

A Eleição de Foro Segundo a Nova Lei Suíça Sobre o Direito Internacional Privado de 18 de Dezembro de 1987*

ALFRED E. VON OVERBECK

Professor Emérito da Universidade de Friburgo, Suíça e
Ex-Diretor do Instituto Suíço de Direito Comparado, Lausanne

INTRODUÇÃO

O presente artigo é essencialmente consagrado a um comentário ao artigo 5º da lei Federal Suíça de 18 de dezembro de 1987, norma de direito internacional privado (LDIP) que entrou em vigor em 10 de janeiro de 1989.¹ Todavia, importa assinalar que em 10 de janeiro de 1992 entrou em vigor a Convenção de Lugano concernente à competência judiciária e à execução das decisões em matéria civil e comercial, de 16 de setembro de 1988, isto nas ligações entre a França, os Países Baixos e a Suíça. Este instrumento, destinado a ser ratificado por todos os membros da Comunidade Européia e da Associação Européia de Livre Comércio visa estender a todos os Estados o sistema da Convenção de Bruxelas de 1968/1978/1989. Nas relações com os Estados contratantes e para as matérias regidas por esta convenção, o art. 5º da LDIP tornar-se-á sem objeto, enquanto continuará a reger as ligações da Suíça com os outros Estados. Ressaltemos as principais diferenças entre as Convenções de Bruxelas e de Lugano e o sistema da LDIP.²

A importância das cláusulas atributivas de competência, ou cláusulas de eleição de foro, ou, ainda, cláusulas de prorrogação de foro, em Direito Internacional Privado, não necessita mais ser demonstrada; o mesmo ocorrendo com os problemas dela decorrentes, traduzidos por um

número relativamente considerável de decisões judiciais.³

Diversos motivos inspiram estas cláusulas. Comumente, elas figuram nos contratos pré-estabelecidos (contratos de adesão) e têm por objetivo concentrar o maior número de processos possíveis na sede de uma empresa. Em outros casos, contudo, elas correspondem aos interesses de duas partes que querem, por exemplo, submeter-se a uma jurisdição neutra. Os motivos relativos à execução de um eventual julgamento podem ocasionalmente desempenhar seu papel, como no exemplo dado por M. Schutze:⁴ em um contrato entre um alemão e um finlandês a execução, em outro país, do julgamento realizado no país de um dos contratantes é duvidosa; por outro lado, os julgamentos suecos ou dinamarqueses podem ser executados tanto na Alemanha Federal quanto na Finlândia, donde um certo interesse na escolha de um foro em um destes países.

Deixaremos de lado a submissão voluntária a um foro incompetente em absoluto, que é, em geral, admitida nos casos em que ocorre uma prorrogação.

Para a Suíça, a entrada em vigor da Lei Federal sobre o Direito Internacional Privado, de 18 de dezembro de 1987, (LDIP) constituiu um passo essencial. Regulamentando a eleição de foro no plano federal, em matéria internacional, ela subtraiu esta questão das numerosas regras

*Texto enviado ao Congresso "Contratos Internacionais e Mercosul", setembro 1992. Organização e Revisões pela Professora Claudia Lima Marques, Faculdade de Direito/UFRGS.

cantonais* que permaneceram, contudo, em vigor nos casos intercantonais e mesmo em matéria internacional, quando são mais liberais que a lei federal.

Todavia, note-se que os princípios jurisprudenciais guardam a sua importância para tudo aquilo que não é regulamentado pela nova lei, isto é, sobretudo para a formação de eleições de foro, por oposição à sua admissibilidade e a seus efeitos processuais, que estão regulados na nova lei.

Depois, o que é notório, mas que é dito expressamente no art. 10, alínea 2 da LDIP, as regras dos tratados em vigor prevalecem na matéria. Tratam-se de disposições nos tratados bilaterais sobre o reconhecimento e a execução, das quais a mais importante é, sem dúvida, o art. 3 da Convenção Franco-Suíça de 15 de junho de 1869, que assim dispõe:

"Em caso de eleição de domicílio em lugar diverso do daquele do domicílio do defensor, os juizes do lugar do domicílio eleito serão os únicos competentes para conhecer das dificuldades as quais a execução do contrato poderá dar lugar."

Os Tribunais suíços e franceses interpretaram constantemente a cláusula como aquela que possibilita um acordo entre as partes. Para a Suíça isto significa particularmente que, no quadro da Convenção Franco-suíça, as exigências para a validade da cláusula de eleição de foro são menos rigorosas que no direito comum. O Tribunal Federal tem julgado que, mesmo no quadro do tratado, era uma questão de Direito Cantonal saber se o juiz designado devia aceitar sua competência; ele poderia, por exemplo, recusá-la se entendesse que não havia vínculo determinante de foro. A LDIP regula, igualmente, este último ponto.

Enfim, os Estados da Comunidade Européia e aqueles da Associação Européia de Livre Comércio concluíram um tratado paralelo à Convenção de Bruxelas no que toca à competência judiciária e à execução das decisões em matéria civil e comercial (texto modificado em 9 de outubro de 1978). Quando esta Convenção for retificada, substituirá, evidentemente, no seu domínio de aplicação, tanto as regras de LDIP

*A Suíça organiza-se em cantões, estados da Confederação. (N. do T.)

quanto as dos tratados com os Estados do Mercado Comum (Convenção de Lugano de 16 de setembro de 1988).

I — GÊNESE E COMENTÁRIO DO ARTIGO 5º DE LEI FEDERAL DE 18 DE DEZEMBRO DE 1987

Convém explicar como se chegou ao texto do art. 5º e quais são os problemas que ele resolve expressamente. Examinaremos, em seguida, o reconhecimento de julgamentos estrangeiros pronunciados no foro contratual ou, ao contrário, a despeito de uma eleição de foro.

Como todas as disposições legais, este texto foi elaborado por uma subcomissão da Comissão de "experts", sendo depois submetido à Comissão de Presidentes que o modificou profundamente. Outras modificações tiveram lugar no curso da discussão parlamentar, particularmente no que diz respeito à terceira alínea.

O artigo nono do texto da Subcomissão IV, de dezembro de 1984, tinha o seguinte teor:

"1. Salvo disposição contrária, as partes podem acordar, na forma escrita ou, em matéria comercial, por outros meios usuais como o telegrama ou telex, que buscarão um outro juiz que não o previsto pela lei para conhecer dos conflitos nascidos ou a nascer por ocasião de um relatório de direito determinado, desde que o foro escolhido tenha uma ligação efetiva com o objeto de litígio ou com uma das partes em causa.

2. Se uma tal convenção atributiva de jurisdição foi estipulada somente em favor de uma das partes, essa conserva o direito de levar sua ação ao juiz competente nos termos da presente lei.

3. Salvo se se tratar de foros exclusivos, a parte que instaura o processo sem fazer reserva reconhece a competência do juiz demandado."

Retomemos agora os diversos elementos do art. 5º da LDIP, cujo texto é o seguinte:

"Art. 5º

IV — Eleição de foro

1. Em matéria patrimonial, as partes podem convencionar sobre o tribunal chamado a resolver um conflito nascido ou a nascer por ocasião de uma relação de direito determinada. A convenção pode ser feita por es-

crita, por telegrama, telex, fax ou qualquer outro meio de comunicação que permita estabelecer a prova por um texto. Salvo estipulação em contrário, a eleição de foro é exclusiva.

2. A eleição de foro fica sem efeito se ela priva, de forma abusiva, uma das partes da proteção que lhe assegura um foro previsto pelo Direito Suíço.

3. O tribunal eleito não pode declinar de sua competência.

a. Se uma parte é domiciliada, tem sua residência habitual ou um estabelecimento no cantão onde ele tem sede, ou

b. Se, em virtude da presente lei, o Direito suíço é aplicável ao litígio."

1. Alínea Primeira: a Admissibilidade e a Forma de Eleição de Foro

a) A Eleição de Foro é Admissível em Matéria Patrimonial

O anteprojeto da subcomissão não previa, na alínea primeira, o limite quanto à matéria. Este somente reservava os foros exclusivos no que concerne à aceitação tácita de um foro em si competente (alínea 3ª), mas a intenção, sem dúvida, era fazê-los prevalecer também sobre a eleição de foro.

A comissão de "experts" discutiu longamente a questão de saber como reservar os foros que não podem ser derogados. Asseverou-se que os termos "foro imperativo" ou "foro exclusivo" e sua contrapartida em alemão dão lugar a muitas confusões. A terminologia exata parecia ser a seguinte: um foro imperativo é um foro que não pode ser derogado pelas partes, mas sem que uma ação a um foro estrangeiro seja excluída. Assim, por exemplo, os foros em matéria de divórcio fixados pela LDIP são imperativos; não se pode aí derogar por uma eleição de foro; em compensação, não são exclusivos já que se reconhece, também, uma decisão tomada no país estrangeiro do domicílio ou da nacionalidade de um dos cônjuges (arts. 59, 60 e 65 da LDIP). Em compensação, exceto para algumas situações particulares, o foro do domicílio do defensor é exclusivo na Suíça, em virtude do art. 59 da Constituição Federal, isto é, uma decisão tomada em foro estrangeiro não é reconhecida. Em

compensação, ele não é imperativo, as partes podem tentar derogá-lo.

Há, por vezes, foros que são imperativos e exclusivos, como é o caso do foro do art. 97 da Lei Suíça para ações reais imobiliárias relativas a imóveis situados na Suíça.⁷

A essas dificuldades de semântica somam-se problemas fundamentais: freqüentemente é difícil saber quais são considerados como imperativos ou exclusivos; isto ocasiona um problema tanto na aplicação de convenções bilaterais, reservando a competência exclusiva de uma das partes, quanto no Direito Cantonal Suíço.

A comissão de "experts" resolveu o problema abandonando a idéia de uma reserva de foros exclusivos ou imperativos para a prorrogação das matérias patrimoniais. Por outro lado, engloba-se tanto o direito das obrigações quanto, por exemplo, o direito de sucessões e o direito dos regimes matrimoniais.

Para certas matérias patrimoniais, a eleição de foro é, entretanto, excluída ou restringida pelas disposições da parte especial que não se pode perder de vista. Assim, sem que seja dito expressamente, a prorrogação é excluída para as ações reais imobiliárias (art. 97), sendo que, nos casos de ação por responsabilidade depois da emissão de títulos de participação e de empréstimo (art. 151, al. 3), ela o é expressamente. Por outro lado, um consumidor não pode renunciar de antemão ao foro de seu domicílio ou de sua residência atual (art. 114, al. 2).

Os artigos 226 I e 228 do Código Federal das Obrigações em matéria de contratos de venda a prazo e com pagamento antecipado e o art. 30 da Lei Federal sobre a fiscalização das garantias, de 23 de junho de 1978, contêm, igualmente, restrições que se aplicam em matéria internacional. Em compensação, a LDIP não prevê restrições em matéria de obrigações alimentares ou de contratos de trabalho.⁸

b) As Partes Podem Reconhecer a Competência do Tribunal

O anteprojeto da Subcomissão falava em um "outro juiz que não o previsto pela lei". Ele apenas considerava a substituição do juiz regularmente competente por um outro juiz suíço. Este texto deixava em aberto um ponto capital: a possibilidade de derogar a competência suíça

em favor de um foro estrangeiro. O texto atual engloba diferentemente os dois casos. Num dado momento, pensou-se até em regulá-los separadamente.

Quando as partes designarem um foro suíço, a prorrogação será eficaz se as condições de admissibilidade do Direito suíço forem preenchidas e, bem entendido, se ela foi validamente concluída segundo o direito que lhe é aplicável em virtude das regras de conflito em matéria contratual.

A designação do tribunal deve ser suficientemente precisa, não sendo bastante designar-se os tribunais suíços. Em compensação, basta designar os tribunais de um certo lugar; não é necessário mencionar especificamente, por exemplo, o presidente do Tribunal ou o Tribunal de Comércio.

O tribunal suíço deve considerar uma interdição de prorrogar-se, determinada por um país estrangeiro que se julga exclusivamente competente para uma certa questão? Pode-se dar o exemplo da competência exclusiva dos tribunais da situação para os bens imóveis, em aplicação do art. 16, Capítulo Primeiro, da Convenção de Bruxelas. Sabe-se que a Corte de Justiça da CEE, em Luxemburgo, em uma decisão fortemente criticada, estabeleceu que esta valia até mesmo para um apartamento para férias, na Itália, alugado de um nacional alemão a outro.⁹

Um juiz suíço poderia declarar-se competente, aplicando-se uma prorrogação de foro ocorrida entre o proprietário de uma casa para férias na Itália, suíço, domiciliado na Suíça, e seu locatário, um suíço, domiciliado nos países baixos? Não se vê em virtude de que princípio o juiz suíço respeitaria o caráter exclusivo e imperativo do foro da situação. A condição, certamente, de que a prorrogação fosse válida segundo o direito suíço, ele deveria admitir sua competência. Ver-se-á, mais adiante, qual a sua posição em matéria de reconhecimento e se, ao contrário, o foro exclusivo, segundo o art. 16 da Convenção de Bruxelas deveria ser adotado.

É de se perguntar, todavia, se o juiz suíço deveria recusar-se a considerar-se competente num caso particular: aquele em que não apenas ele seria incompetente fora da prorrogação, mas também em que transpusesse seus próprios princípios em matéria de competência direta à

competência indireta de um outro país. Neste caso, esse último seria exclusivamente competente.¹⁰

A professora Kaufmann-Kohler parece admitir tal situação em algumas hipóteses. No sistema da LDIP, não cabe mais a transposição da competência direta para a indireta (sistema da "Spiegel-bildlichkeit" e, por outro lado, a LDIP prevê um número reduzido de competências exclusivas. O art. 86, al. 2, exclui a competência das autoridades suíças para as questões sucessórias relativas aos imóveis para os quais o Estado do lugar da situação reivindica uma competência exclusiva. A "ratio legis" — evitar as decisões ineficazes — vale também para que se encontre uma eleição de foro para tais questões, a menos, certamente, que a competência do Estado da situação não seja exclusivo nem imperativo, ou seja, que ele possa ser derogado por convenção. O mesmo raciocínio deve valer para os direitos reais relativos a imóveis situados no exterior; a LDIP não prevê competência para estas questões. Aqui, poder-se-ia sustentar, com bons argumentos, que o juiz suíço deveria levar em consideração a ineficácia da derrogação no país principalmente interessado e recusar-se a decidir.

As condições do art. 5º, alínea primeira, devem também ser reunidas para que haja efeito derogatório de uma competência legal suíça em favor de um tribunal. Este caso suscita problemas suplementares. O efeito derogatório desaparece, certamente, se o tribunal estrangeiro designado declinou de sua competência. Em tais casos, o juiz suíço, competente segundo a LDIP, na falta de eleição de foro, deve poder decidir. Poder-se-ia pensar em regular este caso invocando o foro de necessidade do art. 3º da LDIP; na nossa opinião, é a competência normal que reina.

Mas o que ocorre se uma parte se dirige a um tribunal suíço reclamando que a prorrogação não é admitida segundo o Direito estrangeiro? Cremos que não há dúvida de que o tribunal estrangeiro eleito declinaria de sua competência, por exemplo, porque a seus olhos a matéria não é uma daquelas onde uma eleição de foro é possível, o juiz suíço normalmente competente deveria investir-se.¹²

c) A Eleição de Foro Deve Relacionar-se Com Um Conflito Nascido ou Por Nascer na Ocasão de Um Caso Determinado

Esta condição encontra-se, igualmente, no art. 17 da Convenção de Bruxelas. Ela se explica pela preocupação de não se ver uma parte ligar-se a litígios cuja natureza não possa conhecer. Pode-se ressaltar, a esse propósito, que, nas Comissões Parlamentares na Suíça, a questão foi levantada a fim de se saber se os acionistas estavam ligados por uma eleição de foro contida no estatuto de uma sociedade anônima. A resposta foi negativa.¹³

d) A Forma da Cláusula de Eleição de Foro

A segunda frase da primeira alínea diz respeito à forma e aos meios técnicos pelos quais a convenção das partes pode ser expressa. Foram enumerados os meios técnicos mais correntes sem excluir-se outros. Assim, exprimiuse a opinião de que os disquetes de computadores que permitissem estabelecer um texto, poderiam ser suficientes. Exigindo que as partes empregassem um meio de comunicação que permitisse estabelecer a prova por um texto, a LDIP é mais restritiva que a Convenção de Bruxelas, que se contenta com um acordo verbal confirmado por escrito e por formas admitidas no comércio internacional.¹⁴

Se as partes, das quais ao menos uma tem seu domicílio no território de um estado contratante, acordam um tribunal ou tribunais de um Estado contratante para conhecer dos debates nascidos ou a nascer por ocasião de um caso de direito determinado, este tribunal ou os tribunais deste Estado são os únicos competentes. Esta convenção atributiva de jurisdição é concluída:

- por escrito ou verbalmente com confirmação escrita, seja;
- sob uma forma que esteja conforme os hábitos que as partes estabeleceram entre elas, seja;
- no comércio internacional, sob uma forma que esteja conforme um uso de que as partes tenham conhecimento ou julgarem conhecimento e que seja largamente conhecido e regularmente observado nesse tipo de comércio pelas partes, em con-

tratos do mesmo tipo, no ramo comercial considerado.

e) A Presunção de Exclusividade de Eleição de Foro

Segundo a terceira frase do art. 5º, alínea primeira, salvo estipulação em contrário, a eleição de foro é exclusiva. Esta regra clara põe fim às hesitações da jurisprudência e da doutrina suíças que assinalamos. Ela vale quando um foro foi designado sem outra fixação. Mas, bem entendido, as partes são livres para acordar sua prorrogação, descartando a presunção de exclusividade. Elas podem, assim, criar eleições de foro "capengas" dando a uma das partes, não à outra, a escolha entre diversos foros. Isto cria uma certa desigualdade entre as partes que a autonomia pode justificar. Contudo, certamente, não é desejável presumir uma cláusula capenga. Ora, é justamente isto que faz o art. 17, alínea 4 da Convenção de Bruxelas e da Convenção de Lugano:

"Se uma convenção atributiva de jurisdição foi estipulada a favor de apenas uma das partes, esta conserva o direito de escolher qualquer outro tribunal competente em virtude da presente convenção."

Uma crítica muito pertinente a essa cláusula, encontra-se no artigo de Christian Kohler.¹⁵ Este autor relata as incertezas e as dificuldades que a cláusula levantou na jurisprudência de vários países. É necessário tomar-se como base as circunstâncias objetivamente favoráveis a uma das partes, ou a apreciação subjetiva dos contratantes? E qual o momento determinante? Sem entrar em detalhes, não saberíamos fazer depender de elementos tão incertos a determinação do tribunal que será invocado, já que a segurança é, precisamente, um dos motivos principais da eleição de foro.

Essa disposição produz, aliás, resultados que não podem ser desconsiderados. Na prática, ela conduz a tomar-se, no lugar do foro prorrogado, o foro do domicílio. De acordo com uma opinião um pouco ingênua, que encontramos na doutrina suíça e que certos tribunais alemães adotaram, o fato de ser procurado no seu próprio domicílio constituiria sempre uma vantagem. Ora, isto está longe de ser verdade. Não paremos na esperança de que o julgamento le-

vado ao foro contratual estrangeiro não possa ser executado; isto não é um interesse juridicamente protegido. Aliás, no quadro da Convenção de Bruxelas, não deve normalmente haver dificuldades para a execução de uma decisão tomada no foro contratual. É também por esta razão que não poderíamos justificar o art. 17, alínea 4 da Convenção de Bruxelas, porque é necessário permitir à parte — à favor da qual a prorrogação foi feita — agir no foro do domicílio da outra parte, já que a execução da decisão tomada no foro contratual seria incerta.

Mas há circunstâncias em que se prefere um tribunal estrangeiro aos juizes locais, de quem se desconfia, ou que se considere um outro tribunal mais eficaz ou mais experiente.

Enfim, não se vê porquê uma parte, hipoteticamente favorecida pela eleição de foro, receberia uma segunda vantagem: a de poder escolher entre o foro eleito e um outro foro. Trataremos da escolha do tribunal na sede da parte que redigiu um contrato de adesão. Se esta escolhe um foro diferente do foro escolhido, não será certamente por altruísmo, mas porque aí vê uma vantagem no plano do processo ou porque, segundo as regras de conflito, diferentes deste outro foro, uma lei que lhe é mais favorável torna-se aplicável. Em matéria de prazo de prescrição, por exemplo, isto pode distinguir um processo ganho de um perdido!

A Corte das Comunicações Europeias, em uma decisão Anterist contra *Crédit Lyonnais*, de 24 de junho de 1986¹⁶, felizmente fez justiça através desta cláusula. Decidiu-se que só o fato do foro do domicílio de uma parte ter sido escolhido não significa que a prorrogação tenha sido feita em favor de uma única parte; é necessário, ao contrário, a vontade comum das partes de favorecer a uma delas seja estabelecida. Praticamente, isto não deixa mais muito alcance à disposição. Kohler, seguindo o que os britânicos já fizeram para suas regras "interlocais", propõe suprimir a cláusula na próxima ocasião.¹⁶ Pode-se lastimar que ela seja mantida na convenção paralela.

A submissão da Comissão de "experts" tinha, sobre este ponto, seguido as sirenes de Bruxelas e, não sem dificuldades, a Comissão dos Presidentes pôde ser persuadida a suprimir esta cláusula.

A idéia do "foro capenga" presumido não foi retomada na discussão parlamentar. Por outro lado, a cláusula de exclusividade foi combatida por certos partidários da supressão da terceira alínea, relativa à obrigação do tribunal eleito de investir-se. Esta solução, que teria novamente livrado a cláusula de prorrogação das incertezas do folclore cantonal, não encontrou apoio.

2. Alínea 2: As Cláusulas Abusivas

Introduzindo a alínea 2, a Comissão de "experts" tinha em vista principalmente as cláusulas de prorrogação nos contratos pré-estabelecidos ou contratos de adesão.

Quando da discussão parlamentar, a disposição reencontrou objeções de duas ordens opostas. Para alguns, ela arriscava prejudicar a segurança das demandas, permitindo colocar, demasiadamente seguido, em dúvida a validade da eleição de foro. Outros entendiam que a regra não era necessária, sendo suficiente a disposição geral sobre o abuso de direito do art. 2º, alínea 2 do Código Civil suíço. Contrariamente, certos deputados criticaram o fato de que a cláusula se referia apenas à proteção que assegura um foro previsto pela lei suíça; eles quiseram estender a regra também a uma derrogação abusiva de um foro estrangeiro.

O Conselho dos Estados, câmara buscada em primeiro lugar, decidiu cancelar o texto¹⁸, enquanto que o Conselho Nacional preferiu mantê-lo¹⁹, ponto de vista ao qual o Conselho dos Estados acabou por aderir.²⁰ Pode-se lastimar que o texto tenha sido mantido na Convenção de Lugano.

Observamos, ainda, que a Convenção de Haia sobre os acordos de eleição de foro, de 25 de novembro de 1965 (que não entrou em vigor), permite, no art. 15, o não reconhecimento dos acordos de eleição de foro "se, consideradas as circunstâncias, houver grave inconveniente no caso da cláusula ser julgada pelo tribunal eleito".

O texto da Convenção de Bruxelas não faz alusão às cláusulas abusivas de eleição de foro. Kropholler²¹ desejaria uma tal cláusula ou o desenvolvimento de uma jurisprudência pela corte europeia. Ele propõe que não se admita uma prorrogação por duas partes residentes no

mesmo país em favor de um tribunal estrangeiro situado num país com o qual não haja nenhuma ligação.²² Pode-se assinalar, a esse propósito, que uma decisão italiana faz prevalecer, num caso semelhante, o art. 2º do Código de Processo Civil Italiano que invalidava a eleição de foro e que, de forma oposta, a decisão de corte de Munique fez valer uma cláusula semelhante.²³ Na Suíça, consideramos que não se trata de uma matéria internacional, no sentido do art. 1º da LDIP, embora o direito cantonal seja determinante.

3. Alínea 3: A Obrigação do Juiz Escolhido de Não Declinar de Sua Competência

A terceira alínea regulamenta uma questão muito importante. No quadro do Mercado Comum, quando ao menos uma parte é domiciliada no Estado do contrato, o art. 17 da Convenção de Bruxelas e de Lugano não deixam dúvidas; ocorrendo o mesmo segundo o art. 15 da Convenção de Haia sobre os acordos de eleição de foro, de 25 de novembro de 1965.

O anteprojeto de Subcomissão IV exigia uma ligação efetiva com o objeto do litígio ou com uma das partes em causa. A Comissão dos Presidentes preferiu uma solução mais liberal. A opinião mais defendida foi a de que se deveria respeitar a confiança que as partes estrangeiras concederam a certos tribunais suíços e lhes permitir uma prorrogação mesmo a despeito da ligação objetiva com o país.

Isto conduz à fórmula do projeto do Conselho federal, segundo o qual o tribunal eleito não podia declinar de sua competência se uma parte fosse domiciliada ou tivesse residência habitual ou um estabelecimento na Suíça, ou se, em virtude da Lei de Direito Internacional Privado, o Direito suíço fosse aplicável ao litígio. Entendeu-se que o Direito suíço podia ser aplicável tanto em razão de uma conexão objetiva quanto em virtude da autonomia das partes.

Esta solução, muito liberal, não deixou de provocar objeções quando dos debates parlamentares. Fez-se valer, em particular, que ocorrendo a sobrecarga dos tribunais, não se podia obrigá-los a julgar litígios sobre matérias que não tivessem nenhuma relação com sua sede. Também diversas fórmulas mais restritivas foram examinadas.

O Conselho dos Estados elaborou uma fórmula que permitia aos cantões limitarem a obrigação de aceitar competência quando ambas as partes não tivessem domicílio, residência habitual ou estabelecimento no cantão do tribunal e, isto, mesmo se o direito suíço fosse aplicável.²⁴

Por outro lado, o Conselho Nacional adotou um texto atual que obriga sempre um tribunal a julgar-se competente, quando o direito suíço é aplicável, do mesmo modo que quando uma parte tem seu domicílio, sua residência habitual ou um estabelecimento no cantão da sede do Tribunal.²⁵

Ainda nos perguntamos o que se passaria no caso de uma parte ter um domicílio e, portanto, um foro na Suíça, mas o tribunal de um outro cantão ter sido designado. Um tal foro, validamente escolhido porque o Direito suíço era aplicável, deveria ceder lugar ao foro legal no cantão do domicílio? Esta restrição foi descartada por diversos motivos, sobretudo por considerações que já descartamos a propósito do "foro capenga". As partes podem, por exemplo, ter escolhido um tribunal de comércio experimentado de uma grande cidade antes de pleitear junto ao juiz do domicílio da cidade de uma delas.

Percebeu-se, aqui, como em outras ocasiões, que os federalistas procuravam dar maior espaço ao Direito cantonal, lembrando-se com nostalgia que as questões de processo são reservadas pela Constituição aos cantões. No final das contas, o Direito cantonal conservou um espaço, mas ele somente pode intervir caso seja mais favorável à prorrogação do foro que o direito Federal. Com efeito, se nos casos mencionados na alínea 3 o tribunal eleito não pode declinar de sua competência, ele não é obrigado a fazê-lo em outros casos. Ele deverá admitir sua competência quando o Direito cantonal o prescreva. Assim, no cantão de Zurique, a prorrogação também deverá ser aceita se uma das partes for um suíço domiciliado no exterior ou se a prorrogação tratou de um empréstimo por obrigações emitidas em Zurique.²⁶ Será interessante observar se os cantões, tal como no cantão de Vaud, onde atualmente toda a prorrogação parece ser admitida²⁷, embora sem base legal, manterão essa jurisprudência.

A questão da proteção dos suíços domiciliados no exterior foi ocasionalmente levantada na discussão, mas, enquanto os foros principais ou subsidiários fundados na nacionalidade são previstos no direito de família e sucessões, os suíços domiciliados no exterior não têm, em matéria de prorrogação, mais direitos que os estrangeiros. Podemos lastimar, mas talvez fosse preferível preocuparmo-nos com o problema ao invés de procurarmos, a todo preço, deixar um campo de aplicação ao Direito cantonal.

No final das contas, a regulamentação é ainda assim assaz liberal: o só fato de ter provido a eleição do foro de uma escolha do Direito suíço obrigará o tribunal designado a investir-se. É pouco provável e, em todo caso desaconselhável, que as partes designem um foro suíço, na falta de uma escolha simultânea da lei suíça ou do domicílio de uma delas no cantão do tribunal demandado, na esperança de que esse foro queira declarar-se competente.

III — QUESTÕES RELATIVAS AO RECONHECIMENTO E À EXECUÇÃO DAS DECISÕES ESTRANGEIRAS

Convém sublinhar, em primeiro lugar, que, de maneira geral, a LDIP traz um progresso considerável no que toca ao reconhecimento e à execução de decisões estrangeiras provenientes de países com os quais não há tratados. Nós nos lembraremos que a maior parte dos códigos Cantonais exigem a prova da reciprocidade e que o Tribunal cantonal de "Glavis" decidiu, inclusive, não reconhecer e não executar decisões estrangeiras fora dos tratados.

1. A Execução das Decisões Tomadas no Foro Contratual Estrangeiro

De acordo com o art. 26, letra "b" da LDIP, a competência indireta das autoridades estrangeiras é dada se, em matéria patrimonial, as partes se submetem, por uma convenção válida segundo a presente lei, à competência da autoridade que tomou a decisão.

Antes de reconhecer ou permitir a execução tomada por um tribunal eleito no exterior, o juiz suíço examinará se as condições "da presente lei", isto é, do art. 5º, estão presentes e se não há outras restrições a observar, como, por exem-

plo, aquela do art. 97 relativa aos imóveis suíços e aquela do art. 114 concernente ao contrato do consumidor. Em contrapartida, diferentemente do que se encontra em antigas convenções, não é necessário examinar se, segundo seu próprio Direito, o tribunal de origem podia investir-se com base na prorrogação.²⁸ Não deve, bem entendido, haver outros motivos de recusa do reconhecimento (art. 27).

Mesmo se a prorrogação do foro não tiver efeito segundo o Direito suíço, a decisão estrangeira poderá ser reconhecida de acordo com as regras do Direito suíço sobre a competência indireta, se o tribunal estrangeiro for competente por outro título.

A questão crítica é saber se um julgamento realizado com base numa prorrogação de foro que não responde às exigências do art. 5º, em um Estado no qual não existe uma autoridade com competência indireta aos olhos do Direito suíço, pode ser suscetível de reconhecimento. Em regra, dever-se-á responder negativamente, em outros casos, uma resposta afirmativa parece possível.

Suponhamos que, conforme as regras suíças de competência indireta, o Estado A seja competente, mas que as partes tenham feito uma convenção em favor de Estado B. A prorrogação, em desacordo com o art. 5., é válida tanto para o Estado A quanto para o B, porque os tribunais do Estado A declinaram de sua competência. A decisão tomada no Estado B será reconhecida no Estado A. Num caso semelhante, um reconhecimento na Suíça deveria ser possível. Ele é possível, certamente, para os regimes matrimoniais (art. 58), as sucessões (art. 96, alínea primeira), os direitos reais imobiliários relativos a imóveis no exterior (art. 108, alínea primeira) e o direito societário (art. 165, alínea primeira, letra "a"). Para todas essas matérias, as decisões tomadas num Estado terceiro e reconhecidas em um Estado competente segundo o Direito suíço podem ser reconhecidas e executadas de acordo com a LDIP, pouco importando a autoridade competente em virtude da qual estas decisões foram tomadas. A solução poderia ser entendida, por analogia, a outras questões patrimoniais. Já que ela supõe que exista uma competência indireta estrangeira no Estado A, a questão do art. 59 não se coloca.

2. O Reconhecimento e a Execução, na Suíça, de Uma Decisão Tomada Num Foro Estrangeiro que Viole Uma Prorrogação em Favor de Um Tribunal Suíço

Qual deve ser a solução, no plano do reconhecimento, quando se esta em presença de uma prorrogação validamente concluída e em conformidade com as exigências do art. 5º, no caso de uma parte ter escolhido um tribunal de um Estado estrangeiro que não reconhece a prorrogação quem estatui nesse caso. Suponhamos, por outro lado, que na falta de prorrogação, este Estado fosse competente segundo as regras de competência indireta da lei suíça — na ausência da qual um reconhecimento seria evidentemente excluído.

O reconhecimento não causa dúvida se o defensor procedeu sem fazer reserva. Este caso de competência é previsto pelo art. 26, letra "c".²⁹ Por outro lado, a questão é mais delicada se o defensor levantar a declinatória fundamentada na prorrogação e que, apesar disso, o tribunal se declare incompetente.

As soluções das convenções internacionais divergem neste ponto. Segundo o art. 12, Capítulo primeiro, da Convenção sobre o reconhecimento e a execução dos julgamentos estrangeiros em matéria civil e comercial, concluída em Haia em 1º de fevereiro de 1971 (em vigor em Chipre, nos Países Baixos e em Portugal, a competência do Tribunal do Estado de origem pode não ser reconhecida quando o Direito do Estado requerido atribui às jurisdições desse Estado uma competência exclusiva, em razão da matéria ou de um acordo entre as partes, para conhecer da ação que deu lugar à decisão estrangeira. Este parece ser o único texto no qual se faz expressa alusão à exclusividade decorrente de um acordo entre as partes.

Em contrapartida, várias convenções bilaterais sobre o reconhecimento e a execução concluídas pela Suíça prevêm, sob uma forma ou outra, a possibilidade de recusar o reconhecimento quando o Estado requerido prevê uma competência exclusiva.³⁰ Estas regras parecem dever se estender igualmente à competência exclusiva decorrente de uma cláusula de eleição de foro, embora isto não seja um dado muito preciso.

Por outro lado, resulta, diversamente do que prescreve o art. 28, alínea primeira, da Convenção de Bruxelas e de Lugano, que a violação de uma competência exclusiva, fundada sobre uma cláusula de eleição de foro, não é motivo para recusar-se o reconhecimento.

A doutrina e a jurisprudência se dividem. Na França, o reconhecimento foi recusado em um caso onde a incompetência não tinha sido levantada.³¹ Na Alemanha, a opinião contrária parece prevalecer: a eleição de foro não cria uma exclusividade que constitua um obstáculo ao reconhecimento e à execução, mas há igualmente, uma opinião minoritária em sentido contrário.³²

Qual deve ser a solução mediante o império da LDIP? Notar-se-á, antes de tudo, que, conforme as convenções bilaterais sobre o reconhecimento e a execução citadas acima, poder-se-á sustentar que uma prorrogação de foro de acordo com o art. 5º da LDIP cria uma competência exclusiva na Suíça, assim um julgamento ocorrido em um outro país não deveria ser reconhecido. Em contrapartida, a LDIP, de forma diversa da nova lei turca (art. 38), por exemplo, não prevê, de maneira geral, a existência de um foro suíço como motivo de recusa de reconhecimento. É necessário concluir que os julgamentos provenientes de países com os quais não existe a convenção têm mais chance de serem reconhecidos? Tal não é o caso se se admite que as convenções bilaterais não impedem as soluções mais liberadas fundadas sobre o Direito comum. Parece-nos que a solução liberal deve prevalecer, ao menos em princípio. Com efeito, a questão dos limites da prorrogação de foro é discutível. Pode-se muito bem sustentar que ela deverá ser exclusiva em matéria de contratos de consumidor, de contratos de trabalho, de contratos de seguro e também para outras questões.

Retomemos o exemplo do suíço, proprietário de um apartamento para férias na Itália, alugado a um compatriota domiciliado nos Países Baixos. O contrato de locação contém uma eleição de um foro suíço, válida segundo o Direito suíço, mas ineficaz em um país do Mercado Comum em razão do art. 16 da Convenção de Bruxelas, que prevê uma competência exclusiva ao foro da situação. O proprietário suíço poderia acionar o locatário no pagamento do aluguel

perante o tribunal suíço escolhido, mas a decisão não poderia ser executada nem na Itália nem nos Países Baixos.³³ O proprietário dirige-se, por conseqüência, ao foro italiano, discutindo em vão, já que o locatário invocará a declinatória com base na prorrogação de foro. A decisão tomada na Itália poderá ser, certamente, executada nos Países Baixos, mas o que se passará se, neste meio tempo, o locatário tiver se mudado com armas e bagagens, para a Suíça? Será bem inconveniente ele poder opor-se à execução na Suíça sob o pretexto de que o foro contratual foi violado.

Parece-nos que, em tais casos, estando todas as outras condições de reconhecimento e de execução reunidas, dever-se-ia desconsiderar a violação da prorrogação de foro.

Em apoio desta opinião, consideramos, também, que a lei suíça proíbe toda revisão dos fundamentos (art. 27, alínea 2); em particular, o feito de que o juiz estrangeiro tenha aplicado uma outra lei não aquela que teria sido aplicada pelo juiz suíço não é motivo de recusa; ou, a atitude mais restritiva de uma ordem jurídica estrangeira, em relação a certas eleições de foro, são tão dignas de respeito quanto a regra de conflito estrangeira. Havendo abuso, o reconhecimento podia ser recusado em virtude do art. 27, letra "b" da lei que sanciona a violação dos princípios fundamentais do Direito Processual suíço.

Em conclusão, podemos dizer que a nova lei assegurará a eficácia das prorrogações racionais em favor dos tribunais suíços e, em caso contrário, o respeito à escolha de jurisdições estrangeiras. Ela assegura o reconhecimento das decisões tomadas em foro contratual.

Nosso colega Max Keller, a quem essas linhas são dedicadas, foi o principal artesão das disposições da LDIP sobre a lei aplicável aos contratos. Pareceu-nos apropriado tratar aqui das cláusulas abusivas de eleição de foro que, junto às cláusulas arbitrais, são a contrapartida, no terreno dos conflitos de jurisdições, da autonomia concedida às partes em matéria de escolha da lei aplicável.

NOTAS DE REFERÊNCIA

- 1 Eis uma lista das principais publicações sobre o tema e as obras de caráter genérico citadas adiante pelo nome do autor ou de forma resumida:
 - Loi fédérale sur le droit international privé (loi de d.i.p.), Projet de loi de la Commission d'experts et Rapport explicatif, Etudes suisses de droit international, vol. 12 Zurich, 1978. Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz), Schlussbericht der Expertenkommission zum Gesetzesentwurf, Etudes suisses de droit international, vol. 13, Zurich, 1979.
 - Loi fédérale sur le droit international privé, présentation des réponses à la procédure de consultation relative au projet de loi de la Commission d'experts et au rapport explicatif, Office fédéral de la Justice, Berne, maio de 1980.
 - Message du Conseil fédéral suisse concernant une loi fédérale sur le droit international privé (loi de DIP) du 10 novembre 1982 (FF 1983 I 255).
 - Batiffol H. & Lagarde P. *Droit International Privé*, 7.ed., tome I, Paris, 1981, tome II, Paris, 1983.
 - Buttent N. & Moix P.H. *La Prorogation de For en Droit International Privé, Le Juriste Suisse Face au Droit et Aux Jugements Étrangers*, Fribourg, p. 315-330, 1988.
 - Fischer C.H. *Les Conventions de Prorogation de for Inter — Et Intercantonaes en Droit Fédéral et en Procédure Civile Vaudoise*, thèse Lausanne, 1969.
 - Fragistas N. *La Compétence Internationale en Droit Privé, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1961 III, tome 104, p. 159, spéc. p. 228 (droit suisse) et p. 233 (rôle de la volonté des parties).
 - Gaudemet-Tallon H. *La Prorogation Volontaire de Jurisdiction en Droit International Privé*, 1965.
 - Guldener M. *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 2.ed. Zurich 1958, avec Supplément, 1964.
 - Habscheid W.J. *Parteivereinbarungen Über die Interenationale Zuständigkeit Nach Deutchem und Schweizerischem Recht*, Festschrift Schima, Vienne, p. 175, 1969.
 - . *Droit Judiciaire Privé Suisse*, 2.ed., Genève, p. 156, 1981.
 - Holleaux D., Foyer J., De Geouffre de la Pradalle G. *Droit International Privé*, Paris, 1987.
 - Jayme E. *Das europäische Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen und die Drittländer — Das Beispiel Österreichs, Öst. Akademie der Wissenschaften, Veröffentlichungen der Kommission für Europa-recht*, n. 6, Vienne, p. 97, 1988.
 - Kaufmann-Kohler G. *La clause d'élection de for dans le contrats internationaux*, Schriftenreihe des

Instituts für internationales Recht und internationale Beziehungen, Heft 29, Bâle, 1980.

Keller M. & Siehr K. *Allgemeine Lehren des Internationalen Privatrechts*, Zurich, 1986.

Kohler C.H. *Pathologisches in EuGVÜ: Hinkende Gerichtsstandsvereinbarungen Nach Art. 17 Abs. 3, IPRax*, p. 340, 1986.

Knapp B. L'article 59 de la Constitution, Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Bâle, Zurich et Berne, feuillets mobiles dès, 1987.

Kropholler J. *Internationale Zuständigkeit, Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, Band I, Tübingen 1982, S. 183. insbes. S. 381 Rz. 461 ff., S. 495 Rz. 801ff.

———. *Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar zum EuGVÜ*, 3 ed., Heidelberg, 1991.

———, et Pfeiffer A. *Das neue europäische Recht der Zuständigkeitsvereinbarung*, Festschrift für Heinrich Nagel, p. 157, 1987.

Lalive P. & Bucher A. *Election de domicile et prorogation de for dans les rapports franco-suisse. La Semaine Judiciaire*, p. 297, 1977.

Mayer P. *Droit International Privé*, 4.ed., Paris, 1991.

Poudret J.F. *Droit privé fédéral et procédures cantonales: sujet d'étonnement pour les juristes étrangers et tourments pour les juristes suisses. Revues Internationale de Droit Comparé*, p. 433, 1987.

Reiser H. *Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem IPR-Gesetz. Zugleich ein Beitrag zur Schiedsabrede*, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Band 87, Zürich, 1989.

Volken P. *Von Analogien und ihren Grenzen im internationalen Privatrecht der Schweiz*, Festschrift für Frank Vischer, Zürich, S. 335, 1983.

———. *Neue Entwicklungen im Bereich der internationalen Zuständigkeit, Beiträge zum neuen IPR des Sachen-, Schuld- und Gesellschaftsrechts*, Festschrift für Prof. Rudolf Moser, Etudes suisses de droit international, v. 51, Zurich, p. 235, 1987.

———. *Das EG-EFTA-Parallel-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil — und Handelssachen*, Annuaire suisse de droit international, v. XLIII, p. 97, 1987.

Walder-Bohner H.U. *Drei Fragen zum forum prorogatum, Recht und Wirtschaft heute*, Festgabe Kummer, Berne, p. 681, 1980.

Zapater Guzman M. *La prorogation de competencia en los contratos de venta concluidos por consumidores*, Revista española de derecho internacional, v. XXXIX, p. 447, 1987; resúmen en anglais, p. 476.

- 2 Ver Convenção de Lugano, convenção concernente à competência judiciária e à execução das decisões em matéria civil e comercial, realizada em Lugano em 16 de setembro de 1988, Publicações do Instituto Suíço de Direito Comarado, n° 13, I, texto e relatório explicativo (texto em inglês, francês, ale-

mão e italiano, relatório em inglês e francês) e n° 14, II, trabalhos preparatórios, Zurich, 1991. O texto da Convenção em francês também pode ser encontrado no "Annuaire suisse de droit international", vol. XLIV, 1988, p. 166. Ver, ainda, o artigo de P. Volken (citado na nota 1), no "Annuaire suisse de droit international", vol. XLIII, 1987, p. 97. Sobre os princípios intertemporais na matéria, ver a decisão do Tribunal Federal, de 29 de novembro de 1990, "Arrêts du Tribunal Fédéral suisse, ATF 116 II 622.

- 3 Assim, em mais ou menos uma decisão sobre três, tomadas pela Corte das Comunidades sobre a Convenção de Bruxelas, no que concerne ao foro contratual e à jurisprudência nacional, é igualmente fornecida de forma relativa. Ver J. Kropholler e A. Pfeiffer, p. 157, 158, note 4.

- 4 R. A. Schütze, *Zur Ablehnung der Annahme einer Prorogation nach zürcherischem Recht*, IPRax, p. III, 1985.

- 5 P. Lalive & A. Bucher, p. 300.

- 6 J. F. Poudret, p. 443.

- 7 Message n° 272; ver também P. Volken, Festschrift Moser, p. 292.

- 8 G. Kaufmann-Kohler, p. 161. O artigo 17, alínea a, da Convenção de Lugano prevê uma disposição que não figuraria no texto original da Convenção de Bruxelas: "Em matéria de contratos individuais de trabalho as convenções atributivas de jurisdição produzem seus efeitos se forem posteriores ao surgimento do debate". Este texto foi ainda modificado na Convenção de São Sebastião, relativa à adesão da Espanha e de Portugal à Convenção de Bruxelas, de 26 de maio de 1989; acrescentou-se a esse texto: "ou se o trabalhador o invoca para pedir a tutela jurisdicional junto a outros tribunais que não aquele do domicílio do defensor ou aquele indicado no art. 5.1". Estas divergências podem ter os efeitos mais inesperados se uma ou outra parte do contrato de trabalho modifica seu domicílio, isto sobretudo no plano das decisões (ver artigo 54, III, alínea 3, da Convenção de Lugano) — Sobre a noção de "matérias patrimoniais", ver: I. Meier, *Vermögensrechtliche Ansprüche — ein Schlüsselbegriff Privatrecht (IPRG)*, Mitteilungen aus dem Institut für Zivilgerichtliches Verfahren in Zurich, Bd. 5, Mai 1988, S. 5.

- 9 O artigo 16, alínea primeira, letra "b", da Convenção de Lugano previu que, em matéria de aluguéis de imóveis concluídos em vista de um uso pessoal por período máximo de seis meses consecutivos, são igualmente competentes os tribunais do Estado contratante, no qual o defensor é domiciliado, na condição de que o locatário seja uma pessoa física e que nenhuma das partes esteja domiciliada no Estado contratante onde o imóvel esteja situado. Contudo, o Protocolo n° 1 da Convenção, artigo I, permite uma reserva no encontro do reconhecimento e da execução de uma tal decisão. A Convenção de São Sebastião restringiu esta possibilidade exigindo que o proprietário e o locatário sejam pessoas

- físicas e que sejam domiciliadas no mesmo Estado contratante. Em contrapartida, não há mais possibilidade de reserva.
- 10 Schröder, *loc. cit.*, supra note 17, p. 534.
- 11 P. 159.
- 12 Nesse sentido, Fragistas, p. 238.
- 13 O C.P.C. de Zurique, art. II permite, ao contrário, uma cláusula desse gênero (citada supra I, 1)
- 14 O ante-projeto da Convenção paralela propõe uma fórmula um pouco mais restrita inspirada no art. 9 da Convenção da Nações Unidas sobre os contratos de venda internacional de mercadorias, de 11 de abril de 1980 (Convenção de Viena).
- 15 Citado supra, nota 1. Ele dá conta, sobretudo, da gênese da cláusula e da jurisprudência relativa. Ver igualmente a crítica da cláusulas não exclusivas em H.U. Walder-Bohner, p. 681.
- 16 *Affaire 22/85*, Clunet 1987 p. 474, IPRax 1987, p. 105, Recueil de la Jurisprudence de la Cour, 1986-6, 1951.
- 17 P. 345 e nota 32.
- 18 Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, mars 1985, p. 129.
- 19 Bulletin officiel, septembre 1986, p. 1302.
- 20 Bulletin officiel, février 1987, p. 976.
- 21 EuGVÜ, Nos 68-72, ad art. 17, p. 190.
- 22 No mesmo sentido, o relatório Schlosser, relativo ao texto de 1978, J. O. des Communautés européennes, C 59, 5 de março de 1979, n° 178; Cf. J. Kropholler, nota 142, p. 191; ver a nota de M.A. Huet relativa à decisão da Corte de Apelação de Paris de 27 de março de 1987, Journal du Droit International (Clunet), p. 141, 1988.
- 23 Cour de Cassation, 1° de abril de 1985, Rivista di Diritto internazionale privato e processuale 1986, p. 863, e Oberlandesgericht München, 13 de fevereiro de 1985, *ibid.*, p. 931; ver igualmente o artigo de S. Mariatti, *ibid.*, p. 819.
- 24 Bulletin officiel, mars 1985, p. 129.
- 25 Bulletin officiel, septembre 1986, p. 1302.
- 26 Ver art. 11 do C.P.C. (citado acima I, 1).
- 27 Segundo C.H. Fischer, p. 143.
- 28 Por razões históricas, os tribunais suíços faziam esse duplo controle no quadro da Convenção Franco-Suíça, ab-rogada com efeito em 1° de janeiro de 1992; ver C. E. Dubler, La reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères en Suisse. Relatórios suíços apresentados no XII Congresso Internacional de Direito Comparado, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, n° 7, Zurich 1987, p. 29, spéc. p. 49.
- 29 Nesse sentido, C. E. Dubler, *op. cit.*, supra nota 28.
- 30 Convenção Suíça-Tchecoslováquia, art. 1., Cap. 1.; Convenção Suíça-RFA, art. 1. in fine; Convenção Suíça-Itália, art. 2., alínea 2; Convenção Suíça-Austria, art. 1., capítulo 1.; Convenção Suíça-Liechtenstein, art. 1., in fine.
- 31 Tribunal de la Seine, 10 janeiro 1962. Revue critique de droit international privé 1963, p. 607, note Déprez. P. Mayer, n° 370, p. 232, D. Holleaux, J. Foyer, G. de Geouffre de la Pradelle, n° 966, p. 440, Battifol/Lagarde, II, n° 718, note 6, no mesmo sentido.
- 32 Ver D. Martiny, Handbuch des internationalen Zivilverfahrensrechts, Band III/1, Tübingen 1984, n° 652 e nota 1932, p. 300; ver também Keller/Siehr, p. 580. A opinião majoritária nos foi confirmada pelo professor K. Siehr. No mesmo sentido, o art. 32, alínea 2, do Civil Jurisdiction and Judgments Act, 1982, do Reino Unido.
- 33 Isto, ao menos, se nós admitirmos, o que parece ser a opinião dominante, que os Estados do Mercado Comum têm a obrigação de não reconhecer a decisão de um Estado terceiro que viole as regras de foro absolutas do art. 16 da Convenção de Bruxelas, mesmo se este foro for situado em um outro Estado da Comunidade (ver sobre este ponto, Jayme, p. 107 e p. 118, nota 61). Seria diferente se o locatário tivesse tido seu domicílio na Alemanha, porque o tratado germano-suíço, de 2 de novembro de 1929, não obriga a respeitar a competência exclusiva de um outro Estado e a obrigação de reconhecer que ele contém deve prevalecer sobre a obrigação decorrente do art. 16, cap. primeiro da Convenção de Bruxelas. (Nesse sentido, Kropholler, EuGVÜ, n° 20, ad. art. 25, p. 241).

Imprensa. Captação Audiovisual. Informática e os Direitos da Personalidade*

ANTÔNIO CHAVES

Professor das Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo

SUMÁRIO

PARTE I — 1. Imprensa: Jornais, Periódicos; **2.** Desgarra-se o Conceito Tradicional de "Imprensa" para o de Informação; **3.** Mas Não Apenas a Lei, Como o Próprio Jornalismo Precisa Ser Renovado; **4.** Dynabook, o Livro do Futuro; **5.** Uma Nova Forma de Editar: CD-ROMs; **6.** Fotografias Publicadas pela Imprensa; **PARTE II: 7.** O Que É Que Se Entende por Captação Audiovisual?; **8.** Definição de Obra "Multimídia" ou Eletrônica; **9.** O Audiovisual Como Sistema; **10.** O Vídeo on Demand (VoD); **11.** Internet; **12.** A Orientação do Governo; **13.** Como Caracterizar uma "Criação" Eletrônica?; **PARTE III — 14.** A Importância da Programação Cibernética; **15.** Uso do Banco de Dados; **16.** Imprensa e Informática; **17.** Direitos da Personalidade; **18.** O Embate Entre a Liberdade de Informação e os Direitos da Personalidade; **19.** Limites do Direito de Informação; **20.** Divulgação de Fatos Relativos a Personalidades Conhecidas; **21.** Vão Frequentando Cada Vez Mais os Repertórios Arestos Relativos a Abusos de Imprensa; **22.** Na Indenização dos Danos Morais Não Mais Prevalece a Tarifa dos arts. 51 e 52 da Lei 5.250/67; Bibliografia.

PARTE I

1. Imprensa: Jornais, Periódicos

Não nos permite a amplitude dos assuntos aprofundar o estudo do tema imprensa.

Limitemo-nos a referir que Darcy Arruda Miranda, *Comentários à Lei de Imprensa*, S. Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 3.ed., 1995, localiza a madrugada da imprensa nada menos que nos símbolos ou sinais em que, desde a idade da pedra (paleolítica e neolítica) os homens transmitiam os seus pensamentos por meio de incisões e pinturas rupestres.

Já no ano de 1750 a.C., sob o reinado de Thoutmés III, existia um jornal oficial, e ao tempo do Faraó Amarsis, jornais satíricos lhe alfinetava a administração. Com Jaques Bourquin, *La Liberté de la Presse*, 1950, p. 35 registra que na China existiu em Pequim, para mais de 1.300 anos, um jornal: King-Pao.

Os romanos tinham jornais ou atas diurnas que circulavam de maneira regular e, por meio do serviço postal, levavam aos extremos da República ou do Império as novidades de Roma.

No século XV, Veneza enviava aos seus embaixadores e agentes, espalhados pelo mundo, as "fogli d'avizzi", com notícias escritas a mão, daí surgindo a primeira "Gazzetta".

Acompanha a evolução da imprensa no País, desde as suas primeiras manifestações, bem como a evolução das leis, até o advento da de n° 5.250, de 09-2-1967.

Podemos definir imprensa, no sentido que aqui interessa, como jornal, periódico ou folha noticiosa, e, por extensão, os meios de comunicação em massa escrita ou falada que transmitem notícias e informações.

Garante a Constituição a toda a pessoa, em seu art. 5°, inc. IV: "a livre manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato" e, no inciso V, assegura o direito de resposta "além da indenização por dano material, moral ou à imagem".

O princípio é reiterado, com mais ênfase, no art. 220, não admitindo o § 1° que qualquer lei contenha dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação so-

*Ampliação da palestra proferida em Belo Horizonte, no dia 28-9-95, a convite do Instituto dos Advogados de Minas Gerais.