

ESCOLHA DA LEI DE REGÊNCIA E FORO APLICÁVEL NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS¹

NILTON RAFAEL LATORRE

*Advogado da União na Procuradoria Regional da União em São Paulo
Mestrando em Direito das Relações Econômicas Internacionais na PUC/SP*

Sumário – 1. Introdução – 2. Caracterização dos Contratos Internacionais – 3. Escolha da Lei de Regência – 3.1 Escolha Expressa da Lei Aplicável – 3.2 Escolha Implícita da Lei de Regência – 3.3 Vontade Presumida – 3.4 Limites à Autonomia da Vontade – 4. A Escolha do Foro nos Contratos Internacionais – 4.1 A União Européia – As Convenções Atributivas de Jurisdição Previstas pelo Artigo 17 da Convenção de Bruxelas – Bibliografia

1. Introdução

Quando se celebra um contrato internacional, lavrando-se ou não o respectivo instrumento, deve-se ter em conta que ele poderá ter uma solução contenciosa, cujas consequências nefandas são do conhecimento de todos. É neste contexto que se colocam a escolha da lei de regência e do foro aplicável, nos contratos internacionais, tema que se passa a abordar, uma vez que a inserção de cláusulas com um tal conteúdo representará uma diminuição dos pontos de conflito entre as partes.

2. Caracterização dos Contratos Internacionais

Diante do tema a ser tratado, cumpre, antes de tudo, caracterizar o contrato internacional.

Cabe ao Direito Internacional Privado regular os contratos internacionais, determinar a lei que rege sua validade intrínseca, efeitos e causas extintivas das obrigações contratuais.

Denominam-se contratos internacionais, para distingui-los dos contratos nacionais, àqueles que possuem um elemento de estraneidade. Nacionais são aqueles con-

¹ Monografia do curso de Direito das Relações Econômicas Internacionais (DREI) do Programa de Pós-Graduação (Mestrado) em Direito, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – 1º Semestre de 2002.

tratos que têm todos os seus elementos conectados a uma sociedade e, por isso, estão submetidos a um só ordenamento jurídico. Se dois brasileiros aqui domiciliados celebram um contrato dentro de nosso território, tendo por objeto bens existentes no país e referido contrato deve ser executado em território brasileiro, dúvida não haverá de que estamos em presença de um contrato nacional. Todos os seus elementos estão conectados com a sociedade brasileira e submetidos ao ordenamento jurídico pátrio.

Do ponto de vista teórico, a presença de um elemento não nacional deve transformar o contrato em internacional; é suficiente que um dos elementos apareça conectado com uma sociedade distinta da local, para que a relação jurídica transforme-se em extranacional. Repita-se que esta afirmação só é válida no campo teórico, porque, do ponto de vista de determinadas legislações, ou seja, do ponto de vista do direito positivo, a presença de certos elementos não nacionais não é relevante. Assim, para o Direito Internacional Privado argentino, a nacionalidade e o domicílio dos contratantes não repercutem na regulação internacional do contrato, ainda que influam no regime da capacidade. Se dois franceses contratam naquele País e o contrato deve ser executado no seu território, a nacionali-

dade das partes é um elemento neutro e, portanto, indiferente para a determinação do direito aplicável.

No dizer de Adriana Dreyzin de Klor e de Amalia Uriondo de Martinoli, os elementos personal e real não são suficientes para caracterizar um contrato como internacional; para as mencionadas autoras, o único elemento decisivo para caracterizar o contrato internacional é o elemento voluntário. A conduta dos contratantes se manifesta no lugar da celebração do contrato, no de seu cumprimento, ou no país onde se encontra o estabelecimento do ofertante ou do aceitante, etc.

Quando cada um desses lugares se encontra situado em Estados diferentes, o contrato que as partes celebram, contendo esse elemento extranacional, será contrato internacional. (De Klor, 1991:347)

É interessante notar que a definição de *contrato internacional* não se encontra nos códigos ou nos instrumentos internacionais. A jurisprudência norte-americana utiliza pelo menos três critérios para caracterizar um contrato internacional:

- a) a nacionalidade das partes e o fato de que tenham seus estabelecimentos comerciais situados em seus respectivos países;
- b) que as negociações tenham se realizado em vários países; e

- c) que o contrato se refira à venda de uma empresa situada em um país europeu, com operações dirigidas, em sua maior parte, aos mercados europeus.

A Convenção das Nações Unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias, de 1980, e a Convenção sobre Lei aplicável aos contratos de compra e venda internacional de mercadorias, de 1986, não definem contrato internacional; em contrapartida coincidem em declarar, nos capítulos destinados a fixar o âmbito de aplicação, que a respectiva Convenção se aplicará aos contratos de compra e venda de mercadorias entre partes que tenham seus estabelecimentos comerciais em Estados diferentes.

Neste passo, é oportuno reproduzir a definição de contratos internacionais do comércio fornecida pelo Prof. Irineu Strenger, a saber:

“São contratos internacionais do comércio todas as manifestações bi ou plurilaterais da vontade livre das partes, objetivando relações patrimoniais ou de serviços, cujos elementos sejam vinculantes de dois ou mais sistemas jurídicos extraterritoriais, pela força do domicílio, nacionalidade, sede principal dos negócios, lugar do contrato, lugar da execução, ou qualquer circunstância que exprima um liame indicativo de Direito aplicável.” (1998, Strenger:84)

3. Escolha da Lei de Regência

O problema que aqui se coloca é o de saber se as partes têm autonomia de vontade para escolher, num contrato internacional, a lei a ele aplicável, independentemente do que estabeleça o direito internacional privado do país do foro. Logo, cumpre aqui conceituar a autonomia da vontade, para que se compreenda o seu real alcance, bem como verificar os seus limites.

A expressão *autonomia da vontade* possui significados diferentes no direito interno e no direito internacional. No direito interno, ela diz respeito à liberdade que as partes têm de fixar livremente o conteúdo dos contratos, dentro dos limites da lei.

Essa é uma liberdade relativa; seu limite é o estabelecido pelas normas imperativas, afetando o conteúdo do contrato.

No direito internacional, o significado da expressão *autonomia da vontade* é de liberdade para escolher a lei aplicável ao contrato, ou seja, de localizá-lo em determinado sistema jurídico, dentro do qual terão novamente as partes a autonomia da vontade – essa já de direito interno – para estabelecer o conteúdo do contrato.

Quando se efetua tal eleição, o regime internacional do contrato, ao invés de ser estabelecido por uma norma nacional ou convencional de

direito internacional privado, será estabelecido pelos próprios interessados. Dito de outra forma, a consagração da autonomia da vontade transforma em subsidiário o regime de direito internacional privado, que, em matéria de contratos, contém as leis nacionais e as convenções internacionais.

Um aspecto interessante, intimamente ligado à autonomia da vontade como ponto de conexão em direito internacional privado, é o de se saber se a eleição do direito aplicável está ou não condicionada à existência de algum contacto razoável entre um dos elementos essenciais do negócio jurídico e o direito aplicável.

Em princípio, não é aceitável uma eleição totalmente caprichosa. Em muitos casos, quando a lei escolhida não tem conexão óbvia com o contrato, pode-se encontrar uma razão que justifique a escolha. É o caso, por exemplo, dos contratantes pertencerem e se encontrarem em diferentes países, sendo então mais conveniente para eles eleger a lei de um terceiro país, que seria neutro, ao invés da lei de uma das partes, que poderia representar para ela uma vantagem. Por outro lado, a existência de um vínculo razoável entre o direito escolhido e algum dos elementos essenciais do negócio jurídico, seja o sujeito, o objeto ou a causa, obedece a um sentido de justiça na eleição. Isto porque entende-se que quem as-

segura para si a lei aplicável pode garantir a solução da matéria de fundo, em consonância com seus interesses. De acordo com este critério, o *Second Restatement of the Conflicts of Laws* dos EUA, não reconhece a eleição de um direito que não tenha relação material com as partes, ou com a transação, caso não exista outro motivo razoável para a eleição.

Por seu turno, a Convenção de Roma sobre lei aplicável às obrigações contratuais da Comunidade Européia, de 1980, consagra a liberdade de eleição no art. 3º, mas, nos parágrafos seguintes, enumera as exceções que configuram limitações ao princípio. Assim, a eleição, pelas partes, de uma lei estrangeira, acompanhada ou não pela escolha de um tribunal alienígena, não poderá afetar as disposições imperativas da lei do país em que estejam localizados todos os demais elementos do negócio, no momento da eleição. Exemplo de disposições imperativas, no âmbito daquela convenção, vêm a ser as licenças de importação e exportação de mercadorias específicas, a proteção do consumidor, etc. No art. 5º, concernente a contratos sobre fornecimento de bens móveis e serviços celebrados com consumidores, ou seja, com pessoas que não desenvolvam de forma profissional a atividade objeto do contrato, a eleição da lei aplicável ao contrato não pode ter por resultado privar o

consumidor da proteção que lhe asseguram as normas coativas do país onde tem sua residência habitual. Frise-se que as limitações à liberdade de eleição não se fundam unicamente na razoabilidade do contacto com o direito eleito, mas também com os princípios de ordem pública internacional, cuja intangibilidade se protege.

Para a corrente que não condiciona a eleição do direito aplicável a nenhum contacto razoável, a razoabilidade da eleição se justifica pela eleição em si mesma. Entendem que, se as partes designaram uma lei de maneira explícita, é porque julgam ser ela a mais conveniente a seus interesses, ainda quando não ofereça nenhum daqueles pontos de contacto que tradicionalmente se mencionam para fundar a aplicabilidade de um direito

Com a queda do muro de Berlim e o conseqüente fim da guerra fria, a desregulamentação da economia, a abertura de novos mercados de livre circulação de mercadorias e serviços, a proclamação de uma nova ordem econômica internacional e o início de uma nova era que se anuncia para todos os países como de extraordinária competitividade comercial, o tema da lei aplicável aos contratos internacionais assume fundamental importância e justifica o auge da autonomia da vontade.

Neste passo é oportuno observar a fórmula aventada pela Corte Permanente de Justiça Internacional, em relação à lei que regerá a substância de certo tipo de contratos internacionais:

“o contrato terá o seu fundamento em uma lei indicada por alguma norma conflitual nacional, que por sua vez pode admitir a aplicação de diferentes normas.”

Os limites à liberdade de escolha do sistema jurídico que regerá o contrato, contudo, não são somente estes.

De modo geral, a capacidade é regida, no caso da maioria dos países, pela lei pessoal; a forma, pela *lex locus contrahendi*, enquanto a criação de direitos reais decorrerá da *lex rei sitae*.

A aplicação de diferentes normas ao mesmo contrato não tem sido bem vista, tendo-se procurado determinar qual a lei que melhor cubra todos os aspectos.

Em decorrência, pode-se aceitar a afirmação de que o sistema jurídico em que se apóia a validade do contrato não precisa ser obrigatoriamente o que o regerá.

Historicamente, o princípio da autonomia da vontade está vinculado à máxima dos glosadores *locus regit actum*, cuja origem remonta à do direito internacional privado, significando que os atos jurídicos se

submetem à legislação do lugar de sua prática. A partir do século XII os canonistas e a escola estatutária italiana fizeram comentários no sentido de que o costume do lugar do ato jurídico vincula-se a ele pelo conhecimento que as partes deveriam ter dos costumes ou lei do lugar da obrigação, e que se refeririam a ela. Daí a tornar a regra facultativa foi um passo, pois, se podiam os contratantes submeter-se a essa lei, poderiam também escolher outra. Posteriormente, Dumoulin separou o fundo da forma, ainda submetida à lei do local da celebração.

A situação ocorrente na hipótese examinada é singular, pois, ao invés de o sujeito submeter-se a uma lei, ele escolhe a que regerá o seu contrato. É como se a sua vontade escapasse ao império da lei a que normalmente se submeteria, para ir colocar-se sob o de outra, que escolheu.

Os operadores do comércio internacional almejam certeza e segurança, que têm dificuldade de alcançar, dada a imperfeição da ordem jurídica internacional, cheia de lacunas, causadas pela falta de coordenação decorrente da disputa entre várias soberanias no plano jurídico e econômico. Uma alternativa que se lhes apresenta é a escolha da lei aplicável, cujas conseqüências podem avaliar, e alcançam-na pelo mecanismo chamado *autonomia da vontade*.

A escolha do direito aplicável é amplamente aceita em direito comparado. No entanto, o reconhecimento da autonomia não tem resultado em incorporar a lei escolhida ao contrato, fazendo-o integrá-lo como se fora uma cláusula.

Esta tese é combatida pela maioria da doutrina, sob o argumento de que o reconhecimento da faculdade de localizar o contrato por essa forma decorre de uma regra de conflito de leis e, portanto, é ato de submissão, antes que de incorporação.

O direito das partes escolherem a lei aplicável a um contrato internacional, aceito quase que universalmente pelas diversas legislações, é reconhecido também por tribunais arbitrais.

Se é quase unânime o reconhecimento do princípio de que a escolha da lei aplicável é feita pelas partes, a concordância pára por aí. Diversos sistemas jurídicos estabelecem restrições ao princípio da autonomia da vontade, uns restringindo a escolha à lei nacional de uma das partes, outros a uma lei que tenha qualquer relação com o negócio, com as partes, ou com a execução do contrato, e poucos assegurando uma liberdade total.

No caso dos tribunais arbitrais, não se colocam problemas como a escolha de uma lei *a-nacional*, ou mesmo a *lex mercatoria*, provavel-

mente porque as partes podem resolver suas pendências através da equidade, o que é em geral admitido pelas legislações.

Num passado relativamente recente, a doutrina e a legislação estavam divididas entre os partidários e os adversários da autonomia da vontade. Hoje pode-se afirmar-se que a autonomia da vontade está aceita amplamente, o que é coerente com o mundo em que vivemos. Prova que pode ser oferecida daquilo que se disse acima é o fato da aceitação de tal princípio pelos Estados latino-americanos que participaram da convenção de Haia.

A este respeito, é curioso notar a forma como o Dr. Quintín Alfósin se manifestava em meados do século passado.

Em suma, diz aquele autor uruguaio que a teoria da autonomia da vontade deve seu sucesso ao desenvolvimento ulterior que alcançou em razão do que chama de *jogo das vontades presumidas*. Sem ele, complementa, o princípio teria sucumbido em razão de sua exígua aplicação.

Para ele, o princípio da autonomia da vontade só serviu à doutrina como cimento da teoria da vontade presumida, tendo sido elaborado e fundamentado com esse único destino; a efetiva vontade das partes, proclamada como ponto de partida da teoria, praticamente foi

substituída por um sistema de presunções cuja aplicação aos contratos não poderia elidir-se, senão mediante prova em contrário.

Por fim, conclui aquele autor, dizendo que contra todos estes fingimentos se opõe boa parte da doutrina que, desde fins do século passado, e por obra principalmente de Brocher, luta por desarraigar o princípio da autonomia da vontade mediante a paciente demonstração de seus erros. Não obstante, o princípio ainda permanece em vigor na Europa e em algumas repúblicas americanas. (Alfósin, 1950:30)

Como se vê, o tempo encarregou-se de jogar por terra os vaticínios do autor uruguaio.

3.1 Escolha Expressa da Lei Aplicável

A escolha expressa não oferece maiores dificuldades quanto à intenção das partes. Tendo estas manifestado inequivocamente seu desejo de submeter-se a determinada legislação, só o obstáculo da ordem pública, o controle, pelo juiz, do caráter internacional do contrato ou a ocorrência de fraude podem impedir a eficácia dessa escolha.

Essa é a posição adotada na maior parte dos países do Hemisfério Norte.

Já na América Latina há duas posições.

Uma delas é expressa pelo Código Civil peruano, de 1984, o qual no art. 2.095 reza que:

“las obligaciones contractuales se rigen por la ley expresamente eligida por las partes.”

A outra posição é a dos países que seguem o sistema do antigo Código Civil austríaco que restringe a autonomia, em favor da *lex fori*. Era este o caso da antiga Introdução ao Código Civil brasileiro.

A opinião de parte da doutrina no Brasil é de que – salvo a predominância da lei brasileira no que tange à forma, e sua aplicação imperativa nos contratos relativos a imóveis – a regra é a da autonomia, à qual se podem opor, afastando-a as leis imperativas do foro e a ordem pública internacional. Entretanto, não é essa a corrente doutrinária predominante, mas sim a da aplicação indireta do *princípio da autonomia* pela escolha do local da contratação.

3.2 A Escolha Implícita da Lei de Regência

Em alguns países, onde impera o critério de autonomia da vontade, sua aplicação, quando não há escolha expressa das partes quanto à lei aplicável, é cheia de incertezas, as mesmas que se devem evitar na elaboração de um contrato.

Nos países em que a regra para a localização de uma convenção é a

manifestação das partes, quando estas não escolheram a lei aplicável, os tribunais procuram deduzir de certos aspectos do contrato qual seria essa vontade.

Assim, adotam um primeiro critério, que é o de procurar localizar, no texto do contrato, referências a algum sistema legislativo – seja a menção a determinada norma jurídica, seja o uso de expressão típica de algum sistema jurídico, seja a referência a modelo jurídico que só existe em determinado Estado, que sirvam de indício da vontade das partes.

Subsidiariamente são utilizadas como indícios da vontade das partes a cláusula de foro ou a referência ao local da arbitragem para vincular o contrato à *lex fori*, desde que, é claro, outros elementos não apareçam que infirmem essa dedução.

Na inocorrência desses indícios a jurisprudência recorreu

“à atitude das partes após a conclusão do contrato, especialmente no momento do processo, à língua empregada, ao recurso a um servidor público, ao lugar e à moeda de pagamento, etc.”

Vê-se, pelos exemplos citados, que a fronteira entre vontade tácita e intenção presumida é tênue, e a jurisprudência variável e incerta.

Há ainda a questão do tempo ou ocasião em que a manifestação de

vontade pode ocorrer, visto que já nos ocupamos dos modos.

Entende Luiz Olavo Baptista, que, eventualmente, a aceitação da lei do foro pelas partes como escolha da lei aplicável, até mesmo por ocasião da introdução da lide, poderá ser aceita pelo juiz. A tendência deste é sempre permanecer no terreno seguro do seu sistema jurídico. Entretanto, a indicação de lei estrangeira à do foro seria acolhida com reservas e provavelmente só será admissível, nessa fase, naquelas jurisdições fortemente apegadas à regra da autonomia da vontade. O que, por exemplo, não é o caso do Brasil. (Baptista, 1994:52)

3.3 Vontade Presumida

Quando não há indícios, ou estes não são indicativos de uma vontade implícita das partes de submeter seu contrato a determinada ordem jurídica, os tribunais da *commom law*, tendo em vista a sua teoria da *proper law*, que conduz à aplicação da lei que as partes tenham – ou teriam – escolhido, diante de um caso concreto, especularão sobre o que estes tinham *in mind*, isto é, o juiz coloca-se no lugar da parte e procura estabelecer – como se fosse esta – a lei aplicável. Na Alemanha o raciocínio é semelhante.

Essa tendência, espreada pela Europa e pelos países que sofreram fortemente a sua influência, reflete

um modo de interpretar o contrato dando peso a certas circunstâncias, quais sejam: o domicílio ou a residência das partes, a nacionalidade, a situação de um imóvel ou o estabelecimento de uma empresa, a moeda em que a dívida deve ser paga, etc.

Certos tribunais procuram evitar o recurso a apenas um desses indícios, acumulando-os, sempre que possível – é a teoria da acumulação de pontos de contato.

Além desse enfoque casuístico, podem os juízes recorrer aos dois pontos de contato, a saber, o local da execução e o local da conclusão do contrato.

3.4 Limites à Autonomia da Vontade

Nem a liberdade das partes, nem o poder dos juízes operam sem restrições, principalmente em matérias que interessem de perto à política dos Estados.

Embora haja quem sustente a tese da absoluta autonomia da vontade, com exceção dos casos de fraude à lei, ela tem limites que devem ser determinados. No direito interno, os limites são as leis imperativas. No âmbito internacional a liberdade é maior e os limites imprecisos, inclusive pelo jogo entre as regras conflituais. Os limites à autonomia das partes assentam em critérios de natureza

objetiva ou subjetiva, conforme o caso.

Do ponto de vista objetivo, o limite é o estabelecido pelo art. 10, n.5, do antigo Código Civil espanhol de 1889, no qual se admite a aplicação da lei

“a que las partes se bayan sometido expresamente siempre que tenga alguna conexión com el negocio de que se trata.”

Portanto, o alcance da liberdade de escolher é confinado aos elementos de conexão do próprio contrato: o lugar em que se celebrou ou executa, a nacionalidade das partes, seu domicílio ou sede etc.

Já a lei portuguesa faz restrição determinando que haja um interesse sério na localização (CC, art. 41, 2). Neste caso, tem-se um elemento de subjetividade, na medida em que é preciso determinar se há um interesse sério ou se corresponde a *vontades puramente caprichosas*.

Outro limite objetivo é o caráter internacional do contrato.

Outro tipo de obstáculo à autonomia da vontade é a ordem pública. Sua apreciação é subjetiva do juiz da causa.

É oportuno mencionar o ponto de vista que, a respeito dos limites impostos à autonomia da vontade pela ordem pública internacional, defendem Adriana Dreyzin de Klor e Amalia Uriondo de Martinoli.

Distinguem elas a ordem pública interna da ordem pública internacional. As convenções particulares, dizem, não podem afastar as leis em cuja observância está interessada a ordem pública. A ordem pública interna refere-se às normas imperativas do direito interno, que são coativas e, por isso, inderrogáveis pelas partes, quando intervêm em um contrato nacional. Em contrapartida, ao celebrarem contrato internacional, podem as partes, mediante o exercício da autonomia da vontade, afastar essas normas imperativas, desde que não transgridam a ordem pública internacional. Este limite é intransponível.

Para as autoras acima mencionadas, a ordem pública internacional é a ordem pública do foro; é o conjunto de princípios fundamentais e inderrogáveis pela vontade das partes, em que se apóia a ordem jurídica local e que o juiz da causa deve invocar e utilizar para excluir a aplicação de um direito estrangeiro eleito pelas partes, que resulte lesivo a tais princípios. Em cada caso concreto caberá ao juiz aferir se o direito estrangeiro fere tais princípios. A ordem pública internacional, móvel por natureza, constitui-se não só dos princípios em que se inspira a legislação local, mas também dos princípios que sustentam a política nacional em matéria econômica e monetária, dos interesses que dizem respeito à defesa nacional, ao exercício de

profissões liberais, à regulação do comércio, da propriedade imóvel e dos projetos de integração.

Quando os interesses mencionados e os princípios que os protegem forem afetados, o juiz da causa, em atenção à ordem pública, deverá exercer sua faculdade de recusar a aplicação da lei estrangeira lesiva, ou, pelo menos, limitar sua aplicação a seus aspectos inofensivos. (De Klor, 1991: 355 e segs.)

4. A Escolha do Foro nos Contratos Internacionais

Cláusulas há que, no dizer de Luiz Olavo Baptista, são típicas dos contratos internacionais, as quais pela sua função não seriam úteis ou indispensáveis aos contratos de direito interno. (Baptista, 1992:127)

Essas cláusulas estão ligadas ao problema da eleição de foro, aos efeitos do tempo, ao risco, e à moeda. Tais cláusulas podem aparecer nos contratos de direito interno, porém sempre de modos diversos e com efeitos diferentes, evidentemente para atenderem a outros tipos de situações jurídicas.

Os contratos internacionais do comércio raramente deixam de apresentar cláusula de eleição do foro, também chamada cláusula atributiva de jurisdição. O contrato internacional que não contenha uma tal cláusula estará sujeito a sérios contratemplos, uma vez que, na

prática, o problema jurisdicional tem estimulado inúmeras controvérsias. Trata-se de parte fundamental, não só na fase das negociações como da conclusão dos contratos.

Aliás, a cláusula de eleição de foro é usual inclusive nos contratos de direito interno.

Existem dois modos contenciosos para regular os conflitos nascidos de um contrato: o recurso às cortes estatais, e o recurso à arbitragem, sendo esta a mais comum, nos casos de contratos internacionais. Por esta razão, a inclusão de cláusula atributiva de jurisdição nos contratos internacionais faz parte inevitável da negociação.

Em que pese ser obrigação do negociador de um contrato dar-lhe uma redação o mais próxima possível do intento das partes, isenta de ambigüidades, de molde a evitar futuras controvérsias, na prática nem sempre é possível impedir que as partes se envolvam em conflito, o que implica inúmeras desvantagens, sendo a principal delas a perda de tempo.

Para evitar este tipo de problema, as partes muitas vezes acordam contratualmente em tentar a solução amigável do litígio, antes de recorrer à via contenciosa. Entretanto, não são raros os casos em que a tentativa de conciliação falha.

Os comerciantes internacionais têm revelado uma maior afinidade

com a arbitragem, o que se revela pelo seu extraordinário desenvolvimento. Na antiga URSS, já em 1932, editou-se Decreto instituindo a Comissão Soviética de Arbitragem para o comércio internacional.

Esses comerciantes têm optado, nas pendências subordinadas a decisões arbitrais, pela sua solução de acordo com os regulamentos das entidades que mantêm essa atividade jurisdicional, podendo a sede dessas organizações tornar-se o elemento de conexão designador, não só do procedimento, como do direito aplicável, sempre que as partes não tenham acordado de forma diferente, com base no princípio da autonomia da vontade.

No caso de contratos internacionais de comércio, que sempre contêm elementos de estraneidade, tanto o regime da cláusula arbitral internacional como o regime processual comum dos tribunais institucionalizados supõem que se defina o direito competente para ditar as regras aplicáveis, o que impõe a pesquisa da solução válida, essencialmente entre as legislações nacionais.

Arnold Wald, citado por Irineu Strenger, ensina que

“nos contratos internacionais firmados no Brasil, surgem, numerosas vezes, dúvidas quanto à validade das cláusulas que consideram competente determinado foro para conhecer de todos os

litígios decorrentes da convenção ou que regulamentem o contrato e os seus efeitos, pela lei estrangeira do domicílio ou da nacionalidade de uma das partes contratantes.

“Os dois problemas, embora materialmente conexos, são distintos, importando a cláusula eletiva de foro na concessão de uma competência contratual à Justiça de determinada cidade ou de certo país, enquanto a escolha de lei estrangeira para firmar as conseqüências jurídicas do contrato se fundamenta no princípio da autonomia da vontade e estabelece o regime jurídico substantivo aplicável à relação jurídica.

“A primeira questão é puramente processual e se apresenta tanto no plano nacional como internacional, sendo a segunda tipicamente de direito Internacional Privado”. (grifei) (Strenger, 1998:256)

No caso de não haver previsão quanto ao foro, pode o proponente de ação utilizar os expedientes processuais originários de sua própria lei, em que pese a possibilidade de ocorrer conflito de competência.

Por tal motivo, é conveniente incluir no contrato internacional de comércio a chamada cláusula atributiva de competência, que determina, implicitamente, a jurisdição competente. Essa cláusula pode também ser chamada de cláusula de prorrogação voluntária da competência, ou cláusula de eleição de foro.

Os tropeços que podem ocorrer quanto à inserção dessa estipulação eletiva de foro se devem à existência ou não de restrições de Direito Interno, concernentes à ordem pública, e dizem respeito, principalmente, a concepções processualísticas nacionais, no quadro da competência internacional.

As cláusulas de eleição de foro nos contratos internacionais são quase sempre aceitas. Diz-se assim porque se exige que o foro escolhido tenha alguma relação, ou uma relação relevante com o contrato e que a escolha não configure tentativa de fraude à lei.

No Brasil, a doutrina e a jurisprudência hesitaram por bom tempo em aceitá-las, até que, com a súmula n. 335, o Supremo Tribunal Federal tornou a questão pacífica. Reza referida súmula:

“É válida a cláusula de eleição de foro para os processos oriundos de contrato.”

Tudo faz crer que a regra em comento se aplique também aos contratos internacionais entre pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. Há dúvidas porém, com relação às pessoas jurídicas de direito público.

O Código de Processo Civil cuida dessa matéria nos arts. 88, 89 e 90. No entanto, a atribuição de competência pela via contratual não consta, expressamente, dessas

disposições, mas, a despeito da lacuna, não parece haver discrepâncias jurisprudenciais de grande envergadura, quanto a essa possibilidade.

Neste passo, é oportuno mencionar que, de acordo com o art. 90 do CPC, o fato de se ter intentado ação perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas. Evidentemente, aí, a autoridade judiciária brasileira deve ser competente e pressupõe-se que a sentença estrangeira não tenha sido, ainda, homologada pela nossa justiça. (Baptista e Latorre, 1977: 311-317). Tal dispositivo, a nosso sentir, pode enfraquecer a cláusula de eleição de foro.

É certo, contudo, que nem todos os Estados admitem, plenamente, a cláusula atributiva de competência, como, p. ex., a Bélgica, os Países Baixos, os EUA, que proíbem a eleição de foro nos transportes marítimos. Entre os países que admitem a cláusula, pode-se citar a França, e a Alemanha.

Para que a cláusula de eleição de foro seja válida, é necessário que o consentimento das partes seja certo e isento de vício. A par disso, a cláusula deve estipular, de forma minuciosa, os litígios submetidos ao tribunal escolhido.

Desta maneira, as partes podem, em razão do princípio da autono-

mia da vontade, que domina os contratos, designar o tribunal de sua escolha, desde que essa designação não infrinja as regras consideradas de ordem pública, pelas diferentes leis suscetíveis de ser interessadas, na determinação da competência.

Ocorre uma escolha oblíqua do foro quando, pela norma conflitual brasileira, a lei do local da celebração (residência do proponente) passa a reger o contrato, operando-se, por esse modo, a eleição da lei aplicável. Resta apenas saber se a norma de conflito do juiz estrangeiro competente dará solução igual.

Os limites da liberdade das partes de proceder à designação do tribunal competente foram claramente colocados em decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América quando, ao analisar contrato de transporte marítimo, entre um cargueiro americano e um transportador alemão, que atribuiu competência à *High Court of Justice* inglesa, considerou-o válido, desde que o tribunal escolhido respondesse claramente aos critérios de neutralidade e de competência e que a escolha tivesse sido objeto de livre negociação, não eivada de fraude, de constrangimento e de abuso de posição dominante.

É de se notar que, usualmente, a eleição de domicílio em um contrato internacional não atribui,

ipso facto, competência ao tribunal do domicílio eleito, bem assim a submissão do contrato a dada lei, não implica a competência das jurisdições vinculadas a essa lei.

É oportuno mencionar alguns casos em que o direito brasileiro não admite a eleição de foro nos contratos internacionais.

A par de argumentos constitucionais, é inadmissível o foro de eleição nos contratos administrativos que se regem pelos preceitos de Direito Público (art. 44 do Dec.-Lei 2.300, de 21.11.86), o qual, versando temas de ordem pública, não admite foro diverso do brasileiro para dirimir eventuais controvérsias deles decorrentes (art. 45, § único do citado Dec.-Lei.).

Por outro lado, tratando-se de contratos celebrados por falidos, não prevalecerá a cláusula relativa ao foro de eleição sobre o art. 7º e seu § 2º, da Lei de Falências (Dec.-Lei 7.661, de 21.06.45).

O mesmo sucede em tema de contratos de trabalho, em defesa do hipossuficiente, nos termos do art. 651 e seus parágrafos, da CLT.

Situa-se também entre as hipóteses de competência absoluta a prevista no art. 628 do CCom., que reza que

“o contrato de fretamento de um navio estrangeiro, executável no Brasil, há de ser determinado e julgado pelas regras estabele-

cidas neste código, quer tenha sido ajustado dentro do Império, quer em país estrangeiro.”

No Direito Aeronáutico, o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565, de 19.12.86), em seu art. 10, estatui que

“não terão eficácia no Brasil, em matéria de transporte aéreo, quaisquer disposições de direito estrangeiro, cláusulas constantes de contrato, bilhete de passagem, conhecimento e outros documentos que: I – excluam a competência de foro do lugar do destino; II – visem à exoneração de responsabilidade do transportador, quando este Código não a admite; III – estabeleçam limites de responsabilidade inferiores aos estabelecidos neste Código.”

4.1 A União Européia – As Convenções Atributivas de Jurisdição Previstas pelo Artigo 17 da Convenção de Bruxelas

Por derradeiro, faremos uma breve observação sobre as convenções atributivas de jurisdição, previstas pelo artigo 17 da Convenção de Bruxelas, que fundamentam a competência jurisdicional exclusiva dos tribunais de um Estado-Membro da União Européia, com vistas a dar idéia de como as coisas se passam neste assunto, no âmbito daquela União.

Referida norma exige, para que seja considerado juridicamente eficaz, que o acordo esteja em conformidade com a vontade das partes, além de estarem presentes os pressupostos de que ao menos uma das partes tenha a sua residência em um Estado-Membro, e de que a jurisdição eleita também seja de um Estado-Membro.

A previsão do artigo 17, diferentemente da regra geral de competência jurisdicional do artigo 2º, não prevê como elemento de conexão a residência do réu, mas sim a residência de qualquer uma das partes. Isso demonstra que não houve a intenção de se diferenciar a função processual do réu ou do autor. A finalidade dessa previsão legal é a de que todas as convenções jurisdicionais entre as partes sejam julgadas em todos os Estados – Membros, de acordo com os mesmos critérios, sem observação da função processual das partes.

No âmbito de aplicação do artigo 17 estão previstos somente os acordos sobre a competência jurisdicional internacional. A título exemplificativo, o artigo 17 não é aplicável a um acordo, se as partes elegerem como tribunal competente aquele de sua residência comum, uma vez que o Preâmbulo – Parte 4 – da Convenção de Bruxelas prevê expressamente a sua aplicação aos casos que apresentem um caráter internacional. É importante notar que a Convenção de

Bruxelas também não pretende ser aplicável aos casos em que o elemento externo refere-se somente a um Estado não-Membro: tal seria o caso se um alemão e um brasileiro elegessem a jurisdição de quaisquer dos dois países.

O artigo 17 deve, contudo, ser sempre aplicado quando o *forum prorogatum* é um *forum derogatum* sejam localizados em Países-Membros diferentes. Por outro lado, não é necessário que as partes tenham a sua residência em Estados diferentes, quando *forum prorogatum* e residência comum sejam em lugares distintos. Portanto, por

exemplo, a eleição da jurisdição de Munique por dois italianos faz parte do âmbito de aplicação do artigo em questão da Convenção de Bruxelas e não do direito internacional privado italiano.

O âmbito de aplicação do artigo 17 compreende, de um modo geral, os acordos entre uma pessoa residente em um Estado-Membro e outra residente em outro Estado-Membro, e os acordos entre duas pessoas, que têm a sua residência em um mesmo Estado-Membro e elegem a jurisdição de um outro Estado-Membro, em um caso que apresente um caráter internacional.

Bibliografia

- ALFONSÍN, Quintín. *Regimen Internacional de los Contratos*. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, 1950.
- BAPTISTA, Luiz Olavo; LATORRE, Nilton Rafael. *Observações práticas sobre a homologação de sentenças e de laudos estrangeiros no Brasil*. RF vol. 276, out/dez 1981, p. 311-317.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos Contratos Internacionais*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- _____. Tese apresentada para o concurso para Professor Titular de Direito do Comércio Internacional, do Departamento de Direito Internacional da Faculdade de Direito da USP – 5.10.1992.
- DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. 5. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- FAZIO, Silvia. *Os Contratos Internacionais na União Européia e no Mercosul*. São Paulo: LTr, 1998.

KLOR, Adriana Dreyzin de; MARTINOLI, Amalia Uriondo de. *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*. 1991.

RODAS, João Grandino. *Contratos Internacionais*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais do Comércio*. 3. ed., São Paulo: LTr, 1998.