

A INCONSTITUCIONALIDADE DA LOCALIZAÇÃO DO FORO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO INTERNACIONAIS, CUJOS PAÍSES SEJAM SÓCIOS DO MERCOSUL

Diego José D' Oliveira*

Orientadora: William **

SUMÁRIO: Introdução. 1. Relações de Consumo. 1.1. Elementos subjetivos. 1.1.1. Fornecedor. 1.1.2. Consumidor. 1.2. Elementos objetivos. 1.2.1. Produto. 1.2.2. Serviço. 2. Direitos do Consumidor. 3. Aplicabilidade no Direito Consumerista Brasileiro. Conclusão. Referências Bibliográficas.

RESUMO

No presente trabalho, discorreu-se acerca da inconstitucionalidade da localização do foro nas relações de consumo, cujos países sejam sócios do Mercosul. foram feitas definições de alguns institutos e termos próprios do Direito do Consumidor. Em seqüência foi feito um breve relato do tratado de Assunção que determina a eleição do foro nas relações de consumo nos países sócios do Mercosul. Feito isto, foram analisadas as dificuldades dos consumidores ao acesso à Justiça, direito este, garantido na Constituição Federal, bem como uma pequena seleção de jurisprudências dos tribunais pátrios que demonstram a inclinação de integrantes do Poder Judiciário de forma contrário, ao posicionamento do tratado. Ainda como forma de esclarecer acerca da atuação do Judiciário em sede de Direito do Consumidor, foi demonstrada a possibilidade de aplicação dos referidos institutos no Direito do Consumidor brasileiro, bem como a sua importância para a evolução da legislação consumerista pátria.

* Acadêmico do 10º período do Curso de Direito da UNIPAC-Ubá; E-mail: diegoperrela@hotmail.com.

** Professor graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora, que atualmente leciona no curso de graduação em Direito a disciplina de Direito Internacional Público e Privado pela Universidade Presidente Antônio Carlos (UNIPAC).

PALAVRAS-CHAVE: Mercosul. Relação de Consumo Internacional. Inconstitucionalidade.

INTRODUÇÃO

Em 1991, Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai assinaram o tratado de Assunção, criando o Mercosul. O Grupo Mercado Comum editou a Resolução n. 126/94, norma de Direito Internacional Privado cujo art. 2 dispõe que até a aprovação de um Regulamento comum para a defesa do consumidor, cada Estado-parte aplicará sua própria legislação sobre a matéria em relações de consumo intracomunitárias, instituindo assim a aplicação da regra do mercado de destino e entre outras disposições, a localização do foro do fornecedor nas relações de consumo.

O regulamento comum que unificaria os direitos dos consumidores nos Estados-Partes, denominado “Protocolo de Defesa do Consumidor do Mercosul”, foi apresentado, aprovado e assinado pelo Ministério da Justiça brasileiro em 29/11/1997, mas foi recusado pela Delegação brasileira na Comissão de Comércio do Mercosul em 10 de dezembro do mesmo ano, durante a XXV reunião.

O Protocolo assegurava direitos muito inferiores ao assegurado pela legislação brasileira, o que representaria um verdadeiro retrocesso na história da defesa do consumidor no Brasil e no continente, pois a sua incorporação ao ordenamento brasileiro significaria a revogação das disposições da Lei n. 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor-, inclusive reduzindo o âmbito do conceito de ‘consumidor’, ao tutelar somente os sujeitos de relação contratual de consumo.

No litígio internacional de consumo, obrigar o consumidor a processar o fornecedor ou a se defender em demanda movida por este último, fora de seu domicílio, significa, via de regra, impedir ao consumidor o acesso à Justiça, direito este, garantido na Constituição Federal.

Portanto, diante do princípio constitucional da proteção ao consumidor, que estabelece que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, e que todos têm direito ao acesso a justiça, seria possível afirmar que, na prática, ao litigar com fornecedor estrangeiro, cujo país seja membro do Mercosul, as condições da aplicabilidade do direito consumerista, não alcançaria o seu propósito.

1. RELAÇÕES DE CONSUMO

O novo marco jurídico nacional, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88 ou simplesmente CF), introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a obrigatoriedade da defesa do consumidor, parte hipossuficiente em uma relação de consumo. Isso se deu uma vez que o Código Civil não abarcava satisfatoriamente a relação de consumo quando circunscrevia seus contratos, uma vez que exigia, para responsabilização, a existência da responsabilidade subjetiva.

Com o fito de suprir esta deficiência do ordenamento jurídico surgiu a Lei 8078 de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor ou CDC). Esta lei definiu a responsabilidade objetiva como sendo a que deve ser empregada quando presente uma relação consumerista.

O CDC traz em seu bojo diversas normas de caráter processual e material para aplicação em conflitos de consumo, as quais auxiliam o consumidor no litígio com o fornecedor: o privilégio de demandar e ser demandado em seu domicílio (art. 101, inc. I), assunto sobre o qual estenderemos no tópico a seguir; inversão do ônus da prova (art. 6º, inc. VIII); responsabilidade solidária e objetiva dos fornecedores em razão de vícios e defeitos dos produtos ou serviços (arts. 12, 13, 14, 18, 19, 20); desconsideração da personalidade jurídica da sociedade fornecedora (art. 28 e parágrafos); entre outras.

A jurisprudência brasileira também entende ser inadmissível a eleição de qualquer foro contratual que dificulte ou impossibilite o acesso do consumidor à Justiça. Cite-se, a título de exemplo, o seguinte aresto:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – CLÁUSULA ELETIVA DE FORO LANÇADA EM CONTRATO DE ADESÃO – NULIDADE COM BASE NA DIFICULDADE DE ACESSO AO JUDICIÁRIO COM PREJUÍZO À AMPLA DEFESA DO RÉU – CARÁTER DE ORDEM PÚBLICA DA NORMA – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – INAPLICABILIDADE DO ENUNCIADO 33 DA SÚMULA/STJ. Tratando-se de contrato de adesão, a declaração de nulidade da cláusula eletiva, ao fundamento de que estaria ela a dificultar o acesso do réu ao Judiciário, com prejuízo para sua ampla defesa, torna absoluta a competência do foro do domicílio do réu, afastando a incidência do Enunciado 33 da Súmula/STJ. (STJ – 2a Seção – Ccomp.19.105/MS – rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – j. 11/11/1998) 27.

A importância deste tema se dá pela necessidade, em razão da controvérsia doutrinária e do surgimento de esparsas decisões, sobre a extensão da jurisdição internacional brasileira,

da mobilização legislativa no sentido de se estatuir ser competência da autoridade jurisdicional brasileira as demandas internacionais envolvendo consumidor brasileiro.

Relação de consumo é a relação que se verifica entre o consumidor e aquele que o fornece produto ou serviço. Sendo assim a relação de consumo tem dois grupos de elementos, quais sejam, os subjetivos (consumidor e fornecedor) e os objetivos (produto e serviço), conforme o disposto a seguir.

1.1. Elementos subjetivos

1.1.1. Fornecedor

O conceito de fornecedor é dado ao Direito Brasileiro pelo próprio CDC em seu artigo 3º como se vê na seqüência:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Simplificando, fornecedor é todo aquele que exerce uma atividade de fornecimento de produtos ou serviços com habitualidade.

1.1.2. Consumidor

O conceito de consumidor também é do pelo CDC, mais especificamente no caput do seu artigo 2º conforme transcrição a seguir: “Art 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Este dispositivo legal é direto, todavia imperfeito por utilizar um termo indefinido, qual seja, destinatário final. Sendo assim cabe à doutrina definir o que vem a ser destinatário final e, por conseguinte, adaptar o texto da lei ao mundo dos fatos.

Para tal definição surgiram três correntes, quais seja, a finalista, a maximalista e a finalista moderada.

Para os finalistas só é considerado consumidor aquele que retira o produto ou serviço da cadeia de produção dando-o uso não profissional.

Já os maximalistas entendem ser consumidor todo aquele que retira o produto ou serviço da cadeia de produção sem ter como finalidade sua revenda.

Finalizando tem-se a corrente mais aceita hoje entre os juristas que militam nesta seara do Direito que é a finalista moderada, para a qual consumidor é o destinatário fático, podendo ser destinatário econômico ou não, mas se exigindo que esteja sempre presente a vulnerabilidade.(NUNES, Rizzatto, 2004).

1.2. Elementos objetivos

1.2.1. Produto

Produto tem sua definição também feita pelo CDC conforme a transcrição abaixo: “Art 3º, §1º. Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”.

Sendo assim temos que o “produto é um bem criado ou desenvolvido por um fornecedor com o intuito de inseri-lo no mercado”¹.

Rizzatto Nunes assim se posiciona acerca do conceito legal de produto:

Esse conceito de produto é universal nos dias atuais e está estreitamente ligado à idéia do bem, resultado da produção no mercado de consumo das sociedades capitalistas contemporâneas. É vantajoso seu uso, pois o conceito passa a valer no meio jurídico e já era usado por todos os demais agentes do mercado (econômico, financeiro, de comunicações etc.).²

¹GOMES, Marcelo Kokke, 2001, p. 156.

² NUNES, Rizzatto, 2008, p. 90.

Os produtos, seguindo a orientação legal, podem ser móveis ou imóveis. Móveis são aqueles produtos que podem ser transportados de um lugar a outro sem prejuízo de sua qualidade, sendo que tal transporte pode ser por força própria ou não. Já imóveis são todos aqueles que não podem ser transportados sem que sua qualidade seja substancialmente alterada. Essa alteração da qualidade está relacionada a sua destruição e não um vício ou a um mero desgaste.

Continuando, os produtos ainda podem ser materiais ou imateriais. Sendo materiais aqueles bens com existência física e imateriais os que não têm existência física, mas tão somente jurídica.³

Ampliando esse leque temos ainda que os produtos, objetos das relações de consumo, podem ser duráveis ou não-duráveis. Duráveis são aqueles produtos que não se extinguem pelo uso, ou seja, são aqueles que pode ser utilizados por diversas vezes, são sinônimos de produtos consumíveis, e não-duráveis, em contraposição, são aqueles que se extinguem pela sua simples utilização.

O legislador optou por uma definição muito ampla de produto para que, assim, o CDC abranja a maior gama de bens juridicamente relevantes possíveis.

1.2.2. Serviço

Serviço segundo o CDC é:

Art 3º (...)

§2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Sendo assim temos que serviço é qualquer atividade prestada no mercado de consumo mediante remuneração e que não sejam tuteladas pelo Direito do Trabalho.

Os serviços também são divididos entre duráveis e não duráveis. Serviço durável é aquele com continuidade no tempo em decorrência de estipulações contratuais ou que deles resultem um produto. Já serviços não duráveis são todos os demais, ou seja, é serviço não

³ GONÇALVES, Renato Afonso, 2005, p. 18.

durável todo e qualquer serviço que não tenha continuidade no tempo e que não tenham como resultado um produto.

2 – A PROTEÇÃO DO ÂMBITO INTERNACIONAL

O Código de Defesa do Consumidor – CDC não possui normas específicas para a proteção do consumidor internacional, mas as suas disposições e as do ordenamento jurídico nacional em geral vêm sendo aplicadas pelos tribunais com muita criatividade e sempre buscando a interpretação teleológica, atentos à finalidade da lei consumerista de superar a vulnerabilidade do consumidor e assegurar a sua proteção em situações de evidente desequilíbrio material ou processual na lide com o fornecedor.

3. Aplicabilidade Do Direito Consumerista Brasileiro nas relações de consumo, cujos os países sejam membros do mercosul

No que diz respeito às obrigações, o art. 9º da LICC dispõe que a lei do país onde se constituírem as mesmas é que serão aplicadas para qualificá-las e regê-las.

Em se tratando de obrigações *ex lege*, o art. 165 do Código Bustamante afirma que as mesmas serão regidas pelo direito que as estiver estabelecido, já que são consequência de uma relação jurídica principal, da qual são acessórias. Devido ao fato de não serem autônomas, acabam reguladas pela mesma lei que disciplina a relação principal.

Em relação às obrigações convencionais (civis e comerciais) e as decorrentes de atos unilaterais, as mesmas se regerão, quanto à forma *ad probationem tantum* (simplesmente para provar) e *ad solemnitatem* (para a solenidade) pela lei do local onde se originaram, ou seja, deve ser apreciada a forma da manifestação volitiva pelo direito vigente no local onde o ato for realizado.

Necessária se faz a delimitação da norma que disciplina as condições intrínsecas dos atos jurídicos decorrentes da declaração de vontade, antes de analisar qual a lei competente para reger os efeitos das obrigações deles resultantes.

Quando se tratar de ato unilateral, prevalecerá a lei pessoal do declarante, enquanto que nos atos bilaterais, como nos contratos, p. exemplo, existem cinco correntes doutrinárias:

A primeira Corrente entende que a competência da lei pessoal dos contratantes, através da qual as declarações de vontade devem ser examinadas separadamente, cada uma de acordo com a lei do declarante (FRANKENSTEIN, 1996; DREYFUS, 1994; J. AUBRY, 1996; AUDINET, 1994).

A segunda corrente tem o entendimento que a competência da lei do local da celebração negocial (PILLET, 1998; NEBOYET, 1989).

A terceira mais moderada entende que a competência da lei que rege a relação constituída pelo ato jurídico (MACHADO VILLELA, 1985).

A quarta corrente por sua vez tem o entendimento que a competência da lei escolhida internacionalmente pelos contratantes para reger o acordo (*proper law of the contract* ou *applicable law* dos ingleses) (PILLET, 1998)

E a última corrente entende que a competência da *lex fori* nos conflitos de lei que surjam entre o Brasil e os países signatários do Código Bustamante (art. 177) e a da lei do local da constituição da obrigação entre os demais. (NEBOYET, 1989)

Em se tratando da forma extrínseca do ato, é a *locus regis actum*, norma de direito internacional privado, que é aceita pelos juristas para indicar a lei aplicável. Através dessa norma, o ato, revestido de forma externa prevista pela lei do lugar e do tempo onde foi celebrado, será válido e poderá servir de prova em qualquer local onde tiver que produzir efeitos.

Em se tratando de contratos internacionais, o princípio da autonomia da vontade não é acolhido como elemento de conexão para reger contratos na seara do direito internacional, preconizando a liberdade contratual dentro das limitações fixadas em lei, ou seja, a mesma só prevalecerá quando não for conflitante com norma imperativa ou ordem pública, ressaltando-se a previsão que a própria LICC faz em seu artigo 17 quando considera ineficaz qualquer ato que ofenda a ordem pública interna, a soberania nacional e os bons costumes. Isso não significa que o art. 9º afasta a autonomia da vontade, pois a manifestação da livre vontade dos contratantes é admitida pela LICC quando o for pela lei do contrato local, desde que observada à norma imperativa.

Nos casos em que a intenção do agente for de burlar a lei nacional, praticando negócio em país estrangeiro com o intuito de fugir às exigências da lei pátria, ou seja, tal ato não subsistirá, por tratar-se de fraude.

De acordo com o disposto no § 1º do art. 9º da LICC, a obrigação contraída no exterior e executada no Brasil será observada segundo a lei brasileira, atendendo as peculiaridades da lei alienígena em relação à forma extrínseca.

Isto significa que a lei da constituição do local da obrigação mantém-se, pois admitidas serão suas peculiaridades, como a validade e a produção de seus efeitos, enquanto a lei brasileira será competente para disciplinar os atos e medidas necessárias para a execução da mesma em território nacional, tais como a tradição da coisa, forma de pagamento ou quitação, indenização nos casos de inadimplemento, etc.

Em relação aos contratos não exequíveis no Brasil, mas aqui acionáveis, não se aplicará o disposto no art. 9º, § 1º, da LICC, mas sim o *locus regis actum*, ou seja, a lei local é que regerá o ato.

O lugar onde se tem por concluído o contrato é de fundamental importância para o direito internacional privado, já que através dele emanará qual a lei deverá ser aplicada para a disciplinar a relação contratual e também a apuração do foro competente.

O art. 9º, § 2º da LICC afirma que a obrigação resultante do contrato se constitui no lugar em que residir o proponente, sendo aplicável quando os contratantes estiverem em Estados diversos, enquanto que o art. 435 do Código Civil reputa celebrado o contrato no lugar em que foi proposto.

O verbo “residir” significa “estabelecer morada” ou “achar-se em”, “estar”, e é nessa última acepção que vem sendo empregado o disposto no § 2º, do art. 9º da LICC, significando que o lugar em que residir o proponente seja o lugar onde estiver o proponente, afastando assim o critério domiciliar por entender que a adoção do elemento “residência” daria mais mobilidade aos negócios, já que não raro os mesmos se efetivam fora do domicílio dos contratantes.

Assim, de acordo com a LICC, a obrigação contratada entre ausentes será regida pela lei do país onde residir o proponente, não importando o momento ou local da celebração contratual, aplicando-se a lei do lugar onde foi feita a proposta. Em relação aos contratos entre presentes, no que diz respeito ao direito internacional, serão regidos pela lei do lugar em que foram contraídos, desconsiderando-se a nacionalidade, domicílio ou residência dos contratantes.

CONCLUSÃO

Como se vive, é de capital importância para a efetividade da decisão judicial futura e de sua execução em solo estrangeiro que questões envolvendo juízo competente estejam bem resolvidas.

O consumo internacional representam novos desafios para o Estado brasileiro e para a comunidade internacional, a fim de proporcionar efetiva proteção jurídica ao consumidor.

Essa proteção precisa se consubstanciar, necessariamente, numa proteção legal nacional e internacional (por meio de convenções internacionais que facilitem a cooperação judiciária e padronizem regras de Direito internacional privado especialmente em matéria de consumo) que deve ser associada à atuação decisiva e especialmente inovadora dos tribunais na aplicação do Direito do Consumidor, conjugado ao Direito Internacional Privado e ao Direito Processual Civil Internacional.

O Direito do Consumidor, como ramo específico do Direito, é produto do século XX e visa reequilibrar as relações mantidas no mercado entre fornecedor e consumidor, assimétricas em razão da massificação da produção, da contratação e do consumo decorrente da evolução tecnológica capitalista e das modernas técnicas de *marketing*.

No Brasil, como resultado deste movimento, a proteção do consumidor como direito fundamental é inscrita na Constituição Federal de 1988, arts. 5º, inc. XXXII e 170, inc. V, e consagrada no Código de Defesa do Consumidor de 1990, Lei n. 8.078/90, uma das mais modernas legislações em vigor no mundo desde 1991.

A necessidade da proteção estatal em favor do consumidor torna-se evidente tanto para assegurar a proteção dos direitos econômicos, como para assegurar a saúde da população diante de produtos sem qualidade. Isso leva ao surgimento progressivo de políticas e legislações nacionais voltadas especialmente para as peculiaridades do consumo no mundo capitalista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARPENA, Heloisa. **O Consumidor no Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2005.

GOMES, Marcelo Kokke. **Responsabilidade civil: dano e defesa do consumidor.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GONÇALVES, Renato Afonso. **Coleção direito fácil – noções preparatórias para concursos: direito do consumidor.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário compacto jurídico.** 11 ed. São Paulo: Rideel.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais.** 2.ed.rev.atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0024.07.482836-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante(s): Transp. Aéreos Portugueses S/A - Apte(s) Adesiv: Walfrido Moreira de Carvalho Neto e outro(a)(s) - Apelado(a)(s): Transp Aéreos Portugueses S/A, Walfrido Moreira de Carvalho Neto e outro(a)(s) - Relator: Exmo. Sr. Des. Fábio Maia Viani, 2007.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários ao código de defesa do consumidor: direito material (arts. 1 a 54).** São Paulo: Saraiva, 2000.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor: com exercícios.** São Paulo: Saraiva, 2004.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor.** 3. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

PACHECO, Paulo Henrique Cremonese. **A introdução da doutrina norte-americana do "punitive damage" no sistema jurídico brasileiro para a avaliação das indenizações por danos morais.** Elaborado em 06.2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3467>. Acessado em 11/06/2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>. Acesso em 13 out. 2009.

BRASIL. Lei nº 8.078/90 – **Institui o Código de Defesa ao consumidor.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acessado em 13 out. 2008.

LUZ. Rodrigo. **Comércio Internacional e legislação aduaneira.** 1.ed., Rio de Janeiro: Campus, 2005.

MORAES. Alexandre de. **Direito Constitucional.** 19. ed., São Paulo: Atlas, 2006.