

RECURSO ORDINÁRIO Nº 114 - DF (2011/0027483-8)

RELATOR : **MINISTRO RAUL ARAÚJO**
RECORRENTE : MTD ENGENHARIA LTDA
ADVOGADA : MARTA MITICO VALENTE E OUTRO(S)
RECORRIDO : REPÚBLICA DA ARGENTINA
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO: Cuida-se, na origem, de ação cautelar inominada, com pedido de liminar, preparatória de ação para resolução de contrato cumulada com ressarcimento de perdas e danos, ajuizada por MTD ENGENHARIA LTDA em face de Estado estrangeiro (CF, art. 105, II, c, c/c art. 109, II), a REPÚBLICA ARGENTINA, inclusive do MINISTÉRIO DE RELAÇÕES EXTERIORES E COMÉRCIO INTERNACIONAL DA REPÚBLICA ARGENTINA.

Narram os autos que, em 2007, a autora foi vencedora de licitação internacional, tendo firmado contrato com o citado MINISTÉRIO para execução de obras de edificação imobiliária da nova sede da Embaixada da República Argentina em Brasília, estando a edificação concluída, quando do ajuizamento da ação cautelar, em 95% do que fora contratado, sendo que os restantes 5% não teriam sido concluídos por culpa exclusiva do MINISTÉRIO e da Direção de Obra, que teriam promovido, no curso da aludida edificação, modificações contratuais alegadamente abusivas.

Como o último pagamento efetuado pelos ora requeridos foi o referente ao serviço realizado pela ora promovente no mês de agosto de 2009, e havendo a possibilidade de rescisão unilateral do contrato por parte do MINISTÉRIO, a autora ajuizou ação cautelar para evitar, primordialmente, que incorra em ilegítima situação de mora.

A r. sentença, declarando a incompetência da Justiça Brasileira, extinguiu o feito sem resolução do mérito, nestes termos:

"(...) a celebração do contrato em questão, antecedido por procedimento licitatório, possibilitou à parte contratada expressa ciência das respectivas cláusulas, assim como plena liberdade para o seu aceite ou recusa.

Assim, tratando-se o litígio de relação de natureza obrigacional, regido por legislação alienígena, havendo cláusula eletiva de foro, deve esta prevalecer, já que é o caso, pois, de aplicação do enunciado da Súmula n. 335/STF ("E válida a cláusula de eleição do foro para os processos oriundos do contrato.").

Ademais, se o Estado estrangeiro pretendeu não aceitar a jurisdição de

Superior Tribunal de Justiça

nossos tribunais e o requerente anuiu com tal regra, deve submeter-se ao acordado.

Conclui-se, portanto, pela incompetência relativa da justiça brasileira em virtude de cláusula de eleição de foro. Contudo, não havendo a possibilidade de declínio da competência deste Juízo em favor da Justiça argentina, deve o feito ser extinto, sem julgamento de mérito." (fls. 754/756)

Inconformada, MTD ENGENHARIA LTDA interpôs o presente recurso ordinário, com fundamento no art. 105, II, "c", da Constituição Federal, sustentando, em suma, que a r. sentença deve ser cassada para que seja declarada a competência da Justiça brasileira para processar e julgar a presente controvérsia, aduzindo o seguinte:

" (...) a sentença merece ser cassada vez que incorreu em grave erro, primeiro por declarar de ofício incompetência relativa, e segundo por afastar a jurisdição brasileira com base em cláusula contratual, o que de nenhum modo é admitido em nosso ordenamento, tampouco pela doutrina e pacífica jurisprudência que regem a matéria." (fl. 764)

(...)

"Ad argumentandum tantum, não venha a ser declarada a nulidade da r. sentença, tem-se que não obstante o Edital de Licitação Internacional e o contrato firmado entre os Recorridos e o Recorrente apontarem como foro competente para a solução das questões atinentes ao Edital e contrato os Tribunais de Contencioso Administrativo Federal da Cidade de Buenos Aires da República Argentina (los Tribunales em lo Contencioso Administrativo Federal de La Ciudad de Buenos Aires de la República Argentina), tal cláusula não é suficiente para afastar a jurisdição brasileira. Destaca-se que conforme o artigo 88 do Código de Processo Civil, nem mesmo a eleição convencional da justiça estrangeira é suficiente para afastar a competência da justiça brasileira, eis que aqui se cogita de competência concorrente." (fl. 771)

Sem resposta, os autos ascenderam a esta Corte, tendo a d. Subprocuradoria-Geral da República opinado pelo provimento da súplica, nestes termos:

"DIREITO INTERNACIONAL. RECURSO ORDINÁRIO EM AÇÃO CAUTELAR. COMPETÊNCIA CONCORRENTE DA JUSTIÇA BRASILEIRA. ARTIGO 88, INCISO II, DO CPC. PRECEDENTES. Parecer pelo provimento do recurso." (fls. 825/827)

É o relatório.

RECURSO ORDINÁRIO Nº 114 - DF (2011/0027483-8)

RELATOR : **MINISTRO RAUL ARAÚJO**
RECORRENTE : MTD ENGENHARIA LTDA
ADVOGADA : MARTA MITICO VALENTE E OUTRO(S)
RECORRIDO : REPÚBLICA DA ARGENTINA
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO (Relator): A questão posta neste recurso ordinário é a seguinte: em contrato firmado entre sociedade empresária brasileira, do ramo da engenharia, e Estado estrangeiro para execução de obra de construção imobiliária em território brasileiro, com cláusula de eleição de foro alienígena, a cláusula eletiva exclui a possibilidade de ajuizamento de ação perante a Justiça brasileira? Em outros termos, a vontade das partes contratantes pode afastar a jurisdição brasileira quando tiverem escolhido tribunal estrangeiro para, com exclusividade, apreciar a controvérsia?

De início, é necessário ressaltar que 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, que assim estabelecem:

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

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

II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;

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

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

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

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

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

Art. 90. *A ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas."*

Superior Tribunal de Justiça

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.

O 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.

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.

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.

A situação retratada nestes autos 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.

Assim, admite-se, na hipótese dos autos, a cláusula de eleição de foro alienígena.

Resta indagar, porém, se a existência dessa cláusula contratual, de eleição de foro estrangeiro, admitida, exclui a possibilidade de ajuizamento de ação perante a Justiça brasileira, obrigando-se a que a demanda acerca de serviços contratados e executados no Brasil, com base no contrato, seja ajuizada no foro alienígena de eleição.

Colhe-se na doutrina valioso e específico ensinamento sobre a questão, de autoria de **Guillermo Federico Ramos**:

"Com efeito, a despeito de o CPC empregar erroneamente o termo 'competência internacional', a norma regula, na verdade, a jurisdição brasileira para julgar as causas enumeradas nos arts. 88 e 89: o art. 88 trata dos casos em que a jurisdição brasileira é concorrente com a dos outros Estados, enquanto o art. 89, por sua vez, ressalva os casos da jurisdição brasileira exclusiva.

Por outro lado, estas normas, que regulam e definem a extensão da jurisdição brasileira, estão fundadas na soberania nacional, que, como já dito antes, a Constituição estabelece ser um dos fundamentos do Estado

Superior Tribunal de Justiça

Democrático de Direito da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso I, da Carta Magna).

Neste compasso, no exercício da sua soberania, interessa ao Estado brasileiro o julgamento das causas que tenham ligação com o ordenamento jurídico nacional, submetendo os sujeitos do processo ou os bens aos atos executórios oriundos do comando da sentença que aplicou esse ordenamento jurídico nacional. Em tese, diz-se, a grosso modo, que só tem jurisdição o juiz que pode executar, ou seja, só há jurisdição onde o Estado for juridicamente interessado.

Por isso é que, por se relacionar à própria soberania, não podem as partes derogar a jurisdição, ampliando-a ou restringindo-a, em cláusulas contratuais que estabeleçam que as demandas originadas da aplicação do ordenamento jurídico dos envolvidos no negócio contratual não poderão ser ajuizadas perante o Estado que tem jurisdição para a causa.

Em inspiradíssimo trabalho doutrinário-acadêmico, o Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, **José Ignacio Botelho de Mesquita**, com a clareza e objetividade que sempre lhe foi peculiar, explicou com maestria a matéria.

Colhe-se da magnífica lição do eminente professor o seguinte, sobre a inderrogabilidade da jurisdição:

“(…) 3. As normas que definem a extensão da jurisdição de um Estado são normas diretamente 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 da parte dos litigantes” (Instituições, 1943, I/70).

Os limites da jurisdição nacional não podem, por isto, ser ampliados, nem restringidos, por vontade das partes. As partes podem modificar a competência territorial mas não podem modificar a extensão da jurisdição nacional. (...)

As normas de competência internacional são, pois, normas de ordem pública (pp. 52-53).”

Continuando, diz o articulista:

“(…) d) o autor pode optar por qualquer das jurisdições concorrentes (a nacional ou a estrangeira) ou valer-se de ambas simultaneamente, sendo ineficaz a sua renúncia a qualquer delas; o réu, por sua vez estará sujeito a qualquer delas ou a ambas simultaneamente, sendo ineficaz (para os efeitos de homologação da sentença estrangeira) qualquer ato seu de aceitação ou impugnação da competência internacional do juiz estrangeiro. (...)

9. Destas conclusões transparece uma evidência elementar: a voluntária submissão das partes não tem o poder de atribuir, assim como a recusa de submissão não tem o poder de retirar, à autoridade judiciária estrangeira, a competência internacional concorrente que, antes, já não houvesse sido reconhecida, ou negada, pelo Estado a quem competirá a homologação da sentença pronunciada por aquela mesma autoridade” (ob. Cit., pp. 55-56).”

Ora, por isso é que a estipulação comumente inserida nos contratos firmados entre empresas brasileiras e corporações multinacionais, ou

semelhantes, tendo por objeto serviços a serem executados no território nacional, de que as ações judiciais oriundas da execução (ou inexecução) do referido contrato somente podem ser propostas nos tribunais alienígenas, com a exclusão de qualquer outro, não tem o condão de afastar a atuação da jurisdição brasileira.

O uso até mesmo afirmar que entender-se de maneira diversa caracterizaria, sem sombra de dúvida, uma inadmissível violação à soberania do Estado Brasileiro, eis que não lhe seria permitido atuar, pelo Poder Judiciário, em processo judicial manejado por uma das partes contratantes, em flagrante desrespeito à garantia da tutela jurisdicional adequada, insculpida no inciso XXXV do art. 5º da Carta Magna."

(in O Foro de Eleição nos Contratos Internacionais e a Jurisdição Brasileira: a deferência devida ao art. 88 do CPC. Revista Forense, vol. 396, págs. 581 a 592).

Na jurisprudência deste Tribunal, há julgados no mesmo sentido, ou seja, de que a cláusula de eleição de foro estrangeiro não tem o condão de afastar a competência internacional concorrente brasileira. Confirmam-se:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE IMAGEM EM SÍTIO ELETRÔNICO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PARA EMPRESA ESPANHOLA. CONTRATO COM CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO NO EXTERIOR.

1. A evolução dos sistemas relacionados à informática proporciona a internacionalização das relações humanas, relativiza as distâncias geográficas e enseja múltiplas e instantâneas interações entre indivíduos.

2. Entretanto, a intangibilidade e mobilidade das informações armazenadas e transmitidas na rede mundial de computadores, a fugacidade e instantaneidade com que as conexões são estabelecidas e encerradas, a possibilidade de não exposição física do usuário, o alcance global da rede, constituem-se em algumas peculiaridades inerentes a esta nova tecnologia, abrindo ensejo à prática de possíveis condutas indevidas.

3. O caso em julgamento traz à baila a controvertida situação do impacto da internet sobre o direito e as relações jurídico-sociais, em um ambiente até o momento desprovido de regulamentação estatal. A origem da internet, além de seu posterior desenvolvimento, ocorre em um ambiente com características de auto-regulação, pois os padrões e as regras do sistema não emanam, necessariamente, de órgãos estatais, mas de entidades e usuários que assumem o desafio de expandir a rede globalmente.

4. A questão principal relaciona-se à possibilidade de pessoa física, com domicílio no Brasil, invocar a jurisdição brasileira, em caso envolvendo contrato de prestação de serviço contendo cláusula de foro na Espanha. A autora, percebendo que sua imagem está sendo utilizada indevidamente por intermédio de sítio eletrônico veiculado no exterior,

mas acessível pela rede mundial de computadores, ajuíza ação pleiteando ressarcimento por danos material e moral.

5. Os artigos 100, inciso IV, alíneas "b" e "c" c/c art. 12, incisos VII e VIII, ambos do CPC, devem receber interpretação extensiva, pois quando a legislação menciona a perspectiva de citação de pessoa jurídica estabelecida por meio de agência, filial ou sucursal, está se referindo à existência de estabelecimento de pessoa jurídica estrangeira no Brasil, qualquer que seja o nome e a situação jurídica desse estabelecimento.

6. Aplica-se a teoria da aparência para reconhecer a validade de citação via postal com "aviso de recebimento-AR", efetivada no endereço do estabelecimento e recebida por pessoa que, ainda que sem poderes expressos, assina o documento sem fazer qualquer objeção imediata. Precedentes.

7. O exercício da jurisdição, função estatal que busca composição de conflitos de interesse, deve observar certos princípios, decorrentes da própria organização do Estado moderno, que se constituem em elementos essenciais para a concretude do exercício jurisdicional, sendo que dentre eles avultam: inevitabilidade, investidura, indelegabilidade, inércia, unicidade, inafastabilidade e aderência. No tocante ao princípio da aderência, especificamente, este pressupõe que, para que a jurisdição seja exercida, deve haver correlação com um território. Assim, para as lesões a direitos ocorridos no âmbito do território brasileiro, em linha de princípio, a autoridade judiciária nacional detém competência para processar e julgar o litígio.

8. O Art. 88 do CPC, mitigando o princípio da aderência, cuida das hipóteses de jurisdição concorrente (cumulativa), sendo que a jurisdição do Poder Judiciário Brasileiro não exclui a de outro Estado, competente a justiça brasileira apenas por razões de viabilidade e efetividade da prestação jurisdicional, estas corroboradas pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, que imprime ao Estado a obrigação de solucionar as lides que lhe são apresentadas, com vistas à consecução da paz social.

9. A comunicação global via computadores pulverizou as fronteiras territoriais e criou um novo mecanismo de comunicação humana, porém não subverteu a possibilidade e a credibilidade da aplicação da lei baseada nas fronteiras geográficas, motivo pelo qual a inexistência de legislação internacional que regulamente a jurisdição no ciberespaço abre a possibilidade de admissão da jurisdição do domicílio dos usuários da internet para a análise e processamento de demandas envolvendo eventuais condutas indevidas realizadas no espaço virtual.

10. Com o desenvolvimento da tecnologia, passa a existir um novo conceito de privacidade, sendo o consentimento do interessado o ponto de referência de todo o sistema de tutela da privacidade, direito que toda pessoa tem de dispor com exclusividade sobre as próprias informações, nelas incluindo o direito à imagem.

11. É reiterado o entendimento da preponderância da regra específica do art. 100, inciso V, alínea "a", do CPC sobre as normas genéricas dos arts. 94 e 100, inciso IV, alínea "a" do CPC, permitindo que a ação

indenizatória por danos morais e materiais seja promovida no foro do local onde ocorreu o ato ou fato, ainda que a ré seja pessoa jurídica, com sede em outro lugar, pois é na localidade em que reside e trabalha a pessoa prejudicada que o evento negativo terá maior repercussão. Precedentes.

12. A cláusula de eleição de foro existente em contrato de prestação de serviços no exterior, portanto, não afasta a jurisdição brasileira.

13. Ademais, a imputação de utilização indevida da imagem da autora é um "posterius" em relação ao contato de prestação de serviço, ou seja, o direito de resguardo à imagem e à intimidade é autônomo em relação ao pacto firmado, não sendo dele decorrente. A ação de indenização movida pela autora não é baseada, portanto, no contrato em si, mas em fotografias e imagens utilizadas pela ré, sem seu consentimento, razão pela qual não há se falar em foro de eleição contratual.

14. Quando a alegada atividade ilícita tiver sido praticada pela internet, independentemente de foro previsto no contrato de prestação de serviço, ainda que no exterior, é competente a autoridade judiciária brasileira caso acionada para dirimir o conflito, pois aqui tem domicílio a autora e é o local onde houve acesso ao sítio eletrônico onde a informação foi veiculada, interpretando-se como ato praticado no Brasil, aplicando-se à hipótese o disposto no artigo 88, III, do CPC.

15. Recurso especial a que se nega provimento."
(REsp 1.168.547/RJ, Rel. **Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO**, QUARTA TURMA, julgado em 11/5/2010, DJe de 7/2/2011)

"PROCESSO CIVIL. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. COMPETÊNCIA INTERNACIONAL. ART. 88 DO CPC. NOTAS TAQUIGRÁFICAS. INTIMAÇÃO. PRECLUSÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACOLHIMENTO, SEM EFEITOS MODIFICATIVOS.

1. A cláusula de eleição de foro estrangeiro não afasta a competência internacional concorrente da autoridade brasileira, nas hipóteses em que a obrigação deva ser cumprida no Brasil (art. 88, II, do CPC). Precedentes.

2. A ementa, o relatório, os votos e as notas taquigráficas formaram uma única decisão sob o ponto de vista lógico e jurídico, embora sua apresentação tenha ocorrido em momentos cronologicamente distintos. Por essa razão, eventual recurso especial deve necessariamente refutar todos os argumentos nela contidos.

3. omissis

4. omissis

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS." (EDcl nos EDcl no REsp 1.159.796/PE, Rel. **Ministra NANCY ANDRIGHI**, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/3/2011, DJe de 25/3/2011)

"COMPETÊNCIA INTERNACIONAL. CONTRATO DE CONVERSÃO DE NAVIO PETROLEIRO EM UNIDADE FLUTUANTE. GARANTIA REPRESENTADA POR "PERFORMANCE BOND" EMITIDO POR EMPRESAS ESTRANGEIRAS. CARÁTER ACESSÓRIO DESTES ÚLTIMO. JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL BRASILEIRO EM FACE DA

DENOMINADA COMPETÊNCIA CONCORRENTE (ART. 88, INC. II, DO CPC).

- O "Performance bond" emitido pelas empresas garantidoras é acessório em relação ao contrato de execução de serviços para a adaptação de navio petroleiro em unidade flutuante de tratamento, armazenamento e escoamento de óleo e gás.

- Caso em que empresas as garantas se sujeitam à jurisdição brasileira, nos termos do disposto no art. 88, inc. II, do CPC, pois no Brasil é que deveria ser cumprida a obrigação principal. Competência internacional concorrente da autoridade judiciária brasileira, que não é suscetível de ser arredada pela vontade das partes.

- À justiça brasileira é indiferente que se tenha ajuizado ação em país estrangeiro, que seja idêntica a outra que aqui tramite. Incidência na espécie do art. 90 do CPC.

Recurso especial não conhecido, prejudicada a medida cautelar." (REsp 251.438/RJ, Rel. **Ministro BARROS MONTEIRO**, QUARTA TURMA, julgado em 8/8/2000, DJ de 2/10/2000, p. 173)

A jurisdição, como exercício da soberania do Estado, é inderrogável e inafastável e, ainda que válidas, como na presente hipótese de competência internacional concorrente, as cláusulas que elegem foro alienígena em contratos internacionais não têm o poder de afastar a jurisdição brasileira. Entender de forma diversa, apenas porque as partes assim o pactuaram, significaria, em última análise, afronta ao postulado da soberania nacional.

Apesar de válida a cláusula de eleição de foro territorial para a causa originada de contrato entabulado entre sociedade empresária brasileira e Estado estrangeiro, isso, por si só, não exclui a jurisdição brasileira concorrente para o conhecimento e julgamento de causa aqui aforada para discussão do contrato. A escolha contratual de um foro estrangeiro para dirimir o conflito decorrente do contrato não impede que seja também ajuizada a ação no Brasil, nos casos de competência concorrente.

Cumprido, ainda, indagar-se acerca da possibilidade da análise de ofício pelo d. juiz sentenciante, sem manifestação da parte contrária, acerca da prevalência da cláusula de eleição de foro.

De acordo com a Súmula 33/STJ: "*a incompetência relativa não pode ser declarada de ofício*". Portanto, foi precipitada a imediata extinção do processo, decretada pelo juízo singular, sem oitiva do Estado alienígena réu.

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso ordinário para cassar a sentença de

Superior Tribunal de Justiça

primeiro grau e determinar o retorno dos autos ao d. Juízo de origem, para que a ação seja processada regularmente e examinada em seus demais aspectos como se entender de direito.

É como voto.

