

limita-se a uma tomada de contas dos administradores autárquicos, que nunca se conclui, ou se esvai num rol de diligências jamais encerradas. No entretanto, esse mesmo Tribunal impõe às autarquias, muitas delas de finalidades industriais, carecendo do dinamismo e da agressividade de uma pronta ação econômica, a obediência de preceitos de contabilidade pública ditados para o clássico quietismo burocrático, e, ainda assim, deslocados no tempo.

No plano estadual, dos Estados-Membros da União, aqui, então, o que ocorre — vimo-lo supra — é muito pior.

DA VALIDADE DAS CONVENÇÕES SOBRE FÔRO DO CONTRATO E DA APLICAÇÃO DA LEI ESTRANGEIRA ÀS CONVENÇÕES CELEBRADAS NO BRASIL

ARNOLD WALD

Procurador do Estado da Guanabara
Professor da Faculdade Nacional de Direito

Nos contratos internacionais, firmados no Brasil, surgem, numerosas vezes, dúvidas quanto à validade das cláusulas, que consideram competente determinado fôro para conhecer de todos os litígios decorrentes da convenção ou que regulamentam o contrato, e os seus efeitos, pela lei estrangeira do domicílio ou da nacionalidade de uma das partes contratantes.

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

A primeira questão é puramente processual e se apresenta tanto no plano nacional como internacional, sendo a segunda tipicamente de direito internacional privado.

I. O FÔRO DO CONTRATO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O silêncio do Código de Processo Civil sobre o fôro do contrato, ou seja, sobre a competência judiciária decorrente de cláusula contratual, gerou a dúvida que, por alguns anos, dominou a jurisprudência e a doutrina brasileira neste particular.

É preciso, todavia, salientar que o Código Civil se refere, no seu art. 42, à possibilidade que se assegura aos contratantes de “*especificar domicílio onde se exercitem e cumpram os direitos e obrigações deles resultantes*” (art. 42 do Código Civil).

O mesmo Código ainda estabelece no seu art. 846, § único, que:

“O credor, além do seu domicílio real, poderá designar outro, onde também possa ser citado”.

Assim sendo, a omissão do Código de Processo Civil em relação ao domicílio especial não deve ser entendida como revogação tácita do texto do Código Civil, tanto mais que o domicílio é matéria de direito substantivo. Não ocorre revogação tácita quando a lei posterior não cuidou da matéria regulamentada pela lei anterior, não exaurindo, pois, a mesma, concluindo-se, ao contrário, que continuam em vigor as disposições já existentes, ou seja, no caso, as do Código Civil.

É verdade que as duas noções de domicílio especial e de fôro do contrato não se identificam. O domicílio especial é aquêle fixado para a realização ou o cumprimento de determinada prestação voluntária. O fôro do contrato é a atribuição a uma autoridade judiciária de determinada localidade da competência para julgar litígios que possam surgir entre as partes, em virtude da interpretação ou execução de um contrato, importando numa prorrogação de competência *ratione loci*.

Na realidade, todavia, a possibilidade de escolher um lugar para executar o contrato importa e implica, também, na faculdade de permitir que a prestação possa ser judicialmente exigida no referido local, constituindo assim o fôro do contrato uma espécie de corolário do domicílio especial.

Acresce que a interpretação sistemática do Código de Processo Civil nos leva a idêntica conclusão, pois o mesmo admite a prorrogação de competência *ratione loci* em virtude de omissão do réu que não tenha, em tempo oportuno, apresentado a exceção de incompetência. Não se encontra fundamento para que a prorrogação admitida em virtude do silêncio e da omissão da parte (art. 148 do Código de Processo Civil) não possa também decorrer de declaração de vontade expressa das partes.

Por outro lado, dois diplomas legislativos posteriores ao Código de Processo Civil se referiram expressamente ao domicílio especial e ao fôro do contrato, esclarecendo assim o pensamento do legislador que admitiu explicitamente a validade de tais cláusulas.

O Código de Processo Civil tendo sido aprovado pelo Decreto-lei n.º 1 608, de 18 de setembro de 1939, o Decreto n.º 4.857, de 9 de novembro de 1939, que dispõe sobre a execução dos serviços concernentes aos registros públicos, ao especificar no art. 259 os requisitos necessários para a inscrição de contratos no Registro de Imóveis, facultou, no respectivo § 1.º, a designação pelo credor de domicílio especial, além do domicílio real, permitindo-se a sua citação ou notificação no lugar convencionalmente indicado. Trata-se, evidentemente, de verdadeira cláusula estabelecendo o fôro do contrato, que o legislador assim considerou válida, pois admitiu a fixação convencional do lugar em que o réu poderia ser citado.

Posteriormente, o Decreto-lei n.º 4.597, de 19 de agosto de 1942, que dispõe sobre a prescrição das ações contra a Fazenda Pública, admitiu expressamente a validade do fôro do contrato, inclusive em relação às pessoas jurídicas de direito público, o que importa na validade da cláusula *a fortiori* nas relações de direito privado.

Efetivamente, estabelece o art. 1.º do Decreto-lei citado que:

“SALVO O CASO DO FÔRO DO CONTRATO, compete à Justiça de cada Estado e à do Distrito Federal processar e julgar as causas em que fôr interessado, como o autor, réu, assistente ou oponente, respectivamente, o mesmo Estado e os seus municípios, e o Distrito Federal”.

II. EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL

Pouco a pouco, a jurisprudência evoluiu no sentido de admitir amplamente a validade do fôro contratual, seja em virtude da interpretação sistemática do art. 133, I, do Código de Processo Civil, em combinação com os artigos 42 e 846 do Código Civil, seja em virtude da referência explícita do Decreto-lei n.º 4.597, de 1942, ao fôro do contrato.

Se, durante algum tempo e especialmente em certos tribunais, como o de São Paulo, se entendeu não dever prevalecer a conven-

ção entre as partes elegendo determinado fôro, é preciso reconhecer que a tendência atual é no sentido da admissão ampla de tal cláusula, desde que haja qualquer relação entre o fôro escolhido e um dos contratantes.

A jurisprudência local, do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, é no sentido da validade do fôro do contrato, esclarecendo que:

“Não padece dúvida que a lei adjetiva civil manteve o fôro contratual” (Apelação n.º 7.606, julgada pela 1.ª Câmara Cível, em 10 de outubro de 1956, sendo relator o Desembargador NÉLSON RIBEIRO ALVES, in *Revista Forense*, vol. 172, pág. 300).

Não discrepa a jurisprudência paulista, firmando o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a seguinte jurisprudência:

“O fôro contratual, ao contrário do que entendem os agravantes, não está vedado pela lei processual vigente. A JURISPRUDÊNCIA VENCEDORA TEM ADMITIDO A SUA SUBSISTÊNCIA, como bem demonstrou a decisão agravada (Cf. mais *Arquivo Judiciário*, vols. 113/74, 95/235, 101/426; *Direito*, vol. 72/27; *Paraná Judiciário*, vol. 55/382; *Revista dos Tribunais*, vols. 186/800, 188/315)” (Agravo n.º 86.420, julgado em 4 de março de 1958, pela Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, sendo relator o Desembargador DIMAS DE ALMEIDA, in *Revista dos Tribunais*, vol. 275, pág. 461).

Por sua vez, afirma o Tribunal Federal de Recursos, em reiterados pronunciamentos, que:

“O fôro competente para demandar o transportador é o DO CONTRATO ou o de seu domicílio” (Acórdão da 2.ª Turma do T. F. R. na apelação n.º 1.589, sendo relator o Ministro HENRIQUE D'AVILA, in *Revista Forense*, vol. 146, pág. 218).

Quanto ao Supremo Tribunal Federal, firmou sua posição, desde 1951, no sentido de admitir a validade do fôro de eleição, como se verifica pelas ementas das seguintes decisões:

“O fôro eleito no conhecimento de transporte marítimo é obrigatório, assim para os contratantes como para o segurador” (Rec. Extraordinário n.º 19.164, decidido em 13 de agosto de 1951, em acórdão unânime da 1.ª Turma, sendo relator o Ministro BARROS BARRETO, in *Revista Forense*, vol. 141, pág. 216, e Recurso Extraordinário n.º 18.351, decidido por maioria pela 2.ª Turma em 24 de abril de 1951, sendo relator o Ministro AFRÂNIO COSTA, in *Revista Forense*, vol. 138, pág. 423).

“Fôro do contrato. Regime do Código de Processo Civil. Subsistência. Existência de lei posterior de cunho processual que a êle faz expressa alusão” (Recurso Extraordinário n.º 15.312, decidido em acórdão unânime da Primeira Turma do S.T.F. em 23-4-1953, sendo relator o Ministro LUIS GALLOTTI, in *Revista dos Tribunais*, vol. 258, pág. 593 in fine).

“O Código de Processo Civil não vedou às partes a eleição do *forum destinatae solutionis*” (Acórdão no Recurso Extraordinário n.º 34.791, decidido por unanimidade pela Primeira Turma em 8 de agosto de 1957, sendo relator o Ministro ARI FRANCO, in *Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, vol. 3, 1957, pág. 137).

O último acórdão, a que nos referimos, faz o levantamento das posições assumidas pelos tribunais, mostrando como o Supremo firmou definitivamente — e talvez irreversivelmente — o seu entendimento favorável à validade do fôro do contrato, não ensejando, pois, o problema maiores controvérsias jurisprudenciais.

Após as decisões do Supremo Tribunal Federal, estabelecidas em termos gerais, duas questões novas foram levantadas no tocante à validade do fôro do contrato em casos especiais.

A primeira decorreu da aplicação do art. 136 do Código de Processo Civil, que considera competente nas ações imobiliárias o fôro da situação do imóvel, e da possibilidade de conflito entre o fôro eleito e o fôro *rei sitae*. Na jurisprudência paulista, encontramos acórdãos divergentes neste particular, entendendo um deles que:

“O fôro de eleição não pode prevalecer sôbre o fôro *rei sitae*” (Acórdão de 26 de novembro de 1957, *in Revista dos Tribunais*, vol. 271, pág. 423),

enquanto para o outro, ao contrário:

“O fôro de eleição previsto no contrato deve prevalecer até mesmo sôbre o fôro da situação do imóvel” (Acórdão de 15 de setembro de 1958, *in Revista dos Tribunais*, vol. 281, pág. 237).

A matéria não oferece ainda solução definitiva mansa e pacífica na jurisprudência pátria.

Por outro lado, decisões recentes do Supremo Tribunal Federal, preocupadas em assegurar a liberdade das partes contratantes, têm invalidado a cláusula de eleição do fôro nos contratos de adesão, especialmente em matéria de transporte, fundamentando-se os acórdãos ora na ambigüidade das cláusulas, ora na proteção da autonomia da vontade e, algumas vezes, na ausência de vinculação entre a relação contratual e o fôro escolhido para dirimir os conflitos.

Afirmou assim o Supremo Tribunal que:

“A desistência do fôro do domicílio pela preferência do fôro contratual deve ser clara, isenta de quaisquer dúvidas, de modo que bem explícito fique terem as partes anuído a êle livres de quaisquer constrangimentos.

Nos contratos de adesão, devem as cláusulas duvidosas ser interpretadas a favor do aderente” (Recurso Extraordinário n.º 18.122, julgado em 14 de julho de 1952, por voto de desempate do Presidente, sendo relator o Ministro MÁRIO GUIMARÃES, *in Revista Forense*, vol. 164, pág. 151).

“O fôro legal pode ceder ao que foi livremente escolhido pelas partes.

A ESCOLHA SUPÕE UM VERDADEIRO E INEQUIVOCO ACÓRDO DE VONTADES, o que não ocorre no CONTRATO DE ADESÃO” (Recurso Extraordinário n.º 34.606, julgado por unanimidade pela Primeira Tur-

ma, em 5 de dezembro de 1957, sendo relator o Ministro LUÍS GALLOTTI, *in Revista Forense*, vol. 177, pág. 169).

Verifica-se, pois, que o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a validade da cláusula, desde que livre e conscientemente consentida, ou seja, excluindo os seus efeitos nos contratos de adesão.

No Tribunal do Estado da Guanabara, recente acórdão fez uma distinção entre a validade da cláusula atribuindo a competência a determinado tribunal e a licitude da renúncia das partes a pleitear os seus direitos perante os tribunais brasileiros. Entendeu o acórdão, pela decisão majoritária, que, embora válida a cláusula de eleição do fôro, não significava a mesma que as partes não pudessem discutir a questão perante os tribunais brasileiros — matéria de ordem pública — mas apenas autorizava o autor a intentar o processo no fôro escolhido, sem prejuízo da competência concorrente dos tribunais brasileiros decorrente de lei.

Tal decisão foi recentemente (10.1.1962) adotada, por maioria de votos, pelo 4.º Grupo de Câmaras Cíveis no Recurso de Revista n.º 2.025 e acolheu o parecer do Ministério Público que, por sua vez, se inspirara na lição da doutrina italiana e em particular de CHIOVENDA, firmando a seguinte posição:

“Nos casos de jurisdição *exclusiva* do Estado Brasileiro é inoperante qualquer pacto. Nos casos de jurisdição concorrente, o pacto terá valor, mas não como renúncia ao fôro brasileiro, porém tão somente como ato voluntário atributivo de competência ao juiz estrangeiro, sem impedir, portanto, que a ação possa ser proposta no Brasil” (*In Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara*, 1962, n.º 2, pág. 27).

Em síntese, a posição atual da jurisprudência brasileira é mansa e pacífica no sentido de admitir a validade do fôro do contrato, assinalando-se restrições na hipótese de se referir o processo a imóvel situado no Brasil ou à interpretação e execução de contrato adesivo.

As conseqüências da licitude do fôro do contrato geralmente são aceitas em termos amplos, implicando na renúncia ao fôro com-

petente de acôrdo com a lei brasileira, mas, algumas vêzes, os acôrds preferem restringir tais efeitos para considerar competente o fôro escolhido, sem prejuízo de poder a parte interessada intentar a ação no fôro competente pela lei brasileira, interpretando assim o fôro de eleição como a criação de competência contratual concorrente com a competência *ex vi legis*.

III. O FÔRO DO CONTRATO PERANTE A DOUTRINA

Na doutrina brasileira, a tendência dominante é no sentido de sua admissão, tanto entre os processualistas como entre os internacionalistas.

Se os primeiros comentadores do Código de Processo Civil, como PEDRO BATISTA MARTINS e PONTES DE MIRANDA, condenam o *pactum de foro prorogando*, o acôrdo se realiza entre os autores dos livros mais recentes no sentido de admitir amplamente a validade da cláusula de eleição do fôro.

JOSÉ FREDERICO MARQUES, na sua atualização da obra de PEDRO BATISTA MARTINS (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.^a edição, Forense, 1960, pág. 150), admite ser a opinião prevalente “a de que ainda existe entre nós, o chamado *pactum de foro prorogando* ou fôro do contrato”, afirmando que tal é a orientação adotada pelos tribunais brasileiros, salvo no tocante ao segurador que não estaria vinculado pelo pacto. Preferimos, com a devida vênia, interpretar de modo diferente a recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pois não concebemos que alguém possa transmitir a outrem direito alheio, maior ou diferente do que aquêle que lhe pertence. A situação do segurador, como sub-rogado nos direitos do segurado, é idêntica à dêste. Interpretação mais lógica, que melhor explica a corrente jurisprudencial contrária à admissão da cláusula nos contratos de transporte, é aquela encontrada nos acôrds do Excelso Pretório, de acôrdo com a qual o fato de ser o contrato de adesão implica na ausência de uma aceitação livre e consciente do pacto, não devendo por êste motivo prevalecer a cláusula do fôro de eleição.

Pela validade do fôro de contrato se manifestam OROZIMBO NONATO (*Revista Forense*, vol. 87, pág. 517), J. M. DE CARVALHO SANTOS (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, 5.^a edição, vol. I), JORGE AMERICANO (*Comentários ao Código de Processo Civil Brasileiro*, Saraiva, S. Paulo, vol. I, pág. 89, n.º 258), JOSÉ DA SILVA PACHECO (*Fôro contratual, in Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*,

Borsoi, vol. 23, pág. 114) e JOSÉ FREDERICO MARQUES no seu trabalho sistemático *Instituições de Direito Processual Civil* (Forense, Rio, vol. I da segunda edição, 1962, pág. 442 e seguintes).

Para os internacionalistas, o art. 12 da Lei de Introdução ao Código Civil, que considera competente a autoridade judiciária brasileira quando o réu está domiciliado no Brasil ou em nosso país tiver de ser cumprida a obrigação, é de natureza supletiva, podendo a sua aplicação ser afastada pela vontade das partes.

Assim sendo, somente ocorre competência obrigatória e de ordem pública da justiça brasileira na hipótese de ser a ação relativa a imóveis situados no Brasil (*ex rei sitae*), de acôrdo com o § 1.º do art. 12.

Esclarecem a êste respeito EDUARDO ESPÍNOLA e EDUARDO ESPÍNOLA FILHO que:

“O emprêgo do advérbio sempre, no caso de ações relativas a imóveis situados no Brasil, leva a crer que a *submissão voluntária das partes a um tribunal estrangeiro é possível nas ações de outra natureza, em face da nossa lei*, desde que uma das partes seja domiciliada no país onde a ação é proposta” (EDUARDO ESPÍNOLA e EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, *A Lei de Introdução ao Código Civil comentada*, Freitas Bastos, 1944, vol. 3.º, pág. 287 e seguintes).

Lição idêntica é a de SERPA LOPES (*Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*, Freitas Bastos, 2.^a edição, 1959, vol. III, pág. 109), fundamentado em PHILADELPHO AZEVEDO (*Um triênio de Judicatura*, voto n.º 52, vol. I, pág. 141, Max Limonad editor) e acompanhado por OSCAR TENÓRIO, que exclui a competência do fôro do contrato nas ações de estado e nos processos relativos a imóveis situados no Brasil (OSCAR TENÓRIO, *Direito Internacional Privado*, 1957, Freitas Bastos, Rio, pág. 439 e seguintes).

Em brilhante síntese do pensamento dos internacionalistas brasileiros, afirma AMÍLCAR DE CASTRO que:

“Atualmente, porém, o art. 12 § 1.º, da Lei de Introdução ao Código Civil só mantém como improrrogável a competência da justiça brasileira para “conhecer de ações

relativas a imóveis situados no Brasil" e diante deste novo texto TEM-SE CONSIDERADO ADMISSÍVEL O FORUM PROROGATAE JURISDICTIONIS EM TODAS AS HIPÓTESES, EXCETO A DO FORUM REI SITAE atinente a imóvel situado no Brasil" (AMÍLCAR DE CASTRO, *Direito internacional privado*, Editôra Revista Forense, Rio, 1956, 2.º vol., pág. 256).

Em conclusão, tanto a letra expressa da lei como a jurisprudência e a doutrina admitem a validade da cláusula de eleição de fóro, desde que o processo não se refira a direitos sobre imóveis situados no Brasil, tenha conteúdo patrimonial — excluídas assim as ações de estado — e não decorra de contrato de adesão.

IV. DA REGULAMENTAÇÃO DO CONTRATO PELA LEI ESTRANGEIRA.

O direito internacional privado brasileiro manda regular os contratos pela lei do lugar onde foram celebrados, entendendo o art. 9.º da Lei de Introdução que se reputa como sede do contrato o lugar da residência do proponente.

Assim, desde que, num contrato de natureza internacional, se esclareça devidamente onde foi feita a proposta, podem as partes sujeitar o contrato à lei do lugar em que a mesma foi apresentada.

Existe, pois, uma liberdade de fato das partes para realizarem o contrato no lugar de sua preferência, sujeitando as suas cláusulas à lei mais benéfica ou eficaz para assegurar a defesa dos seus interesses, ressalvados os princípios da ordem pública brasileira na hipótese em que os tribunais brasileiros tiverem que aplicar direta ou indiretamente a lei estrangeira em relação ao contrato.

Celebrado o contrato no Brasil ou feita a proposta em território brasileiro, as obrigações decorrentes estão sujeitas à lei brasileira, nas matérias em que a mesma é imperativa, e à vontade das partes, se fôr supletiva a lei brasileira ou dentro dos limites em que a mesma não fôr imperativa.

Quando a lei brasileira fôr supletiva, nada impede que as partes, podendo decidir a matéria de acôrdo com o seu livre arbítrio, recorram ao critério estabelecido por uma lei estrangeira, pois a liberdade contratual admite a solução dos problemas e litígios de

acôrdo com o critério fixado pelas partes, que pode ser o adotado por uma lei estrangeira.

Se, no fóro brasileiro, o juiz, apreciando um contrato internacional, tiver que aplicar a lei estrangeira, em virtude de cláusula contratual, fará a aplicação da mesma desde que não contrarie as normas internas de ordem pública.

Se, ao contrário, a matéria fôr apreciada pela justiça estrangeira, por ser competente o fóro de outro país, a decisão também poderá ser homologada no Brasil, respeitadas os nossos princípios de ordem pública internacional, que são menos rígidos do que os de ordem pública interna, admitindo-se muitas vezes o reconhecimento de sentenças estrangeiras que o juiz brasileiro não se consideraria habilitado a proferir diante dos princípios jurídicos entre nós vigentes.

Assim, sendo, não há dúvida quanto à possibilidade de regular contrato celebrado no Brasil por leis estrangeiras no campo em que o direito brasileiro fôr supletivo, sendo inválida e ineficaz tal cláusula sempre que a lei brasileira reguladora da matéria fôr de ordem pública.

No campo da lei aplicável ao contrato, as partes não escolhem o direito mas sim o lugar em que realizam a convenção, sujeitando por decorrência o ato à lei vigente no referido local (V. AMÍLCAR DE CASTRO, *obra citada*, vol. 2, pág. 174).

O entendimento da doutrina brasileira é manso e pacífico na matéria, permitindo o afastamento das normas supletivas de direito brasileiro e a sua substituição, em virtude de declaração de vontade das partes, por normas de direito estrangeiro, criando-se, assim, "um regulamento contratual, cuja eficácia prevalece, com a ressalva da ordem pública" (ESPÍNOLA e ESPÍNOLA FILHO, *obra citada*, vol. 11, pág. 563 e 568; SERPA LOPES, *ob. cit.*, 2.º vol., pág. 201).

Quanto à regulamentação por lei estrangeira de contrato celebrado no Brasil, é ela, pois, admissível nas matérias em que o direito brasileiro não fôr cogente ou imperativo, pois a norma brasileira de ordem pública jamais pode ser afastada pela vontade das partes, de acôrdo com a sua própria definição, e a escolha de um regime legal diferente só é válida enquanto não ferir os princípios básicos da nossa ordem legislativa que ela considera como de ordem pública.