão de vir a ser inválido o contrato onde a cláusula de eleição esteja inserida⁷. Quanto à determinação das matérias “civis e comerciais”, a Convenção é clara em afirmar a sua aplicação aos contratos *business to business* de comércio internacionais, neste sentido, estão excluídos os contratos de consumo e trabalhistas. No mesmo sentido, o artigo 2.2 da Convenção relaciona um conjunto de matérias excluídas de seu âmbito de aplicação. Em geral, tais matérias estão excluídas por inúmeras razões, dentre as quais, por tratar-se de temas que por sua natureza, bem já foram objeto de outras regulamentações convencionais, ou bem, acabam por afastar a possibilidade de autonomia das partes na escolha do foro competente. Como é o caso dos contratos sobre a validade da propriedade intelectual em *strictu sensu* (propriedade industrial⁸), na mesma linha, dos temas relacionados, ao estado e capacidade das partes; ao direito de família e sucessões; insolvência; ao regime de controle de concorrência, entre outros. Há ainda que se mencionar, que as exceções do artigo 2.2 só serão aplicáveis quando os referidos temas excluídos apareçam como matéria principal ou de fundo em uma eventual controvérsia. Caso as mesmas sejam apenas objeto de defesa ou de questões secundárias ou preliminares, não será obstada a aplicação das regras da Convenção (art. 2.3). Não obstante a enumeração taxativa do artigo 2.2, totalizando dezoito temas, os Estados, podem realizar uma declaração unilateral onde se estabeleça que uma dada matéria, que lhe seja sensível, estará excluída da aplicação da convenção (art.21). Prerrogativa que demonstra a difícil tarefa em se compaginar de um lado, os interesses dos Estados nacionais e, de outro, a necessária derrogação de sua jurisdição em favor da autonomia contratual⁹.

b. âmbito espacial: A Convenção, na hora de determinar a sua aplicação espacial, o faz a partir de duas vertentes, uma primeira, referente à relação jurídica em si mesma, neste caso é o domicílio das partes o grande elemento determinante da internacionalidade e outra, quando analisa a necessidade de cooperação internacional para a efetividade da sentença proferida pelo tribunal eleito. No primeiro caso, a Convenção opta por uma definição negativa da internacionalidade das relações contratuais. Assim, uma relação será considerada internacional e, conseqüentemente, aplicar-se-á a convenção, “*salvo quando as partes sejam residentes em um mesmo Estado contratante e a relação entre elas e os demais elementos relevantes do litígio, qualquer que seja o lugar do tribunal eleito, estejam conectados unicamente ao Estado de seu domicílio*” (art. 1.2). No segundo caso, a internacionalidade estará determinada quando exista a necessidade de reconhecimento e homologação da decisão prolatada pelo tribunal eleito, desta forma, estar-se-á diante de uma situação internacional, quando se

⁷ Art. 3 d) da Convenção.

⁸ Vid sobre o tema de propriedade intelectual, em particular, AGUILAR, Maria M.Celis, “Convención sobre los Acuerdos de Elección de Foro”, *DeCITA*, nº5/6, p.7 e 8.

⁹ Vid comentários in KASSEDJIAN, Catherine, “La Convention de La Haya du 30 de Juin 2005 sur l’élection de for”, *Journal du Droit International*, 2006, vol.3, p.815.

ELEIÇÃO DE FORO NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

solicite o reconhecimento ou a execução de uma resolução estrangeira (art. 1.3). Além da problemática relacionada com a determinação da internacionalidade da situação para efeitos da aplicação a convenção, outro tema é incidente quanto a definição do âmbito de aplicação geográfica ou espacial da Convenção: são as regras de desconexão entre a Convenção e os outros instrumentos convencionais regionais e internacionais. Como princípio geral enumera-se a cooperação, sendo assim, se possível, a aplicação da convenção será compatível com outros tratados em vigor nos Estados contratantes. No artigo 26 duas situações distintas são apresentadas, uma primeira, de caráter geral, cuja regra primordial é a de que em caso de conflito entre a convenção e outro tratado internacional em vigor em um Estado contratante, deverá ser aplicada a convenção, se uma das partes residir num Estado contratante da convenção que não seja parte do outro tratado (art. 26.2). De outro lado, em um eventual conflito de fontes entre o instrumento regional e a Convenção, esta estabeleceu como regra geral, a de que deverão ser aplicadas as regras de natureza regional quando nenhuma das partes sejam residentes em um Estado membro que não seja parte da organização regional¹⁰.

c. âmbito temporal: as regras previstas na Convenção, dispostas no seu artigo 16, determinam duas hipóteses de aplicação temporal, uma primeira, relacionada ao tribunal eleito, neste caso, será aplicada a convenção se o tratado houver sido ratificado com anterioridade do acordo de eleição de foro; e, uma segunda, referente ao tribunal eventualmente acudido, quando se condiciona a aplicação da Convenção a que os procedimentos judiciais tiverem iniciados após a entrada em vigor no Estado do tribunal acudido. Chama atenção Catherine KESSEDJIAN¹¹ ao afirmar, com razão, que *”la doublé règle prévue a l’article 16 est néfaste pour la sécurité juridique aux entreprises*¹², na medida em que, permite que não seja aplicada a mesma disposição, para uma mesma causa, entre as mesmas partes, em função da data de ratificação da Convenção nos Estados envolvidos.

Relativamente às possibilidades trabalhadas pela Convenção em prol da harmonização das regras destinadas à efetividade das cláusulas de eleição de foro, as principais obrigações para as partes estão previstas nos seus capítulos segundo e terceiro. No segundo, sobre competência judicial, se agrupam disposições sobre

¹⁰ Esta regra entra em conflito com outros instrumentos regionais existentes no âmbito da união européia, particularmente, com o Regulamento 44/2001 e no Mercosul, com a alínea b) do artigo 1 do Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdição internacional em matéria comercial. Vid críticas em KESSEDJIAN, Catherine, “La Convention de La Haya du 30 juin 2005 sur l’élection de for”, op, cit, p.821 e 822

¹¹ In “La Convention de La Haya du 30 juin 2005 sur l’élection de for”, op, cit, p. 818-820,

¹² KESSEDJIAN, Catherine, “La Convention de La Haya du 30 juin 2005 sur l’élection de for”, op, cit, p.821.

a competência do tribunal eleito, as obrigações dos tribunais escolhidos, além das disposições sobre medidas cautelares.¹³

IV. A prorroga do foro contratual

O pilar central da Convenção reside na obrigação prevista no parágrafo segundo de seu artigo quinto que determina o dever do tribunal eleito pelas partes de conhecer da *litis*¹⁴. Afasta-se deste modo, a possibilidade da utilização da doutrina *forum non conveniens*, bastante usual nos países da *common law*¹⁵ que permite ao magistrado abrir mão de sua competência afirmando ser mais conveniente outro tribunal.

O caráter discricionário da conveniência do foro é característica inerente da doutrina do *forum non conveniens* cuja aplicação deve se dar em cada caso concreto. A liberdade do juiz se fundamenta na finalidade teleológica do instituto de se preocupar principalmente com o julgamento justo.¹⁶ A regra geral é a de que se respeitem a eleição do foro acordada pelas partes. Contudo, e tendo como paradigma a doutrina norte-americana e inglesa¹⁷, há uma considerável carga subjetiva na análise da conveniência do foro. O juiz deve analisar os fatores que tornam o processo mais eficiente, mais célere e menos custoso; a influência que o resultado do litígio causará na comunidade do próprio foro; além de outros elementos eminentemente subjetivos.

A Convenção a fim de se evitar uma maior margem de discricionariedade ao julgador de um tribunal eleito e, sobretudo, com o intuito de aplicação uniforme e obrigatória das condições e regras determinadas na Convenção, além de esquivar o eventual debate na utilização de doutrinas típicas de um sistema jurídico, e atípicas em outro, eliminou a possibilidade do juiz eleito declinar de sua jurisdição em favor de outro que interpretasse mais conveniente.

Uma vez eleito o foro contratual, o juiz somente poderá declinar de sua jurisdição, em caso de nulidade do acordo de eleição de foro, conforme as regras

¹³ Quanto a medidas cautelares as obrigações previstas na convenção não exigem e nem impedem a sua consecução, denegação e/ou o cese dessas emitidas por um Estado contratante. A rigor, a Convenção é clara em determinar no seu art. 7 que “*as medidas provisionais e cautelares não são regidas pelo presente convênio*”.

¹⁴ Art. 5 2) da Convenção.

¹⁵ Particularmente no sistema norte-americano que desenvolveu nos últimos vinte anos a doutrina *forum non conveniens* como um verdadeiro filtro jurisdicional “de segundo nível”, conforme dispõe LUPOI, Michele Ângelo, *Conflitti Transnazionali di Giurisdizioni*, Tomo I, Giuffrè:Milano, 2002, p.189.

¹⁶ COUND, John J. et al. *Civil procedure, cases and material*. 6 ed. St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1993.

¹⁷ Sobre os limites da aceitação da prorroga de jurisdição a raiz da utilização da doutrina do *forum non conveniens*, são ilustrativas as análises de LUPOI, Michele Ângelo, *Conflitti Transnazionali di Giurisdizioni*, Tomo I, Giuffrè:Milão, 2002,p..573.

ELEIÇÃO DE FORO NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

internas (*lex fori*)¹⁸ ou quando “*com exceção do lugar da situação do tribunal eleito, não exista vínculo algum entre esse Estado e as partes ou o litígio*”¹⁹. Neste caso, além de afastar a doutrina do *forum non conveniens*, a convenção afastou, também, a utilização do *foro exorbitante*.

A razoabilidade ou não de um foro é aferida através do princípio da *proximidade* ou *conexão substancial* da causa com o foro. Significa que para o desiderato de determinar quando um Tribunal possui jurisdição, mister se faz analisar a existência de um mínimo de contato razoável entre o caso analisado e o país sede do Tribunal²⁰. Considera-se, pois, que um foro é razoável quando o caso analisado apresente uma vinculação suficiente com o Estado a que pertençam os Tribunais responsáveis pelo julgamento. Em sentido oposto, os foros exorbitantes são aqueles que se caracterizam por acumular grande volume de competência internacional por parte de seus Tribunais. Nos foros exorbitantes o perigo reside na conexão entre as hipóteses de competência com o intuito de beneficiar aos nacionais do Estado competente²¹.

Há, conseqüentemente, a necessidade de existir uma apropriada e razoável base jurisdicional para reconhecer a seriedade da jurisdição exercida por um juiz estrangeiro. Para que um tribunal exerça de forma razoável sua jurisdição é preciso que exista uma genuína e substancial conexão entre o caso e o tribunal. O standard da conexão substancial tem sido bastante aceito em disputas internacionais. A administração deste princípio envolve, necessariamente, elementos *of practical judgement and self-restraint*²². Uma vez que a jurisdição exorbitante e abusivamente exercida pelos tribunais de um país compromete sua responsabilidade internacional e afeta valores constitucionais de razoabilidade e acesso à justiça e ampla defesa.²³

V. O declínio dos Tribunais não eleitos

Entre as obrigações definidas pela Convenção aos Estados contratantes, está a de que os Tribunais dos Estados não eleitos contratualmente para conhecerem da causa, deverão declinar de sua competência em favor do foro eleito²⁴.

¹⁸ Art. 5, parágrafo 1 da Convenção.

¹⁹ Art. 19 da Convenção.

²⁰ Vid. ALL, Paula Maria. “Las normas de jurisdicción internacional en el sistema argentino de fuente interna”, *Decita* n. 04. Fundação Boiteux. 2005.

²¹ Op.cit.

²² MOSCHEN, Valesca R. Borges e GUERRA, Marcel Victor M., y, in “Proceso Civil Transnacional: A Caminho De Uma Sistematização Dos Princípios De Competência Internacional: Reflexos De Um Novo Paradigma Axiológico Face À Crise Metodológica Positivista”, *Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI*, Fundação Boiteux., 2009.

²³ VESCOVI, Eduardo. *Derecho Procesal Civil Internacional*. Ed. Idea, Montevidéo, 2000, *passim* p. 17.

²⁴ Art. 6. da Convenção.

V. RAIZER BORGES MOSCHEN

O dever de declinar em favor do foro contratual é uma das principais obrigações determinadas na Convenção e objetiva a diminuição das possibilidades de litígios paralelos e concorrentes, fenômeno conhecido como *lis pendens* (litispêndência)²⁵.

O tema da litispêndência toma diferentes contornos conforme seja a sua análise pelos distintos sistemas jurídicos. No caso da *common law*, a existência de litígios com o mesmo objeto material não comporta, em si, conseqüências *maléficas* no exercício da jurisdição de cada Estado envolvido²⁶.

No mesmo sentido, necessariamente a regra temporal de solução do conflito entre jurisdições concorrentes não é a naturalmente utilizada pelos países da *common law*. É o caso, por exemplo, do sistema inglês, onde em decisões consagradas, como *Bushby v Munday*, a Corte solucionou o conflito jurisdicional, acatando a jurisdição do segundo Estado demandado²⁷.

A Convenção, entretanto, estabelece como um dos limites para o reconhecimento de sentença originária de um Estado contratante eleito, que a mesma seja incompatível com uma resolução previamente ditada por outro Estado ou por ele, num litígio entre as mesmas partes e com o mesmo objeto e causas²⁸.

Nas regras propostas pelo artigo 22 da Convenção, determinadoras das declarações recíprocas sobre acordos não exclusivos de eleição de foro, textualmente a Convenção exclui a obrigação de reconhecimento por parte dos Estados contratantes, em casos de decisões proferidas por outro tribunal frente ao qual, o litígio pode ter sido apresentado e, ainda, em caso de existência de um litígio pendente entre as mesmas partes em outro Estado sobre o mesmo objeto e a mesma causa²⁹. O reconhecimento será devido apenas, se o tribunal de origem da decisão for o primeiro ao que as partes acudiram³⁰.

²⁵ Doutrina aplicada em muitos países da *civil law*, incluindo países de sistemas mistos, como o Escocês, e supõe que um tribunal suspenda ou decline de conhecer uma determinada lide quando outro tribunal já exerceu ou vem exercendo sua jurisdição em um processo com a mesma causa de pedir entre as mesmas. O artigo 5, parágrafo segundo da Convenção, limita tal possibilidade. Vid. *Explanatory Report by HARTLEY, Trevor and DOGAUCHI, Masato*, Permanent Bureau of the Conference, HCCH, 2007.

²⁶ A diferença de concepção da litispêndência entre os dois sistemas jurídicos é um fato notório e marcante no tratamento jurisprudencial sobre a matéria, vid FAWCETT, James in *Reform and Development os Private International Law – Essays in Honour of sir Peter North*, Oxford:Oxford University Press, 2002, p. 310- 311, citando a decisão *Cohen v Rothfield* (1919) 1KB 410 -414, confirma que a própria Corte afirmou que *não seria a prima facie vexatório que o demandante inicie uma ação na Inglaterra e outra no exterior*.

²⁷ (1861) 56ER 908 (5 Madd 297).

²⁸ Art. 09 , ii) f) e g).

²⁹ Art. 22. 2. b) e c).

³⁰ Art. 22 2. c).

ELEIÇÃO DE FORO NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

A obrigação de declínio prevista no artigo sexto, ora em análise, apenas é obstada pela ocorrência de um dos supostos descritos no próprio texto convencional, entre eles, a nulidade formal do acordo de eleição, que a princípio, será analisada no âmbito da legislação do tribunal eleito³¹; os limites de ordem pública³²; a existência de causas excepcionais fora de controle das partes impeditivas de uma razoável execução e reconhecimento da decisão (hipótese de *hardships*³³).

VI. O reconhecimento das sentenças proferidas

O terceiro e fundamental pilar da Convenção refere-se à obrigação por parte dos Estados contratantes em reconhecerem e executarem as sentenças proferidas pelo Estado eleito pelas partes. Tal preceito, chave para a efetividade da segurança jurídica no âmbito dos processos transnacionais³⁴, está previsto no artigo oitavo da Convenção que define:

“Una resolución dictada por un tribunal de un Estado contratante que haya sido designado en un acuerdo exclusivo de elección de foro, será reconocida y ejecutada en los demás Estados contratantes conforme a lo dispuesto en el presente Capítulo. El reconocimiento o la ejecución solo podrá denegarse por las causas establecidas en el presente convenio”.

Entre os nove supostos que isentam do cumprimento da obrigação prevista no artigo supra referido, estão: os limites da ordem pública processual, tais como, a necessidade de que a decisão tenha a natureza de coisa julgada, assim, permite-se a denegação do reconhecimento quando o prazo e as possibilidades para interposição de recursos ainda não estiverem esgotados; da mesma forma, quando a sentença não seja apta a produção de efeitos no Estado de origem; quando demandado não tenha sido notificado com tempo suficiente para exercer o seu direito de defesa, ou, quando este tenha sido notificado de maneira incompatível com os princípios fundamentais sobre notificação de documentos do Estado de sua localização³⁵ e, ainda, quando a sentença seja fruto de fraude em relação ao procedimento de sua realização.

³¹ Art. 6. alínea a). Entretanto, no caso da análise da capacidade das partes contratuais, será esta realizada em base a *lex fori* do Tribunal acudido, conforme prescreve o art. 6 alínea b) da Convenção.

³² A convenção na alínea c) do artigo 6, trabalha como possibilidades de exceções na aplicação da obrigação de declinar por parte de um tribunal acudido, quando tal fato seja de manifesta injustiça ou contrário ao ordem público do Estado acudido.

³³ *Explanatory Report by Trevor Harthely & Masato Dougauchi*, op.cit..

³⁴ Neste sentido, a Convenção segue a regra costumeira de processo civil internacional, e determina que nenhuma revisão de fundo poderá ser procedida quando do reconhecimento e execução de sentença proferida pelo tribunal eleito, art. 8.2.

³⁵ Artigo 8., Itens 3. e 4. e artigo 9, alíneas i) e ii).

No *roll* de exceções ao dever de reconhecimento de sentença prolatada pelo tribunal contratual estão: a nulidade do acordo de eleição³⁶; os limites da ordem pública do Estado requerido; as limitações de reconhecimento de sentenças aptas ao reconhecimento, que foram proferidas com anterioridade, no Estado requerido ou noutro Estado, num litígio entre as mesmas partes, o mesmo objeto e as mesmas causas de pedir, limitando a possibilidade de litispendência³⁷.

VII. Convenção de Haia e o Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdição em matéria contratual do Mercosul

Nos Estados membros do Mercosul é cada vez mais recorrente a análise pelos judiciários nacionais de litígios que apresentem vinculações com mais de uma ordem jurídica. Isto permite muitas vezes, que mais de uma jurisdição esteja apta a intervir no caso concreto. Como condição preliminar da abordagem judicial de causas *pluriconectadas* está a determinação de sua jurisdição.

No marco normativo do Mercosul encontra-se o Protocolo de Buenos Aires de 1994, que trabalha a jurisdição internacional em matéria contratual e nele se vislumbra a possibilidade das partes, em um contrato civil e/ou comercial, de eleger o foro competente para conhecer de uma possível e futura controvérsia.

O seu artigo 4 afirma que:

“En los conflictos que originen de los contratos internacionales en materia civil o comercial serán competentes los tribunales de los Estados-partes en cuya legislación los contratantes tengan acordado se someter por escrito, siempre que tal ajuste no tenga sido obtenido de forma abusiva”.

A diferença entre os dois textos convencionais, Haia e Mercosul, reside especialmente, nas regras de desconexão previstas nos dois instrumentos. Haia exige, para a sua aplicação, a residência das partes no Estado contratante, e o Protocolo de Buenos Aires permite uma dupla conexão: a residência de uma das partes e/ou a indicação do foro em um dos Estados do Mercosul. Tal descompasso pode gerar certo impasse quando da definição, por parte dos judiciários nacionais, de qual dos dois instrumentos serão aplicados.

Outras diferenças podem ser observadas entre os dois documentos, como o fato de que as exceções existentes na Convenção de Haia referentes ao seu âmbito de aplicação são mais extensas do que as previstas no Protocolo. Neste mesmo sentido, a obrigação do tribunal eleito em não conhecer do litígio, está implícita no Protocolo e expressa na Convenção.

³⁶ Muito embora a nulidade do acordo seja analisada através da *lex fori* do tribunal contratual, tal análise será realizada pelo tribunal requerido à reconhecer da sentença, art. 9. alínea a).

³⁷ Art. 9, alíneas e), f) e g).

ELEIÇÃO DE FORO NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Não obstante a maior incidência de relações jurídicas *pluriconectadas*, desde o ponto de vista dos ordenamentos jurídicos dos Estados partes do Mercosul, se observa certa reticência em relação ao reconhecimento da autonomia da vontade na escolha da jurisdição competente, como é o caso de Brasil.

VIII. A eleição de foro na perspectiva brasileira: luzes e sombras

Tradicionalmente é admitida a autonomia da vontade da partes, como critério de determinação da jurisdição competente. Manifesta Irineu Strenger que “ *os contratos internacionais do comércio, em poucas hipóteses, têm dispensado a chamada cláusula atributiva de jurisdição*³⁸.”

Muito embora, aceita a autonomia da vontade, exercitável através das chamadas cláusulas de eleição de foro, a mesma esbarra em um ponto de turbulência, *a possibilidade de se afastar a jurisdição preterida pela cláusula de eleição de foro.*

Isso significa que não obstante a cláusula de eleição de foro sempre ter sido aceita, com razoável tranqüilidade em âmbito nacional, seus efeitos, contudo, não o são. Afastar o exercício da função jurisdicional quando haveria, em princípio, um interesse do Estado em exercer a sua jurisdição é um tema conturbado para o judiciário brasileiro.

Para uma parte da doutrina pátria, como elucida a professora Carmen Tiburcio “*...quando as partes fixam um foro diverso daquele previsto em lei, é como se ambas, sabendo que pode surgir uma controvérsia, renunciassem a esse benefício*”³⁹.

Por outro lado, entende José Ignácio Mesquita que:

*As normas que definem a extensão da jurisdição de um Estado são normas fundadas na soberania nacional e, por isso, 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 pode representar objeto de disposição das partes litigantes*⁴⁰.

³⁸ STRENGER, Irineu, *Contratos Internacionais do Comércio*, 2.ed., São Paulo: Editora dos Revista dos Tribunais, 1992, p.254.

³⁹ TIBURCIO, Carmen. *Temas de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 86.

⁴⁰ Continua o autor, afirmando que “*Os limites da jurisdição nacional não podem, por isso, ser ampliados, nem restringidos, por vontade das partes. As partes podem modificar a competência dos tribunais, mas não podem modificar a extensão da jurisdição nacional. Assim, a propositura da ação perante juiz internacionalmente incompetente, mesmo sem oposição do réu, não prorroga a competência internacional desse juiz; do mesmo modo, a propositura de ação perante autoridade judiciária de um*

V. RAIZER BORGES MOSCHEN

Diante destas duas correntes doutrinárias, a construção dos entendimentos relativos à validade das cláusulas de eleição de foro, vem sendo realizada, a partir da análise do caso concreto. Como leciona Barbosa Moreira⁴¹ para quem:

Com certa freqüência, as partes de contrato com elementos internacionais fazem inserir no respectivo instrumento uma 'cláusula' (na verdade, negócio jurídico distinto) em que se elege a Justiça de determinado país como o foro próprio para o Julgamento de quaisquer litígios porventura oriundos do contrato. O direito brasileiro admite, em princípio, pactos deste 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. Examina-se, naturalmente, a validade do pacto de eleição, no caso concreto.

Frente a realidade dual da doutrina brasileira, têm-se observado, certo recrudescimento das decisões judiciais nacionais no sentido de se restringir a autonomia da vontade na escolha do foro competente, nos supostos da competência concorrente da Justiça nacional⁴².

Em recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, por via do Recurso Especial nº 804.306 SP, discutiu-se acerca da validade de cláusula de eleição de foro *vis a vis* a competência da Justiça brasileira, prestigiando a esta última. A questão que se colocava era relativa à validade da cláusula de eleição de foro estabelecida no contrato internacional de representação comercial. Especificamente, o tema trazido à tona questionava os seguintes pontos: validade da cláusula de eleição de foro em contrato de adesão, bem como, a necessidade de se definir se a cláusula de eleição de foro seria suficiente para afastar a competência prevista nos dispositivos do artigo 88 do Código de Processo Civil – CPC, relativo à competência concorrente da justiça brasileira.

Estado internacionalmente competente para a causa não previne a jurisdição deste contra a autoridade de outro Estado que pelas leis do primeiro, também seja (concorrentemente) competente para a mesma causa. Salvo convenção em contrário, é inoperante a litispendência estrangeira (CPC, art. 90), de modo que a mesma causa pode ser simultaneamente proposta perante as autoridades judiciais de dois Estados diferentes. As normas de competência internacional são, pois, normas de ordem pública. Por isso mesmo, não se aplica à competência internacional a conhecida classificação da competência interna que a divide em competência absoluta e relativa.” MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Da competência internacional e dos princípios que a informam. Revista de Processo, n. 50, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 51-71.

⁴¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Temas de Direito Processual*, 5ª série, op.cit., p. 146.

⁴² Como chama atenção ALMEIDA. Ricardo R. ,“ Breves Reflexões sobre a eleição de foro estrangeiro e a competência concorrente do judiciário brasileiro” , *Contratos Internacionais/* Coordenador João Grandino Rodas, 3.ed., São Paulo:Revista dos Tribunais, 2002, p.297 e ss.

ELEIÇÃO DE FORO NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Quanto a primeira questão, decidiu a Corte que, as cláusulas de eleição de foro nos contratos de adesão são válidas, conforme enuncia a Súmula 335 do Supremo Tribunal Federal⁴³, desde que *não haja abusividade e prejuízo para a defesa*. Seguindo a decisão de primeira do Juiz de instância, o tribunal entendeu por “*um prejuízo efetivo claro*”, para a parte recorrida, a mencionada escolha de foro (Londres) e, conseqüentemente, a invalidez da referida cláusula.

Em relação a derrogação da justiça brasileira quando ocorra algum dos pressupostos estabelecidos no artigo 88 do CPC, a Corte, se posicionou, também favorável à decisão monocrática, da seguinte forma: “*É cabível a jurisdição nacional porque aqui deveria ser cumprida na obrigação*”. O artigo 88 do CPC estabelece em seu inciso segundo que será competente a justiça brasileira quando aqui tiver que se cumprida obrigação. Entendendo que a competência a que trata o artigo supra referido é cumulativa, claro seria a afirmação de serem válidas as cláusulas de eleição de autoridades administrativas estrangeiras para o processamento e decisão de eventual controvérsia entre as partes contratantes. A validade de escolha da jurisdição brasileira não deveria, por conseguinte, estar baseada na alegação de ser no território brasileiro o cumprimento da obrigação, pressuposto do inciso segundo, do artigo 88 sob pena de transformar de “concorrente” à “exclusiva” a competência na lei aludida. Além de desprestigiar a autonomia das partes na escolha do foro competente para julgar eventuais demandas por ventura existentes em suas relações.

Dessa forma, o julgado fortalece o pensamento de que nos casos cujos elementos fáticos se enquadrem em um ou mais supostos do artigo 88 não poderá ser derogada a jurisdição brasileira pela vontade das partes, dando, *caráter de exclusividade, não só a competência descrita no artigo 89 do CPC, mas, também, à competência concorrente*⁴⁴.

Para os Ministros julgadores, quando a execução contratual se dá inteiramente no território brasileiro, impõe-se o reconhecimento da competência internacional brasileira, que não pode ser afastada por cláusula contratual, posicionamento já referendado por outras decisões judiciais.

Preferiram os julgadores a doutrina menos internacionalista, que salienta que se trata de regra de fixação de competência, mais precisamente, da jurisdição nacional, cujo principal fundamento é a soberania nacional, o que impede a alteração por manifestação da vontade das partes. O Recurso Especial n. 804.306 – SP fortalece o entendimento restritivo à validade das cláusulas de eleição de

⁴³ *É válida a cláusula de eleição de foro pra os processos oriundos do contrato.* STF Súmula nº 335 - 13/12/1963 - *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno.* Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 147.

⁴⁴ ALMEIDA. Ricardo R. “Breves Reflexões sobre a eleição de foro estrangeiro e a competência concorrente do judiciário brasileiro”, *Contratos Internacionais/* Coordenador João Grandino Rodas, 3.ed., São Paulo:Revista dos Tribunais, 2002, p.301.

foro nos supostos da competência concorrente brasileira, reforçando o entendimento restritivo quanto aos limites da concorrência cumulativa no Brasil.

IX. A eleição de foro e a reforma processual brasileira

Nos últimos sete anos, o Estado brasileiro passa por um processo de reforma legislativa concernente ao processo civil. Severas alterações foram incorporadas ao sistema normativo processual de vigência desde 1973.

Com o objetivo de compilação das reformas já realizadas e de adaptação das regras processuais nacionais às novas correntes presentes em outros ordenamentos jurídicos, nos textos convencionais ratificados pelo Brasil e na sua própria construção jurisprudencial, o legislativo nacional se propôs a elaborar um projeto de novo código de processo civil.

Em 08 de junho de 2010, uma comissão de juristas definidos pelo Senado Federal, apresentou à comunidade acadêmica nacional o texto do anteprojeto de código⁴⁵. No texto apresentado diversas modificações quanto ao tema de direito processual civil internacional foram incorporadas. Basicamente essas inovações estão previstas no seu Título II sobre limites da jurisdição brasileira e da cooperação internacional.

No capítulo primeiro, destinado às regras de competência internacional, os artigos 20-24 analisam, respectivamente, as hipóteses dos limites da competência concorrente e exclusiva das autoridades judiciárias brasileiras. Quanto a concorrente, o anteprojeto mantém as hipóteses já existentes no Código em vigor, como inovação, adiciona expressamente a possibilidade da extensão da competência nacional nos casos de alimentos, quando o credor for residente no Brasil e/ou quando mantenha vínculo pessoal com o Brasil. Também existirá a prorrogação da jurisdição quando as partes expressem a sua vontade de submissão.

Quanto a competência exclusiva o anteprojeto ressalta as hipóteses existentes no atual código, melhorando a redação quando define que a partilha de bens situados no Brasil será de exclusividade de autoridade brasileira no caso de sucessão hereditária, eliminando, em princípio, a dualidade interpretativa que entendia a exclusão da competência estrangeira em caso de partilha de bens por divórcio ou separação.

O artigo 23 trabalha a litispendência internacional, mantendo o entendimento jurisprudencial contemporâneo brasileiro de que a ação proposta por tribunal estrangeiro *não obstará a autoridade judiciária nacional de conhecer da mesma causa*. Desde o prisma da confluência com a Convenção de Haia e com os demais instrumentos em vigor no Brasil, como o Código de Bustamante, a inovação encontra-se no final do referido artigo quando se menciona que *serão*

⁴⁵ Projeto de Lei do Senado Federal, n, 166, 2010, www.senado.gov.br. Texto que por sua vez vem sofrendo alterações constantes.

ELEIÇÃO DE FORO NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

respeitadas as disposições em contrário previstas em tratados e acordos internacionais em vigor no Brasil.

Finalizando o capítulo I do Título II, o artigo 24 expressa de forma clara e direta que *não caberá a autoridade judiciária brasileira o processamento e julgamento de pleitos quando existir cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro*. De forma original no Brasil, se contempla em um texto normativo nacional a possibilidade de derrogação da competência brasileira quando as partes tenham convencionado, no contrato ou separadamente, outro foro diferente ao brasileiro para dirimir suas eventuais controvérsias.

Desta forma, pela proposta legislativa, será competente a autoridade brasileira para julgar ação em que as partes, expressa ou tacitamente, se submetam voluntariamente. Por outro lado, não caberá a autoridade judiciária brasileira julgar litígios nos casos de existência de cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro. Ou seja, existindo a manifestação da vontade indicando a jurisdição nacional, nada poderá remover a ação da jurisdição brasileira, e para que *a regra tenha efeito bilateral, por seu turno existir no contrato cláusula de excluindo a jurisdição brasileira La exclusão terá que ser respeitada*⁴⁶.

No processo de debate e aprovação do anteprojeto foram apresentadas alterações e a versão atualmente aprovada, em base a alegação de uma eventual afronta à soberania nacional, eliminou-se a tão proclamado artigo 24. Entretanto se espera que no processo de sua aprovação no Congresso tal dispositivo seja reincorporado para que, corroborando com Carmen Tiburcio, “... *ao menos na matéria de direito processual civil internacional, o eventual Código não nasça em descompasso com seu tempo, afastado ao mundo em que pretende regular e contraditório com os princípios estruturais do sistema jurídica que fará parte*”⁴⁷.

X. Considerações Finais

A Convenção da Haia de 2005 sobre as cláusulas de eleição de foro é uma peça fundamental para a promoção da segurança jurídica na contratação internacional contemporânea.

A proclamada efetividade para as decisões judiciais nos litígios internacionais, originária do exercício da vontade, encontra importante suporte normativo na referida convenção. Sua ratificação representaria um passo adiante na construção normativa do processo civil brasileiro, especialmente, para a cultura jurídica nacional na qual a dicotomia entre o exercício da autonomia da vontade

⁴⁶ ARAÚJO, Nádia, “Conferência de Haia de Direito Internacional Privado em Debate: convenção de Haia de 2005 inspira o projeto de Código de Processo Civil com norma de cláusula de eleição de foro em contratos internacionais”, 23 de junho de 2012, [HTTP//haiaemdebate.blogspot.com](http://haiaemdebate.blogspot.com).

⁴⁷ TIBURCIO, Carmem e GRUENBAUM, Daniel, “Eleição de foro no novo CPC”, Valo Econômico, 18 de março de 2011, WWW.valor.com.br.

V. RAIZER BORGES MOSCHEN

versus o reconhecimento da derrogação da jurisdição é considerado ainda como um entrave à soberania nacional.

Para o Mercosul, a ratificação da convenção acrescentaria no seu universo jurídico um suporte maior para a regulamentação da competência internacional e da autonomia da vontade na escolha do foro competente em litígios internacionais, corroborando, ainda mais, para a consagração da segurança jurídica para as relações comerciais internacionais e regionais.

Não obstante a inserção cada vez mais notória do Estado brasileiro nos processos de internacionalização e da conseqüente integração de seu território à mobilidade das relações jurídicas internacionais e regionais, o sistema de regras definidoras de sua competência internacional é escasso e ainda não coaduna com as tendências contemporâneas relativas à matéria.

A jurisprudência nacional sobre a temática vem sendo crescente, entretanto, as decisões que discutem a competência brasileira em causas *pluriconectadas*, conforme se buscou demonstrar, vem sendo pouco flexíveis à derrogação de tal jurisdição, seja por vontade das partes, seja em função de uma melhor conveniência a raiz do caso concreto.

A perspectiva é a de que a ratificação da Convenção da Haia sobre eleição de foro permita uma maior aproximação do ordenamento jurídico brasileiro às realidades e necessidades trazidas em razão das relações jurídicas contemporâneas.

XI. Bibliografia Especializada

ARAUJO, Nadia. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 3.ed., Rio de Janeiro:Renovar 2006.

ALMEIDA, Ricardo R., “Breves Reflexões sobre a eleição de foro estrangeiro e a competência concorrente do judiciário brasileiro”, *Contratos Internacionais/* Coordenador João Grandino Rodas, 3.ed., São Paulo:Revista dos Tribunais, 2002.

ALL, Paula Maria, “ Las normas de jurisdicción internacional en el sistema argentino”, in *Litígio Judicial Internacional, De Cita - direito do comércio internacional temas de atualidades*, 04.2005, p.422 a 444.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo :Forense, v.1., 501,1994.

BARBOSA Moreira, José Carlos, *Temas de Direito Processual*, 5ª série. São Paulo:Saraiva,1988.

BRAND, Ronald. “Forum Selection and Forum Rejection in US Courts: One Rationale for a Global Choice of Court Convention” in *Reform and Development*

ELEIÇÃO DE FORO NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

of Private International Law/ Festschrift for Sir Peter North, James Fawcett, ed., Oxford University Press, 2002.

CARNEIRO, Athos Gusmão, *Jurisdição e Competência*, 14 ed., São Paulo:Saraiva, 2005.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

COUND, John J. et al. *Civil procedure, cases and material*. 6 ed. St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1993.

FRIEDENTHAL, Jack H. KANE, Mary Kay & MILLER, Arthur R. *Civil Procedure*. St. Paul, Minnesota, West Publishing Co. 1985.

GARRO, Alejandro M., “Forum non conveniens: disponibilidad y adecuación en los foros latinoamericanos desde uma perspectiva comparada” . *De Cita - direito do comércio internacional temas de atualidades*, 04.2005, p.174 a 206.

GRECCO F., Vicente, *Direito Processual Civil Brasileiro*, 11ªed. São Paulo: Saraiva, 1991;

José Carlos Fernandez Rozas e Sixto Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional Privado*, Civitas:Madrid, 1999.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira, *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Da competência internacional e dos princípios que a informam*. Revista de Processo, n. 50, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 51 a 71.

RECHSTEINER, Beat W., *Direito Internacional Privado: teoria e prática*, 11.ed., ver., São Paulo:Saraiva, 2007.

RIVAS, Eugenia G. *La doctrina de “forum non conveniens”*.disponível em <http://www.bma.org.mx/publicaciones/elforo/2002/2-Semestre/doctrina%20forum.doc>. Acessado em 01.08.2008.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 10. ed. Forense, v. 1, n. 501. 1976.

SOARES, Guido Fernando Silva. *A competência internacional do Judiciário brasileiro e a questão da autonomia da vontade das partes*. In: Baptista, Luiz Olavo, HUCK, Hermes Marcelo e CASELLA, Paulo Borba (coords.). *Direito e*

V. RAIZER BORGES MOSCHEN

comércio internacional: estudos em homenagem a Irineu Strenger. São Paulo: LTr, 1994.

STRENGER, Irineu, *Contratos Internacionais do Comércio*, 2.ed., São Paulo: Editora dos Revista dos Tribunais, 1992.

TIBURCIO, Carmen. *Temas de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.