**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
ESCOLA SUPERIOR DE ADVOCACIA**

ANDREA CAROLINE MIRANDA

**FORO COMPETENTE E LEI APLICÁVEL AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS
NO ÂMBITO DO MERCOSUL**

CURITIBA

2004

ANDREA CAROLINE MIRANDA

**FORO COMPETENTE E LEI APLICÁVEL NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS
NO ÂMBITO DO MERCOSUL**

Monografia de conclusão do curso de
Especialização em Contratos
Empresariais da Escola Superior de
Advocacia e Universidade Federal do
Paraná, sob orientação da Prof. Dra.
Daniela Balão Ernlund.

Prof. Orientadora:

Instituição:

Prof. Examinador:

Instituição:

Prof. Examinador:

Instituição:

Curitiba, ____/____/____

RESUMO

A presente pesquisa irá abordar o instituto dos contratos internacionais, a cláusula de eleição de foro competente para solução de controvérsias contratuais no âmbito do MERCOSUL, as conseqüências da invalidade ou ausência de eleição de foro, as regras pertinentes à lei aplicável ao contrato, analisando o Código de Processo Civil, o Protocolo de Buenos Aires e a Lei de Introdução do Código Civil, integrantes do sistema jurídico-normativo brasileiro.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	01
2. CONTRATOS.....	03
2.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	03
2.2. OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS.....	04
2.2.1. Autonomia da vontade.....	05
2.2.2. Força obrigatória.....	06
2.2.3. Relatividade.....	07
2.3. REQUISITOS DE VALIDADE DO CONTRATO.....	08
2.3.1. Agente capaz.....	08
2.3.2. Objeto lícito.....	09
2.3.3. Forma prescrita ou não proibida em lei.....	10
2.4. FORMAÇÃO DOS CONTRATOS.....	11
2.4.1. O proponente e o aceitante.....	11
2.4.2. LOCAL DE CELEBRAÇÃO.....	12
2.4.3. Local de execução.....	13
3. CONTRATO INTERNACIONAL E O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO...15	
3.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	15
3.1.1. Competência legislativa e jurisdicional.....	16
3.2. A AUTONOMIA DA VONTADE NA ESCOLHA DO FORO E DA LEI APLICÁVEL.....	18
4. FORO COMPETENTE NO SISTEMA NORMATIVO BRASILEIRO.....21	
4.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	21
4.2. COMPETÊNCIA INTERNACIONAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	22
4.2.1. Competência exclusiva e concorrente.....	22
4.2.2. Eleição de foro perante o CPC: admissibilidade e litispendência internacional.....	24
4.3. O PROTOCOLO DE BUENOS AIRES.....	27
4.3.1. Eleição de foro.....	28
4.3.1.1. Prorrogação da Jurisdição e a Litispendência internacional.....	30
4.3.2. Jurisdição Subsidiária.....	33
5. DIREITO APLICÁVEL NO SISTEMA NORMATIVO BRASILEIRO.....37	

5.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	37
5.2. A LEI DE INTRODUÇÃO DO CÓDIGO CIVIL.....	38
5.2.1. As normas do art.9º da LICC.....	39
5.2.2. Limites à aplicação da lei estrangeira.....	42
5.2.3. <i>Dépèçage</i> ou Fracionamento.....	43
6. CONCLUSÃO.....	48
7. BIBLIOGRAFIA.....	51
8. ANEXOS.....	53
8.1. O PROTOCOLO DE BUENOS AIRES.....	53

1. INTRODUÇÃO.

O Brasil é um Estado de significativas dimensões e com grandes potencialidades se comparado com os demais países da América do Sul, e, por essa razão, talvez, represente certa influência na economia mundial. É, porém, através da preservação das relações com os Estados vizinhos, que vem conseguindo destacar-se na comunidade internacional.

A redemocratização do continente Sul Americano contribuiu para proporcionar um ambiente mais propício para a integração em todas as searas, inclusive a jurídica, com a implementação dos Estados Democráticos de Direito na maior parte dos Estados Americanos.

Com o avançar dos acordos e tratados entre os países da América Latina, impulsionados pela crescente globalização da economia e a transnacionalidade dos capitais, surge o Tratado de Assunção, datado de 26 de março de 1991, tendo um período de transição preparatório de 45(quarenta e cinco) meses, para confirmação em dezembro de 1994.

No intuito de promover o desenvolvimento integrado das economias, o MERCOSUL foi constituído com os seguintes países signatários: Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. Juntos prometeram constituir um Mercado Comum do Sul até 31 de dezembro de 1994, com objetivos voltados para a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os Estados Membros, com a eliminação de barreiras e restrições alfandegárias vigentes.

Desta forma, o Tratado de Assunção estabelece, em seu artigo primeiro, o compromisso dos Estados em harmonizarem suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograrem o fortalecimento do processo de integração. A unificação é muito mais que harmonização, pois significa dotar os países envolvidos de legislação igual ou comum, sem divergências ou peculiaridades locais. Nos exemplos das federações, os Estados-membros podem contar com um único Código Civil (caso do Brasil) ou diversos códigos civis estaduais, harmonizados ou não (caso do México). O objetivo da harmonização é mais modesto e, portanto, encerra maior probabilidade de êxito: favorecer a convergência das legislações dos países, em seus princípios e estruturas essenciais, eliminando ao máximo as divergências de soluções adotadas e estabelecendo reciprocidades de tratamento. Na harmonização, as legislações dos países permanecem autônomas.

A questão ganha importância pelo volume de contratos internacionais celebrados entre os membros do MERCOSUL nos últimos anos. A integração econômica cresce na mesma proporção dos contratos internacionais. O problema ocorre quando for suscitado um litígio em

determinado contrato comunitário: qual será a lei aplicável? Qual será o foro competente para dirimir o litígio? Todos os países do bloco possuem suas regras próprias de competência internacional exclusiva e concorrente, bem como de regras próprias acerca da legislação aplicável ao caso concreto.

Visando estabelecer um quadro de segurança jurídica que garanta justas soluções e a harmonia internacional das decisões judiciais e arbitrais vinculadas à contratação no âmbito do Tratado de Assunção, foi ratificado pelos Estados-Partes o Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdição internacional em matéria contratual, concluído em Buenos Aires, em 5 de agosto de 1994; e inserido ao ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto Legislativo n. 2.067, de 12.11.1996.

Referido Protocolo estabeleceu regras de eleição da jurisdição competente para os litígios ocorridos no âmbito da comunidade. Assim, as demandas judiciais envolvendo contratos firmados no âmbito do MERCOSUL terão seu foro competente determinado pelas regras do Protocolo conjugadas com as regras dos países envolvidos no litígio. Desta maneira, um litígio envolvendo um brasileiro e um argentino, poderá ser julgado ou no Brasil, ou na Argentina, ou em foro neutro, eleito pelas partes. As repercussões de tal decisão podem significar o sucesso ou insucesso da demanda.

Outro aspecto importante é a distinção entre foro competente e lei aplicável ao caso concreto. Foro competente é o lugar onde o litígio será julgado. Lei aplicável diz respeito a qual norma será subsumida aos fatos pelo foro competente: a nacional, a estrangeira ou a de terceiro Estado porventura competente? Tais regras constam da Lei de Introdução do Código Civil.

Além destes aspectos, todavia, há as hipóteses em que não foi feita a eleição de foro, ou tal eleição deu-se de forma inválida. Somente com a análise das regras de determinação de foro contidas no Código de Processo Civil e no Protocolo de Buenos Aires, bem como com a análise das normas de determinação da lei aplicável, constantes da Lei de Introdução do Código Civil, será possível diagnosticar quais serão as conseqüências para os contratantes.

Destarte, a presente pesquisa irá abordar tais questões, pertinentes ao foro competente e a legislação aplicável aos contratos internacionais no âmbito do MERCOSUL. Analisando as normas pátrias e comunitárias, será averiguado qual é o atual cenário normativo sobre a determinação do foro competente e da lei aplicável, temas de crucial importância para a segurança jurídica das relações comerciais do cone sul.

2. CONTRATOS

2.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

É intrínseco à natureza humana o relacionamento social. Deste relacionamento surge o fenômeno jurídico, o Direito, como instrumento regulador e promotor do progresso da humanidade.

Uma das principais relações jurídicas mantidas pela humanidade é a da propriedade. Inato ao homem é o conceito de domínio, cuja extensão e incidência variaram durante a evolução histórica dos povos. Em conjunto com esta evolução esteve o Direito, enquanto ciência que também aborda o instituto da propriedade, sua aquisição, extinção e modificação.

No que se refere às mutações da relação jurídica de propriedade, o Direito cuidou de aperfeiçoar e normatizar tais fenômenos, através de vários institutos, em especial, os contratuais. Contrato vem de *contractus*, que significa unir, contrair. “Possui o sentido de ajuste, convenção, pacto, transação para um fim qualquer”.¹ Tal termo representa a união de vontades em torno de determinado objeto. É também o comprometimento ao estabelecido na união de vontades. É o negócio ajustado para a manutenção ou mutação de uma relação jurídica, isto é, para atingir os direitos das partes em relação ao objeto do contrato.

Nos termos da norma civilista, todo negócio jurídico é o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos. Dentre o leque de atos, estão os contratos. Estes seriam, conforme a doutrina de Maria Helena Diniz “o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial”².

Conforme o conceito acima, temos que a vontade humana é o fundamento essencial para a mutação de uma relação jurídica patrimonial operada por contrato. E mais, a exteriorização da vontade engloba não somente a mutação da relação por si só, mas sim, todo o conjunto de aspectos fáticos envolvidos na mutação, isto é, o modo, o momento, o lugar, etc.

¹ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 217.

² DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, v.I. São Paulo: Saraiva, 1993, p.24.

Feitas estas considerações iniciais, devemos focar os princípios básicos desenvolvidos pelo Direito para nortear as relações contratuais, de modo a estabelecermos como e onde o instituto está inserido na esfera da ciência jurídica.

2.2. OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS.

No item anterior, falamos do papel do Direito nas relações humanas, como regulador e promotor do progresso da humanidade. É a razão de existência da ciência jurídica a relação humana, tanto que Caio Mário da Silva Pereira conceitua o direito como “princípio de adequação do homem à vida social”.³ É o norte do homem para a convivência em sociedade.

Tal “norte” é construído pela ciência, tomando forma de normas jurídicas de conduta e trato social, normas que trazem um dever-ser ao homem. Do gênero norma, extraem-se os princípios jurídicos, com efetiva normatividade, mesmo que em grau mais abstrato. Nádía de Araújo explica que:

“Os princípios são definidos como verdades ou juízos fundamentais, servindo de alicerce ou garantia de certeza a um conjunto de juízos ordenados num sistema jurídico, com objetivo de otimizar as múltiplas e variadas soluções pragmáticas da vida social, o que se opera por meio de regras (...) são as normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante”⁴.

Desta forma, o estudo dos princípios que regem o contrato dá ao intérprete a possibilidade de analisar as variadas formas de extensão e de intensidade da mutação na relação jurídica operada pelo contrato, bem como os limites que o sistema normativo estabelece para tais mutações, sob pena de inadequação ao meio social. Assim, passaremos a analisar sucintamente os princípios básicos dos contratos nos subitens que se seguem.

Deve-se atentar que esta pesquisa tem como pano de fundo os contratos internacionais, de modo que os princípios a seguir estudados são os chamados “liberais”, vigentes no trato internacional. Os chamados princípios “sociais” dos contratos serão omitidos por não, diretamente, estarem interligados com os objetivos específicos.

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v.I. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1997, p.05.

⁴ ARAÚJO, Nádía de. Contratos Internacionais e a Jurisprudência Brasileira: Lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro. In: RODAS, João Grandino (Coord.). *Contratos Internacionais*. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2002, p.10-12.

2.2.1. Autonomia da vontade.

Extremo do pensamento positivista, a autonomia da vontade é princípio contratual que estabelece a vontade humana como propulsora e soberana em todos os sentidos, no encaminhamento do negócio jurídico existente entre as partes que contratam. A parte contrata mediante acordo de vontades, manifestação livre de pensamento e intenções que alteram relações jurídicas.

Tal pensamento liberalista é expressão do paradigma liberal, positivista, no qual a razão humana é soberana e suficiente para adequar o homem ao meio social. O ajuste individual é livre, limitado em extensão e intensidade somente pelas matérias de ordem pública. A razão humana é capaz de tudo, portanto, num contrato, as partes obrigatoriamente encontram-se no mesmo patamar para analisar, negociar ou modificar um ajuste. Se não estão neste nível de igualdade, uma delas não contratará. Esta era a idéia liberal, de que “a partir do momento em que se estabelece que o homem está obrigado unicamente porque ele assim o quis e na exata medida de seu querer, respeita-se, antes de tudo, a sua liberdade”.⁵

Como ensina VENOSA, “em tese a vontade contratual somente sofre limitação perante uma norma de ordem pública. Na prática, existem imposições econômicas que dirigem essa vontade. No entanto, a interferência do estado na relação contratual privada mostra-se crescente e progressiva”⁶.

Com a crise do modelo positivista, a mudança de paradigma buscou limitar a expressão desta autonomia, pois a vontade expressa não gera efeitos somente às partes, mas ao meio social no qual estão elas inseridas. A idéia de razão humana insuperável cai por terra, pois o sistema não consegue sanar e normalizar as turbulências causadas no meio social, e conseqüentemente gera insegurança jurídica, ante a quase inexistência de paridade entre os contratantes na sociedade contemporânea.

Tal doutrina pós-positivista atinge seu ápice no sistema normativo brasileiro com positivação do princípio da função social do contrato, na norma do art.421 do Código Civil, que estatui: “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. É a máxima do neoliberalismo: o homem pode exercer plenamente sua liberdade,

⁵ ROPPO, Vincenzo. Il Contratto. In: IUDICA, Giovanni; ZATTI, Paolo (dir.). *Trattato di Diritto Privato*. Milão: Giuffrè, 2001, p. 36.

⁶ VENOSA, Silvío de Salvo. *Direito Civil, v.II.4ª ed.* São Paulo: Atlas, 2004,p.389.

em qualquer seara social, desde que esta resulte em proveito para si e para o grupo no qual ele está inserido.

Como foi dito, a paridade entre as partes é quase inexistente no mundo contemporâneo. Porém, ela existe em determinados nichos contratuais, em especial, no dos contratos internacionais. O tema será melhor abordado no capítulo seguinte, sobre os contratos internacionais, e será de extrema importância para o diagnóstico final da presente pesquisa.

2.2.2. Força obrigatória.

Um contrato é norma jurídica entre as partes. Ele estabelece uma regra de conduta, um dever ser para aqueles que manifestaram suas vontades no ajuste. É a máxima latina do *pacta sunt servanda*, a intangibilidade do contrato celebrado. É muito mais que um dito jurídico, encerra um princípio de Direito, no ramo das Obrigações Contratuais. É o princípio da força obrigatória, segundo o qual o contrato faz lei entre as partes.

Diz Orlando Gomes a respeito da força obrigatória do contrato que, "celebrado que seja, com observância de todos os pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos".⁷

Segundo Maria Helena Diniz, tal princípio se justifica porque "o contrato, uma vez concluído livremente, incorpora-se ao ordenamento jurídico, constituindo um a verdadeira norma de direito".⁸

Para tanto, devem obedecer aos critérios normativos de existência, validade e eficácia. Se existe, é válido e eficaz, é obrigatório. Como ensina VENOSA, "essa obrigatoriedade forma a base do direito contratual. O ordenamento deve conferir à parte instrumentos judiciais para obrigar o contratante a cumprir o contrato ou a indenizar pelas perdas e danos. Se não tivesse o contrato força obrigatória estaria estabelecido o caos".⁹

O contrato seria inviolável pelas partes e pelo juiz. Tal princípio também padeceu de limitação com a crise positivista, pelos institutos da função social do contrato e da onerosidade excessiva. Além destes, há a já clássica teoria da imprevisão e a cláusula *rebus sic standibus*, do Direito Romano. Assim o termo "teoria da imprevisão" é empregado quando

⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 36.

⁸ DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, v.I. São Paulo: Saraiva, 1993, p.63.

⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, v.II.4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.390.

houver mudança na execução da obrigação contratual, não sendo exigível a obrigação nas mesmas condições pactuadas anteriormente, o que leva a uma idéia de exigibilidade diversa. A execução da obrigação continua exigível, mas não nas mesmas condições; há necessidade de um ajuste no contrato. Já a cláusula da imprevisão (*rebus sic stantibus*) é a instrumentalização deste ajuste. É a estipulação contratual ou a aplicação de um princípio de que, presente a situação imprevista, o contrato deve ser ajustado à nova realidade. A cláusula *rebus sic stantibus* seria aquela "em que as partes estipulam que o cumprimento do contrato fica subordinado à não modificação, no futuro, dos pressupostos e circunstâncias que ensejaram o pacto."¹⁰

Como dito anteriormente, a crise no paradigma liberal levou o Direito ao pós-positivismo, atenuando os efeitos da autonomia da vontade e da intangibilidade contratual, em circunstâncias específicas.

2.2.3. Relatividade.

Como dito, os contratos são norma entre as partes. Somente entre as partes que dele participaram. Seus efeitos não atingem terceiros, nem aproveitando, nem prejudicando. Fora as exceções legais que confirmam tal regra, ninguém será credor ou devedor contra sua vontade. LYRA JUNIOR esclarece que:

*“O postulado da autonomia da vontade, outrossim, ao assegurar que os indivíduos são livres para contratar ou não fazê-lo; para escolher o parceiro contratual e o conteúdo do contrato firmado, estabelece, de outro lado, que os efeitos advindos do vínculo devem circunscrever-se àqueles que tenham dado seu consentimento; expressado a vontade de integrar o negócio jurídico, enfim”.*¹¹

Este princípio é decorrente dos demais, pois os efeitos internos do ajuste não podem afetar terceiros. Mas há os efeitos externos, correlatos, que por norma excepcional, podem atingir terceiros.

¹⁰ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Novíssimo Dicionário Jurídico*, v I. 1ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1991, p.32.

¹¹ LYRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. *Os princípios do direito contratual. Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3759>>. Acesso em: 29 jul. 2004 .

MAIORCA finaliza o raciocínio:

*“Nesse sentido, concluímos que o contrato não produz efeito com relação a terceiros, a não ser nos casos previstos na lei. Temos de entender por parte contratual aquele que estipulou diretamente o contrato, esteja ligado ao vínculo negocial emergente e seja destinatário de seus efeitos finais. Por outro lado, deve ser considerado como terceiro, com relação ao contrato, quem quer que apareça estranho ao pactuado, ao vínculo e aos efeitos finais do negócio”.*¹²

No que se referem aos princípios internacionais básicos relativos aos contratos, ressaltam-se, existentes na totalidade dos sistemas jurídicos ocidentais, e, portanto, essenciais ao presente trabalho. Portanto, devemos analisar os contratos internacionais, avaliar o negócio jurídico em si, desmembrando-o em elementos básicos, cuja análise dará o embasamento teórico necessário para alcançar os objetivos determinados neste trabalho.

2.3. REQUISITOS DE VALIDADE DO CONTRATO.

Se além das normas contratuais, existem normas legais que vigem sobre os contratos, disciplinando os negócios, às vezes, de maneira imperativa, necessário é estudarmos o objeto mediato desta pesquisa para podermos inseri-lo com segurança e embasamento técnico no ordenamento, de modo a atingirmos um diagnóstico mais seguro, relativo ao quadro normativo brasileiro e sua aplicabilidade aos contratos internacionais.

Com base na doutrina clássica e na legislação pátria, os contratos têm seus elementos essenciais de validade determinados no art. 104 do Código Civil, os mesmos dos negócios jurídicos em geral: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não proibida em lei. Tais elementos serão analisados a seguir.

2.3.1. Agente capaz.

Se há uma manifestação de vontade, pressupõe-se a existência de um agente para manifesta-la. Sem parte contratante, inexistente contrato, somente oferta. O contrato pressupõe, regra geral, a existência de duas ou mais pessoas que convergem seus interesses patrimoniais

¹² MAIORCA, Sergio. *il Contrato*. Turim: Giappichell,1981, p.333. Cf: VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*, v.II.4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.391.

para um fim comum: o contrato. VENOSA ensina que “no campo contratual, a vontade assume um papel de exame dúplice, já que há necessidade de ao menos duas vontades para perfazer um contrato, salvo a exceção aparente do autocontrato, (...)”.¹³

Quanto à capacidade deste agente, esta é somente a geral, de aptidão para a prática dos atos da vida civil. Ela engloba circunstâncias pessoais dos agentes que podem levar à invalidade do negócio, e como ensina PEREIRA, “a lei prevê ainda motivos específicos, que obstam a que o agente, sem quebra de sua capacidade civil, realize determinados negócios jurídicos. (...) O requisito subjetivo de validade do negócio jurídico envolve, pois além da capacidade geral para a vida civil, a ausência de impedimento ou de restrição para o negócio em foco (...)”.¹⁴

2.3.2. Objeto lícito.

Primeiramente, devemos distinguir entre objeto da obrigação e objeto do contrato. O primeiro é um dar, fazer ou não fazer. O segundo é o que vai ser dado, o que vai ser feito ou não. Um é imediato e o outro é mediato. Feita esta distinção, temos em relação ao objeto do contrato não somente a licitude, mas também a possibilidade e determinação.

Somente as coisas determinadas, mesmo que somente por gênero e quantidade, podem ser objeto dos contratos. PEREIRA ensina que:

*“Deve o objeto ser determinado, para que a obrigação do devedor tenha sobre que incidir. Mas não se requer a determinação concomitante ao ajuste. Basta que se obtenha por ocasião da sua execução.” Continua ainda o Mestre. “A determinação dá-se pelo gênero, pela espécie, pela quantidade, pelas características individuais da ‘res debita’. Quando não está o objeto desde logo determinado, é mister venha a sê-lo, que por ato dos contratantes ou de um deles, que pela ação de terceiro, quer por fato impessoal. A determinação pode constar do contrato ou de instrumento à parte. Mas se o objeto for definitivamente indeterminável, o contrato é inválido, como o seria pela ausência completa de objeto”.*¹⁵

¹³ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*, v.II.4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.449.

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v.I. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1997, p.311.

¹⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva, atualizado por FICHTENER, Regis. *Instituições de Direito Civil*, v. III, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 34.

Quanto à possibilidade, o objeto deve ser suscetível fisicamente e juridicamente. Washington de Barros Monteiro afirma que “A impossibilidade pode ser física ou legal. É física, também chamada material, quando o contrato objetiva prestação que jamais poderá ser obtida ou realizada, por contrariar as leis da natureza”.¹⁶

Em relação à licitude, o objeto do contrato, tanto o mediato quanto o imediato não devem ser proibidos pelo ordenamento. Washington de Barros Monteiro ensina que:

*“Objeto lícito é o segundo elemento; é a operação que os contratantes visaram a realizar, o interesse que o ato jurídico tem por fim regular. Não se confunde, evidentemente, com o objeto da obrigação, que consiste na prestação que o devedor está adstrito a fornecer ao credor e que este tem o direito de exigir daquele. O objeto da obrigação é isolado, concreto, singular, específico; o do contrato é idêntico em todas as estipulações da mesma natureza”.*¹⁷

2.3.3. Forma prescrita ou não proibida em lei.

O requisito da forma diz respeito à exteriorização da vontade das partes que celebram o contrato. A liberdade de formas é a regra em nosso ordenamento, salvo nos casos exigidos por lei. Segundo PEREIRA (1997, v.1:311), “o nosso direito despreza formalismos inúteis, deixando ao alvedrio das partes a escolha da modalidade convinhável para a emissão da vontade”.¹⁸

O Código Civil¹⁹ prevê duas categorias de forma específica para um ato jurídico. A primeira é a dos atos *ad solemnitatem*, nos quais inexistirá manifestação de vontade se está não obedecer a forma prevista em lei (v.g., escritura pública para transmissão de imóveis). A segunda é a dos atos *ad probationem*, nos quais a forma do ato é indispensável para sua prova (v.g., forma escrita para contratos com valor superior a dez salários mínimos).

¹⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, 5º vol., 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 6.

¹⁷ Idem. *Ibidem*.

¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v.I. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1997, p.311.

¹⁹ Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País. Art. 227. Salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados.

2.4.FORMAÇÃO DOS CONTRATOS.

O tema central desta pesquisa é justamente em que cenário estará inserido um contratante brasileiro, que celebra contrato no âmbito do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), caso ocorra a denúncia do ajuste.

A análise da formação dos contratos dá ao interprete a possibilidade de identificar, pelo exame da estrutura do negócio jurídico, quais normas extracontratuais serão aplicadas ao ajuste, e, mais importante, os efeitos da aplicação aos contratantes, bem como onde e como se processará, e a quem aproveitará, a denúncia do ajustado.

Assim, serão examinados, nos subitens a seguir, os institutos básicos da teoria geral dos contratos relativos ao proponente e ao aceitante, ao local de celebração e ao local de execução do ajuste, de modo a embasarmos a presente pesquisa com os conceitos que pressupõem o diagnóstico que será encontrado.

2.4.1. O proponente e o aceitante.

A celebração do contrato pressupõe o acordo de vontades das partes, como já comprovado anteriormente. Mas este acordo não nasce espontaneamente, concomitantemente. Sempre irá existir uma parte que propôs o ajuste e outra que aceitou o ajuste.

Quem inicia a *stipulatio* é o proponente, ou policitante. Ele faz a oferta (policitação) à determinada pessoa, ou a pessoas indeterminadas. Ele propõe os termos do contrato que podem ser aceitos pela outra parte. LOPES ensina que “a oferta é uma declaração unilateral do proponente, receptícia, e que deve conter, em princípio, os elementos essenciais do negócio jurídico”.²⁰

Quem concorda com os termos da oferta é o aceitante ou oblato. Ele anui aos termos da oferta, termos os quais o proponente é vinculado (a chamada força vinculante da oferta). A aceitação é o ato bastante para formar o contrato, ressalte-se, nos termos da proposta. VENOSA ensina que: “A aceitação sob condição ou com novos elementos equivale a uma nova proposta, uma contra proposta (...). Decorre daí que, para ser idônea a formar o contrato, a aceitação deve equivaler à proposta formulada”.²¹ A norma do art. 431 do Código Civil

²⁰ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil: fontes das obrigações*, v.3. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p86.

²¹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*, v.II.4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.535.

também é neste sentido: “Art.431. A aceitação fora do prazo, com adições, restrições, ou modificações, importará nova proposta”.

Portanto, a alteração dos termos da proposta pelo oblato inicial, transforma “quem é quem” nas negociações e na formação do contrato. Esta determinação é importante porque a lei aplicável ao contrato internacional, poderá ser a do lugar onde residir o proponente, tema que será melhor abordado nos próximos capítulos.

2.4.2. Local de celebração.

Diferem os dois termos, local de celebração e local de execução, a princípio. O local de celebração importa no lugar onde ocorreu o ajuste de vontades, o acordo, onde foi formado o contrato. É o local onde se constituíram as obrigações que serão prestadas pelas as partes. O local de execução refere-se ao lugar onde irá ocorrer, concretamente, a mutação da relação jurídica objeto de ajuste entre as partes. É onde ocorrerá a prestação devida pela obrigação contratualmente constituída.

Quando o contrato é firmado entre partes presentes, não há problema nesta determinação, pois o local de celebração será o lugar em que as partes em conjunto, concomitantemente, uniram suas vontades em torno de uma relação jurídica. Por exemplo, o local onde o instrumento contratual foi lavrado e assinado. Quando o contrato celebra-se entre ausentes poderá haver dúvida sobre onde ocorreu o consentimento. Considera-se entre ausentes os contratos celebrados sem a imediata aceitação, ou quando há um lapso de tempo entre proposta e aceitação. MARTINS esclarece que “consideram-se entre ausentes os contratos em que a parte a quem é dirigida a proposta não manifesta imediatamente a sua vontade, declarando se aceita ou se recusa.”²²

O critério de determinação da ausência é temporal para o Direito brasileiro. Por ficção legal, o art. 1.081, I, do Código Civil de 1916, incluía, sem ressalva, nos casos de celebração entre presentes, a formação por telefone. Assim, se não imediata, incluindo aí a aceitação por prepostos sem poderes específicos, a celebração dar-se-á entre ausentes. Desta forma, contratos celebrados por *fax* e *e-mail* seriam reputados entre ausentes e contratos por telefone e *e-conference* seriam contratos celebrados entre presentes.

Ressalva deve ser feita em relação à norma contida no art.435 do Código Civil, que estatui que “reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto”. Tal norma

²² MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.73.

refere-se aos contratos celebrados entre ausentes dentro do território nacional. O que deve ser esclarecido neste momento, é que local de propositura não é o local de residência do proponente. A distinção ganhará relevo nos capítulos seguintes, pois a regra do art.435 não se aplica aos contratos internacionais, pela existência de normas específicas de Direito Internacional Privado, como mencionado no sub-item anterior.

Portanto, para determinar o local de celebração de um contrato, deve-se atentar ao fato de este ter sido celebrado entre presentes ou ausentes. No segundo caso, a determinação do local de celebração, ou de constituição da obrigação contratual, dependerá da averiguação, no caso concreto, de quem é o proponente no ajuste celebrado.

2.4.3. Local de execução.

Quanto ao local de execução do contrato, como dito anteriormente, este é onde serão cumpridas as obrigações contratualmente assumidas pelas partes. É onde será executada a prestação devida.

A regra para determinação do local de execução das obrigações contratuais é a do ajuste entre as partes. Elas determinarão no contrato onde serão adimplidas as prestações devidas, se devidas, pois conforme o ajuste, existirão uma, duas ou mais obrigações a serem adimplidas, conforme seus deveres contratuais.

A doutrina classifica, desta forma, os contratos em unilaterais e bilaterais. VENOSA ensina que:

“Contratos bilaterais, ou com prestações recíprocas, são os que, no momento da sua feitura, atribuem obrigações a ambas as partes, ou para todas as partes intervenientes.(...) Sua característica é a sinalagma, ou seja a dependência recíproca de obrigações.(...) São unilaterais os contratos que, quando de sua formação, só geram obrigações para uma das partes.”²³

Temos ainda uma nova categoria contratual identificada como contratos plurilaterais, nos quais, segundo VENOSA, “cada parte adquire direitos e contrai obrigações com relação a todos os outros contratantes. Há um feixe de obrigações entrelaçadas e não uma oposição pura

²³ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*, v.II.4^a ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.408.

e simples de um grupo de contratantes perante o outro”.²⁴ Existe nesta espécie contratual, uma real triangulação de partes e obrigações, e não mera cumulação subjetiva num dos pólos obrigacionais ou contratuais. Estas considerações são necessárias para determinarmos o local de execução do contrato, pois para cada obrigação, poderá haver um lugar de cumprimento diferente.

Tratado o tema da quantidade de obrigações a serem cumpridas, resta esclarecer o local de execução das mesmas. Tais obrigações serão sempre um dar, um fazer ou um não fazer. O cumprimento destas, chama-se, genericamente, de pagamento. PEREIRA usa o termo pagamento:

*“(...) como forma de liberação do devedor, mediante prestação do obrigado, conceito que reúne as preferências dos escritores mais modernos.(...) Como execução voluntária, de obrigação de qualquer espécie, pagamento será a tradição da coisa, na obligatio dandi; pagamento a prestação do fato na obligatio faciendi; como pagamento ainda a abstenção na obligatio non facienda”.*²⁵

O lugar do pagamento determinará o lugar da execução do contrato para cada parte. A norma do art.327 do Código Civil estatui que “efetuar-se-á o pagamento no domicílio do devedor, salvo se as partes convencionarem diversamente, ou se o contrário resultar da lei, da natureza da obrigação ou das circunstâncias”. A norma do art.78 estabelece que “nos contratos escritos, poderão os contratantes especificar o domicílio onde se exercitem e cumpram os direitos e obrigações deles resultantes”. Assim, a aplicação da lei ou dos costumes será sempre supletiva à vontade das partes, quanto à determinação do local de execução do contrato.

²⁴ Op. Cit. P.415

²⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v.II. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.114.

3. OS CONTRATOS INTERNACIONAIS E O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO.

3.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

No capítulo anterior foram analisados os institutos básicos da teoria das relações contratuais, conforme sistema jurídico brasileiro. Neste capítulo, a presente pesquisa irá abordar aspectos jurídicos preliminares dos contratos internacionais, pois estes são o substrato fático do tema escolhido.

Os contratos internacionais estão inseridos como espécie do gênero contrato, uma vez que também são atos bilaterais de mutação de relações jurídicas. Seu diferencial reside na internacionalidade, como a terminologia classificatória explícita. Esta internacionalidade vem do fato do contrato possuir elementos de conexão com dois ou mais sistemas jurídicos diferentes. RODAS ensina que “o traço diferenciador entre um contrato internacional e um outro não internacional é justamente estar o primeiro potencialmente vinculado a mais de um sistema jurídico”.²⁶ Segundo STRENGER, os elementos de conexão são “expressões legais de conteúdo variável, de efeito indicativo, capazes de permitir a determinação do direito que deve tutelar a relação jurídica em questão”²⁷

Com o efeito globalizante da ordem econômica contemporânea, mais e mais contratos celebrados ligam sistemas jurídicos diferentes. A integração econômica internacional é o principal fator catalisador deste fenômeno, pois as zonas de livre comércio, as uniões aduaneiras e os mercados comuns fomentam a circulação de riquezas entre nações através do estímulo governamental à celebração de contratos internacionais privados.

Este critério de economicidade transnacional é usado pela jurisprudência francesa para determinar a existência de um contrato internacional. Além do critério da vinculação estrutural a mais de um sistema jurídico, RODAS ensina que “haveria um outro, de conotação econômica: o contrato deveria ser de interesse da economia internacional, ou seja, ultrapassar o lindes de uma única economia nacional”.²⁸

²⁶ RODAS, João Grandino. Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro relativamente às obrigações contratuais. In: Idem (coord). *Contratos Internacionais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.21.

²⁷ STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2000, p.353.

²⁸ RODAS. Op. Cit. P.21.

Assim, temos que nesta espécie contratual, há a potencialidade de aplicação de dois ou mais sistemas jurídicos, pois estes estão ligados à relação jurídica através de um ponto de conexão, de internacionalidade. Este é o problema central do Direito Internacional Privado, e sua tarefa principal, como ensina VALLADÃO, ao dizer:

*“O Direito Internacional Privado visa a solucionar o conflito de leis no espaço, isto é, regular os fatos em conexão, no espaço, com leis autônomas e divergentes. É, pois, o direito que rege os fatos em translação, girando através do espaço ao redor de leis diversas ou de fatos situados entre leis espacialmente contrárias ou o direito que concerne à atividade de uma lei além de sua órbita, além do território, além das pessoas, a que foi feita”.*²⁹

Assim, teremos, caso a caso, diferentes normas aplicáveis conforme forem os elementos de conexão do Direito Internacional Privado, encontrados no contrato internacional e subsumidos à legislação. As conseqüências desta subsunção são as mais variadas, pois a existência de direito subjetivo a um contratante pode existir em um ordenamento e inexistir no outro. E mais, a subsunção vai estabelecer qual sistema jurídico que vai exercer a jurisdição no caso concreto.

Esta diferenciação costuma ser ignorada por parte da doutrina e jurisprudência, que utiliza o termo “direito aplicável” como gênero para institutos diferentes do Direito Internacional Privado. Uma coisa é o direito material que irá governar o contrato, outra coisa é quem irá “dizer este direito”, exercer a jurisdição. Tal distinção será abordada nos próximos itens.

3.1.1. Competência legislativa e jurisdicional.

O direito internacional privado forma-se de normas determinadoras do direito aplicável a uma relação jurídica internacional. Não as normas que serão aplicadas ao caso concreto, mas as que indicarão qual sistema jurídico será utilizado para tutelar o caso concreto.

²⁹ VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*, v.i. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p.4.

Como ensina FRANCESCHINI:

*“No Direito Internacional Privado brasileiro vigente, embora ainda haja certa confusão entre lei aplicável e foro, notadamente face a uma quase irresistível tendência em favor da aplicação da lei do foro aos contratos internacionais, (...) seja em face da complexidade e dificuldades práticas que se antepõem à aplicação do Direito Privado estrangeiro, seja em decorrência da relativamente pouca tradição dos tribunais e juízes brasileiros no trato de questões de Direito Internacional Privado em sede de contratos internacionais, os dois temas são absolutamente distintos um do outro”.*³⁰

Assim, haverá, numa demanda internacional, uma autoridade legislativa competente e uma autoridade judiciária competente. A primeira liga-se ao direito material aplicável ao contrato, e a segunda, a quem irá exercer tal jurisdição.

Sobre a competência legislativa, esclarece GARCIA JUNIOR:

*“Por vezes, dois ou mais ordenamentos jurídicos estão efetivamente aptos a regular o contrato, dependendo do que dispuserem a respeito suas normas jurídicas internas. (...) Se um contrato internacional apresenta pontos de conexão com ordenamentos de dois ou mais Estados, é necessário identificar qual ordenamento jurídico deve prevalecer para regular efetivamente o contrato”.*³¹

Em relação à competência jurisdicional, temos que esta determina o foro que irá apreciar eventual demanda judicial oriunda do contrato. Tais regras são as relativas à competência internacional, os limites à Jurisdição dos Estados conectados ao contrato internacional. LEVENHAGEN, ensinando sobre o poder jurisdicional, diz que “a essa atribuição do estado de intervir e decidir conflitos é que se denomina jurisdição, que é o poder de conhecer dos entrechoques de interesses jurídicos, decidi-los e executar as respectivas decisões”.³²

³⁰ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. A lei e o Foro de Eleição em tema de Contratos Internacionais. In: RODAS, João Grandino (coord.). *Contratos Internacionais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.67-68.

³¹ GARCIA JUNIOR, Armando Alves. *Foro competente e lei aplicável aos contratos internacionais*. São Paulo: LTr, 2002, p. 20.

³² LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. *Manual de Direito Processual Civil*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 27.

MARQUES ensina que:

*“A Jurisdição deve, portanto, ser determinada pelo estado onde ele, válida e eficazmente, exerça sua soberania. Na realidade, o problema, antes de ser processual, é de ordem pública internacional, restringindo-se a eficácia das leis de cada Estado ao respectivo território. (...)jurisdição, teoricamente, não tem limites. Assim, devemos, antes de mais nada compreender que a jurisdição implica num ato de soberania dos Estados.(...) O objetivo da disciplina da competência internacional é portanto o de definir o poder, da jurisdição nacional, e congruentemente, a dos estrangeiros, no sentido de saber se uma dada causa está, ou não, submetida à jurisdição nacional(...)”.*³³

Portanto, num contrato internacional, poderá haver dois ou mais Estados potencialmente aptos a exercer jurisdição, isto é, dois ou mais foros competentes, bem como, dois ou mais ordenamentos jurídicos potencialmente aplicáveis ao contrato, isto é, duas legislações.

3.2. A AUTONOMIA DA VONTADE NA ESCOLHA DO FORO E DA LEI APLICÁVEL.

A complexidade de um contrato internacional vai além de suas cláusulas, válidas entre as partes. O contrato internacional engloba questões supranacionais, e conseqüências de ordem processual e material de grande importância. Mas ele não deixa de ser um contrato: um acordo de vontades sobre a mutação de relações jurídicas. Sendo um acordo de vontades, estas, a princípio, poderão prever onde será exercida a jurisdição e qual será o direito material aplicável ao contrato. Necessário, então, um exame preliminar da autonomia da vontade das partes em relação à eleição do foro e da lei aplicável ao contrato internacional. A autonomia da vontade decorre da liberdade do homem, de seu livre-arbítrio.

Nádia de Araújo ensina que:

“Na ordem interna, autonomia significa que as partes podem fixar livremente o conteúdo dos contratos dentro dos limites da lei, ou seja, em face das normas imperativas e da ordem pública. É o poder reconhecido pela ordem jurídica aos

³³ MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *Jurisdição, Competência Concorrente e Competência Exclusiva*. In: *DIP*, março de 2002. Disponível em <<http://www1.dip.com.br/doutrina/texto.pdf?id=1342>>. Acessado em 24 de maio de 2004.

indivíduos de criar situações jurídicas. Por outro lado, na ordem internacional, a autonomia da vontade significa a liberdade das partes de escolherem outro sistema jurídico para regular o contrato. Isso quer dizer que a autonomia das partes, no DIPr, tem por objeto a designação de uma lei aplicável ao contrato.”³⁴

Assim, a autonomia da vontade nos contratos internacionais liga-se à questão da soberania dos países ao regular as relações jurídicas conexas aos seus Estados. Se as atividades jurisdicionais e legislativas são precípua do Estado em seu território, a possibilidade de afastar a tutela estatal envolveria um confronto de questões de ordem pública e privada. Assim, as normas atinentes à soberania legislativa e jurisdicional, poderiam ser afastadas no caso concreto pela vontade das partes.

Sobre normas de ordem pública, PEREIRA ensina que “público é o direito que tem por finalidade regular as relações do estado com outro Estado, ou as do Estado com seus súditos, quando procede em razão do poder soberano, e atua na tutela do bem coletivo; direito privado é o que disciplina as relações entre pessoas singulares, nas quais predomina imediatamente o interesse de ordem particular”.³⁵

A discussão doutrinária sobre a natureza das normas de determinação do foro e lei aplicável ao contrato sempre existiu no direito pátrio. ARAÚJO sintetiza as posições da seguinte forma:

“Vizualizamos, assim, que há na doutrina pátria três correntes distintas de pensamento: a primeira, daqueles enfaticamente contrários à autonomia da vontade; a segunda, daqueles a favor, desde que limitada a regras supletivas, excluindo-se, portanto, a possibilidade de sua aplicação ao contrato como um todo; e finalmente a terceira, daqueles favoráveis a teoria de forma mais ampla. Essas posições sempre existiram ao longo da história do DIPr e até o momento atual.”³⁶

Embora o tema da autonomia da vontade nos contratos internacionais seja rico para pesquisa e discussão doutrinárias, ele não será abordado com a devida profundidade, pois o tema específico da pesquisa, é a ausência ou invalidade da eleição de foro e lei aplicável aos contratos internacionais no âmbito do Mercado Comum do Sul. Mas para manter-se o devido

³⁴ARAÚJO, Nádia de. *Contratos Internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 49.

³⁵PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v.i. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 13.

³⁶ARAÚJO. OP. Cit P. 117.

embasamento teórico, ARAÚJO resume a posição do direito pátrio, ao dizer que, “no estágio atual da legislação brasileira, a escolha da lei aplicável a um contrato internacional, nos moldes reconhecidos pela comunidade internacional, não encontra amparo na legislação vigente (...)”.³⁷

FRANCESCHINI confirma tal posição, alegando que as “regras conflituais são imperativas e, portanto, insuscetíveis de modificação pela vontade dos interessados. Esta pode exercer sua influência tão-somente no âmbito das disposições supletivas ou facultativas da lei aplicável indicada pelo Direito Internacional Privado Positivo, aí se exaurindo a vontade das partes”.³⁸

Em relação à eleição de foro, o doutrinador ensina que “o sistema jurídico brasileiro tem historicamente admitido foro de eleição, seja em termos de doutrina, seja de jurisprudência e de direito positivo. (...) O foro de eleição, (...), é admissível no Brasil, desde que inexista fraude à lei, violação de princípios de ordem pública, desatenção aos limites da liberdade contratual em tema de Direito Processual Internacional(...)”.³⁹

Desta forma, parte-se da seguinte premissa para o desenvolvimento da presente pesquisa: há normas imperativas no ordenamento pátrio, relativas à eleição de foro, bem como há normas supletivas a vontade das partes; as normas relativas ao direito material aplicável são imperativas, não deixando espaço para a vontade privada. Cada caso será analisado nos capítulos seguintes, quando abordaremos, justamente, o ordenamento pátrio e comunitário.

³⁷ ARAÚJO, Nádya de. *Contratos Internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*. 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.118.

³⁸ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. A lei e o Foro de Eleição em tema de Contratos Internacionais. In: RODAS, João Grandino (coord.). *Contratos Internacionais*. 3^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.114.

³⁹ Op. Cit. P. 116-117.

4. FORO COMPETENTE NO SISTEMA NORMATIVO BRASILEIRO.

4.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

Do exame feito até agora, que abordou a estrutura dos contratos e as principais peculiaridades dos contratos internacionais, surge a questão de se saber qual Estado irá exercer a jurisdição sobre determinado contrato internacional, uma vez que este se conecta a mais de um ordenamento. Passa-se, então, a analisar as regras que determinam o foro competente.

No ordenamento pátrio, dois diplomas legais regem a matéria relativa ao foro competente no Mercado Comum do Sul (MERCOSUL): a Lei n. 5.869/73 e o Decreto 2.095/96. O primeiro diploma legal é o Código de Processo Civil (CPC), que regula os casos de competência interna e internacional, o segundo é o Protocolo de Buenos Aires, que regula a jurisdição internacional em matéria contratual. Ambas as normas tem o mesmo nível hierárquico no ordenamento, e complementam-se, quando da análise da questão relativa ao foro competente.

O estudo das normas relativas ao foro antes da análise das normas de direito material aplicável, deve-se ao fato dos juízes quase sempre, aplicarem a lei do foro, ou *lex fori*, quando se deparam com uma lide originária de um contrato internacional. Comenta FRANCESCHINI, que há, no direito pátrio, “uma quase irresistível tendência em favor da aplicação da lei do foro aos contratos internacionais, fenômeno, aliás, também freqüente entre juízes alemães e ingleses (...) em face da complexidade e dificuldades práticas da aplicação do Direito Privado estrangeiro (...)”.⁴⁰

Assim, os juízes se apegam a questão da soberania estatal na atividade jurisdicional, ilimitada e imperativa, esquecendo que a questão do foro envolve competência internacional, como ressalta DE NARDI, “e não de jurisdição, pois o debate não está nos limites dos Poderes Soberanos Estatais, mas sim em como os diversos Estados Soberanos estabelecem os princípios de coexistência das diversas jurisdições”.⁴¹

⁴⁰ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. A lei e o Foro de Eleição em tema de Contratos Internacionais. In: RODAS, João Grandino (coord.). *Contratos Internacionais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.67.

⁴¹ DE NARDI, Marcelo. Eleição de foro em contratos internacionais: uma visão brasileira. In: RODAS, op.cit.p.127.

PONTES DE MIRANDA conceitua competência internacional como “a competência judiciária distribuída a cada Estado pela ordem supra-estatal. É o poder de julgar, indiferente à repartição desse poder feita pelo Estado. Quando o Estado reparte esta jurisdição, essa *iudicis dandi licentia*, então se chama, ao poder de julgar “repartido”, competência”.⁴²

A definição de competência internacional para julgar liga-se ao princípio da efetividade da jurisdição. BARBI ensina que “a jurisdição sofre uma limitação, a partir do momento que ela deve produzir efeitos, numa outra jurisdição, é o princípio da efetividade, que vem a ser o poder de tornar efetivo aquilo que foi decidido(...)”.⁴³

Assim, MARQUES ensina que “as normas de competência internacional possuem dupla finalidade: (...) regular o conhecimento originário de uma lide que, por sua natureza, pode ser julgada pela Justiça de um ou mais Estados; e reconhecer ou não questões decididas por Judiciários ou autoridades privadas estrangeiros que, por diversas razões, podem ter eficácia no território nacional (...)”.⁴⁴

Na matéria relativa à competência internacional, disciplinada pelo Código de Processo Civil (CPC), encontra-se o primeiro limite à jurisdição brasileira e estrangeira. Passa-se, então, no próximo item, a analisar as regras de determinação da competência internacional existentes no CPC de 1973.

4.2. COMPETÊNCIA INTERNACIONAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

4.2.1. Competência exclusiva e concorrente.

O CPC estatui no art. 89, que a autoridade judiciária brasileira é competente, com exclusão de qualquer outra, nas causas relativas a imóveis situados no Brasil e nas causas de inventário e partilha de bens, situados no Brasil.

Nestes casos, não haverá efetividade de jurisdição de qualquer Estado estrangeiro, integrante do Mercado Comum do Sul ou não. Desta forma, a análise do art.89 fica prejudicada, por ser questão de competência exclusiva, norma expressa que não dá margem à autonomia da vontade contratual.

⁴² PONTES DE MIRANDA, F.C. *Comentários ao Código de Processo Civil, v.II*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p.172.

⁴³ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil, v.II*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p.239.

⁴⁴ MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *Jurisdição, Competência Concorrente e Competência Exclusiva*. In: *DIP*, março de 2002. Disponível em <<http://www1.dip.com.br/doutrina/texto.pdf?id=1342>>. Acessado em 24 de maio de 2004.

GARCIA JUNIOR esclarece que “nessas duas hipóteses, a escolha do foro estrangeiro será ineficaz, ainda que resulte de expressa manifestação de vontade das partes”.⁴⁵ O processo poderá correr em foro alienígena, mas a decisão nunca será efetiva em foro nacional, pois não será homologada pelo Supremo Tribunal Federal, pois não preenche os requisitos da Lei de Introdução do Código Civil, art.15, inciso I, que exige que esta seja proferida por juiz competente.

O art.88 do CPC traz os casos de competência concorrente entre a autoridade judiciária brasileira e a estrangeira. Nestes casos, há possibilidade de efetiva jurisdição estrangeira no território nacional, obedecidas as formalidades legais da lei de introdução supracitada. O juiz nacional, se provocado, deverá exercer a atividade jurisdicional, concorrentemente ao juiz alienígena, por ser o acesso à Justiça um direito subjetivo público do cidadão. Diz a lei:

“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 que ser cumprida a obrigação;

III – a ação se originar de fato ocorrida ou fato 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.”

Nestas causas, tanto o juiz brasileiro quanto o estrangeiro poderá exercer a atividade jurisdicional.

O inciso primeiro representa o brocardo latino *actor sequitur forum rei*. O autor segue o réu para formar a lide. TORNAGHI esclarece que “é fácil entender a razão pela qual o réu deva ser perseguido no foro de seu domicílio. Convém que o processo corra no lugar mais idôneo para a solução rápida, econômica e acertada (...) é inegável que se deve optar em favor do réu; ele é o acionado; ele é o que vai ter de defender-se (...)”.⁴⁶ Ressalte-se que o parágrafo único amplia o conceito de domicílio da pessoa jurídica estrangeira, ampliando, também, a competência nacional, ao determinar que qualquer filial, agência ou sucursal equipara-se a domicílio.

⁴⁵ GARCIA JUNIOR, Armando Alves. *Foro competente e lei aplicável aos contratos internacionais*. São Paulo: LTr, 2002, p. 33-34.

⁴⁶ TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil, v.I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p.323.

O inciso II aborda o local de cumprimento da obrigação, *actor sequitur forum excutionis*. Não importa onde foi celebrado o contrato internacional, mas qual das prestações (bilateralidade) é requerida, e onde ela deva ser cumprida. Para tanto, deve-se atentar para a estrutura contratual, determinando quais as obrigações das partes e onde elas devem ser executadas. No capítulo dois do presente trabalho foi feita a devida diferenciação entre lugar de celebração e lugar de execução, mas à guisa exemplificativa, se em contrato de compra e venda internacional, vendedor argentino, após recebimento do preço, não entrega a mercadoria no país, conforme ajustado, poderá o comprador brasileiro acionar o Judiciário pátrio.

O inciso III dá competência concorrente ao juiz brasileiro se fato ocorrido ou praticado no Brasil é que embasa o pedido. Fato, nesta norma, engloba os conceitos de fato e ato jurídico: se o contrato internacional foi celebrado no país, será competente o juiz brasileiro; se fato que embasa o pedido ocorreu no Brasil, mesmo que o contrato tenha sido celebrado no estrangeiro, será competente o juiz nacional. Por exemplo, num contrato de compra e venda internacional, com a cláusula “*door to door*”,⁴⁷ se evento não imputável ao vendedor brasileiro impediu a entrega da mercadoria, este poderá acionar o Judiciário local para evitar a mora contratual.

4.2.2. Eleição de foro perante o CPC: admissibilidade e litispendência internacional.

Importante questão, para o presente trabalho, é a possibilidade de eleição de foro competente para dirimir controvérsias contratuais internacionais ante as regras de competência internacional concorrente do CPC. Tal questão é bastante relevante para avaliarmos a eficácia e exigibilidade das cláusulas contratuais de fixação do foro competente nos contratos celebrados no âmbito do Mercosul, diante do atual sistema jurídico brasileiro.

Como ensina GARCIA JUNIOR, “pode ocorrer que a legislação do país do foro considere aquele caso suficientemente conectado ao seu ordenamento jurídico ou a sua vida nacional, de modo que a eleição do foro pelas partes é substituída pela imposição do foro pela norma jurídica”.⁴⁸ Assim, haverá restrição da autonomia da vontade das partes.

⁴⁷ Cláusula contratual frequentemente utilizada no transporte terrestre de mercadorias, que significa que a mercadoria sai da porta do estabelecimento do vendedor para a porta do estabelecimento do comprador.

⁴⁸ GARCIA JUNIOR, Armando Alves. *Foro competente e lei aplicável aos contratos internacionais*. São Paulo: LTr, 2002, p. 29.

Como visto anteriormente, há casos de competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira, previstos no art. 89 do CPC. Nestes casos, a norma é taxativa ao impedir a eficácia do ajuste das partes em sentido contrário, bem como da sentença estrangeira a ser cumprida no país. Isso é o que se infere da norma da alínea “a”, do art. 15 da Lei de Introdução do Código Civil, que exige a competência do juízo para a execução.

Quanto à eleição de foro nos casos de competência concorrente do art.88 do CPC, comenta ARAÚJO que “a aceitação da cláusula como válida é pacífica, mas sua implementação pode sofrer reveses quando estiver em jogo a competência da justiça nacional. Assim, por diversas vezes os tribunais brasileiros não a aceitaram como causa de exceção de incompetência (...)”.⁴⁹ Um exemplo da situação, é o recente acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, com ementa transcrita abaixo:

“APELAÇÃO CÍVEL. COMPETÊNCIA CONCORRENTE. FORO DE ELEIÇÃO DE JUSTIÇA ESTRANGEIRA. Se a empresa ré, sediada no Brasil, sub-rogou o contrato de distribuição celebrado com outra empresa também domiciliada no Brasil, inequívoca a competência da Justiça Nacional para o processamento e julgamento da demanda, ainda que haja cláusula de eleição de foro estipulando os Tribunais de Madri para o exame de matéria. Demais disso, a hipótese versada nos autos é de competência internacional concorrente do Juiz Brasileiro, não podendo ser afastada pela vontade das partes, na medida em que está diretamente relacionada com a soberania nacional. Recurso Provido. (TJRJ, AC n.2003.001.03058. 11ª Câmara Cível. Rel. Des. José Carlos de Figueiredo. Unânime. Julgado em 07/05/2003)”.

Dois argumentos são encontrados na doutrina e jurisprudência para invalidar a eleição de foro em contrato internacional: o primeiro baseia-se na observância da proteção à soberania nacional, da ordem pública e dos bons costumes, conforme o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (STF), em seu art.216.⁵⁰

O segundo é a afirmação de que o direito subjetivo à jurisdição é público, irrenunciável, e, portanto, inválida a exceção de incompetência do foro nacional.

⁴⁹ ARAÚJO, Nadia de. Contratos Internacionais e a Jurisprudência Brasileira: Lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro. In: RODAS, João Grandino (Coord.). *Contratos Internacionais*. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2002, p.228.

⁵⁰ Art.216.Não será homologada sentença que ofenda a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

CARNEIRO esclarece tal posicionamento:

*“A imposição de tribunal estrangeiro para dirimir lides relativas a contrato executado ou em execução no Brasil é ofensiva ao direito constitucional de acesso à Justiça brasileira e, assim, ofensiva à própria soberania estatal. O direito de invocar a jurisdição brasileira não pode ser previamente (antes do surgimento da lide, em concreto) excluído ou renunciado. (...) As normas definidoras de competência concorrente da Justiça brasileira, previstas no diploma processual civil, são de direito público e delas não podem os interessados previamente abdicar, eis que a disponibilidade da Jurisdição constitui manifestação inerente à soberania estatal”.*⁵¹

Desta forma, poderá haver litispendência, ou seja, “a existência de dois ou mais processos concomitantemente, com as mesmas partes, o mesmo pedido e idêntica causa de pedir”.⁵² O art.90 do CPC, inclusive, afirma que não haverá trancamento do processo, em trâmite, concomitantemente, no Brasil pelo fato de haver lide idêntica em foro estrangeiro (litispendência internacional).

Feitas estas considerações, não há como conceber esta excessiva proteção à jurisdição brasileira, para dirimir controvérsias oriundas das relações de comércio internacional, principalmente diante da inserção do Brasil no Mercosul. Não há segurança jurídica que fomenta a atividade comercial internacional. GARCIA JUNIOR faz um quadro geral sobre as conseqüências da litispendência internacional:

“É provável que ambos os processos culminem com decisões prolatadas por seus respectivos juízes nacionais. A questão, desse modo, se refletirá como se segue: a) decisão brasileira proferida antes da decisão estrangeira; - se a decisão brasileira tiver de ser cumprida aqui, não haverá maiores dificuldades – se a decisão brasileira tiver que ser cumprida no estrangeiro precisará ser homologada perante o órgão competente deste país. b) decisão estrangeira proferida antes da decisão brasileira; - se a decisão estrangeira tiver de ser cumprida em seu próprio país, não haverá maiores dificuldades. – se a decisão estrangeira tiver de ser cumprida no Brasil, deverá ser homologada perante o órgão competente (Supremo Tribunal Federal) c) decisão brasileira e estrangeira são proferidas simultaneamente; - isso raramente

⁵¹ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.46-48.

⁵² WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil*, v.1. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.66.

*ocorre. Ainda que ocorra, diferença alguma fará, pois pragmaticamente se enquadrará nas duas hipóteses anteriores (“a” e “b”).*⁵³

Destarte, não restou alternativa aos integrantes do MERCOSUL, senão elaborar normas para eleição do foro em contratos internacionais no âmbito da comunidade. Tais normas encontram-se no Protocolo de Buenos Aires, a seguir analisado.

4.3.O PROTOCOLO DE BUENOS AIRES.

O Protocolo de Buenos Aires regula a jurisdição contenciosa internacional relativa aos contratos civis e comerciais celebrados entre particulares, no âmbito do MERCOSUL. Este Protocolo aplica-se aos países signatários do Tratado de Assunção (Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai), em suas relações, bem como aos casos em que uma das partes no contrato tenha sua sede ou domicílio social num Estado-Parte da comunidade. Portanto, diante do escopo desta pesquisa, esta norma deve ser cuidadosamente analisada para avaliar a exigibilidade das cláusulas contratuais de foro competente, usadas para dirimir controvérsias oriundas das relações comerciais no âmbito do MERCOSUL.

Conforme o artigo 2º do Protocolo, suas regras não se aplicam aos contratos entre falidos e credores, contratos de trabalho e administrativos, sobre direito de família e sucessões, seguridade social, relações consumeristas, de transporte e seguro, bem como as de direitos reais. Tais ressalvas devem-se ao fato destes contratos terem regulamentação específica em leis esparsas, bem como pela matéria neles envolvida fugir do âmbito estritamente comercial, cujo fomento é a finalidade das normas comunitárias.

A grande finalidade do Protocolo é dar segurança jurídica para o desenvolvimento do comércio no Mercado Comum do Sul, através da definição de foro competente para solução de litígios. Assim, prevê que art. 3º que o requisito processual de jurisdição internacional estará satisfeito quando o Poder Judiciário de Estado-Parte assumir a jurisdição contenciosa, nos termos do Protocolo. O objetivo de tal norma é justamente evitar o conflito jurisdicional positivo entre os Estados-Partes do MERCOSUL.

⁵³ GARCIA JUNIOR, Armando Alves. *Foro competente e lei aplicável aos contratos internacionais*. São Paulo: LTr, 2002, p. 32.

4.3.1. Eleição de foro.

O art.4º prevê a possibilidade de eleição de foro competente para a solucionar conflitos decorrentes dos contratos. As partes deverão acordar por escrito sobre qual será o foro competente para a solução de eventual controvérsia.

A escolha do foro competente pode dar-se em diferentes momentos, conforme o art.5º, item 1º, do Protocolo, ocorrendo quando da celebração do contrato, durante sua vigência ou quando suscitado o litígio. Mas a eleição depende de alguns requisitos de validade.

O primeiro deles refere-se a vício de vontade da parte contratante quando da eleição do foro: se a eleição deu-se de forma abusiva, esta não prevalecerá. A definição de abusividade não é dada pelo Protocolo, devendo ser buscada na teoria geral do direito contratual. Trata-se de situação de ausência de paridade de força na vontade das partes, quando do consentimento acerca do foro competente.

Segundo VENOSA:

“A idéia de contrato absolutamente paritário é aquela insita ao direito privado. Duas pessoas, ao tratarem de um objeto a ser contratado, discutem todas as cláusulas minudentemente, propõem e contrapõem a respeito de preço, prazo, condições, formas de pagamento, etc. até chegarem ao momento culminante, que é a conclusão do contrato.(...) É evidente que o contrato essencialmente privado e paritário ocupa hoje parcela muito pequena do mundo negocial, embora não tenha desaparecido.”⁵⁴

A abusividade será sempre determinada casuisticamente, pois as presunções legais de hipossuficiência de uma das partes foram excluídas do âmbito de aplicação do Protocolo, como contratos de consumo, de trabalho e administrativos. DE NARDI exemplifica a situação ao dizer que “na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é tradicionalmente repellido o deslocamento convencional da competência, por exemplo, em contratos de adesão (...)”.⁵⁵ Ilustrando tal posicionamento, leia-se a ementa abaixo transcrita:

“CONTRATO DE TRANSPORTE DE MERCADORIAS.CLÁUSULA ELETIVA DE FORO ESTRANGEIRO.INADMISSIBILIDADE. DEC.19.473 DE 1980.Não pode a

⁵⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*, v.II.4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.380.

⁵⁵ DE NARDI, Marcelo. Eleição de foro em contratos internacionais: uma visão brasileira. In: RODAS, op.cit. p.148.

convenção que elege foro estrangeiro para conhecimento da causa referente a falhas na execução do contrato de transporte, se a cláusula não é a expressão inequívoca da vontade das partes. (STF. Recurso Extraordinário 18.615, Rel. Min. Antonio Vilas Boas, julg. 21/06/1957, 2ª Turma)”

O segundo requisito de validade encontra-se no art.5º, item 2º, que dita que a validade da eleição do foro, e seus efeitos regem-se pelas normas dos Estados-Parte que teriam jurisdição em conformidade com o Protocolo. Como explica GARCIA, “a intenção do Protocolo foi unificar as regras a respeito da jurisdição internacional, essas regras da *lex fori* de cada Estado, que admitem ou repudiam a escolha de foro de outro país, seriam, em princípio, afastadas pelas regras do Protocolo”.⁵⁶

Deve-se, então, averiguar quais são as regras de determinação da jurisdição internacional competente no Protocolo, para então ser verificada a validade de eleição perante o foro que seria competente.

Segundo o art.7º do Protocolo, na ausência de acordo, tem jurisdição à escolha do autor: o juízo do lugar de cumprimento do contrato; o juízo do domicílio do demandado; o juízo de seu domicílio ou sede social, quando demonstrar que cumpriu sua prestação. Estas são as únicas regras subsidiárias de determinação de jurisdição internacional do Protocolo.

Assim, as regras de escolha são alternativas, e não sucessivas, podendo a parte demandante escolher seu domicílio, o domicílio do devedor ou o lugar de cumprimento do contrato. A redação do art.7º, segundo GARCIA JÚNIOR, tornou o art. 5º, item 2º, inócuo, pois as regras atribuidoras de jurisdição “(...) não existem! Além da escolha do foro (jurisdição principal), somente existem as regras pertinentes à jurisdição subsidiária, mas essas podem ser escolhidas pelo autor da ação!”. E conclui o autor dizendo que “a validade e efeitos da eleição de foro são regidos pelo Direito dos Estados envolvidos. Ambos os Estados devem admitir a eleição de foro e em ambos a hipótese não pode se enquadrar na competência exclusiva da autoridade judiciária nacional”.⁵⁷

Desta forma, não será válida a eleição de foro estrangeiro nos casos de competência exclusiva elencados no art.89 do CPC, bem como nos casos de abusividade da eleição. Portanto, a autoridade judiciária deverá atentar somente a estes dois requisitos quando do julgamento da competência internacional por prorrogação da jurisdição.

⁵⁶ GARCIA JUNIOR, Armando Alves. *Foro competente e lei aplicável aos contratos internacionais*. São Paulo: LTr, 2002, p. 39.

⁵⁷ Idem, *ibidem*.

4.3.1.1. Prorrogação da Jurisdição e a Litispendência internacional.

Pelo analisado até agora, temos que a eleição do foro é possível no ordenamento pátrio, para os contratos internacionais no âmbito do MERCOSUL. O Protocolo virou norma interna, através do Decreto Legislativo n. 129/95 e do Decreto de promulgação n. 2.905/96, como determina a Constituição Federal, no art.84,VIII.⁵⁸ Se é norma interna, deve ser aplicado pelos tribunais. Como ensina FRAGA, “fazendo expressa referência à aplicação da norma convencional pelos tribunais, as nossas Constituições, implicitamente, determinam sua aplicação sem a exigência de uma lei que disponha sobre a mesma matéria nele contida. Se outro fosse o entendimento, diversa seria a disposição constitucional”.⁵⁹ Essa é a exegese da norma do art. 119 da Constituição Federal, que regula os casos de cabimento de Recurso Extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal.⁶⁰

Então, se o Protocolo virou norma interna, deve-se averiguar sua hierarquia em relação às demais fontes internas (em especial, às normas processuais analisadas). Pelo exame do art.119, deve-se admitir a equivalência hierárquica de ambas as fontes (Protocolo e CPC). FRAGA corrobora o entendimento, sustentando que a Constituição “(...) não estabeleceu qualquer prioridade, colocando o tratado e a lei no mesmo nível, apenas suplantado pela própria Carta. Assim, as disposições convencional e legislativa têm o mesmo valor, estão no mesmo plano de igualdade, têm o mesmo status: com a integração no direito interno, o tratado passa a ser lei, estando, com ela, em situação de igualdade hierárquica”⁶¹

Portanto, há uma aparente conflito normativo entre Protocolo de Buenos Aires e Código de Processo Civil. Sobre o tema, FERRAZ JUNIOR ensina que “os ordenamentos modernos contém uma série de regras ou critérios para a solução de conflitos normativos historicamente corporificados como os critérios hierárquicos (*lex superior derogat inferiori*), de especialidade (*lex specialis derogat generalis*), cronológicos (*lex posterior derogat priori*)

⁵⁸ Art.84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...)VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

⁵⁹ FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.49.

⁶⁰ Art.119. Compete ao Supremo Tribunal Federal: (...) III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida:a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

⁶¹ FRAGA. Op. Cit. p.79.

(...)”.⁶²É a lei especial que derroga a geral: nos contratos civis e comerciais no âmbito do MERCOSUL, a eleição do foro é permitida, e a soberania estatal limitada (competência concorrente), devendo o art.88 e 90 do CPC serem interpretados desta maneira, sob pena de admitirmos o Protocolo como norma sem sentido ou eficácia real no ordenamento pátrio.

Argumentando neste sentido, FRAGA ensina que:

*“(...) a Constituição determina a supremacia do tratado, apenas, sobre lei ordinária e sobre os atos que a ela se equiparam. Ao aprovar o tratado, dando aquiescência à matéria nele disciplinada, o Congresso Nacional manifesta seu assentimento à maneira como foi tratado assunto sobre o qual tem competência para legislar. Implicitamente, concorda, também, senão com a revogação, pelo menos com o afastamento da eficácia das normas, anteriormente editadas.”*⁶³

Assim, o juiz nacional deveria admitir a validade da eleição do foro estrangeiro, se não ocorrerem os casos citados (abuso e competência exclusiva). Se tal eleição fosse admitida, o juízo nacional deveria, por razão lógica, declarar-se incompetente para o feito, ante a eleição de foro alienígena e prorrogação da jurisdição.

Para ilustrar a situação, uma ação revisional de contrato internacional celebrado no Brasil, intentada no país, mas com foro contratual validamente eleito na Argentina, deveria ser extinta, sem julgamento de mérito, se a competência brasileira fosse impugnada pelo réu.

Ou seja, a alegação de que o acesso à Jurisdição não pode ser suprimido pela vontade das partes, que embasa a possibilidade da litispendência internacional, não poderia mais ser acatada, por força do art.1º do Protocolo, que estabelece a prorrogação da jurisdição.

Nadia de Araújo cita um exemplo de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre eleição de foro escorada no Protocolo de Buenos Aires, uma Carta Rogatória de Citação do Paraguai, devolvida ao país de origem sem cumprimento pela Corte Suprema, pois o foro eleito tinha sido o brasileiro.

Todavia, a possibilidade de litispendência internacional permanece, a princípio, pela má redação do art.6º do Protocolo, que estatui que *“Eleita ou não a jurisdição, considerar-se-á esta prorrogada em favor do Estado-Parte onde seja proposta a ação quando o*

⁶² FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994, p.210.

⁶³ FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.84-85.

demandado, depois de interposta esta, a admita voluntariamente, de forma positiva e não ficta”.

A má redação encontra-se justamente na admissão voluntária da Jurisdição por parte do réu, de maneira, ressalte-se, positiva e não ficta. Por exemplo, mesmo que o demandado tenha acordado previamente em relação ao foro, se ele não comparecer ao processo, embora devidamente citado para tanto, ou se comparecer para questionar a competência do foro, não haverá prorrogação, nem conseqüente trancamento de ação ajuizada no estrangeiro (permissão da litispendência). A norma do art. 6º torna, praticamente, inútil, todo o Protocolo de Buenos Aires.

Se um brasileiro, que elegeu validamente o foro argentino como competente, não admitir voluntariamente aquela jurisdição, após ser citado em lide de rescisão do contrato na Argentina, poderá ajuizar feito idêntico perante o Judiciário brasileiro, por força do art.90 do CPC. Se houvesse a aludida exclusão dos casos em que houve a eleição válida de jurisdição (foro), o juízo nacional poderia acolher a extinção deste processo proposto por litispendência internacional. Assim, nos termos do art. 6º do Protocolo, irão permanecer duas demandas sobre o mesmo contrato internacional, em países diferentes, nos moldes do Código de Processo Civil. Isto é, não haverá estímulo à segurança jurídica, mas sim, a perpetuação do mesmo cenário pré-Protocolo.

E a prova da má redação do art.6º encontra-se no art.13 do Protocolo, que alui que *“Se a reconvenção se fundamentar em ato ou em fato que serviu de base para a demanda principal, terão jurisdição para conhecê-la os juízes que intervierem na demanda principal”*. Ora, tal norma não tem sentido algum se houver a possibilidade de litispendência internacional, pois haverá duas reconvenções em dois processos principais, em dois países diferentes, caso não exista a admissão voluntária do foro, pelo demandado.

A interpretação do dispositivo ainda não foi feita pelo Judiciário brasileiro, devendo o conceito de admissão voluntária da jurisdição ser definido pela negociação direta entre os Estados Partes ou pelo Sistema de Solução de Controvérsias dos Estados-Partes do MERCOSUL, conforme o art.15 do próprio Protocolo.⁶⁴ Ou se reputam como admissões voluntárias, nos casos onde houver eleição válida de foro, a exceção de incompetência julgada

⁶⁴ ARTIGO 15. As controvérsias que surgirem entre os Estados-Partes em decorrência da aplicação, interpretação ou descumprimento das disposições contidas no presente Protocolo serão resolvidas mediante negociações diplomáticas diretas. 2. Se, mediante tais negociações, não se alcançar um acordo ou se a controvérsia só for solucionada parcialmente, aplicar-se-ão os procedimentos previstos no Sistema de Solução de Controvérsias vigentes entre os Estados-Partes do Tratado de Assunção.

improcedente e a revelia do demandado regularmente citado para o processo, ou não haverá tão desejada segurança jurídica nas relações comerciais comunitárias, pressuposto para o crescimento das mesmas, como dispõe o preâmbulo do Protocolo.

4.3.2. Jurisdição Subsidiária.

Como dito anteriormente, o art.7º do Protocolo estabelece regras de jurisdição subsidiária, estatuinto que “*Na ausência de acordo, tem jurisdição à escolha do autor: a) o juízo do lugar de cumprimento do contrato; b) o juízo do domicílio do demandado; c) o juízo de seu domicílio ou sede social, quando demonstrar que cumpriu sua prestação*”.

A norma, num primeiro exame, é aplicável somente nos casos de ausência de eleição de foro, ausência de acordo de vontades. Mas deve-se concluir que pode também ser aplicada nos casos de invalidade de eleição do foro. Nos casos de competência exclusiva, não há que se falar em efetividade da jurisdição estrangeira, como visto nos itens anteriores. Mas nos casos de vício de vontade (abusividade) ela é perfeitamente cabível. Se ambas as causas (vício de vontade e ausência de vontade) levam ao mesmo efeito (indeterminação do foro pela vontade), resta que deve ser aplicável o art.7º do Protocolo, para determinação da Jurisdição internacional que apreciará a demanda.

Quanto às alíneas do art.7º, ressalte-se que estas são alternativas, cabendo ao demandante escolher qual será a jurisdição mais adequada para a efetividade do processo, conforme o caso concreto. A alínea “a” corresponde ao *actor sequitur forum executionis*, anteriormente analisado. Merece comentário o fato de o cumprimento do contrato poder ocorrer ou no país do proponente, ou no país do aceitante, ou em terceiro país, conforme análise feita no capítulo dois do presente trabalho. O Protocolo, atento a tal peculiaridade, dispõe, no art.8º, item n.1, “*Para os fins do art.7º, alínea “a”, será considerado lugar do cumprimento do contrato o Estado-Parte onde tenha sido ou deva ser cumprida a obrigação que sirva como fundamento da demanda*”.

Quanto à alínea “b”, cabem os comentários dos itens anteriores relativos ao *actor sequitur forum rei*, ressaltando GARCIA JUNIOR que “as dificuldades e incertezas que cercam um processo homologatório fazem com que muitas vezes sociedades empresárias

optem por contactar escritórios de advocacia locais com o propósito de ajuizarem, no próprio país, a ação judicial”.⁶⁵

A alínea “c” é a faculdade dada ao autor que adimpliu o contrato de demandar em seu domicílio. Vem da constante bilateralidade dos contratos internacionais, comentando GARCIA JUNIOR que “a redação da letra “c” do art. 7º (...) é curiosa. Na realidade, no plano internacional, ação judicial alguma tem chance de prosperar a contento se o demandante não demonstrar que cumpriu sua prestação obrigacional em conformidade com o que consta na cláusula contratual”.⁶⁶

Passando para o item n.2, do art.8º do Protocolo, encontram-se normas complementares em relação à jurisdição subsidiária. Segundo a norma do art. 8º:

“2.O cumprimento da obrigação reclamada será:

- a) nos contratos sobre coisas certas e individualizadas, o lugar onde elas existiam ao tempo de sua celebração;*
- b) nos contratos sobre coisas determinadas por seu gênero, o lugar do domicílio do devedor ao tempo que foram celebrados;*
- c) nos contratos sobre coisas fungíveis, o lugar do domicílio do devedor ao tempo de sua celebração;*
- d) nos contratos que versem sobre prestação de serviços:*
 - 1. se recaírem sobre coisas, o lugar onde elas existiam ao tempo de sua celebração;*
 - 2. se sua eficácia se relacionar com algum lugar especial, daquele onde houverem de produzir seus efeitos;*
 - 3. fora destes casos, o lugar do domicílio do devedor ao tempo da celebração do contrato.”*

Novamente, houve, no mínimo, má técnica na redação das alíneas. GARCIA JUNIOR esclarece a questão:

“Esse dispositivo tem merecido o desprezo sistemático dos operadores no comércio internacional. Esse leque insensato e hipotético de lugares e essa tentativa mórbida de se procurar distinguir cumprimento do contrato de cumprimento da obrigação, ambas enfeixadas no evidente cumprimento da prestação obrigacional, nada

⁶⁵ GARCIA JUNIOR, Armando Alves. *Foro competente e lei aplicável aos contratos internacionais*. São Paulo: LTr, 2002, p. 46.

⁶⁶ Op. Cit. p. 48.

*acrescentam de bom às operações mercantis internacionais entre os Estados-Partes do Mercosul. (...) Assim, se ao autor compete escolher o juízo do lugar do cumprimento do contrato e se este é considerado o Estado-Parte onde tenha sido ou deva ser cumprida a obrigação, sentido algum haveria em impor-se ficticiamente outros lugares como sendo o do cumprimento do da obrigação contratual reclamada. (...) As alíneas do item 2 do art.8º função alguma apresentam e são, no comércio internacional, completamente ignoradas”.*⁶⁷

A principal questão a ser averiguada em relação à Jurisdição Subsidiária é se houve a derrogação dos incisos art.88 do CPC pelas alíneas do art.7º do Protocolo. Ambas as normas tem função de estabelecer a jurisdição internacional competente. E ambas têm o mesmo nível hierárquico no sistema normativo brasileiro. Tal conflito aparente de leis pode também ser solucionado pela máxima *lex specialis derogat legi generali*. A norma do art.7º do Protocolo é específica para os contratos civis e comerciais celebrados no âmbito do MERCOSUL, e derroga a aplicação da lei geral processual do art.88. Desta forma, deve o juízo nacional acatar a escolha do demandante, quando da homologação de sentença estrangeira ou da suscitação de incompetência pelo demandado. Deve ser seguido o mesmo raciocínio feito para a questão da litispendência: deverá ocorrer a prorrogação do foro pela escolha do autor.

Assim sendo, chega-se à mesma conclusão anterior: ou considera-se revogado o art. 90 do CPC, pela aplicação conjugada dos arts. 6º e 7º do Protocolo, coibindo-se a litispendência internacional no âmbito do MERCOSUL, ou teremos, como dito anteriormente, uma norma sem sentido ou eficácia real no ordenamento pátrio.

GARCIA JUNIOR faz excelente crítica a respeito da prorrogação de jurisdição:

*“Embora tecnicamente deva ocorrer isso, será necessário uma alteração radical na concepção dos aplicadores da lei e das autoridades públicas, que receiam arranhar a soberania de seus países e de seus juízes, vinculados que estão a se pronunciarem sempre que provocados. (...) A repercussão social de um trancamento de processo, “em favor de jurisdição de outro país”, soa mal perante diversos segmentos da sociedade e é explorado por setores que alegam ser o processo de integração e o governo situacionista “vendedores” do país e sucateadores do Poder Judiciário nacional”.*⁶⁸

⁶⁷ GARCIA JUNIOR, Armando Alves. *Foro competente e lei aplicável aos contratos internacionais*. São Paulo: LTr, 2002, p.51-52.

⁶⁸ Op.cit. p.42.

O tema da jurisdição subsidiária do Protocolo também não foi, ainda, objeto de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Desta forma, enquanto não houver interpretação judicial consolidada, a solução só será encontrada através da negociação direta entre os Estados Partes ou pelo Sistema de Solução de Controvérsias dos Estados-Partes do MERCOSUL, conforme estabelece o art.15 do próprio Protocolo de Buenos Aires.

5. DIREITO APLICÁVEL NO SISTEMA NORMATIVO BRASILEIRO.

5.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

Como visto nos capítulos anteriores, um contrato internacional liga-se a mais de um ordenamento jurídico, cabendo às regras de direito internacional privado do país determinar se o ordenamento pátrio ou o estrangeiro irá reger o contrato. O exame destas regras é o objeto deste capítulo.

Estão em fase de implementação, no Brasil, as normas da V Convenção Interamericana sobre o Direito aplicável aos contratos Internacionais de 1994 (Convenção do México), pois o Brasil assinou o tratado, mas o Poder executivo ainda não o remeteu ao exame do legislativo, como determina a Constituição Federal. A Convenção do México é explícita em adotar o princípio da autonomia da vontade privada na determinação do ordenamento jurídico que irá reger o contrato, nos termos do art.7º, que estatui que o contrato rege-se pelo direito escolhido pelas partes.

Ficou estabelecido como premissa metodológica no capítulo três da presente pesquisa, que as normas de determinação da lei aplicável são imperativas, de modo a não entrarmos na discussão sobre a autonomia da vontade. Corroborando tal argumento, e sintetizando o quadro jurídico do MERCOSUL a respeito da matéria, ARAÚJO ensina que:

*“No momento, não há no MERCOSUL uniformidade das regras de DIPr com relação à escolha da lei aplicável aos contratos internacionais. Os países-membros continuam regidos por suas leis internas e convenções internacionais de antes, sem que a questão da autonomia da vontade tenha sido resolvida. Enquanto a Convenção Interamericana não entra vigor, não se pode dizer que a autonomia da vontade é aceita de forma pacífica nos países-membros”.*⁶⁹

Desta forma, enquanto aguarda-se a implementação da Convenção do México no ordenamento pátrio, as únicas regras vigentes sobre determinação do direito material aplicável são as da Lei de Introdução do Código Civil (LICC), ou o Dec.4.657/42, as quais se passa a analisar.

⁶⁹ ARAÚJO, Nádia de. *Contratos Internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 89.

5.2. A LEI DE INTRODUÇÃO DO CÓDIGO CIVIL.

Como o próprio nome diz, o Dec. 4.657/42 serve para introduzir o intérprete no ordenamento, nos sistema de normas, de modo que este possa solucionar os aparentes conflitos no sistema. Como bem ensina RODAS, a “LICC, como a sua predecessora, a Introdução ao Código Civil, de 1916, é uma lei que possui regras de aplicação de normas jurídicas, de direito intertemporal e de direito internacional privado. É formalmente ligada ao Código Civil, embora aplicável a todas as normas jurídicas pátrias”.⁷⁰

As regras de Direito Internacional Privado cuidam do conflito de leis no espaço, ou melhor, solucionam os aparentes conflitos que surgem quando há a possibilidade de aplicação de mais de um ordenamento para tutelar uma relação jurídica. E como ensina GARCIA JUNIOR, “são as regras contidas no Direito Internacional Privado do foro onde esteja tramitando o processo que indicarão, segundo a ótica daquele ordenamento jurídico, qual a lei aplicável ao contrato”⁷¹. Tais regras, no ordenamento pátrio, são as do art.9º da LICC:

“Art.9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§ 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§ 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.”

Assim, quando deparado com uma lide que contenha elementos de conexão a mais de um ordenamento jurídico, o juiz brasileiro deverá aplicar as regras do art.9º para descobrir se o direito material aplicável no caso concreto será o nacional ou o estrangeiro.

⁷⁰ RODAS, João Grandino. Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro relativamente às obrigações contratuais. In: Idem (coord). *Contratos Internacionais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 1.

⁷¹ GARCIA JUNIOR, Armando Alves. *Foro competente e lei aplicável aos contratos internacionais*. São Paulo: LTr, 2002, p. 57.

5.2.1. As normas do art.9º da LICC.

O *caput* do art. 9º consagra a teoria da *lex loci contractus* ou *lex loci celebrationis*. Será aplicada a lei do lugar onde a obrigação foi constituída: onde o contrato foi celebrado. Cumpre ressaltar que a norma é aplicável aos contratos celebrados entre presentes, analisado no capítulo dois da presente pesquisa. Se o contrato for celebrado no exterior, inclusive em uma embaixada estrangeira, deverá ser aplicada a lei estrangeira. É a lei do lugar onde foi constituída a obrigação. ARAÚJO citando a obra de LOUREIRO FILHO⁷², comenta uma decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a respeito de cobrança de dívida de jogo, representada em contrato de abertura de crédito celebrado no estrangeiro:

*“(...) Enquanto no país onde as atividades de jogo ocorreram este era lícito, o direito brasileiro considerava como inexigíveis as dívidas contraídas a este título. Assim, diante desta diferença entre os dois sistemas, o Tribunal aplicou o caput do art. 9º, ou seja, a lei do lugar de constituição, porque de outro modo haveria enriquecimento sem causa por parte do devedor, que abusara da boa-fé do credor. (...) De outra sorte, apesar do caráter diverso da lei brasileira, estar-se-ia referendando um enriquecimento sem causa, este sim, afronta muito maior aos princípios gerais de direito”.*⁷³

O critério do local da celebração é criticado pelo fato das demandas judiciais abordarem quase sempre questões relativas à execução do contrato, que poderá ser diverso do lugar de constituição. Ressalte-se que a lei original de introdução do antigo Código Civil, de 1916, adotava o *lex loci contractus*, mas conjugava-o ao *lex loci executionis*. O inciso I, do parágrafo único do art. 13, da referida norma estatua que sempre seriam regidos pela lei brasileira os contratos ajustados no estrangeiro, mas exequíveis no Brasil. Sobre o assunto, ARAÚJO comenta:

⁷² LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p.130-137. Cf. ARAÚJO, Nádia de. *Contratos Internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.268

⁷³ ARAÚJO, Nádia de. *Contratos Internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 89.

*“(...) apesar da ocorrência de modificações na Lei de Introdução, com relação às regras de 1916, os tribunais continuaram tratando a matéria exatamente como antes de 1942. Apesar da regra geral brasileira ser a *lex loci contractus*, ou seja, a do local de constituição do contrato, a regra relativa à execução tem tido preponderância em nossa jurisprudência, a partir da interpretação de que à lei do local de constituição somam-se as exigências da lei do local de sua execução.”⁷⁴*

O parágrafo 1º remete-se à co-aplicação de ordenamentos distintos, quando a obrigação a ser executada no Brasil contiver forma essencial de cumprimento. Prevê a norma que será observada a forma brasileira, sendo admitidas as peculiaridades da norma estrangeira. Como visto no capítulo dois do presente trabalho, certos contratos são *ad solemnitatem tantum*, isto é, para existirem é essencial que obedeçam à forma prescrita em lei. Para os requisitos extrínsecos do ato, admite-se a lei estrangeira. Tal norma é concorrente à determinação do direito aplicável: será utilizada após determinar-se qual é o direito material aplicável, devendo ser obedecidas as formalidades brasileiras mesmo que a lei regente seja estrangeira.

Merece destaque a norma do parágrafo 2º do art.9º: aplicar-se-á a lei do local em que residir o proponente, nas obrigações resultantes dos contratos. VALLADÃO critica a norma, “pois residência do proponente, exigindo estada duradoura que se estabelece com caráter de efetividade não é sinônimo de ‘lugar onde foi proposto’ ou de ‘lugar onde se encontre o proponente’ (...) e não resolve o problema quando uma pessoa tenha mais de uma residência ou nenhuma residência(...)”⁷⁵.

Novamente os conceitos abordados no capítulo dois do presente trabalho vêm à tona para embasar a interpretação. Há uma discussão doutrinária a respeito da exegese do *caput* e do parágrafo 2º do art.9º. A interpretação tradicional das normas aponta a aplicabilidade do *caput* para contratos entre partes presentes e a aplicabilidade do parágrafo 2º para contratos entre ausentes.

ARAÚJO, partidária da corrente tradicional, comentando casos jurisprudenciais de aplicação do parágrafo 2º, sintetiza que “quando se tratar de contrato entre ausentes (...) aplicar-se-á a lei do país em que residir o proponente, como já visto. E as questões relativas às regras qualificadoras são sempre regidas pela lei local, ou seja, será determinada a definição

⁷⁴ Idem. *ibidem*. p. 267.

⁷⁵ VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*, v.II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p.188-1889. Cf. RODAS. Op.cit. p.58.

do direito brasileiro para determinar o proponente”.⁷⁶ Uma conclusão desta corrente doutrinária merece destaque: o local de celebração é determinado pelo critério temporal, somente, pois para qualificar os elementos formadores do contrato (local de celebração) seria aplicada a lei local (critério temporal).

GARCIA JUNIOR faz uma crítica a tal entendimento, alegando “essa noção é válida para o direito civil e conseqüentemente, para os contratos de natureza civil celebrados no âmbito geográfico de um mesmo país (no caso do Brasil)”. Ensina o doutrinador que o critério espacial não pode ser relegado quando do exame de um contrato internacional, pois se “uma parte encontra-se em Milão e outra em Pequim, (...) em sã consciência, ninguém poderá afirmar que esse contrato seja entre partes contratantes presentes”.⁷⁷

GARCIA JUNIOR também defende outra interpretação em relação aos casos de aplicabilidade das normas, ensinando que:

*“Se observarmos, perceberemos que apenas o §2º menciona o termo ‘contrato’. A sobreposição das duas redações não deixa margens de dúvidas: para qualificar e reger as obrigações aplica-se a lei do país em que se constituírem, sendo certo que pelo nosso direito à obrigação resultante do contrato (obrigação contratual) reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente. Como as obrigações podem ser contratuais e não contratuais (sic), a corrente legalista ou positivista entende que o caput do artigo concerne às obrigações não contratuais (sic), enquanto o § 2º, às obrigações decorrentes do contrato”.*⁷⁸

O parágrafo 2º, segundo esta corrente, teria cabimento tanto para os contratos internacionais entre ausentes quanto para os contratos entre presentes. O *caput* regeria as obrigações não-contratuais. Assim, um contrato celebrado por Argentino (Proponente) e Uruguaio no Brasil não teria a lei brasileira como regente (local de constituição), mas sim a lei Argentina (local do proponente). O tema é controverso, pois o embate doutrinário é recente, e a doutrina e a jurisprudência firmadas por décadas coadunam-se a primeira corrente (tradicional).

⁷⁶ ARAÚJO, Nádía de. *Contratos Internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.270

⁷⁷ GARCIA JUNIOR, Armando Alves. *Foro competente e lei aplicável aos contratos internacionais*. São Paulo: LTr, 2002, p. 79.

⁷⁸ Op.cit. p.75.

A importância da discussão está na inversão do ordenamento legal a ser aplicado, em determinados casos, conforme a doutrina a ser seguida. Se houver distinção entre local de celebração e residência do proponente, dois serão os ordenamentos jurídicos a serem aplicados, conforme a interpretação. E do exame da norma em conjunção com a teoria geral das obrigações, deve-se reconhecer como melhor técnica interpretativa a da corrente positivista ou legalista.

Passada a discussão, questões importantes se revelam neste momento, relativas às negociações preliminares e à formação do contrato. Em relação à primeira, devem atentar os contratantes em manter o registro das negociações preliminares aos contratos. Como explanado no capítulo dois, proposta e aceitação, quando precedidas de contrapropostas, são difíceis de identificar. Assim, *v.g.*, a manutenção de um mero histórico de *e-mails* transmitidos e recebidos, que podem ter sua autenticidade confirmada pelo servidor de *internet* da parte, pode decidir o destino de eventual lide contratual internacional. Em relação à segunda questão, o simples fato de ser transcrito o termo “(proponente)”, após a qualificação da parte no instrumento contratual (*v.g.*, transmissão via *fax*), poderá induzir o juiz da causa a aplicar ou não o ordenamento mais favorável ao demandante. E a impugnação da qualidade de proponente, neste caso, somente poderá ser comprovada através do aludido registro das negociações preliminares, que atestaria uma simulação contratual na indicação do proponente.

5.2.2. Limites à aplicação da lei estrangeira.

Uma questão surge quando fica estabelecido que a norma estrangeira é aplicável ao contrato internacional. Pelo fato desta norma não existir no sistema normativo pátrio, ela poderá gerar um conflito com as demais normas existentes no ordenamento.

Regulando tal matéria, o art.17 da LICC estatui que as leis, atos e sentenças de outro país não serão eficazes no Brasil quando ofenderam a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes. Portanto, o juiz pátrio, após aplicar as regras do art.9º da LICC, e verificar que a lei estrangeira deve reger o contrato, deverá atentar se tal lei não preenche as hipóteses vedativas de aplicação do art.17 da LICC.

DOLINGER ensina que a “ordem pública impede a aplicação de leis estrangeiras, o reconhecimento de atos praticados no exterior e a execução de sentenças dos tribunais, constituindo-se no mais importante dos princípios da disciplina. E por ser variável no tempo e

espaço, não comporta definição (...)”.⁷⁹ A doutrina especializada cita julgados do Supremo Tribunal Federal, mostrando que a análise do conceito de ordem pública é quase sempre enfrentada quando do pedido de execução de sentença estrangeira. Nestes julgados, quase sempre a supressão de direito subjetivo público (contraditório e ampla defesa), pela não obediência à lei processual interna (nulidade de citação, formalidades, etc.), impede a concessão do *exequatur* pretendido por violação da ordem pública.

Em relação à soberania estatal, nenhuma lei estrangeira que afete matéria ligada ao controle e supremacia do Estado nas relações com o particular poderá ser aplicada pelo intérprete. Estariam envolvidos interesses estratégicos do país, bem como matérias de segurança nacional. Em relação aos bons costumes, os exemplos encontrados nos tribunais e citados pela doutrina são os de cumprimento de cartas rogatórias e execução de sentenças relativas a processos de cobrança de dívidas de jogo. Neste casos, a aplicação de norma estrangeira onde é permitida a prática do jogo violaria o interesse protegido, mas nos exemplos encontrados e já citados, este tem sido suprimido pela vedação do enriquecimento sem causa. Novamente, esbarra-se na subjetividade.

Portanto, é impossível afirmar que os limites à aplicação da lei estrangeira são claros e precisos. Em relação a direitos subjetivos públicos pode-se afirmar a limitação pela ordem pública. Se uma lei estrangeira é prejudicial ao país, e não somente ao particular, por atingir bem jurídico claramente difuso, não poderá ser aplicada. Se afeta os interesses da República Federativa do Brasil, em relação à sua segurança e supremacia interna ou externa, previstos na Constituição, também não poderá ser aplicada por ofender a soberania nacional. Estas seriam formas de delineamento casuístico das limitações à aplicação da lei estrangeira.

5.2.3. *Dépèçage* ou Fracionamento.

Um contrato internacional pode conter componentes tão bem espacialmente determinados que as partes ou o juiz poderão utilizar, para cada componente, o ordenamento jurídico melhor conectado. ARAÚJO conceitua *dépèçage*, ou fracionamento, como “um

⁷⁹ DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado, Parte Geral. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 386. Cf. ARAÚJO, Nádia de. *Contratos Internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.272.

mecanismo pelo qual um contrato ou uma instituição é dividida em diferentes partes, que serão, cada uma delas, submetidas a leis diversas”.⁸⁰

Como visto nos itens anteriores, o juiz da causa utilizará as regras do art.9º para determinar qual é a lei aplicável a um contrato internacional. Se, por exemplo, foi celebrado no Brasil o contrato, tendo aqui residência o proponente (exemplo que conjuga ambas as correntes explanadas anteriormente), mas o contrato tiver que ser executado na Argentina: não há como fugir da indagação sobre a aplicabilidade parcial da lei argentina em relação à execução do contrato, mesmo que as regras do art.9º determinem a aplicação do ordenamento brasileiro.

Esta dúvida do aplicador da lei gerou duas correntes doutrinárias. RODAS identifica “aqueles que, objetivando manter a unidade contratual e o espírito do direito a ser aplicado, pugnam pelo sistema unitário; e os outros que, apegando-se ao realismo, aceitam que o contrato internacional seja regido por mais de um sistema jurídico”.⁸¹

CASTRO ensina que:

*“Numerosos autores modernos têm pelejado por submeter as obrigações a um só direito, pretendendo manter a unidade do contrato e o espírito do direito que há de ser apreciado, mas o resultado do esforço tem sido nulo, podendo-se dizer que cada autor tem o seu sistema. Entendem vários tratadistas que a desconjunção do contrato não só o desfigura, como importa em desnaturação dos direitos aplicados em pequenas porções. Ensinam que o direito perde sua significação e sua eficácia, quando mutilado, parcialmente aplicado, ou combinado com direito estranho, pois falta unidade e coesão lógica à composição de vários direitos, enquanto um contrato forma um todo, cujos elementos não podem ser convenientemente articulados senão apreciados por critérios fornecidos por uma única ordem jurídica. Do ponto de vista lógico, a argumentação é sedutora, mas nem sempre são lógicas as soluções jurídicas e o direito internacional privado tem precisamente a finalidade de organizar direito adequado a fatos mestiços”.*⁸²

⁸⁰ ARAÚJO, Nádia de. *Contratos Internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.271

⁸¹ RODAS, João Grandino. Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro relativamente às obrigações contratuais. In: Idem (coord). *Contratos Internacionais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 21.

⁸² CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p.432.

Merece apoio a corrente pluralista, pois a corrente unitária não trará solução ao seguinte problema do exemplo dado acima: se as normas argentinas relativas à execução do contrato forem de ordem pública, e a tutela jurisdicional tiver que ocorrer no lugar de execução (Argentina), não haverá efetividade/satisfatividade da jurisdição brasileira, se não forem atendidas tais normas estrangeiras, pois provavelmente não será executada a sentença pelo juízo argentino, frustrando todo o processo.

Em relação a contratos de exportação de mercadorias, GARCIA JUNIOR esclarece:

*“Quem atua na área sabe que é impossível legalmente entregar uma mercadoria que esteja em desacordo com as normas jurídicas do país de destino da obrigação (lugar de cumprimento). Simplesmente, as autoridades aduaneiras – funcionários administrativos que são – sequer permitem que a mercadoria ultrapasse os locais de ingresso. Isso pode ser observado com muita clareza na hipótese de obrigação contratual que compreenda bens ou mercadorias proibidas pelo país de destino”.*⁸³

Outro caso de componente específico, por exemplo, é o examinado no item anterior, relativo à forma dos atos a serem praticados no país, por força do parágrafo 1º do art. 9º da LICC.

Feitas tais considerações, há de se reconhecer que o fracionamento é imprescindível tanto na elaboração do contrato quanto na prestação de tutela jurisdicional sobre o mesmo. A doutrina define pontos de conexão, relativos aos componentes fracionados do contrato internacional, identificando ordenamentos distintos para cada componente. Seriam componentes ligados à capacidade das partes, componentes ligados aos aspectos extrínsecos do contrato e componentes ligados aos aspectos intrínsecos do contrato.

Em relação ao primeiro componente, a Lei de Introdução do Código Civil, em seu art.7º, determina que as regras do domicílio da pessoa determinam o começo e fim da personalidade e sua capacidade. O art. 11 determina que as pessoas jurídicas obedecem às leis do Estado em que se constituírem, isto é, a capacidade para contratar é a da lei do país de constituição. Mas o exercício de seu objeto social dependerá de aprovação de seus atos constitutivos pelo Governo Brasileiro. É a mesma norma do Código Civil, art.1.134, relativa às sociedades estrangeiras. RODAS, explica o componente diferenciando normas para

⁸³ GARCIA JUNIOR, Armando Alves. *Foro competente e lei aplicável aos contratos internacionais*. São Paulo: LTr, 2002, p. 128.

peças físicas e para peças jurídicas, através de um raciocínio particular, expressado da seguinte maneira:

*“O elemento de conexão do direito brasileiro para a capacidade, tanto de fato como de direito é a lei do domicílio, condicionada pela ordem pública brasileira. Assim, a regra geral é a aplicação da lei domiciliar e a exceção é a aplicação do direito brasileiro, quando a primeira for contrária à ordem pública nacional. (...) É indubitável que as peças jurídicas brasileiras possuem capacidade para contratar no Brasil. As peças jurídicas estrangeiras que, conforme o § 1º do art.11 da vigente lei de Introdução do Código Civil, tiveram seus atos constitutivos aprovados pelo Governo brasileiro, também detém idêntica capacidade. No que se referem às peças jurídicas que não obtiveram autorização para funcionar no Brasil, sua capacidade contratual será reconhecida relativamente a contratos concluídos no Brasil, desde que isso não signifique exercício contínuo de sua finalidade em nosso país”.*⁸⁴

Em relação aos aspectos extrínsecos, ou aspectos formais, deve-se atentar à máxima do *locus regit actum*. A lei original de introdução do Código Civil estatua em seu artigo 11 que a forma extrínseca dos atos públicos ou particulares seria regida pela lei do lugar em que foram constituídos. Regra correspondente inexistente no Dec. 4.657/42. Assim, deve-se inferir que o *locus regit actum* continua como regra geral, limitada especialmente no já comentado parágrafo 1º do art.9º da LICC, mas somente nas obrigações a ser executadas no país. RODAS, conclui que “o exame da doutrina e da jurisprudência nacionais leva à conclusão que é vigente em nosso Direito o *locus regit actum*“.⁸⁵

Os aspectos intrínsecos ou de fundo são os atinentes ao contrato em si, em relação a sua substância, dividindo-se em o lugar de constituição, em a lei do domicílio do proponente e em o lugar de execução.

O ponto de conexão relativo ao lugar de constituição é o do *caput* do art.9º da LICC, já estudado anteriormente, e que não cria maiores problemas. A conexão relativa ao domicílio do proponente corresponde ao art.9º § 2º da LICC, para contratos entre ausentes, que também já foi estudado nos itens anteriores. Ressalva cabe em relação à corrente interpretativa moderna, ou positivista, que entende que o elemento de conexão para obrigações contratuais é

⁸⁴ RODAS, João Grandino. Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro relativamente às obrigações contratuais. In: Idem (coord). *Contratos Internacionais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 28-33.

⁸⁵ Op. Cit. P. 42.

somente o do parágrafo 2º. O que realmente importa é o ponto de conexão relativo à execução do contrato, uma vez que o Brasil não adota a *lex loci executionis*. ARAÚJO comenta que por “várias vezes os tribunais brasileiros cuidaram do tema. O Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro utilizou o *dépeçage* ou fracionamento ao estabelecer as duas leis regentes à mesma situação: para os fatos ocorridos no país estrangeiro, e que diziam respeito à substância do contrato, a lei estrangeira, e para as questões relativas à execução do contrato, a do local em que este foi realizado, a lei brasileira”.⁸⁶

Desta forma, fracionando o contrato internacional pelos pontos de conexão existentes, poderão as partes atingir a necessária segurança jurídica na elaboração do contrato. Da mesma maneira, somente com o fracionamento, poderá o juiz da causa atingir a real efetividade da jurisdição.

⁸⁶ ARAÚJO, Nácia de. *Contratos Internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 271.

6. CONCLUSÃO

A agilidade das relações comerciais internacionais, frente à complexidade do direito internacional, cria um interessante paradoxo. De um lado, há os empresários do Mercado Comum do Sul, que celebram seus contratos internacionais sem atentarem para as possíveis complicações jurídicas que podem surgir deles; e-mail, fax, telefone: o que importa é agilidade, o “tempo é dinheiro”. De outro, há os tribunais dos países comunitários, que irão justamente solucionar os possíveis problemas que advierem destes contratos: apegados ao conceito de Estado, Poder Constituído e Soberania, sem considerar o cenário de interdependência comercial e estatal que existe no atual mundo globalizado.

Tal distanciamento de concepções leva a uma única resultante: crise no sistema comunitário. Crise refletida na diminuição das relações negociais do bloco, de importância crucial para o sucesso do mesmo e consolidação de uma verdadeira Zona de Mercado Comum. Onde serão julgados os processos que envolvam dois países do bloco? Qual será a legislação aplicável ao contrato? Atentos ao problema, a comunidade, buscando fomentar a segurança jurídica necessária para o estímulo comercial, celebrou o Protocolo de Buenos Aires, que normatizou as situações relativas ao foro competente para julgamento do processo.

Da análise deste diploma legal, inserido no sistema normativo brasileiro, em conjunto com as demais normas relativas ao foro e legislação aplicável, bem como com a interpretação destas pelos tribunais pátrios, pôde-se determinar algumas premissas que formam um diagnóstico do cenário jurídico comunitário, relativo aos contratos comerciais internacionais, foro competente e legislação aplicável.

Pode-se afirmar que a eleição de foro é possível no âmbito comunitário, nos termos do Protocolo. E é causa de prorrogação de jurisdição, determinante de qual Estado irá exercer a atividade jurisdicional. O afastamento da atuação do Estado pela vontade dos contratantes somente não irá surtir efeitos se atentar contra sua soberania, ou ordem pública: mas estes casos são os comumente encontrados nas hipóteses de não-aplicação do Protocolo. No âmbito estritamente comercial, última seara do pensamento liberal, com interesses Estatais afetados indiretamente, a regra é declinar competência ao foro eleito, a exceção é negar a validade de tal eleição. Esse é o entendimento majoritário dos operadores do direito. Ressalte-se, não unânime.

O problema é a redação omissa do Protocolo, que não normatiza casos em que a eleição será inválida. Estes devem ser averiguados em cada ordenamento envolvido. Se houvesse uma uniformização dos casos de competência jurisdicional exclusiva de cada Estado-Parte do bloco econômico, derogatória das normas internas de cada país, o Protocolo teria cumprido efetivamente seu papel. Nenhum entendimento jurisprudencial poderia violar tais normas. Mas pelo fato do Protocolo não explicitar os casos em que os tribunais não são obrigados a declinar sua competência, há insegurança jurídica que só poderá ser dirimida com a consolidação de um entendimento uniforme da comunidade, o que ainda não existe. Ter-se-ia unanimidade, e não maioria, no entendimento favorável à declinação da jurisdição nacional em favor da estrangeira, em certas hipóteses determinadas.

Nos casos de ausência ou invalidade de eleição do foro por abusividade, temos que o Protocolo seria ferramenta importante para efetivar a jurisdição, dentro da comunidade, em qualquer hipótese: pois a escolha do foro caberia ao autor da demanda, onde melhor lhe conviesse. E o réu estaria obrigado a defender-se no foro escolhido. Mas, novamente, a má redação convencional deixa brechas para o réu obstacularizar a instrumentalidade do processo e do Protocolo. Se o réu precisa concordar positivamente com o lugar escolhido pelo autor, para o processamento da demanda, de modo a prorrogar-se a jurisdição internacional, basta seu não comparecimento ao processo para que o Protocolo não tenha real eficácia normativa, permanecendo o cenário pré-protocolo. Ainda não existe entendimento jurisprudencial ou estatal uniforme acerca da matéria o que impede um diagnóstico preciso. Para cada caso, poderá surgir um posicionamento diferente.

Sobre a lei aplicável ao caso concreto, devem cuidar os contratantes com sua posição na formação do contrato, bem como o lugar de constituição e execução do mesmo. Há certa xenofobia normativa por parte do Judiciário, bem como confusão entre os conceitos de foro competente e de lei aplicável. O entendimento majoritário é da aplicação da lei do lugar da constituição do contrato, mas, atrelada à lei do lugar de execução do mesmo. Na maioria dos casos encontrados, ocorre um fracionamento disfarçado do contrato, lei do lugar da constituição e lei do lugar da execução, pela otimização que tal técnica dá, à efetividade e satisfação do provimento jurisdicional.

Portanto, ante a imaturidade do entendimento relativo ao foro no âmbito do cone sul, e os divergentes entendimentos sobre a lei aplicável ao contrato, há que se aguardar a evolução da ciência jurídica pátria nesta área. Para tanto, deve-se reforçar o discurso jurídico incentivador da integração e da interdependência jurídica na comunidade do Mercado Comum

do Sul, de modo a fomentar as relações comunitárias, com a uniformização das normas (e sua interpretação) relativas aos contratos internacionais.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Novíssimo Dicionário Jurídico, vol.1.* 1ª ed, São Paulo: Brasiliense, 1991.
- ARAÚJO, Nadia de. *Contratos internacionais; autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais.* 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil, v.II.* Rio de Janeiro: Forense, 1975.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência.* 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado.* Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos, vol.1.* 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996..
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.* 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira.* Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GARCIA JÚNIOR, Armando Álvares. *Foro Competente e Lei Aplicável aos Contratos Internacionais.* São Paulo: LTr, 2002.
- GOMES, Orlando. *Contratos.* 18ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. *Manual de Direito Processual Civil.* 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1996.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil: fontes das obrigações, v.3.* 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964
- LYRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. Os princípios do direito contratual. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3759>>. Acesso em: 29 jul. 2004.
- MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. Jurisdição, Competência Concorrente e Competência Exclusiva. In: *DIP*, março de 2002. Disponível em <<http://www1.dip.com.br/doutrina/texto.pdf?id=1342>>. Acessado em 24 de maio de 2004.

- MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, vol.5. 25ª ed, São Paulo: Saraiva, 1998.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil, vol I*. 18ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva, atualizado por FICHTENER, Regis. *Instituições de Direito Civil, vol. III*. 11ª ed., Rio de Janeiro:Forense, 2003.
- PONTES DE MIRANDA, F.C. *Comentários ao Código de Processo Civil, v.II*. Rio de Janeiro: Forense, 1973.
- RODAS, João Grandino (coordenador). *Contratos Internacionais*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2000.
- _____. *Contratos internacionais do comércio*. 3ª ed., São Paulo: LTr, 1998.
- _____. *Da autonomia da vontade: direito interno e internacional*. 4ª ed., São Paulo: LTr, 2000.
- TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil, v.I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.
- VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado, v.I*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil, v.II*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil, v.I*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

8. ANEXOS.

8.1. PROTOCOLO DE BUENOS AIRES.

DECRETO Nº 2.095, DE 17 DE DEZEMBRO DE 1996.

Promulga o Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, concluído em Buenos Aires, em 5 de agosto de 1994.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA , no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, inciso VIII, da Constituição, e

Considerando que o Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual foi concluído em Buenos Aires, em 5 de agosto de 1994;

Considerando que o Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual foi oportunamente submetido ao Congresso Nacional que o aprovou por meio do Decreto Legislativo nº 129, de 5 de outubro de 1995;

Considerando que o Protocolo em tela entrou em vigor internacional em 6 de junho de 1996;

Considerando que o Governo brasileiro depositou a Carta de Ratificação do instrumento em epígrafe em 7 de maio de 1996, passando o mesmo a vigorar para o Brasil em 6 de junho de 1996, na forma de seu artigo 16,

DECRETA:

Art. 1º O Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, assinado em Buenos Aires, em 5 de agosto de 1994, apenso por cópia ao presente Decreto, deverá ser executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém.

Art. 2º O presente Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 17 de dezembro de 1996; 175º da Independência e 108º da República.

Fernando Henrique Cardoso

Luiz Felipe Lampreia

ANEXO AO DECRETO QUE PROMULGA O PROTOCOLO DE BUENOS AIRES SOBRE JURISDIÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA CONTRATUAL, DE 05 DE AGOSTO DE 1994/MRE.

Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual

Os Governos da República da Argetina, da República Federativa do Brasil, da República Paraguai e da República Oriental do Uruguai,

Considerando que o Tratado de Assunção, firmado em 26 de março de 1991, estabelece o compromisso dos Estados-Partes de harmonizar suas legislações nas áreas pertinentes;

Reafirmando a vontade dos Estados-Partes de acordar soluções jurídicas comuns para o fortalecimento do processo de integração;

Destacando a necessidade de proporcionar ao setor Privado dos Estados-Partes um quadro de segurança jurídica que garanta justas soluções e a harmonia internacional das decisões judiciais e arbitrais vinculadas à contratação no âmbito do Tratado de Assunção;

Convencidos da importância de adotar regras comuns sobre jurisdição internacional em matéria contratual, com o objetivo de promover o desenvolvimento das relações econômicas entre o setor privado dos Estados-Partes;

Conscientes de que, em matéria de negócios internacionais, a contratação é a expressão jurídica do comércio que tem lugar em decorrência do processo de integração;

Acordam:

TÍTULO I

Âmbito de Aplicação

Artigo 1

O presente Protocolo será aplicado à jurisdição contenciosa internacional relativa aos contratos internacionais de natureza civil ou comercial celebrados entre particulares – pessoas físicas ou jurídicas:

- a) com domicílio ou sede social em diferentes Estados-Partes do Tratado de Assunção;
- b) quando pelos menos uma das partes do contrato tenha seu domicílio ou seja sede em um Estado-Parte do Tratado de Assunção e, além disso, tenha sido feito um acordo de eleição de foro em favor de um juiz de um Estado-Parte e exista uma conexão razoável segundo as normas de jurisdição deste Protocolo.

Artigo 2

O âmbito de aplicação do presente Protocolo exclui:

1. as relações jurídicas entre os falidos e seus credores e demais procedimentos análogos, especialmente as concordatas;
2. a matéria tratada em acordos no âmbito do direito de família e das sucessões;

3. os contratos de seguridade social;
4. os contratos administrativos;
5. os contratos de trabalho;
6. os contratos de venda ao consumidor;
7. os contratos de transporte;
8. os contratos de seguro;
9. os direitos reais.

TÍTULO II

Jurisdição Internacional

Artigo 3

O requisito processual da jurisdição internacional em matéria de contratos será considerado satisfeito quando o órgão jurisdicional de um Estado-Parte assuma jurisdição de conformidade com o estabelecido no presente Protocolo.

CAPÍTULO I

Eleição de Jurisdição

Artigo 4

1. 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.
2. Pode-se acordar, igualmente, a eleição de tribunais arbitrais.< /font>

Artigo 5

1. O acordo de eleição de jurisdição pode realizar-se no momento de celebração do contrato, durante sua vigência ou uma vez suscitado o litígio.
2. A validade e os efeitos de eleição de foro serão regidos pelo direito dos Estados-Partes que teriam jurisdição de conformidade com o estabelecido no presente Protocolo.
3. Em todo caso, será aplicado o direito mais favorável de validade do acordo.

Artigo 6

Eleita ou não a jurisdição, considerar-se-á esta prorrogada em favor do Estado-Parte onde seja proposta a ação quando o demandado, depois de interposta esta, a admita voluntariamente, de forma positiva e não ficta.

CAPÍTULO III

Jurisdição Subsidiária

Artigo 7

Na ausência de acordo, têm jurisdição à escolha do autor:

- a) o juízo do lugar de cumprimento do contrato;

- b) o juízo do domicílio do demandado;
- c) o juízo de seu domicílio ou sede social, quando demonstrar que cumpriu sua prestação.

Artigo 8

1. Para os fins do artigo 7, alínea a, será considerado lugar do cumprimento do contrato o Estado-Parte onde tenha sido ou deva ser cumprida a obrigação que sirva de fundamento de demanda.

2. O cumprimento da obrigação reclamada será:

a) nos contratos sobre coisas certas e individualizadas, o lugar onde elas existiam ao tempo de sua celebração;

b) nos contratos sobre coisas determinadas por seu gênero, o lugar do domicílio do devedor ao tempo que foram celebrados;

c) nos contratos sobre coisas fungíveis, o lugar do domicílio do devedor ao tempo de sua celebração;

d) nos contratos que versem sobre prestação de serviços:

1. se recaírem sobre coisas, o lugar onde elas existiam ao tempo de sua celebração;

2. se sua eficácia se relacionar com algum lugar especial, daquele onde houverem de produzir seus efeitos;

3. fora destes casos, o lugar do domicílio do devedor ao tempo da celebração do contrato.

Artigo 9

Para os fins do artigo 7, alínea b, considerar-se-á domicílio do demandado:

a) quando se tratar de pessoas físicas:

sua residência habitual;

subsidiariamente, o centro principal de seus negócios; e,

na ausência destas circunstâncias, o lugar onde se encontra – a simples residência;

b) quando se tratar de pessoa jurídica, a sede principal da administração.

2. Se a pessoa jurídica tiver sucursais, estabelecimentos, agências ou qualquer outra espécie de representação, será considerada domiciliada no lugar onde funcionem, sujeita à jurisdição das autoridades locais, no que concerne às operações que ali pratiquem. Esta qualificação não obsta o direito do autor de interpor a ação junto ao tribunal da sede principal da administração.

Artigo 10

São competentes para conhecer dos litígios que surjam entre os sócios sobre questões societárias, os juízes da sede principal da administração.

Artigo 11

As pessoas jurídicas com sede em um Estado-Parte, que celebrem contratos em outro Estado-Parte, podem ser demandadas perante os juízes deste último.

Artigo 12

1. Se vários forem os demandados, terá jurisdição o Estado-Parte do domicílio de qualquer deles.

2. As demandas sobre obrigações de garantia de carácter pessoal ou para a intervenção de terceiros podem ser propostas perante o tribunal que estiver conhecendo a demanda principal.

CAPÍTULO III

Reconvenção

Artigo 13

Se a reconvenção se fundamentar em ato ou em fato que serviu de base para a demanda principal, terão jurisdição para conhecê-la os juízes que intervierem na demanda principal.

TÍTULO III

A Jurisdição como Requisito para o Reconhecimento e Execução de Sentenças e Laudos Arbitrais.

Artigo 14

A jurisdição internacional regulada pelo artigo 20, aliena c, do Protocolo de Las Leñas sobre Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa ficará submetida ao disposto no presente Protocolo.

TÍTULO IV

Consulta e Solução de Controvérsias

Artigo 15

1. As controvérsias que surgirem entre os Estados-Partes em decorrência da aplicação, interpretação ou descumprimento das disposições contidas no presente Protocolo serão resolvidas mediante negociações diplomáticas diretas.

2. Se, mediante tais negociações, não se alcançar um acordo ou se a controvérsia só for solucionada parcialmente, aplicar-se-ão os procedimentos previstos no Sistema de Solução de Controvérsias vigentes entre os Estados-Partes do Tratado de Assunção.

TÍTULO V

Disposições Finais

Artigo 16

1. O presente Protocolo, parte integrante do Tratado de Assunção, entrará em vigor 30 (trinta) dias depois do depósito do segundo instrumento de ratificação com relação aos dois primeiros Estados-Partes que o ratifiquem.

2. Para os demais signatários, entrará em vigor no 30º (trigésimo) dia posterior ao depósito do respectivo instrumento de ratificação e na ordem em que forem depositadas as ratificações.

Artigo 17

A adesão por parte de um Estado ao Tratado de Assunção implicará, ipso jure , na adesão ao presente Protocolo.

Artigo 18

1. O Governo da República do Paraguai será o depositário do presente Protocolo e dos instrumentos de ratificação e enviará cópia devidamente autenticada dos mesmos aos Governos dos demais Estados-Partes.

2. O Governo da República do Paraguai notificará, aos Governos dos demais Estados-Partes, a data de entrada em vigor do presente Protocolo e a data de depósito dos instrumentos de ratificação.

Feito na Cidade de Buenos Aires, em 5 de agosto de 1994, em um original, nos idiomas português e espanhol, sendo ambos os textos igualmente autênticos.

Pelo Governo da República da Argentina

Pelo Governo da República Federativa do Brasil

Guido di Telha

Celso L. N. Amorim

Pelo Governo da República do Paraguai Pelo Governo da República Oriental do Uruguai

Luis Maria Ramirez Boettner

Sergio Abreu