

# CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA INTERNACIONAL DECORRENTE DE CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO ESTRANGEIRO

## *NEGATIVE INTERNATIONAL CONFLICT OF JURISDICTION ARISING OUT OF FOREIGN COURT CLAUSE*

**Tatiana Tosatti<sup>1</sup>**

**Resumo:** O art. 25 do novo CPC dirimiu as dúvidas relativas à competência da justiça brasileira para julgar ações decorrentes de contratos internacionais que tenham cláusula de eleição de foro estrangeiro. Contudo, surge novo problema decorrente deste artigo, qual seja, como as partes obterão a provisão jurisdicional de que necessitam quando a autoridade judiciária brasileira se declara incompetente para julgar a demanda em decorrência da existência de cláusula de eleição de foro estrangeiro e a autoridade estrangeira eleita na cláusula também declara-se incompetente para julgar a demanda.

**Palavras-chave:** Conflito negativo de competência internacional - contratos internacionais - eleição de foro estrangeiro - elementos de conexão.

**Abstract:** *The art. 25 of the new CPC resolved doubts regarding the jurisdiction of the Brazilian courts to judge lawsuits arising from international contracts that have a foreign court clause. However, there is a new problem arising from this article, namely, how the parties will obtain the jurisdictional provision they need when the Brazilian judicial authority declares itself incompetent to judge the claim as a result of the existence of a foreign court clause and the foreign authority elected in the clause also declares itself incompetent to judge the claim.*

**keywords:** *Negative international conflict of jurisdiction - international contracts - foreign court clause - connecting factors.*

**Sumário:** **INTRODUÇÃO – 1 CONTRATOS INTERNACIONAIS – 1.1 DEFINIÇÃO – 1.2 AUTONOMIA DA VONTADE – 1.3 CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO ESTRANGEIRO – 1.3.1 A eleição de foro estrangeiro e o antigo CPC – 1.3.2 A eleição de foro estrangeiro e o novo CPC – 2 CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA INTERNACIONAL – 3 SOLUÇÕES DE DIREITO INTERNACIONAL – 4 SOLUÇÃO DE DIREITO INTERNO – CONCLUSÃO – REFERÊNCIAS.**

## **INTRODUÇÃO**

O novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, inovou ao trazer significativos progressos para o direito internacional privado, em decorrência

---

<sup>1</sup> Advogada. Mestranda em direito das relações econômicas internacionais pela PUC/SP. Pós-graduada em direito internacional pela PUC/SP. Pós-graduada em direito contratual pela PUC/SP. Membro da Comissão de Direito Internacional e Globalização Econômica da OAB/SP subseção Jabaquara.

principalmente do Título II do referido diploma legal, que trata “Dos Limites da Jurisdição Nacional e da Cooperação Internacional”, compreendendo os artigos 21 ao 41.

Relativamente aos contratos internacionais, o Novo Código de Processo Civil trouxe uma mudança significativa ao introduzir o artigo 25, que trata da cláusula de eleição de foro estrangeiro. Nos termos deste artigo, desde que arguida pelo réu em contestação, a cláusula de eleição de foro estrangeiro torna o poder judiciário brasileiro incompetente para processar e julgar a ação ajuizada no tribunal local.

Em outras palavras, a autoridade judiciária brasileira declarar-se-á incompetente, devendo a demanda ser proposta no foro estrangeiro eleito de comum acordo pelas partes quando da celebração do contrato internacional.

Em que pese a intenção do legislador pátrio, no sentido de inovar e eliminar as lacunas existentes no antigo Código de Processo Civil, de 11 de janeiro de 1973, que davam margem ao afastamento da cláusula de eleição de foro estrangeiro pela justiça brasileira e reconhecimento de competência para processamento e julgamento das ações envolvendo contratos internacionais, baseando-se nas regras de competência do antigo diploma legal e também nas regras de determinação da lei e foro competentes para reger as obrigações em contratos internacionais contidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), novos conflitos emergiram do Novo CPC a esse respeito.

O objetivo do presente trabalho é apontar os novos desafios trazidos pelo art. 25 do novo Código de Processo Civil, especificamente no que tange ao conflito negativo de competência internacional.

A problemática diz respeito à insegurança trazida às partes do contrato internacional quando do reconhecimento de incompetência pela autoridade brasileira com base no supra aludido artigo, nas hipóteses em que o foro estrangeiro eleito em contrato também declare-se, por qualquer motivo, incompetente para processar e julgar a causa.

O novo Código de Processo Civil não traz solução expressa ao conflito negativo de competência internacional, de forma a deixar as partes desamparadas de autoridade judiciária competente para pôr fim ao seu litígio.

A incerteza atrelada ao conflito negativo de competência internacional traz grande insegurança jurídica às partes envolvidas. Não se pode deixar de mencionar também a insegurança para o comércio internacional e para a comunidade internacional, que esperam a estabilidade jurídica necessária para a consecução de negócios internacionais.

# 1 CONTRATOS INTERNACIONAIS

## 1.1 DEFINIÇÃO

Para iniciar o estudo dos contratos internacionais é ser necessário primeiramente definir o conceito de contrato.

O contrato nada mais é do que um negócio jurídico em que duas ou mais partes contratantes pactuam, por sua livre vontade, direitos e obrigações que as vinculam.

De acordo com o professor José Cretella Neto (2010, p. 2), o contrato “traduz-se como a livre manifestação de duas ou mais vontades, com a finalidade imediata de, licitamente, adquirir, criar, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, produzindo efeitos de natureza patrimonial para os contratantes.”

Pode-se definir o contrato internacional como um negócio jurídico que está sujeito a mais de um ordenamento jurídico. Basicamente, pode-se identificar no contrato internacional elementos de estraneidade ou de conexão, que o remetem a várias jurisdições. Essas regras de conexão auxiliam na determinação do ordenamento jurídico e foro competente aplicáveis a determinado contrato internacional.

As regras de conexão são normas de direito internacional privado que visam solucionar conflitos de lei no espaço. O direito internacional privado nada mais é do que um conjunto de normas nacionais (internas) que visam solucionar conflitos de lei no espaço, decorrentes de determinada situação fática.

Nadia de Araújo (2009, p. 27-28) afirma que o direito internacional privado é um sobre-direito, pois regulamenta a vida das pessoas privadas que estão inseridas na ordem internacional. E complementa aduzindo que não cabe ao direito internacional privado fornecer a norma material aplicável ao caso concreto, e sim identificar qual ordenamento jurídico está envolvido para que se chegue à norma aplicável.

Os elementos de conexão norteiam a identificação do direito aplicável ao contrato internacional e, conseqüentemente, o foro competente para julgá-lo. Ocorre, todavia, que a identificação do direito aplicável em direito internacional é uma tarefa mais complexa do que se imagina, podendo existir para o mesmo contrato internacional diversos elementos de conexão que permitem a incidência de vários ordenamentos jurídicos sob o contrato, o que leva a conflitos difíceis de serem solucionados.

Para Haroldo Valadão (1974, p. 254), os elementos de conexão “são as diretrizes, as chaves, as cabeças-de-ponte para a solução do conflito de leis, em linguagem atual são os mísseis que põem em órbita a regra de DIP.”

No ordenamento jurídico brasileiro, as regras de conexão estão previstas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) – Decreto-Lei nº 4.657/42, especificamente no art. 9º e seguintes.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro traz em seu art. 9º como regra de conexão a *Lex Loci*, ao dispor que “para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.”

Na sequência, o §1º do mesmo artigo traz como elemento de conexão a *lex loci executionis*, ao prever que, caso a obrigação deva ser executada no Brasil e dependa de forma essencial, essa forma será observada, sendo admitidas, portanto, as particularidades da lei estrangeira.

O §2º do art. 9º, por sua vez, admite como elemento de conexão a *lex domicilii*, ao dispor que a obrigação decorrente do contrato se constitui no local em que o proponente residir.

Os elementos de conexão acima citados são apenas exemplos de uma diversidade existente, dos quais podem ser citados ainda a *lex patriae*, na qual a lei da nacionalidade da pessoa física rege o contrato; a *lex loci actus*, na qual a lei do local da realização do ato jurídico rege a substância do contrato; a *locus regit actum*, na qual a lei do local da realização do ato jurídico rege suas formalidades; a *lex loci contractus*, na qual a lei do local onde foi firmado o contrato rege sua interpretação e cumprimento; a *lex loci solutionis*, na qual a obrigação principal do contrato deve ser cumprida; a *lex voluntatis*; na qual a lei escolhida de comum acordo entre as partes é a que rege o contrato; a *lex loci delicti*, na qual a lei do local onde o ato ilícito foi praticado rege a obrigação de indenizar; a *lex rei sitae*, na qual a lei onde a coisa está situada a rege (DOLINGER, 1997, p. 264).

Apesar de haver divergências, Irineu Strenger e Haroldo Valadão, citados por Luiz Olavo Baptista (2011, p. 66) entendem que tais regras devem ser aplicadas em consonância com a autonomia da vontade das partes, ou seja, deve-se utilizá-las no intuito de identificar o que as partes intentaram estabelecer, qual a real vontade delas. E ainda, tais regras devem ser aplicadas apenas quando as partes contratantes não tiverem elegido o foro internacional para processar e julgar eventual conflito advindo do contrato internacional.

Também compartilhamos deste posicionamento, por considerarmos que nos contratos internacionais está latente a autonomia da vontade das partes, muito mais ampla que nos

contratos internos, havendo maior liberdade das partes em estabelecerem suas próprias leis, desde que, obviamente, não sejam consideradas pelo ordenamento a que estão sujeitas, ilícitas, contrárias à ordem pública ou aos bons costumes. No caso do Brasil, a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro em seu art. 17 não reconhece atos jurídicos estrangeiros que sejam contrários à soberania nacional, à ordem pública ou aos bons costumes.

Neste sentido, assumindo que não exista no contrato qualquer disposição que contrarie os preceitos básicos acima e tendo as partes se omitido em relação ao direito aplicável e/ou à eleição de foro, entendemos que neste caso os elementos de conexão devem ser utilizados para identifica-los, mas incluindo também uma tentativa de identificar a real vontade das partes ao pactuar o contrato internacional.

## 1.2 AUTONOMIA DA VONTADE

Pode-se afirmar que a autonomia da vontade é a base essencial do contrato. Se traduz no desejo livre e desimpedido das partes em contratar e em estabelecer as condições de tal contratação.

É através da vontade das partes que surge o contrato, sem a qual este inexistente. No direito interno, notadamente no direito brasileiro, a autonomia da vontade não é absoluta, encontrando limitação principalmente no princípio da função social do contrato, sendo tal limitação expressada no art. 421 do Código Civil de 2002.

Apenas a título elucidativo, o princípio da função social do contrato reflete a necessidade do contrato observar não apenas a vontade das partes, mas também a vontade da coletividade, devendo ter um fim social, benéfico para toda a coletividade e não somente para as partes. Nesse sentido, limita-se a vontade absoluta das partes em contratar para ampliar esta visão no sentido de que elas passem a observar o interesse da sociedade em geral.

Em que pese a limitação acima apontada, conforme entendimento dos professores Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze Gagliano (2005, p. 39), “mesmo tendo por vetor a sua função social, o contrato é um fenômeno eminentemente voluntarista, fruto da autonomia privada e da livre iniciativa.”

Assim, no âmbito do direito interno, verifica-se existir uma limitação da autonomia da vontade, a partir do momento em que esta vontade não pode ir de encontro com a função social do contrato.

No que diz respeito ao direito internacional privado, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro não prevê expressamente a autonomia da vontade como elemento de conexão. Assim, surgem dúvidas quanto à aplicação ilimitada ou não da liberdade das partes em pactuar as cláusulas do contrato internacional.

O contrato internacional em si possui cláusulas características de contratações internacionais, tais como a cláusula de *Hardship*, mecanismo que permite a revisão contratual caso, por fato superveniente e imprevisível, o contrato torne-se excessivamente oneroso para uma das partes, consagrada como princípio do UNIDROIT (Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado) e amplamente utilizada no comércio internacional e nos contratos internacionais; a cláusula de escolha da moeda em que ocorrerá o pagamento da contraprestação; a cláusula de eleição do idioma de interpretação do contrato; a cláusula de eleição de foro, legislação aplicável, cláusula compromissória, dentre outras.

Assim, a própria formação do contrato internacional, com a escolha da inserção das cláusulas acima mencionadas é fruto da vontade das partes em regular suas obrigações de acordo com essas cláusulas.

Entretanto, discute-se qual seria o alcance da autonomia da vontade nos contratos internacionais, notadamente na escolha do foro e lei aplicável (considerando que a determinação de um implica na determinação de outro).

O artigo 9º da LINDB se limita a dispor que “para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituem”. Consequentemente, levantaram-se diversas discussões acerca do alcance da autonomia da vontade nos contratos internacionais, formando-se três correntes doutrinárias.

A primeira corrente é defendida por Amílcar de Castro (1987, p. 444) e entende que a autonomia da vontade não deve ser considerada no direito internacional privado para fins de determinação da lei aplicável aos contratos internacionais.

A segunda corrente, apoiada por Oscar Tenório (1976, p. 177-178), aceita a autonomia da vontade, mas entende que ela é limitada por determinadas regras de ordem pública, de modo que a autonomia da vontade não poderia ser aplicada para todo tipo de matéria irrestritamente.

A terceira corrente é completamente favorável à incidência da autonomia da vontade em sua integralidade nos contratos internacionais e tem como defensor Haroldo Valladão (1974, p. 353-354), que entende que, apesar deste princípio não ter previsão expressa na LINDB, é constantemente retratado no direito brasileiro.

De fato, a interpretação de Jete Jane Fiorati do art. 9º da LINDB põe por terra toda a discussão acerca da admissibilidade da autonomia da vontade na escolha da lei aplicável. Ora, se as partes desejam submeter-se a ordenamento jurídico estrangeiro, basta que constituam a obrigação em outro lugar. Note-se que a constituição da obrigação em local estrangeiro nada mais é do que uma manifestação de vontade.

Nesse sentido, em que pese o respeitável entendimento dos doutrinadores acima citados, entendemos que a escolha da lei aplicável através da autonomia da vontade é perfeitamente possível, seguindo o entendimento do Professor Haroldo Valadão e que, inclusive, o art. 9º da LINDB consagra a autonomia da vontade quando menciona que a lei aplicável às obrigações será a do local em que foram constituídas, a partir do momento em que se reconhece que o próprio local de constituição das obrigações depende da manifestação da vontade das partes.

### 1.3 CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO ESTRANGEIRO

A cláusula de eleição do foro competente para processar e julgar conflitos decorrentes do contrato é um ato de vontade das partes. Através dela as partes estabelecem em qual jurisdição deverão submeter eventuais controvérsias advinda do contrato.

O Direito Romano já reconhecia e permitia a eleição de foro pelas partes. Moacyr Amaral Santos, citado por José Inácio Gonzaga Franceschini (1995, p. 109) afirma que:

“Entre os romanos havia além do *forum domicilii* o *forum contractus*, ou foro da convenção, instituto este que tomou grande impulso na Idade Média como decorrência do grande desenvolvimento do comércio. As relações comerciais entre povos de diferentes regiões, regidos por leis diferentes, aconselhavam as partes contratantes a estabelecerem um foro cuja lei se regulasse o contrato e por onde respondessem os contratantes. A manifesta conveniência do instituto fê-lo consagrado na doutrina e nas mais diversas legislações, entre as quais a brasileira, que sempre o admitiu.”

Nos contratos internos, a escolha do foro competente diz respeito à jurisdição local que irá apreciar eventual demanda judicial a ser intentada pelas partes.

O antigo Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/73) previa em seu artigo 111 que a competência poderia ser modificada pelas partes em razão do valor e território, com a ressalva prevista no parágrafo 1º no sentido de que a eleição do foro apenas produziria efeitos se constar de contrato escrito e aludir expressamente a determinado negócio jurídico. O parágrafo 2º do mesmo artigo aduzia que o foro contratual obriga as partes, seus herdeiros e sucessores.

O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), por sua vez, manteve o mesmo sentido do código anterior, no art. 63 e em seus parágrafos 1º e 2º. Trouxe, contudo, uma

novidade, ao prever no parágrafo 3º do mesmo artigo a possibilidade de declaração de ineficácia da eleição de foro de ofício pelo juiz antes da citação, caso este entenda ser abusiva, determinando a remessa dos autos ao juízo do foro de domicílio do réu; e ao determinar no parágrafo 4º que o réu deve alegar a abusividade da cláusula de eleição de foro na contestação, sob pena de preclusão.

Esse ponto merece algumas considerações críticas. Entendemos ser um retrocesso do ordenamento jurídico pátrio a possibilidade de declaração de ineficácia do foro de eleição de ofício pelo juiz e a possibilidade de arguição de abusividade pelo réu, previstos no novo diploma processual. Trate-se de disposição subjetiva, que dá margem a interpretação do juiz e do réu, implicando em mais uma limitação à autonomia das partes e maior controle do Estado nas relações privadas.

Ressalvadas as relações em que efetivamente há uma relação de hipossuficiência, como nos contratos de consumo e contratos de adesão ou, ainda, nos contratos que envolvam imóveis ou cuja matéria seja de exclusiva competência da justiça brasileira determinada por lei, deve ser garantida para as demais hipóteses a vontade das partes em contratar. Até porque existem outras questões envolvidas na contratação, tais como o risco do negócio, o local onde será executada a obrigação, dentre outros fatores que podem demandar outro foro, cuidadosamente estudado e considerado pelas partes.

Militamos em favor da intervenção mínima do Estado na relação entre particulares, para que possa prevalecer não apenas a vontade das partes como também a livre iniciativa, consagrada como princípio garantidor do desenvolvimento econômico, previsto no artigo 170 da Constituição Federal do Brasil. Um princípio está diretamente relacionado ao outro pois, sem autonomia entre os particulares para contratar e negociar condições comerciais e contratuais, não há como garantir a livre iniciativa e, portanto, impõem-se barreiras ao desenvolvimento econômico.

Diante da redação dada pelos parágrafos 3º e 4º do artigo 63 do novo CPC resta esperar que os magistrados os apliquem com sabedoria, analisando as particularidades de cada caso tendo em vista a vontade das partes.

Em matéria de contratos nacionais, pode-se verificar que o STJ vem proferindo decisões acertadas e precisas em relação à cláusula de eleição de foro, mesmo antes da entrada em vigor do novo CPC, levando em consideração o caráter empresarial dos contratos e também a existência de relação de hipossuficiência entre as partes contratantes. É o que se percebe do julgado abaixo:



“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO ESTABELECIDO CONTRATO DE FRANQUIA. VALIDADE. RECONHECIMENTO DE HIPOSSUFICIÊNCIA POR ESTA CORTE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ. 1. **A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça entende que é válida a cláusula de eleição de foro estabelecida em contrato de franquia, exceto quando reconhecida a hipossuficiência da parte ou a dificuldade de acesso à justiça.** 2. A alteração dos fundamentos do acórdão recorrido acerca da hipossuficiência dos recorrentes demandaria o reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que é inviável em recurso especial, nos termos do enunciado n. 7 da Súmula do STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no AREsp: 563993 GO 2014/0204593-4, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento: 17/03/2015, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/03/2015)”  
**(Grifos nossos)**

Apesar da inovação do novo CPC e da crítica oferecida acima, considerando a jurisprudência do STJ conclui-se que a cláusula de eleição de foro nos contratos internos continua sendo aplicável e aceitável no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente nos contratos empresariais, nos quais não há relação de hipossuficiência e há um maior equilíbrio econômico entre as partes contratantes.

Uma vez escolhido o foro pelas partes e não sendo a cláusula declarada ineficaz pelo Juiz, de ofício ou mediante provocação do réu, o tribunal local será competente para julgar as demandas oriundas do contrato, não havendo maiores discussões em relação a este tema. Sendo declarado ineficaz, o juiz remeterá os autos para o foro do domicílio do réu, local onde a controvérsia será dirimida.

Dúvidas e controvérsias ocorrem quando as partes elegem o foro em contratos internacionais, especificamente quando este contrato internacional possui algum elemento de conexão que remete ao ordenamento jurídico brasileiro, como, por exemplo, a nacionalidade de uma das partes ser brasileira ou o réu encontrar-se domiciliado no Brasil.

Na opinião de Irineu Strenger (1998, p. 257):

“Para que se convalide a eleição de foro, é indispensável que o consentimento das partes seja certo e isento de vício, notadamente quando se trata de contratos significativos, como os de fornecimentos de instalações industriais, as fabricações e pesquisas em comum, as licenças de marca ou de *Know-how* etc. Além disso, a cláusula deve estipular, cuidadosamente, os litígios submetidos ao tribunal designado.”

A análise da cláusula de eleição de foro em contratos internacionais será tratada a seguir, traçando-se uma comparação com o antigo CPC e o novo CPC.

### 1.3.1 A eleição de foro estrangeiro e o antigo CPC

O antigo Código de Processo Civil previa no artigo 111 a possibilidade de alteração de foro pelas partes contratantes em razão do valor e do território. Entretanto, o artigo 88 do mesmo diploma legal afirmava ser competente a justiça brasileira quando (i) o réu for domiciliado no Brasil, independentemente de sua nacionalidade; (ii) a obrigação tiver que ser cumprida no Brasil; ou (iii) a ação que originou o litígio decorrer de ato ou fato ocorrido no Brasil. Essas hipóteses também estão previstas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e são consideradas elementos de conexão, que permitem a identificação do direito e do foro aplicáveis aos contratos internacionais.

Além disso, o artigo 90 do antigo Código de Processo Civil afirmava que “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.”

Com esses fundamentos os tribunais brasileiros, amparados pelo STJ, firmaram entendimento de que a cláusula de eleição de foro estrangeiro não afasta a competência da justiça brasileira para processar e julgar eventual ação versada sobre contrato internacional ajuizada no Brasil. Inclusive, em julgamento ocorrido ainda em 2015, o Superior Tribunal de Justiça confirmou à unanimidade este entendimento, no Recurso Ordinário nº 114-DF, abaixo transcrito:

“RECURSO ORDINÁRIO EM AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA PROPOSTA EM FACE DE ESTADO ESTRANGEIRO (CF, ARTS. 109, II, C/C 105, II, c). PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA INTERNACIONAL (CPC, ARTS. 88 A 90). LICITAÇÃO INTERNACIONAL. CONTRATO PARA EXECUÇÃO DE OBRAS DE EDIFICAÇÃO IMOBILIÁRIA NO BRASIL. SOCIEDADE EMPRESÁRIA BRASILEIRA E ESTADO ESTRANGEIRO. COMPETÊNCIA CONCORRENTE DA JUSTIÇA BRASILEIRA. CLÁUSULA CONTRATUAL ELETIVA DE FORO ALIENÍGENA ADMITIDA. POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DA AÇÃO NO BRASIL. COMPETÊNCIA RELATIVA (SÚMULA 33/STJ). RECURSO PROVIDO. 1. As regras de competência internacional, que delimitam a competência da autoridade judiciária brasileira com relação à competência de órgãos judiciários estrangeiros e internacionais, estão disciplinadas nos arts. 88 a 90 do Código de Processo Civil - CPC. Esses dispositivos processuais não cuidam da lei aplicável, mas sim da competência jurisdicional (concorrente ou exclusiva) do Judiciário brasileiro na apreciação das causas que indicam. 2. **Q art. 88 trata da denominada competência concorrente, dispondo sobre casos em que não se exclui a atuação do juízo estrangeiro, podendo a ação ser instaurada tanto perante juízo brasileiro quanto diante de juízo estrangeiro. Sendo concorrente, a competência pode ser alterada pela vontade das partes, permitindo-se a eleição de foro.** 3. O art. 89 trata de ações em que o Poder Judiciário brasileiro é o único competente para conhecer e julgar a causa, com exclusão de qualquer outro. É a denominada competência exclusiva, hipótese em que a escolha do foro estrangeiro será

ineficaz, ainda que resulte de expressa manifestação da vontade das partes. 4. **O art. 90, por sua vez, afirma a possibilidade de atuação da autoridade judiciária brasileira mesmo no caso de existir ação intentada perante órgão jurisdicional estrangeiro. 5. A situação retratada nestes autos - ação cautelar inominada preparatória de ação para resolução de contrato cumulada com ressarcimento de perdas e danos, ajuizada por sociedade empresária brasileira em face de Estado estrangeiro - enquadra-se nas hipóteses dos incisos II e III do art. 88 do CPC (cumprimento da obrigação no Brasil e ação originada de fato ocorrido no Brasil), sendo caso de competência internacional concorrente, portanto, relativa, admitindo-se a cláusula contratual de eleição de foro alienígena. 6. Apesar de válida a cláusula de eleição de foro estrangeiro para a causa originada do contrato, isso, por si só, não exclui a jurisdição brasileira concorrente para o conhecimento e julgamento de ação aqui aforada.** 7. De acordo com a Súmula 33/STJ, "a incompetência relativa não pode ser declarada de ofício", tendo sido, portanto, precipitada a imediata extinção do processo, decretada ex officio pelo juízo singular, em razão do foro de eleição alienígena, antes mesmo da citação do Estado estrangeiro réu. 8. Recurso ordinário provido." (STJ - RO: 114 DF 2011/0027483-8, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 02/06/2015, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/06/2015) (**Grifos nossos**)

Assim, a cláusula de eleição de foro era considerada válida, mas não excluía a jurisdição brasileira, sendo considerada competência corrente do foro eleito no contrato internacional e do foro brasileiro. Ainda que houvesse a Súmula 335 do Supremo Tribunal Federal afirmando ser "válida a cláusula de eleição de foro para os processos oriundos do contrato", sua aplicabilidade era efetiva apenas nos contratos internos, não sendo aplicada nos contratos internacionais.

Este fato causava enorme insegurança jurídica nas negociações internacionais, visto que a autonomia das partes não era levada em consideração, mantendo-se a jurisdição do Estado brasileiro ainda que outro foro tivesse sido escolhido pelas partes.

Tendo em vista a competência concorrente, a demanda tramitaria na justiça brasileira independentemente de já haver outra ação sobre a mesma matéria ajuizada no foro estrangeiro. Nesse sentido, a sentença que primeiro fosse proferida prevaleceria: se fosse a sentença estrangeira, teria que ser homologada pelo Superior Tribunal de Justiça para ter validade no Brasil e, assim, o processo de mesma matéria que tramitava na justiça brasileira seria extinto.

Nesse aspecto, o antigo Código de Processo Civil contrariava o Código de Bustamante, ratificado pelo Brasil através do Decreto nº 18.871/29, que afirma em seu artigo 394 que a "litispendência, por motivo de pleito em outro Estado contratante poderá ser alegada em matéria cível, quando a sentença, proferida em um deles, deva produzir no outro os efeitos de coisa julgada" (SIC); também ia de encontro ao Protocolo de Buenos Aires, ratificado pelo Brasil através do Decreto nº 2.095/96, cujo artigo 4º aduz que "nos conflitos que decorram dos contratos internacionais em matéria civil ou comercial serão competentes os tribunais do

Estado-Parte em cuja jurisdição os contratantes tenham acordado submeter-se por escrito, sempre que tal ajuste não tenha sido obtido de forma abusiva.”

Vale destacar que em 1994 aconteceu no México a Convenção Sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, da qual participou o Brasil e que consagrava expressamente a autonomia da vontade e a eleição de foro, ao prever em seu artigo 7 que:

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

Em que pese a inovação trazida pela redação acima, referida Convenção não chegou a ser ratificada pelo Brasil, o que evidenciou a inobservância da autonomia da vontade e o fortalecimento do entendimento interno acerca da competência concorrente do Brasil para processar e julgar os contratos internacional, ainda quando da existência de cláusula de eleição de foro estrangeiro.

### **1.3.2 A eleição de foro estrangeiro e o novo CPC**

O novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor em 17/03/2016, colocou fim às controvérsias e discussões acerca da aplicabilidade da cláusula de eleição de foro internacional emergidas do código anterior, e expressamente a permitiu no artigo 25, ao estabelecer que a justiça brasileira é incompetente para julgar causas decorrentes de contratos internacionais que possuam cláusula de eleição de foro estrangeiro, desde que seja arguida pelo réu e ressalvada a hipótese da matéria ser de competência exclusiva da justiça brasileira. Abaixo segue transcrição do artigo 25 para melhor elucidação:

“Art. 25. Não compete à autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação.  
§ 1º Não se aplica o disposto no caput às hipóteses de competência internacional exclusiva previstas neste Capítulo.  
§ 2º Aplica-se à hipótese do caput o art. 63, §§ 1º a 4º.”

Por conseguinte, o art. 63 a que faz referência do parágrafo segundo do artigo 25, trata da modificação de competência pelas partes contratantes, conforme abaixo redigido:

“Art. 63. As partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações.  
§ 1º A eleição de foro só produz efeito quando constar de instrumento escrito e aludir expressamente a determinado negócio jurídico.

§ 2o O foro contratual obriga os herdeiros e sucessores das partes.

§ 3o Antes da citação, a cláusula de eleição de foro, se abusiva, pode ser reputada ineficaz de ofício pelo juiz, que determinará a remessa dos autos ao juízo do foro de domicílio do réu.

§ 4o Citado, incumbe ao réu alegar a abusividade da cláusula de eleição de foro na contestação, sob pena de preclusão.”

Não obstante, o artigo 223 do novo Código de Processo Civil traz as hipóteses de competência exclusiva da justiça brasileira, casos em que não será admitida a cláusula de eleição de foro estrangeiro:

“Art. 23. Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra:

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

II - em matéria de sucessão hereditária, proceder à confirmação de testamento particular e ao inventário e à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional;

III - em divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável, proceder à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o titular seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional.”

Pode-se considerar que o artigo 25 representa grande inovação do direito brasileiro, ao afastar a jurisdição brasileira nos casos em que há cláusula de eleição de foro em matérias não elencadas no artigo 23.

Da leitura do artigo 25, a cláusula de eleição de foro arguida pelo réu em contestação exclui a competência da justiça brasileira para processar e julgar a demanda surgida do contrato internacional.

A redação do artigo 25 acompanha o entendimento já pacificado em diversos países, como os que adotam a *commom law* (entre eles Estados Unidos, Canadá e Inglaterra), no sentido de respeitar o foro escolhido pelas partes. Neste sentido, tratando especificamente da impossibilidade de afastamento da cláusula de eleição de foro estrangeiro no direito inglês, os professores P. M. North e J. J. Fawcett (1992, p. 237/238) assim se manifestam:

“Um requerente não pode afastar uma cláusula de eleição de foro estrangeiro simplesmente alegando que a ação que lhe causou dano seja ilícita perante a lei inglesa, tendo em vista que cabe à jurisdição que tem competência para julgar o feito a definição da licitude da eleição de foro. Além disso, se uma corte estrangeira proferiu decisão no sentido de que a cláusula de eleição de foro aplica-se à demanda do requerente, isso pode ser considerado um impedimento para que o requerente discuta a validade dessa cláusula.

Contudo, o requerente pode se esquivar de uma cláusula de eleição de foro estrangeiro comprovando que ela é nula e, portanto, não produz efeitos. Apenas em casos raros o requerente terá sucesso em afastar essa cláusula. Não é suficiente demonstrar apenas que parte do acordo entre as partes é nulo, se

a cláusula de eleição de foro estrangeiro ainda estiver vigente.” **(Tradução livre)**<sup>2</sup>

Entretanto, em que pese a aparente uniformização do entendimento, surge uma nova questão da leitura do artigo 25 do novo Código de Processo Civil, que é a ocorrência do conflito negativo de competência internacional. Na prática, se um Juiz brasileiro declarar-se incompetente em face à existência de cláusula de eleição de foro estrangeiro arguida pelo réu, o processo será extinto sem julgamento do mérito, devendo a parte interessada ajuizar a demanda no foro estrangeiro previsto em contrato.

A problemática surge neste ponto, quando a justiça do foro estrangeiro, por algum motivo de direito interno ou até mesmo internacional, também entender ser incompetente para processar e julgar a matéria objeto de controvérsia, conforme será abordado a seguir.

## **2 CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA INTERNACIONAL**

Ocorre o conflito negativo de competência internacional quando duas jurisdições internacionais declaram-se incompetentes para processar e julgar a lide decorrente do contrato internacional.

Em regra, todo Estado soberano possui suas regras próprias de direito internacional privado, assim como o Brasil. Assim, estipulam elementos de conexão que identificam a lei e foro competentes de contratos internacionais e possuem suas próprias regras processuais e de competência.

Tais regras não deixam de ser de direito interno para definição do foro e lei aplicáveis aos contratos internacionais.

Ocorre, todavia, que, ao aplicar os elementos de conexão previstos em seu ordenamento jurídico ou, ainda, devido a questões ou interesses internos, determinado Estado pode considerar-se incompetente para julgar eventual demanda advinda de contrato internacional.

Exemplificando: uma parte brasileira e uma parte estrangeira, ambas empresas em igualdade de condições de contratação, negociam e celebram um contrato internacional e elas

---

<sup>2</sup> A plaintiff cannot avoid a foreign exclusive jurisdiction clause by simply framing his action in tort, since it is for the law governing (presumably) the agreement on jurisdiction, and not for English law as the law of the forum, to determine whether the claim lies in contracts or in tort. Furthermore, if a foreign court has given a judgment deciding that the exclusive jurisdiction clause applies to the plaintiff's claim, this may create an issue estoppel preventing the plaintiff from denying this.

However, a plaintiff can escape from a foreign exclusive jurisdiction clause by showing that it is void and therefore of no effect. It will only be in rare cases that the plaintiff will succeed in establishing this. It is not enough to show that part of the agreement between the parties is void, if the foreign choice of jurisdiction clause is still left intact.

elegem um foro “X”. Durante a execução do contrato, a parte estrangeira não cumpre com o pactuado. A parte brasileira, por sua vez, ajuíza uma ação de indenização por danos materiais perante a justiça brasileira, que a recebe. Entretanto, ao abrir prazo para contestação, o réu (parte estrangeira) alega a existência de cláusula elegendo o foro “X”. Neste ensejo, com base no artigo 25 do novo Código de Processo Civil, o juiz local declara-se incompetente para julgar a demanda e extingue o processo sem julgamento do mérito. A parte brasileira, então, ajuíza a demanda no foro “X”, que por sua vez, entende que não é competente para processar e julgar a ação, em decorrência de não haver nenhum elemento de conexão no contrato que o relacione com a jurisdição “X” (como o fato de nenhuma das partes ser nacional de “X”), a não ser a cláusula de eleição de foro em si.

No exemplo acima, a princípio a parte lesada ficaria sem provimento jurisdicional e arcaria com os prejuízos decorrentes do descumprimento do contrato. Essa conclusão decorre da leitura do artigo 25 do novo Código Civil, quando expressamente prevê a incompetência da justiça brasileira para processar e julgar causas desse tipo.

Isso causaria insegurança jurídica aos contratos internacionais. Para solucionar esse impasse, pode-se trazer em voga soluções tanto de direito internacional quanto de direito interno, pelos quais passaremos a discorrer.

### **3 SOLUÇÕES DE DIREITO INTERNACIONAL**

Do ponto de vista do direito internacional, haveria três alternativas à problemática trazida: convenção de arbitragem, retaliação comercial ou formalização de reclamação junto à Organização Mundial do Comércio (OMC).

Em relação à convenção de arbitragem, as partes podem, ao se depararem com a situação acima especificada, estabelecer um compromisso arbitral, no sentido de resolver apenas a controvérsia já surgida ou aditar o contrato internacional, a fim de substituir a cláusula de eleição de foro por uma cláusula arbitral.

Entretanto, o empecilho a esta solução está no fato de que, para estabelecer a arbitragem, dependerá da boa-fé das partes em resolver o conflito em questão. Isto porque, se a parte infratora do contrato estiver de má-fé, não terá qualquer interesse na solução do conflito e, por consequência, não aceitará firmar o compromisso arbitral.

Outra alternativa para a satisfação do credor no caso de um conflito negativo de competência internacional seria a retaliação comercial, ou seja, o credor poderia estabelecer

embargos ao réu, influenciando terceiros que poderiam ter interesse em negociar com o réu a não contratá-lo ou, ainda, em caso da parte infratora e da parte prejudicada fazerem parte de associações mercantis internacionais, influenciar a associação de modo que ela exclua a parte infratora ou, ainda, estabeleça embargos aos produtos ou serviços por ela fornecidos, de modo a compeli-la a resolver o conflito e cumprir o contrato ou indenizar a parte prejudicada.

Esta alternativa dependerá do grau de importância e influência que a parte prejudicada tem no mercado interno, para influenciar outras empresas locais a não contratarem com o réu e também do grau de influência a nível internacional, a ponto de convencer as empresas multinacionais e associações internacionais (por exemplo a Grain and Feed Trade Association (GAFTA) – associação relativa ao comércio internacional de grãos, com sede em Londres) a não contratar, embargar ou impor sanções comerciais à parte infratora do contrato.

O que ocorre muitas vezes é, no caso de associações mercantis internacionais, sendo a parte prejudicada e a parte infratora integrantes da mesma associação mercantil internacional, a própria associação já impõe sanções à parte infratora, de modo que ela se sinta obrigada a reparar a parte prejudicada para não perder futuras oportunidades de negócios dentro e fora da associação.

Todavia, se a parte prejudicada não tiver expressiva participação ou influência no mercado internacional ou nas associações mercantis internacionais ou no mercado interno que o permita impor sanções comerciais à parte infratora de modo a compeli-la a indenizá-la dos prejuízos causados, a parte prejudicada permanecerá suportando os prejuízos.

A terceira alternativa seria a reclamação junto à Organização Mundial do Comércio (OMC), órgão responsável por supervisionar e regular o comércio internacional.

Contudo, a reclamação à OMC apenas pode ser efetuada por Estados e não por pessoas jurídicas de direito privado. Assim, o Estado em que está estabelecida a parte prejudicada formula uma reclamação na OMC contra o Estado que representa a parte infratora do contrato internacional, sendo que esta reclamação apenas será levada a efeito se ambos os Estados membros da OMC.

Há, portanto, uma dificuldade maior nessa alternativa, na medida em que a parte lesada deve pleitear junto ao Estado a que está vinculada a formulação de reclamação junto à OMC.

E o Estado apenas levará adiante a reclamação se a matéria envolvida representar uma ameaça à economia do país ou, ainda, se a parte lesada possuir uma importância expressiva para o Estado, de modo que a lesão à parte prejudicada possa ser desinteressante ao país em que ela está constituída.



Essa alternativa também é temerária, pois aplica-se apenas a grandes empresas que possam afetar a economia ou interesses locais (do país em que ela é sediada) ou a matérias que de alguma forma possam impactar negativamente e significativamente o país sede da empresa. Fora isso, para demandas que lesem unicamente a parte prejudicada, no sentido de não representar um risco ao Estado, nada poderá ser feito junto à OMC, permanecendo a parte lesada sem a reparação do dano que lhe foi causado.

As hipóteses previstas acima são meios alternativos de obter a reparação do dano causado por conflitos surgidos no decorrer da execução do contrato internacional, que não envolvem a atuação do poder judiciário de um Estado.

Em que pese ser possível recorrer às alternativas acima listadas, nenhuma delas é imediata e garantida, pois dependem de fatores alheios à parte prejudicada, seja a boa-fé e interesse da parte contrária, seja o interesse da comunidade internacional ou do Estado sede.

Conclui-se, então, que ainda há o risco da parte prejudicada não ver satisfeito o seu direito perante a parte infratora, tendo que suportar os danos decorrentes do descumprimento contratual, devido ao conflito negativo de competência internacional, que impossibilitaria a satisfação da pretensão da parte prejudicada.

#### **4 SOLUÇÃO DE DIREITO INTERNO**

Havendo cláusula de eleição de foro estrangeiro em contrato internacional, o ideal é que eventual controvérsia seja solucionada pelo foro competente e, na sua impossibilidade, pelo foro determinado pelos elementos de conexão presentes no contrato.

Entretanto, a dúvida ainda paira sobre a questão do conflito negativo de competência internacional. O que fazer quando o juízo brasileiro e o juízo estrangeiro eleito em cláusula contratual declararem-se incompetentes?

O artigo 25 do novo CPC foi redigido de modo a expressar sem sobra de dúvidas a incompetência da justiça brasileira. Ele é claro ao dizer que “**não compete** à autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação” (**grifos nossos**). A única ressalva que o artigo dá a essa determinação são as hipóteses de competência internacional exclusiva, previstas no artigo 23 do novo CPC, *in verbis*:

“Art. 23. **Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra:**

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

II - em matéria de sucessão hereditária, proceder à confirmação de testamento particular e ao inventário e à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional;

III - em divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável, proceder à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o titular seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional.” (**grifos nossos**)

Nota-se, desta forma, que o legislador preocupou-se em elencar as situações em que a autoridade judiciária brasileira será competente para processar e julgar a causa, independentemente da escolha das partes ou da competência de juízo estrangeiro.

Ocorre que o legislador brasileiro traz dois outros artigos com situações em que a justiça brasileira será competente em matéria internacional. São eles os artigos 21 e 22 do novo CPC, também inseridos no Título II – “Dos Limites da Jurisdição Nacional e da Cooperação Internacional”, Capítulo II – “Dos Limites da Jurisdição Nacional”, abaixo transcritos:

“Art. 21. Compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que:

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

II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;

III - o fundamento seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil.

Parágrafo único. Para o fim do disposto no inciso I, considera-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que nele tiver agência, filial ou sucursal.”

“Art. 22. Compete, ainda, à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações:

I - de alimentos, quando:

a) o credor tiver domicílio ou residência no Brasil;

b) o réu mantiver vínculos no Brasil, tais como posse ou propriedade de bens, recebimento de renda ou obtenção de benefícios econômicos;

II - decorrentes de relações de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil;

III - em que as partes, expressa ou tacitamente, se submeterem à jurisdição nacional.”

E ainda, o artigo 24 do novo CPC menciona que “a ação proposta perante tribunal estrangeiro não induz litispendência e não obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas, ressalvadas as disposições em contrário de tratados internacionais e acordos bilaterais em vigor no Brasil.

Da leitura pura dos artigos acima mencionados verifica-se uma contradição entre o artigo 25 e os artigos 21 e 22 do novo CPC. Enquanto o artigo 25 prevê expressamente a incompetência da justiça brasileira quando houver cláusula de eleição de foro internacional, os demais artigos citados trazem hipóteses de competência internacional da justiça brasileira, sem mencionar o que prevalece quando nessas hipóteses acrescenta-se a existência de uma cláusula

de eleição de foro, contribuindo para o surgimento da dúvida quanto ao que aplicar, a regra do art. 25 ou os artigos 21 e 22.

Também o artigo 24 do novo CPC, para agravar ainda mais a contradição, permite que a justiça brasileira processe e julgue demanda que já esteja tramitando em foro estrangeiro.

Ora, de que serviria o artigo 25 então, se a princípio os artigos 21, 22 e 24 tornam sua aplicação inviável? Da leitura pura dos artigos citados conclui-se que o artigo 25, em que pese inovador, não teria aplicabilidade, pois os demais artigos mencionados anulariam seu efeito.

Ao nosso ver os artigos 21, 22 e 24 apenas seriam aplicados quando não houvesse cláusula de eleição de foro em contrato internacional. Teriam, portanto, relevância para outras situações de direito que não envolvessem contratos internacionais. Neste sentido, tais artigos teriam uma aplicação subsidiária ao artigo 25, prevalecendo apenas em situações em que não existisse contrato internacional que elegeisse foro estrangeiro como competente para processar e julgar controvérsias dali advindas.

Então, considerando que os artigos 21 e 22 não seriam aplicáveis quando da existência da cláusula de eleição de foro internacional, prevalecendo, portanto, o disposto no art. 25 do novo código processual, que solução se daria na hipótese em que o juízo brasileiro se declara incompetente em face da arguição de cláusula de eleição de foro e, após o autor da demanda levar o caso ao tribunal estrangeiro eleito em contrato, aquele também se declarar incompetente?

Entendemos que neste caso as regras dos artigos 21 e 22 aplicar-se-iam subsidiariamente. Ou seja, a competência da justiça brasileira para esses casos seria residual e não concorrente.

Em que pese defendermos a prevalência da autonomia da vontade e, conseqüentemente da cláusula de eleição de foro estrangeiro, entendemos que a parte prejudicada no contrato internacional não pode permanecer sem a satisfação do seu direito. Isso causaria enorme insegurança jurídica às relações contratuais e aos negócios internacionais. É necessário o provimento jurisdicional adequado que garanta o cumprimento do contrato internacional e confira à parte interessada a solução da controvérsia surgida.

Embora o artigo 25 do novo CPC disponha que a justiça brasileira é incompetente, a nossa posição é de que este entendimento não é absoluto. Deve prevalecer, na medida em que exista a cláusula de eleição de foro estrangeiro, declarando-se o juiz brasileiro incompetente nesta situação; entretanto, diante da negativa de competência do foro eleito em contrato internacional, entendemos que a demanda deve ser novamente levada ao judiciário brasileiro

que, neste caso, não poderá recusar-se a processar e julgar a causa, devendo basear-se nos artigos 21 e 22 para conferir o provimento jurisdicional e, assim, garantir a segurança das relações jurídicas.

Note-se que o entendimento acima não decorre de mera construção doutrinária, mas da própria Constituição Federal que, em seu artigo 5º, inciso XXXV, preceitua que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Trata-se do princípio da inafastabilidade da jurisdição, garantia fundamental a todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade, consagrado como cláusula pétrea da Carta Magna.

Portanto, nosso entendimento é de que os artigos 21, 22 e 25 devem ser interpretados de modo a permitir tanto a consagração da autonomia da vontade das partes ao elegerem cláusula de eleição de foro estrangeiro, quanto ao asseguramento do provimento jurisdicional, com base no princípio da inafastabilidade da jurisdição, aplicando-se subsidiariamente os artigos 21 e 22 nas hipóteses em que houver conflito negativo de competência internacional.

Vale destacar que, em que pese a construção acima defendida, o mais prudente é que seja feita a prevenção à hipótese acima apresentada, através de elaboração de cláusulas contratuais que assegurem que as partes obtenham a solução da controvérsia. Neste sentido, como primeira opção, é recomendável que as partes elejam a arbitragem internacional como meio de solução de controvérsia. “Disseminada pelo comércio internacional, vem ganhando adeptos e vê-se introduzida em praticamente todas as contratações internacionais de maior peso econômico ou complexidade jurídica, como fórmula para a solução de controvérsias que eventualmente venham a surgir no cumprimento de tais contratos (HUCK, 1994, p. 63-64)”. Conseqüentemente, não haverá discussão acerca da competência ou incompetência jurisdicional, sendo garantido às partes a resolução da controvérsia por um meio alheio à jurisdição dos Estados.

Caso ainda assim as partes não desejem utilizar a arbitragem internacional como meio de solução de controvérsias, sugere-se uma pesquisa prévia e aprofundada dos elementos de conexão que estarão presentes no contrato internacional, no sentido de eleger um foro estrangeiro que tenha relação com o contrato, além de realizar um estudo relacionado à legislação do foro estrangeiro que se pretende eleger, bem como à jurisprudência deste foro e a precedentes envolvendo contratos similares ao que se pretende celebrar, para certificar-se de que não haverá risco de ocorrer o conflito negativo de competência internacional.

Outrossim, recomenda-se a redação de cláusulas que previnam o conflito negativo de competência, tais como uma segunda opção de foro de eleição em caso de conflito negativo de competência internacional.

## **CONCLUSÃO**

O artigo 25 do novo Código de Processo Civil trouxe uma importante inovação ao direito processual brasileiro, ao determinar a incompetência do juízo brasileiro para processar e julgar demandas decorrentes de contratos internacionais quando houver cláusula elegendo foro estrangeiro.

Esta incompetência não é absoluta, tendo em vista que o juiz apenas será incompetente se o réu arguir na contestação a existência desta cláusula. Caso contrário, seu direito precluirá, ficando subentendida a concordância das partes em desconsiderar a cláusula de eleição de foro estrangeiro em prol de submeter a demanda ao judiciário brasileiro.

O artigo 25 pôs termo às calorosas discussões acerca da competência concorrente da justiça brasileira para processar a julgar a ação quando o contrato internacional contiver cláusula de eleição de foro estrangeiro. A jurisprudência dos tribunais locais e do STJ acerca da matéria, que antes eram favoráveis à desconsideração da cláusula de eleição de foro internacional, agora deverá ser revista, para adequar-se ao novo dispositivo legal.

Apesar da inovação trazida pelo novo Código de Processo Civil, entendemos surgir aí uma nova problemática, que é o conflito negativo de competência internacional. Este fato ocorre quando, diante de um contrato internacional que elege foro estrangeiro, o réu da ação judicial promovida no Brasil envolvendo tal contrato alega sua existência em contestação e consequentemente o juiz brasileiro declara-se incompetente, extinguindo o processo sem resolução do mérito. Por sua vez, o autor, ao ingressar com ação no juízo estrangeiro para ter sua pretensão satisfeita, depara-se também com uma negativa de competência.

A princípio este impasse ficaria sem solução, tendo em vista a negativa de competência nas duas jurisdições. Poder-se-ia tentar buscar uma solução não jurisdicional, através de retaliações comerciais, reclamações junto às associações mercantis internacionais das quais as partes façam parte ou até mesmo reclamação junto à OMC.

Entretanto, para se conseguir uma das soluções acima, seria necessário que a parte prejudicada tivesse ou causasse uma influência e importância significativa na associação mercantil internacional ou, ainda, que o conflito afetasse os interesses ou a economia de seu

país de origem, a ponto deste país formular uma reclamação na OMC em defesa da parte prejudicada. Não enquadrando-se a parte prejudicada em uma dessas possibilidades, ela ficaria sem a satisfação da sua pretensão, o que causaria insegurança jurídica para os contratos internacionais.

Assim, na ocorrência do conflito negativo de competência internacional, parece mais acertado o entendimento de que nova demanda deve ser intentada na justiça brasileira, a fim de que dê o provimento jurisdicional adequado ao caso, com base no princípio da inafastabilidade da jurisdição e aplicando-se subsidiariamente os artigos 21 e 22 do novo Código de Processo Civil, no sentido de tornar o foro brasileiro residualmente competente para processar e julgar a demanda.

A incompetência prevista no artigo 25 não é absoluta, e sim relativa, pois, ocorrendo o conflito negativo de competência internacional, sendo o caso levado novamente à justiça brasileira, ela será residualmente competente, com base na aplicação subsidiária dos artigos 21 e 22 supramencionados. Não há, portanto, uma competência concorrente, mas sim residual.

Esta interpretação parece ser a mais acertada, consagrando a autonomia das partes - quando escolhem o foro estrangeiro para dirimir controvérsias advindas do contrato internacional - e dando a efetiva interpretação e aplicabilidade ao artigo 25 do novo Código de Processo Civil, mas trazendo também uma solução ao conflito negativo de competência internacional que pode surgir da aplicação do artigo 25, fazendo com que as partes obtenham o provimento jurisdicional adequado, satisfazendo, portanto, sua pretensão.

Todavia, esta matéria é nova e passível de construção jurisprudencial e doutrinária. O método mais acertado para evitar este fenômeno é a prevenção, que pode ser feita através de estipulação de cláusula de compromissória em sede de contrato internacional, sendo este um meio não jurisdicional de solução de controvérsias, possibilitando a obtenção de decisões precisas e técnicas, afastadas da atuação estatal, eliminando, portanto, o conflito negativo de competência internacional, por ser um meio privado de solução de controvérsias.

Contudo, se as partes optarem pela eleição de foro, a melhor maneira de prevenir o conflito negativo de competência internacional é a previsão de uma cláusula determinando um segundo foro competente que esteja relacionado ao contrato (através dos elementos de conexão ali identificados), bem como o estudo e pesquisa prévios à assinatura do contrato, a fim de identificar se as jurisdições escolhidas se considerariam competentes para processar e julgar demandas decorrentes do contrato, pormenorizando, ainda, os possíveis conflitos que poderiam dele decorrer.

## REFERÊNCIAS

- AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. **Direito do comércio internacional**. São Paulo: Aduaneiras, 2004.
- ANNONI, Danielle. **Introdução ao direito contratual no cenário internacional**. 1 ed. Curitiba: IBPEX, 2009.
- ARAÚJO, Nadia de. **Contratos internacionais: autonomia da vontade, mercosul e convenções internacionais**. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos internacionais**. São Paulo: Lex Magister, 2011.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. **Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- BENINCASA, Domenico. **La scelta della giurisdizione ordinaria o arbitrale nei contratti internazionali**. Disponível em: <http://www.adrmaremma.it/benincasa01.pdf>. Acesso em: 01/09/2016.
- CASTRO, Amílcar. **Direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- CORREIA, Ferrer A. **Temas de direito comercial e direito internacional privado**. Coimbra: Livraria Almedina, 1989.
- CRETELLA NETO, José. **Contratos internacionais do comércio**. Campinas: Millennium Editora, 2010.
- DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado (parte geral)**. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- FIORATI, Jete Jane. **Direito do comércio internacional - OMC, telecomunicações e estratégia empresarial**. Franca: UNESP-FHDSS, 2006.
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **A Lei e o foro de eleição em tema de contratos internacionais**. In: *Contratos internacionais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Contratos**. Vol. IV, T. 1. São Paulo: Saraiva, 2005.
- HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença estrangeira e *lex mercatoria*: horizontes e fronteiras do comércio internacional**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- MURRAY, John S.; RAU, Alan Scott; SHERMAN, Edward F. **Processes of dispute resolution: the role of lawyers**. 2 ed. Nova York: The Foundation Press, Inc., 1996.

NORTH, P. M.; FAWCETT J. J. **Cheshire and north's private international law**. London: Butterworths, 1992.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado: teoria e prática**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RODAS, João Grandino. **Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais**. In: Contratos internacionais. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SCHMITTHOFF, Clive Maximilian. **Schmitthoff export trade: the law and practice of international trade**. 9 ed. London:Stevens&Sons, 1990.

SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. **Manual das organizações internacionais**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

STRENGER, Irineu. **Contratos internacionais do comércio**. 3 ed, São Paulo: LTr, 1998.

TENÓRIO, Oscar. **Direito Internacional Privado**. V. II, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976.

VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado**. 4 ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A., 1974.

Recebido em: junho de 2018

Aprovado em: julho de 2018

Tatiana Tosatti: t.tosatti@hotmail.com