

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL

YANDRIA GAUDIO CARNEIRO

**OS LITÍGIOS FAMILIARES TRANSNACIONAIS: DA ATRIBUIÇÃO DE
GUARDA E O *FORUM NECESSITATIS***

VITÓRIA
2020

YANDRIA GAUDIO CARNEIRO

**OS LITÍGIOS FAMILIARES TRANSNACIONAIS: DA ATRIBUIÇÃO DE
GUARDA E O *FORUM NECESSITATIS***

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, na linha de pesquisa Processo, Constitucionalidade e Tutela de Direitos Existenciais e Patrimoniais.

Orientador(a): Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen.

VITÓRIA

2020

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)
(Biblioteca Central da Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)

YANDRIA GAUDIO CARNEIRO

YANDRIA GAUDIO CARNEIRO

OS LITÍGIOS FAMILIARES TRANSNACIONAIS: DA ATRIBUIÇÃO DE GUARDA E O *FORUM NECESSITATIS*

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, na linha de pesquisa Processo, Constitucionalidade e Tutela de Direitos Existenciais e Patrimoniais.

Aprovada em ____ de _____ de 2020

COMISSÃO EXAMINADORA

Valesca Raizer Borges Moschen

Universidade Federal do Espírito Santo

Paula María All

Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina.

Adriana Pereira Campos

Universidade Federal do Espírito Santo

DEDICATÓRIA

A Deus, aos meus pais, ao meu padrinho, à minha família, ao meu esposo e à minha orientadora pelo incentivo e compreensão.

AGRADECIMENTOS

À Professora Doutora Valesca Raizer Borges Moschen, pelo incentivo à pesquisa, pela paciência ante as minhas limitações de tempo para estudo e pela dedicação ao programa do mestrado.

À Professora e Coordenadora do Mestrado, Adriana Pereira Campos, por ter me incentivado no ingresso do mestrado e ter direcionado nas pesquisas iniciais.

Ao Professor Hermes Zaneti Jr., pelo grande aprendizado que me trouxe na ministração de suas disciplinas.

Aos meus pais, pelo apoio incondicional e por tudo que fizeram, sem os quais não teria chegado até aqui.

Ao meu padrinho, pelo incentivo, direcionamento, ensino e suporte desde criança. À minha tia Cláudia, pelo despertar do Direito em minha vida. À minha tia Sandra Mara, por ter sempre acreditado em mim.

À minha família e esposo, pela paciência nos períodos em que estive ausente e pelo incentivo a concluir o mestrado nos momentos em que estive perto de desistir.

À minha amiga Mariana Gonçalves, pelo incentivo de ingresso ao mestrado.

Aos amigos e colegas do Mestrado, especialmente ao Fernando Ribeiro da Silva Carvalho e Ronald Kruger.

EPIGRAFE

“O poder corresponde à habilidade humana não apenas para agir, mas também para agir em concreto. O poder nunca é propriedade de um indivíduo; pertence a um grupo e permanece em existência apenas enquanto o grupo se conserva unido”. (Hannah Arendt)

RESUMO

Inseridos na área de concentração Justiça, Processo e Constituição, na linha de pesquisa Processo, Técnicas e Tutelas dos Direitos Existenciais e Patrimoniais do Mestrado em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, os estudos foram desenvolvidos a partir de contribuições dos Grupos de Pesquisa intitulados “O Labirinto da Codificação do Direito Processual Civil Internacional “ e “Rede Latino-americana de Processo Civil Internacional”, coordenados pela professora Valesca Raizer Borges Moschen. Partiu-se da premissa de que o fenômeno das famílias transnacionais traz inúmeros desafios para a proteção dos interesses do menor que se encontra sujeito a uma pluralidade de jurisdições. Ao se discutir uma ação de divórcio e atribuição de guarda, quando o menor não reside com os genitores ou reside com apenas um deles, jurisdições diferentes estarão envolvidas e os critérios de definição jurisdicional de cada um dos países podem limitar e comprometer o julgamento da lide. Pode ocorrer um conflito negativo de jurisdição, por ambos países se declararem incompetentes para julgar a demanda. Pode ainda, ser impossível se obter um julgamento justo no exterior, por ter de enfrentar encargos demasiadamente excessivos para se demandar naquela jurisdição. Ou então, o demandante se deparar com restrição ao acesso à justiça, especialmente em solo estrangeiro, quando afetado por guerras ou, ainda em virtude de desastres. Casos, esses, onde a denegação da justiça pode ser uma realidade. O objetivo é investigar se é possível o uso do princípio do *forum necessitatis* no Brasil, mesmo sem qualquer previsão do fenômeno no ordenamento jurídico brasileiro, para resolução de litígios familiares transnacionais de atribuição de guarda, a fim de se evitar a denegação da justiça.

Palavras-chave: *Forum Necessitatis*. Acesso à Justiça. Atribuição de Guarda. Direitos Fundamentais. Denegação da Justiça.

ABSTRACT

Inserted in the area of concentration Justice, Process and Constitution, in the research line Process, Techniques and Protection of Existential and Patrimonial Rights of the Master in Procedural Law at the Federal University of Espírito Santo, the studies were developed based on contributions from the Research Groups entitled "The Labyrinth of Codification of International Civil Procedural Law" and the "Latin American Network of International Civil Procedure", coordinated by Professor Valesca Raizer Borges Moschen. It started from the premise that the phenomenon of transnational families poses numerous challenges for the protection of the interests of minors who are subject to a plurality of jurisdictions. When discussing a divorce and custody action, when the minor does not reside with the parents or resides with only one parent, different jurisdictions will be involved and the jurisdictional definition criteria of each country may limit and compromise the court's judgment. A negative conflict of jurisdiction may occur, as both countries declare themselves incompetent to judge the demand. It may also be impossible to obtain a fair trial abroad, as you have to face charges that are too excessive to demand in that jurisdiction. Or, the plaintiff is faced with restricted access to justice, especially on foreign soil, when affected by wars or, still due to disasters. Such cases, where the denial of justice can be a reality. The objective is to investigate whether it is possible to use the principle of forum necessitatis in Brazil, even without any prediction of the phenomenon in the Brazilian legal system, for the resolution of transnational family custody disputes, in order to avoid denial of justice.

Keywords: *Forum Necessitatis*. Access to justice. Assignment of the Guardianship. Fundamental Rights and. Denial of Justice.

LISTA DE ABREVIATURAS

ALI/UNIDROIT – American Law Institute e UNIDROIT

Art./Arts. – Artigo ou artigos

ASADIP – Associação Americana de Direito Internacional Privado

CC – Conflito de Competência

CEDH – Convenção Europeia de Direitos Humanos

CPC de 1973 – Código do Processo Civil – Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973

CPC de 2015 – Código do Processo Civil – Lei n. 13.105, de 16 março de 2015

DF – Distrito Federal

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990

EUA – Estados Unidos da América

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lei n. 12.376, de 30 de dezembro de 2010

MERCOSUL – Mercado Comum do Sul

MG – Minas Gerais

ONU – Organização das Nações Unidas

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 AS RELAÇÕES FAMILIARES TRANSNACIONAIS E A GUARDA INTERNACIONAL DE MENORES	16
1.1 A FAMÍLIA	16
1.2 A TRANSNACIONALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES.....	18
1.3 A GUARDA.....	18
1.3.1 A guarda como direito fundamental, seu conceito e natureza jurídica	20
1.3.2 A escolha do sistema de atribuição de guarda.....	21
1.3.3 Unilateral	21
1.3.4 Alternada	22
1.3.5 Compartilhada	23
1.3.6 A atribuição de guarda para menores não residente com genitores ou residente com apenas um deles	24
2 A DENEGAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA TRANSNACIONAL E O PRINCÍPIO DO <i>FORUM NECESSITATIS</i>	26
2.1 O PRINCÍPIO UNIVERSAL DO ACESSO À JUSTIÇA.....	26
2.2 A APLICAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA PARA NÃO OCORRER A DENEGAÇÃO DE JUSTIÇA	31
2.3 <i>FORUM NECESSITATIS</i> COMO PRINCÍPIO EFETIVADOR DO ACESSO À JUSTIÇA	33
2.3.1 Conteúdo e escopo	33
2.3.2 Situações de aplicação do <i>forum necessitatis</i>	34
2.3.2.1 Conflito negativo de jurisdição.....	34
2.3.2.2 Impossibilidade de obter um julgamento justo no exterior, mesmo que o método seja possível.....	35
2.3.2.3 O reconhecimento de decisões estrangeiras em que o tribunal de origem se declara competente para evitar uma denegação de justiça	36
2.3.3 A conexão substancial com o ordenamento jurídico do foro	37
2.3.4 <i>Forum non conveniens</i> e <i>forum necessitatis</i>	38
2.4 A UTILIZAÇÃO DO <i>FORUM NECESSITATIS</i> CONTRA A DENEGAÇÃO DA JUSTIÇA	39
2.4.1 A previsão do <i>forum necessitatis</i> em Instrumentos Convencionais	40
2.4.1.1 A Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem de 1950 ...	41
2.4.1.2 A Convenção Interamericana sobre Competência na Esfera Internacional para Eficácia Extraterritorial das Sentenças Estrangeiras.....	42
2.4.1.3 A Convenção bilateral entre México e Espanha.....	43

2.4.2 O <i>forum necessitatis</i> na União Europeia	44
2.4.2.1 A União Europeia e o Regulamento de Bruxelas	44
2.4.2.2 A aplicação do <i>forum necessitatis</i> na União Europeia.....	45
2.4.3 A previsão do <i>forum necessitatis</i> nas legislações nacionais	47
2.4.3.1 <i>Forum necessitatis</i> na Suíça	47
2.4.3.2 A previsão no ordenamento jurídico de Portugal.....	48
2.4.3.3 O <i>forum necessitatis</i> e a Argentina.....	49
2.4.3.4 A presença do <i>forum necessitatis</i> no ordenamento jurídico do México.....	50
2.4.4 As experiências da aplicação do <i>forum necessitatis</i>	51
2.4.4.1 A situação específica dos países baixos	52
2.4.4.2 A utilização na França	52
2.4.4.3 A sentença espanhola de n. 166/2003	53
2.4.4.4 A experiência do sistema argentino	54
2.4.4.5 O <i>forum necessitatis</i> nos Estados Unidos da América.....	56
2.4.4.6 Manifestações no Canadá.....	57
2.4.5 O <i>forum necessitatis</i> na <i>soft law</i>	58
2.4.5.1 Previsão nos princípios TRANSJUS.....	59
2.4.5.2 Previsão no ALI/UNIDROIT	60
3 A JURISDIÇÃO BRASILEIRA NOS CASOS DE ATRIBUIÇÃO DE GUARDA DE MENOR.....	62
3.1. CRITÉRIOS DE DEFINIÇÃO DA JURISDIÇÃO NOS CASOS DE ATRIBUIÇÃO DE GUARDA NO BRASIL	62
3.1.1 A Declaração Universal dos Direitos da Criança e o princípio do melhor interesse da criança.....	64
3.1.2 O princípio do melhor interesse da criança na Constituição Federal de 1988..	65
3.1.3 A previsão do princípio do melhor interesse da criança no Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990.....	68
3.1.4 As regras internas atuais de definição de competência nas ações de atribuição da guarda no Brasil: o princípio do melhor interesse da criança e o CPC de 2015...	70
3.2 OS CRITÉRIOS APLICÁVEIS NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEIRO NOS CASOS DE ATRIBUIÇÃO DE GUARDA NO BRASIL	74
3.2.1 As normas e os tratados aplicáveis nos casos de atribuição de guarda em casos transnacionais	76
3.2.1.1 A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e o Código de Processo Civil de 2015 como fontes de direito interno.....	77
3.2.1.2 Os Tratados e Convenções Internacionais ratificados pelo Brasil relacionados às ações de atribuição de guarda	79
3.3 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO <i>FORUM NECESSITATIS</i> NO SISTEMA BRASILEIRO.....	82

3.3.1 Fundamentos da aplicação do princípio do *forum necessitatis* no Brasil ... **Erro! Indicador não definido.**

3.3.2 Os potenciais problemas de utilização do *forum necessitatis* **Erro! Indicador não definido.**

CONSIDERAÇÕES FINAIS89

INTRODUÇÃO

Especialmente a partir de meados do século XX, verifica-se um incremento acelerado do volume de relações estabelecidas além dos limites territoriais dos Estados, passando a sociedade a ostentar contornos que transcendem os critérios de transnacionalidade. Relações comerciais, profissionais e familiares se estabeleceram em diferentes países do globo. Incrementaram-se os negócios internacionais, cadeia internacional de produção e até mesmo em famílias transnacionais, cujos membros são de diferentes nacionalidades (HILL, 2017) ou, independente da nacionalidade, residem em jurisdições diferentes.

Nessa nova sociedade, os horizontes são mais amplos que outrora e o crescimento do volume de relações no âmbito internacional ocasionou o proporcional aumento do número de litígios internacionais que são submetidos ao Poder Judiciário dos Estados, gerando desafios para o Direito Processual.

Entre esses litígios, encontra-se as ações de direito de família, em especial o caso de atribuição de guarda transfronteiriço. Isso porque é sabido que a jurisdição tem por ponto de definição a residência do menor. Contudo a questão maior ocorre quando os cônjuges e a prole residem em países diferentes, gerando situações impeditivas de um efetivo acesso transnacional à justiça, por diversos motivos. Pode ocorrer onerosidade excessiva para um dos pais, ou ambos, em discutir a demanda no país ao qual a criança reside. Há casos em que as regras de direito processual de um ou de cada um dos países possuem critérios de jurisdição que eventualmente limitem o julgamento da lide, ocorrendo, em todos os casos, a denegação da justiça.

Por ser a guarda um direito fundamental, torna-se imperiosa a flexibilização das regras de jurisdição internacional, para a efetivação dos direitos fundamentais e para a busca pelo acesso transnacional à justiça. Emerge, nesse cenário, o instrumento jurídico do *forum necessitatis*.

O princípio do *forum necessitatis* consiste na possibilidade de os tribunais assumirem uma jurisdição que lhes falta para evitar o risco de ser indefensável, desde que uma série de requisitos seja cumprida (ROZAS, 2017). O foco é evitar a negação de acesso transnacional à justiça, ofertando-se acesso a tutela jurisdicional, mesmo que o juízo seja incompetente (GUERRA; MOSCHEN, 2010). Seu objetivo é evitar uma negação

total do acesso à justiça, constituindo um mecanismo excepcional quando há circunstâncias extraordinárias que não permitem critérios jurisdicionais normais (ROZAS, 2017). É, portanto, estender a jurisdição nacional quando, de outro modo, não haveria acesso à justiça. Na ausência ou impossibilidade de acesso à jurisdição, o *forum necessitatis* é, pois, uma proteção para os demandantes na busca pelo foro mais adequado (REDFIELD, 2014).

A partir do métodos indutivo e comparativo, a pesquisa se propõe saber se nos casos de ações de atribuição de guarda em que envolvem diferentes jurisdições, quando houver denegação de justiça, seja por conflito negativo de competência; seja por ser impossível demandar em jurisdição estrangeira por conta de guerras ou desastres, por exemplo; seja por saber que, embora possível demandar naquele país, a demanda será rejeitada por motivos injustos, pode se invocar o princípio *forum necessitatis* no Brasil, mesmo sem qualquer previsão legal ou registro de sua utilização, para se evitar a denegação de justiça.

O princípio do *forum necessitatis* foi previsto na Convenção Europeia de Direitos Humanos, em diversos ordenamentos jurídicos como França, Bélgica, Holanda, Argentina, México e Portugal, assim como há incidência em instrumentos convencionais multilaterais e bilaterais e na *soft law*, como exemplificam os princípios ALI/UNIDROIT e do TRANSJUS.

A proposta é a defesa da utilização do *forum necessitatis* como instrumento de efetivação do acesso transnacional à justiça, flexibilizando a jurisdição em prol da promoção dos direitos fundamentais, pois permite que os processos sejam analisados, processados e julgados quando de outra forma não haveria acesso à justiça (REDFIELD, 2014).

Para o estudo do tema do trabalho, estrutura-se a dissertação em 03 capítulos. O capítulo 01 trata das relações familiares transnacionais e a guarda internacional de menores. Realiza-se a conceituação de família e como a globalização afeta as relações familiares, transnacionalizando os direitos e obrigações dela decorrentes. Aponta-se que o direito interno, nesses casos, não é suficientemente capaz de resolver esses litígios. Aborda-se a ação de atribuição de guarda no Brasil, sua evolução entre o Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002 e os tipos de guarda existentes.

Em seguida, dentro do fenômeno de ações de guarda transnacionais, é trazido dois julgados, um da Corte Alemã outro da Justiça Espanhola, de ação de atribuição de guarda, que invoca o princípio do *forum necessitatis* para solucionar o litígio, para se evitar a denegação de justiça.

No capítulo 02, por ser o objetivo do *forum necessitatis* resguardar o princípio do acesso à justiça, inicia-se o capítulo explicando a importância deste princípio como princípio fundamental e sua previsão nas principais convenções multilaterais e bilaterais, assim como em vários ordenamentos jurídicos. Depois, adentra-se ao tema da dissertação, conceituando o princípio do *forum necessitatis* como aquele que permite que as demandas sejam processadas naquela jurisdição, quando de outra forma não haveria acesso à justiça, desde que preenchendo requisitos. Aponta-se suas hipóteses de aplicação, sendo elas, os casos de conflito negativo de jurisdição; quando o método apesar de possível, é destinado a rejeitar jurisdições, seja por motivos religiosos, políticos, étnicos ou orientação sexual e quando há grave ameaça ingressar em solo estrangeiro por motivos de guerras, golpes de estado e desastres naturais. Contudo, deve existir conexão substancial com o foro como cidadania, domicílio de uma das partes ou violação dos direitos fundamentais.

Ainda no capítulo 02, é trazida a previsão do *forum necessitatis* em outros ordenamentos para se saber como ocorre a aplicação do princípio e suas diferenciações. Assim, aponta-se sua previsão em instrumentos convencionais, como no Regulamento Bruxelas I e no México, nas legislações nacionais como Argentina, França, Suíça, Portugal, Países Baixos e Espanha e em instrumentos da *soft law*, como os princípios do ALI/UNIDROIT e ASADIP.

No capítulo 03, foca-se o princípio do *forum necessitatis* para o Brasil. Antes de abordar como poderia ser aplicado no ordenamento brasileiro, em litígios transnacionais, inicia-se com a elucidação de como ocorre a fixação de competência em demandas internas de guarda, ao informar que utiliza-se o artigo 53 do CPC, que dispõe ser o domicílio do guardião do menor juntamente com o princípio do melhor interesse da criança. Contudo, a questão de guarda de menores ganha contornos complexos quando a relação apresenta elemento de estraneidade, como é o caso de residência de um dos pais em Estado diferente daquele em que a criança vive. Nesse momento que passamos a abordar a ação de guarda transfronteiriça, podendo ser o

caso de criança que vive no Brasil e genitores que residem em outros países. Nesse caso, pode ocorrer denegação de justiça, pois tanto o país que a criança reside como o país dos genitores podem se declarar incompetentes. Aponta-se o *princípio forum necessitatis* como proposta de se evitar a denegação de justiça e trazer um competência positiva, ou seja, o país se declarar competente, mesmo que inicialmente não seja, para que seja efetivado o acesso à justiça.

Ainda no capítulo 03, se discutirá se o ordenamento jurídico brasileiro poderia aplicar o *forum necessitatis* sem qualquer previsão legal, mas se o princípio do acesso à justiça, da CF/1988 e os artigos 13 e 22, III de CPC/2015, seriam aberturas para a sua aplicação. Mas para se chegar a uma conclusão do tema, é apontado, também, argumentos contrários a sua utilização com possíveis soluções.

Os estudos foram desenvolvidos a partir de contribuições dos Grupos de Pesquisa intitulados “O Labirinto da Codificação do Direito Processual Civil Internacional” e da “Rede Latino-americana de Processo Civil Internacional”, coordenados pela professora Valesca Raizer Borges Moschen. Estão inseridos na área de concentração Justiça, Processo e Constituição, na linha de pesquisa Processo, Técnicas e Tutelas dos Direitos Existenciais e Patrimoniais do Mestrado em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo.

1 AS RELAÇÕES FAMILIARES TRANSNACIONAIS E A GUARDA INTERNACIONAL DE MENORES

1.1 A FAMÍLIA

No contexto atual, Trask (2010) afirma que houve uma evolução na conceituação das famílias. Aponta uma das primeiras definições nas ciências sociais feita por Emile Durkheim (2002), que estabeleceu a família como uma instituição central na sociedade. Em continuidade, traz a definição de George Murdock (1949), que concluiu que toda sociedade é formada por unidades familiares estruturadas em torno da cooperação econômica, reprodução sexual e residência comum, conceito criticado por Collier, Rosaldo e Yanagisaco (1992) devido à sua natureza funcionalista. Para os autores, a família é realmente uma construção ideológica com implicações morais (TRASK, 2010).

A conceituação sobre sua forma, função e utilidade continuou mudando com o tempo e resultam de uma interação única de forças históricas, políticas, econômicas e sociais, podendo tal processo ser visto em ação no discurso atual sobre as famílias (TRASK, 2010). As discussões atuais, por exemplo, vão desde definições estruturais de famílias “nucleares” como homens, mulheres e crianças, até representações de famílias como grupos sociais ligados emocionalmente.

A modificação da definição também pode ser observada no contexto brasileiro. O Código Civil de 1916, conforme lembrado por Maria Berenice Dias (2009), trazia visão estreita e discriminatória ao limitar a família ao grupo originário do casamento. Afirmava-se, portanto, que a família e o casamento se confundiam, o que não ocorre nos dias atuais, por haver uma visão mais alargada, se identificando com elo de afetividade entre seus membros, já que pode haver família formada pela união estável ou por pessoas do mesmo gênero.

Josserand (1952) também pensa que a família não é formada somente por pessoas ligadas por vínculo de sangue, mas também por aquelas unidas pela afinidade e pela adoção. Assim, compreende os cônjuges e companheiros, os parentes e afins. Afirma que esse sentido é o único verdadeiramente jurídico, em que a família deve ser entendida: tem o valor de um grupo étnico, intermédio entre o indivíduo e o Estado.

No entanto, nem sempre afetividade é característica perceptível num determinado grupo de pessoas que se acredita formarem uma família. Semy Glanz (2005), por exemplo, a define como um conjunto de pessoas unidas por uma experiência vivida ou por uma afeição comum. Mas ela sobrevive sem a “vivência” e não tem o monopólio da afeição.

No tocante à noção que se tinha de chefe de família, centrada na figura masculina, também houve modificações, tendo em vista o estabelecimento da igualdade de direitos com o advento da Constituição Federal de 1988. Por conta disso, hoje é possível identificar os mais diversos arranjos familiares, como o constituído apenas por irmã(o)s, avós e neto(a)s, tio(a)s e sobrinho(a)s, poligâmicas, dentre tantas outras configurações possíveis que podem ser enquadradas nas definições de família (SIEGEL; OLIVEIRA NETO; SOARES, 2016).

Independente do conceito a ser considerado, a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social, instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado (GONÇALVES, 2006).

Tanto que a Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 226, estabelece que a família, a sociedade e o Estado têm a responsabilidade comum de assegurar os direitos básicos fundamentais e prevenir violações, discriminação, negligência, opressão, crueldade e exploração da família e de seus membros. Portanto, ela é considerada a pedra fundamental da sociedade e deve receber proteção especial do Estado (LOPES, 2014).

A definição do termo se justifica na necessidade de utilizar uma expressão terminológica para identificar os membros da unidade familiar responsáveis pelas decisões a respeito do caminho que ela deverá seguir, inclusive no que se refere à gerência sobre a vida de seus dependentes, afetando, portanto, o exercício da guarda.

1.2 A TRANSNACIONALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES

A globalização, força motriz de reestruturação da ordem social em todo o mundo, afeta também as famílias de forma aprofundada. Tanto que, em todas as sociedades, as noções tradicionais sobre vida familiar, trabalho, identidade e as relações de indivíduos e grupos entre si estão sendo transformadas devido às ações globalizantes (TRASK, 2010).

Por conta disso, conceituar a família como um sócio espaço fluido e dinâmico remove seu *status* de estrutura social fundamental e duradoura. Nela se compartilham sistemas simbólicos de pessoas e se articula claramente uma visão de indivíduos que se deslocam através de vários sócios espaços no decorrer de um dia ou de uma vida inteira (TRASK, 2010).

Com o fomento da conectividade e mobilidade humana, família se transnacionaliza, assim como os direitos e as obrigações dela decorrentes. Assim, suas demandas tornam-se mais difíceis de resolver apenas pelo direito interno. Cita-se o caso em que os genitores decidem se divorciar. Como há uma prole em estágio de formação, não autossuficiente e incapaz de assumir suas responsabilidades, surge, portanto, a necessidade de se definir o destino das crianças envolvidas, devendo ser definida quem exercerá sua guarda (MONACO, 2009).

Contudo o problema fica maior quando a atribuição da guarda é transfronteiriça, ou seja, a prole residindo em jurisdição diferente dos pais. Por serem conflitos internacionais, podem aparecer dificuldades na efetivação de direitos inerentes às relações familiares. Isso ocorre porque as normas que constroem o sistema são insuficientes para solucionar as demandas.

1.3 A GUARDA

A atribuição da guarda foi evoluindo no Brasil, saindo da preocupação de se punir o cônjuge culpado da separação para focar nos direitos do menor. Observa-se que o Código de 1916 previa que a guarda do menor ficaria sob cuidados do cônjuge inocente, no caso de desfazimento da relação conjugal dos genitores. Eram regras

arraigadas de conservadorismo, que deixavam de priorizar os direitos da criança (DIAS, 2015).

A mesma linha manteve a Lei de Divórcio (Lei n. 6.515/1977), pois afirmava no artigo 10 que os filhos menores ficariam com o cônjuge que não houvesse dado causa ao divórcio. Mas trouxe uma pequena modificação ao prever a faculdade de o juiz decidir diferente nos casos em que houvesse motivos graves, considerado o bem dos filhos¹.

Modificação desse paradigma somente ocorreu com o advento da Constituição Federal de 1988, que colocou como pedra angular o melhor interesse da criança e adolescente, extirpando do ordenamento a culpa pelo divórcio como critério para designar a guarda. Promulga também a igualdade sexual e propõe uma família igualitária, com deveres e direitos recíprocos entre seus membros (LÔBO, 2011).

Em seguida, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) trouxe direitos fundamentais a serem perseguidos, em especial o princípio da proteção integral aos menores de dezoito anos. O Código Civil de 2002 incorporou o novo paradigma trazido pela Carta Maior de 1988 e pelo ECA de buscar-se sempre o melhor interesse da criança, estabelecendo diretrizes em relação a guarda e visitas (DIAS, 2015).

No contexto mais atual, temos como avanço a Lei n. 11.698/2008, que trata da guarda compartilhada no Brasil e tem por princípio base a busca pelo melhor interesse do menor² iniciada na Constituição, pois institui o modelo de corresponsabilidade dos pais no exercício do dever parental em caso de dissolução de sociedade matrimonial ou do companheirismo, em que, sempre que possível, os pais atuarão de forma conjunta na guarda do menor (GRISARD FILHO, 2014), participando de forma mais presente ambos genitores no desenvolvimento psicológico, escolar e familiar.

¹ Art. 13. Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais. (BRASIL, 1977)

² O princípio do melhor interesse do menor teve início na Declaração Universal dos Direitos da Criança, em 1959, colocando a criança como sujeito de direitos, retirando-a de uma posição passiva, de objeto de proteção, conforme Monaco (2009, p. 443-467). O mesmo processo pode ser identificado no ordenamento brasileiro a partir da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana estendendo-se à criança essa posição de valor no ordenamento, conforme o artigo 227. Caput, CF. Se estende a todas as relações jurídicas envolvendo direitos das crianças e adolescentes. Resulta na mudança dentro das famílias, que passa a ser orientada pelos interesses fundamentais dos filhos.

1.3.1 A guarda como direito fundamental, seu conceito e natureza jurídica

O artigo 227 da Carta Maior de 1988 prevê o direito de convivência com a família, devendo ser efetivado principalmente pelo poder estatal, concedendo os pressupostos mínimos de uma vida digna. Nesse sentido, para que haja o efetivo desenvolvimento da personalidade da criança, deve se buscar o respeito ao direito à dignidade, à vida, à igualdade e liberdade (LOCATELI; TIEMPO, 2012).

Esse direito fundamental deve ser efetivado pela família, pela sociedade e pelo Estado, sendo sua obrigação proteger a criança de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punindo na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais, conforme prescreve o art. 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente (LOCATELI; TIEMPO, 2012).

Por isso é direito de toda criança ou adolescente “ser criado dentro de sua família ou de uma família substituta, caso não seja possível conviver na primeira, que pode ser realizada de três formas: tutela, guarda ou adoção” (LOCATELI; TIEMPO, 2012). Por ser um direito fundamental, a colocação em abrigo deverá ser “apenas por um período, buscando-se preservar os vínculos afetivos com a família” (LOCATELI; TIEMPO, 2012). Não havendo possibilidade de a criança retornar à sua família biológica, buscase sua integração em família substituta (LOCATELI; TIEMPO, 2012).

O direito à guarda decorre do poder familiar. Ambos são exercidos conjuntamente enquanto os pais estão vivendo juntos, seja em união estável ou no casamento. Mas, com a ruptura entre os genitores, ou a sua inexistência, é necessário a definição da guarda legal da criança, respeitando seu melhor interesse, podendo ser unilateral, compartilhada ou alternada.

A guarda é o dever de proteção que se caracteriza pela companhia dos pais junto ao menor (CARVALHO, 1995). Visa prestar assistência material, moral e educacional, regularizando-se a posse de fato (DINIZ, 2002). É, assim, um complexo de direitos e obrigações dado a uma terceira pessoa para a proteção ao menor e administração de seus bens, substituindo assim o poder familiar (DINIZ, 2002). O direito ao guarda tem

previsão no artigo 1583 e seguintes do Código Civil e, em especial, nos artigos 22 e 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente³.

Conforme postula o artigo 1634 do Código Civil, é de competência dos pais a criação e educação dos filhos, bem como dirigi-los espiritual e moralmente, referindo-se ao dever de educar, prestando-lhes toda a assistência, tanto moral quanto material, como de oferecer uma forma digna de viver na sociedade (DINIZ, 2002).

1.3.2 A escolha do sistema de atribuição de guarda

Apegada à ideia de que a guarda tem por escopo consolidar alguns dos atributos do poder familiar, que serão exercidos com exclusividade por um dos genitores ou por ambos, conforme o caso, a doutrina brasileira estabelece distintas formas de atribuição do direito de guardar os filhos, que veremos a seguir.

1.3.3 Unilateral

Na guarda unilateral, os encargos de cuidado, proteção, zelo e custódia do filho, fica por conta de um dos pais, mas somente quando não chegarem a um acordo e se tornar inviável a guarda compartilhada, dado que essa é preferencial (LÔBO, 2011). Assim, apenas um dos genitores detém a guarda, ficando com os filhos sob seus cuidados, mas permanece o direito de visita ao outro genitor, conforme o melhor interesse da criança e do adolescente (LOCATELI; TIEMPO, 2012).

É modelo clássico em que a criança vive em um lar fixo e recebe visita do pai ou da mãe, que não tem a guarda. Contudo ambos cônjuges detêm o dever de supervisionar os interesses do menor, tanto aquele que possui a guarda unilateral como o que o visita.

³ Artigo 22- aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhe e ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.
Artigo 33 - A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.
§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros. (BRASIL, 1990)

A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e mais aptidão para proporcionar um bom relacionamento com os filhos na questão do afeto familiar, saúde, segurança e educação.

Uma vez realizada a escolha, o genitor-guardião passa a se responsabilizar pela educação e formação psicológica da criança, decidindo com exclusividade a respeito do melhor instituto educacional onde matricular o filho e optando por cursos extracurriculares que melhor se adequem às suas necessidades (STILERMAN, 1997).

Essa modalidade apresenta-se mais favorável ao menor, enquanto viver em um lar fixo, determinado, recebendo a visita periódica do genitor que não tem a guarda. Contudo a ausência sistemática do filho pela periodicidade forçada desestimulou o exercício da guarda, levando os pais, que se viram negligenciados pela sociedade, a se afastarem do convívio com seus descendentes (GRISARD FILHO, 2000).

1.3.4 Alternada

A guarda sob a forma alternada tem seus fundamentos específicos, “apesar de ser muito confundida com a guarda compartilhada” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011). Caracteriza-se pelo fato de os pais terem a guarda do menor alternadamente, conforme período pré-estabelecido, ficando o filho um período com um genitor e outro período com outro, assumindo cada um em sua vez todos os atributos próprios da guarda (SCHWERTNER, 2005).

A vantagem oferecida por esse modelo é permitir aos filhos manter relações estreitas com os dois pais, evitando a dissolução da relação com o genitor que não tem a guarda (GRISARD FILHO, 2000). Sendo assim, traz como vantagem em relação ao modelo da guarda unilateral a participação de ambos os genitores na condução da vida da prole, já que ambos conservam ligações cotidianas com seus filhos (FULCHIRON, 2001).

Apesar dos benefícios, a doutrina tem se posicionado contra a essa modalidade, uma vez que contradiz o princípio da continuidade do lar, que deve compor o bem-estar da criança, trazendo estabilidade emocional e psíquica (GRISARD FILHO, 2000). Tal

sistema tem o inconveniente de tornar dificultosa a adaptação da criança a dois bairros, duas casas diferentes, duas esferas de atuação da autoridade, por vezes com regras e limites dessemelhantes (FONSECA, 1988).

Entende-se também que se trata “do reflexo do egoísmo dos pais, que pensam nos filhos como objetos de posse, passíveis de divisão de tempo e espaço, uma afronta ao princípio do melhor interesse da criança” (LEVY, 2008, p. 60).

A criança precisa ter um lar que possa ser fixo, onde a maioria de seus pertences estejam guardados, que passe a funcionar como uma referência no mundo. O filho com pais separados precisa ser visto como uma pessoa única e não um objeto de disputa de tempo entre os pais.

1.3.5 Compartilhada

O advento da lei n. 11.698/2008 foi de suma importância por prever a guarda compartilhada e seus benefícios, se comparada aos outros tipos de guarda, principalmente de cunho psicológico na vida da criança (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011).

Nesse tipo de guarda, os pais não dividem, mas compartilham as responsabilidades pela condução da vida dos filhos, gerando direitos e deveres solidários, em que as principais decisões são tomadas sempre em conjunto pelos genitores, mesmo estando separados (LOCATELI; TIEMPO, 2012).

Surgiu de uma cultura que desloca o centro de interesse para a criança. Isso porque havia certo desequilíbrio dos direitos parentais, com nítida proeminência dos direitos da mãe, sendo criticada como abusiva e contrária a igualdade entre homem e mulher (GONÇALVES, 2002).

Para saber se tal sistema é cabível ao caso, é feita uma avaliação psicológica e social, em que o juiz toma por base orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, conforme descrito no artigo 1.584, parágrafo 3º, e a Lei n. 11.698/2008 (SILVA, 2009). Após análise, percebendo que há diálogo e

entendimento entre os pais, o juiz poderá fixá-la. Genitores que não se entendem dificilmente conseguirá esse tipo de guarda.

Deve-se buscar manter a todo custo os laços parentais da criança, devendo ambos genitores tentar um ponto em comum para que possam juntos tomar as decisões da vida do filho, convergindo para uma convivência com a criança com qualidade e não só de finais de semana.

A guarda compartilhada não se confunde com a modalidade alternada, pois naquela há uma divisão equitativa do tempo de convívio com os filhos entre os separados, enquanto nessa a alternância temporal da posse dos filhos pende para quem conserva o direito de guarda, em detrimento daquele cônjuge ao qual é assegurado o direito de visitas, mais limitado (CARCERERI, 2005).

1.3.6 A atribuição de guarda para menores não residente com genitores ou residente com apenas um deles

Como dito no tópico anterior, pode haver problemas de denegação de justiça nas ações que discutem a atribuição da guarda de menores, especialmente nos casos em que a criança reside em jurisdição diferente de um dos genitores – morando apenas com um deles – ou de ambos – por conviver com os avós, por exemplo.

Em geral, em casos em que menor reside em jurisdição diversa de seus genitores, a ação de divórcio se processa no país em que o casal reside. No entanto, essa jurisdição pode se declarar incompetente para processar e julgar a ação de guarda do filho do casal, considerando que deve discutir apenas a situação da separação dos consortes – declaração de incompetência da jurisdição.

Situação parecida ocorreu na corte alemã, descrita por Dolinger (2003), que decretou o divórcio de um casal de alemães, mas se declarou incompetente para decidir sobre o direito de guarda da criança, que tinha residência habitual⁴ na Espanha, mesmo com

⁴ A residência habitual do menor se refere ao lugar em que ele esteja fisicamente presente por um montante de tempo suficiente para aclimatação e que tem certo grau de propósito estabelecido a partir de sua perspectiva (MÉRIDA, 2011). É o local em que vive e tem suas relações sociais, antes da remoção ilegal, tendo a criança apenas uma residência habitual, não sendo a cidadania determinante. Sua citação foi trazida pela Convenção de Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de

a concordância dos pais em se submeterem à jurisdição alemã. A justificativa foi que tal decisão cabia à justiça espanhola em virtude do artigo 1º da Convenção de Haia de 1961, que fixou a competência da jurisdição do país da residência onde a criança vive naquele momento.

Mas, no caso citado do parágrafo acima, se a jurisdição espanhola também se declarar incompetente, ficaria tal caso sem solução devido a esse conflito negativo de jurisdição? E se, no caso acima, demandar na jurisdição espanhola fosse extremamente oneroso por vários motivos, como perseguição religiosa, étnica, política ou por algum desastre natural, a ponto de se haver a denegação de justiça? Não será exercido o acesso à justiça? Em todos casos, entende-se que tal situação não pode acontecer e uma das propostas é a aplicação do princípio do *forum necessitatis*, que será explicado no próximo capítulo.

Outro caso, citado por González (2004), ocorrera na Espanha, em 2002, quando uma mulher marroquina, residente na Europa, ingressou com ação de divórcio em face de seu marido, de mesma nacionalidade, e dentre os pedidos estava a guarda de um dos filhos comuns que morava com a avó em seu país de origem, jurisdição competente para o julgamento, por ser o local da residência do menor. Contudo a esposa informou que tal demanda seria impossível, pois, conforme as leis marroquinas, a esposa que pede divórcio se torna culpada, recebendo punições, inclusive a perda da guarda dos filhos para o pai.

Portanto declarar a jurisdição espanhola incompetente seria negar o acesso à justiça a essa mãe, pois seria excessivamente oneroso demandar em Marrocos, por conta das punições a serem sofridas, o que não poderia ocorrer por se tratar de direito fundamental presente nos principais instrumentos multilaterais e ordenamentos nacionais.

crianças de 1980, que se propôs a tratar da retirada ilegal do país de menores, excluindo-o de sua residência habitual, sem a permissão daquele que detém a guarda. Seu objetivo é estabelecer o regresso para casa. Assim, a linha fundamental da Convenção é evitar a remoção de uma criança do lugar de seu ambiente. Antes dela, o melhor interesse da criança era interpretado de forma que privilegiava o sequestrador. Desde sua criação, 74 países se tornaram signatário. Apesar de não estar incluído nesse grupo, o Brasil aderiu ao texto em 1999, após a aprovação por meio do Decreto Legislativo n. 79, de 15 de setembro de 1999, que entrou em vigor em 01º de janeiro de 2000. A adesão como Estado-membro ocorreu apenas a partir da publicação no Diário Oficial da União de 13 de abril de 2000, dada pelo Decreto n. 3.413, de 12 de abril de 2000. (MÉRIDA, 2011, p. 255- 272).

2 A DENEGAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA TRANSNACIONAL E O PRINCÍPIO DO FORUM NECESSITATIS

2.1 O PRINCÍPIO UNIVERSAL DO ACESSO À JUSTIÇA

O princípio do acesso à justiça, também conhecido como princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, é um direito fundamental presente no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal Brasileira, com conteúdo amplo e profundo, que assegura que todos, nacionais ou estrangeiros, tenham acesso ao Poder Judiciário, dentro das regras processuais e materiais aplicáveis (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p. 199).

O princípio do acesso à justiça é um princípio fundamental, reconhecido em diversas convenções internacionais. A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada na IX Conferência Internacional Americana, em 1948, em Bogotá, prevê no artigo 18 que “toda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos”.

“O direito de acesso à jurisdição foi considerado pela Corte Europeia de Direitos Humanos um dos princípios fundamentais da Convenção Europeia de Direitos Humanos, aprovada em 1950, em Roma” (GUERRA, 2010), não podendo haver limitações ao seu exercício, conforme artigo 6º, *in verbis*:

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça. (CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, 1950)

O acesso à justiça tem sido considerado o mais importante dos direitos humanos fundamentais no sistema moderno de igualdade legal, que busca não apenas proclamar, mas garantir o direito de todos. Há previsão no Pacto Internacional sobre

Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966, em seu artigo 14⁵, assim como na Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, com previsão no artigo 8º, que dispõe o direito à jurisdição eficaz, julgamento justo e devido processo e que não se limita aos procedimentos judiciais⁶.

⁵ Artigo 14. 1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das partes o exija, quer na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá tornar-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou processo diga respeito à controvérsia matrimoniais ou à tutela de menores.

2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:

a) De ser informado, sem demora, numa língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada;

b) De dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha;

c) De ser julgado sem dilações indevidas;

d) De estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exija, de ter um defensor designado *ex-officio* gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo;

e) De interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação;

f) De ser assistida gratuitamente por um intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua empregada durante o julgamento;

g) De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

4. O processo aplicável a jovens que não sejam maiores nos termos da legislação penal em conta a idade dos menos e a importância de promover sua reintegração social.

5. Toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei.

6. Se uma sentença condenatória passada em julgado for posteriormente anulada ou se um indulto for concedido, pela ocorrência ou descoberta de fatos novos que provem cabalmente a existência de erro judicial, a pessoa que sofreu a pena decorrente desse condenação deverá ser indenizada, de acordo com a lei, a menos que fique provado que se lhe pode imputar, total ou parcialmente, a não revelação dos fatos desconhecidos em tempo útil.

7. Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absorvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1966)

⁶ Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Esse princípio também é consagrado pela Convenção de Haia de 1980, sobre Acesso à Justiça, que estabelece a previsão de gratuidade de assistência jurídica e desnecessidade de prestação de caução pela parte litigante estrangeira nos processos instaurados perante os tribunais de determinado Estado contratante. A Convenção não objetiva harmonizar normas processuais domésticas, mas assegurar que o simples *status* de estrangeiro como tal ou a ausência de residência ou domicílio no Estado, cujos tribunais tenham sido acionados, não seja fundamento para discriminação ou impedimentos em relação ao acesso à justiça (POLIDO, 2013, p. 42).

No Mercosul, o Protocolo de Las Leñas, de 1992, e o Acordo de Buenos Aires sobre Cooperação e Assistência Judiciária em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, de 2002, consagram o princípio como pilar do sistema de cooperação jurídica no espaço de integração regional. Conforme o artigo 3º de ambos instrumentos, qualquer nacional, cidadão ou residente habitual gozará, em igualdade de condições, dos benefícios da justiça gratuita e da assistência gratuita concedidos a seus nacionais, cidadãos e residentes habituais. O acesso à justiça também é fundamento de inúmeros tratados e acordos bilaterais de que o Brasil é parte, desdobrando-se em benefícios da gratuidade de acesso e assistência jurídica (POLIDO, 2013, p. 43).

O acesso à justiça, como atividade principiológica das partes, é um árduo duelo que, ao invés de espadas sangüinárias tem-se a força dos argumentos jurídicos; ao invés de uma batalha ferrenha que não é feita somente de boas razões, é necessária

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;
- b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;
- d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
- e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
- f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
- g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada;
- h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

principalmente habilidade técnica para fazer os argumentos jurídicos ganharem relevância (ABDO, 2007, p. 51).

Realizando comparações de modelos processuais com duelos cerrados, Barbosa Moreira (2003, p. 178) adverte que não pode ser favorecido aquele que luta com maior vigor ou habilidade, para não dizer com menores escrúpulos, em detrimento de quem possa ter razão nos planos material e processual.

O direito de acesso à justiça é muito mais que poder ajuizar uma ação. É ter seu pleito atendido, quando se tem o direito, de forma efetiva, justa, adequada e efetiva. Pode-se afirmar que é pedra angular, base de outros direitos fundamentais, pois pelo seu exercício pode ser efetivado outras garantias fundamentais, podendo sua ser exigida pelo estado (PAROSKI, 2006, p. 225-242).

Canotilho (2003, p. 433) entende da seguinte forma o acesso à justiça:

Em termos gerais – e como vem reiteradamente afirmado o Tribunal Constitucional na senda do ensinamento de Manuel de Andrade – o direito de acesso aos tribunais reconduz-se fundamentalmente ao direito a uma solução jurídica de atos e relações jurídicas controvertidas, a que se deve chegar um prazo razoável e com garantias de imparcialidade e independência possibilitando-se, designadamente, um correto funcionamento das regras do contraditório, em termos de cada uma das partes poder deduzir as suas razões (de fato e de direito), oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e discreter sobre o valor e resultado de causas e outras. [...] Significa isto que o direito à tutela jurisdicional efetiva se concretiza fundamentalmente através de um processo jurisdicional equitativo – *due process*. [...] O direito ao processo equitativo está hoje positivamente consagrado no artigo 20º da CRP; no artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem; no artigo 14º do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Cívicos e Políticos e no artigo 10º da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Garth e Cappelletti (2002, p. 8) assim definem o princípio do acesso à justiça:

A expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob auspícios do Estado. Primeiro, o sistema ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos [...] uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo.

Dizer o direito é algo que apenas o Estado pode realizar e para se coibir a realização da justiça com as próprias mãos deve-se buscar caminhos capazes de resolver as demandas conflituosas. Nada mais é que uma garantia de que o Estado dará a pessoa modos eficazes de resolver as pendengas (PAROSKI, 2006).

O ordenamento jurídico deve buscar sempre uma tutela eficiente para a demanda, com objetivo de assegurar as partes uma igualdade real e não meramente formal, por meio da possibilidade de se demandar naquela jurisdição (PAROSKI, 2006). Nesse sentido, pontua Ramos (2000, p. 38-39):

Atualmente já está vencida a ideia de que a mera possibilidade de acesso aos órgãos judiciais seja a verdadeira significação da aceção jurídica de acesso à justiça. Hoje, muito mais do que o acesso aos tribunais, de fundamental importância mas não apto a esgotar todas as vias política e socialmente desejáveis de resolução de conflitos, o fenômeno do acesso à justiça deve ser compreendido como a possibilidade material do ser humano conviver em uma sociedade onde o direito é realizado de forma concreta, seja em decorrência da manifestação soberana da atuação judiciária do organismo estatal, seja, também, como reflexo da atuação executiva, não olvidando-se, é claro, o escorreito regramento a ser imprimido pela atuação legiferante. Tudo isso, vale dizer, é de suma importância para a efetivação de uma realidade tão democrática quanto justa, onde se possa ter a irrefragável certeza de uma atuação garantista que prestigie a vida, a dignidade e o respeito incorruptível aos direitos fundamentais do homem. Enfim, o enaltecimento do valor da justiça como referência a ser seguida.

O acesso à justiça é reflexo do regime democrático e do direito à cidadania, pois não diz respeito somente a um processo imparcial e justo, mas visa a verdadeira e adequada participação das partes na demanda, com oportunidade de influírem no processo de forma igualitária (PAROSKI, 2006).

O princípio universal do acesso à justiça tem sido afirmado como fundamental não apenas para concretização de direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, mas também como componente dos sistemas doméstico de jurisdição civil e constitucional (MILLS, 2012). Há recentes tendências de minimizar o absolutismo da jurisdição dos Estados, como expressão da soberania, buscando confirmar a tese de que os órgãos jurisdicionais devem atender aos interesses dos indivíduos e grupos em suas demandas concretas, sobretudo enquanto questões de acesso à justiça, denegação de justiça e autonomia da vontade estiverem em consideração (MILLS, 2012).

Na verdade, isso é um revérbero do crescente entendimento da jurisdição como sendo reflexo de direitos fundamentais, muito além do que simples expressão de direitos do Estado, legitimados no plano interno e no plano internacional. Esse desenvolvimento postula uma transformação no próprio *status* das partes litigantes perante os tribunais domésticos, que deixam de ser simplesmente jurisdicionados passivos para integrarem a categoria de sujeitos ativos, titulares de direitos fundamentais de base

jurisdicional. Se levarmos em conta as funções do Direitos Internacional Processual no contexto de efetividade na resolução de litígios privados com conexão internacional, de mobilidade de decisões estrangeiras, de ampliação de instrumentos de cooperação jurídica entre Estados e organizações internacionais, o princípio de acesso à justiça global incrementa o poder-agir dos indivíduos e grupos no contencioso internacional privado (POLIDO, 2013, p. 42).

Ao princípio do acesso à justiça está conexo o princípio de proibição da denegação de justiça, que também expressa sua formulação no Direito Internacional Público, ao posicionar os interesses de indivíduos e seus direitos fundamentais perante tribunais domésticos e internacionais (TRINDADE, 1979, p. 23-24).

2.2 A APLICAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA PARA NÃO OCORRER A DENEGAÇÃO DE JUSTIÇA

Os Estados não podem se negar a prestar o acesso à justiça, deixando de receber a tutela jurisdicional a algumas pessoas, por serem estrangeiras, visto que é seu dever evitar a denegação de justiça aos estrangeiros em casos similares aos nacionais (GUERRA, 2010). Por conta disso, é importante “excluir das normas transnacionais aquelas que impedem o acesso de estrangeiros a jurisdição nacional” (GUERRA, 2010). Como exemplo, citemos os artigos 14 e 15 do Código Civil Francês⁷, que “dispõe não ter possibilidade de, mesmo que domiciliados no país, se processar e julgar demandas de estrangeiros” (GUERRA, 2010).

Entretanto tais dispositivos “não são mais aplicados pela *Cour de Cassation*, o Supremo Tribunal francês, não sendo mais impedimentos para se julgar litígios que diz respeito a estrangeiros”. Antes, esses tribunais só se preocupavam em conhecer litígios que envolvessem cidadãos de seus países, excluindo demandas que envolvam

⁷ Artigo 14. L'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français (FRANÇA, 1825).

Artigo 15. Un Français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger (GUERRA, 2010).

estrangeiros, ainda que ali residentes, mas tal entendimento está superado (GUERRA, 2010).

O respeito e a proteção dos direitos humanos só podem ser garantidos pela disponibilidade de recursos judiciais efetivos e se o réu tem acesso a um sistema de justiça justo e imparcial (FRANCIONI, 2007) cuja eficácia e legitimidade podem ser revistas sob padrões internacionais, disponibilizando ferramentas aos cidadãos para proteção eficaz do seu direito, incluindo o tratamento de estrangeiros (ROZAS, 2017).

Portanto, leva-se a trabalhar a flexibilização das regras de competência internacional, ou seja, os Estados exercerem sua jurisdição, mesmo quando carecem de jurisdições internacionais que o justifiquem, para se evitar a denegação de justiça (ROZAS, 2017).

No contencioso internacional privado, a denegação de justiça é vista também como resultado de conflitos negativos de jurisdição, a partir do qual, por exemplo, dois ou mais tribunais domésticos declinam da competência de apreciar o litígio e, assim, lançam as partes às falhas ou ausência de adjudicação das controvérsias. (POLIDO, 2013, p. 42).

Uma das consequências práticas do acesso à justiça e de se evitar a denegação da justiça é a necessidade de, em alguns casos práticos, mesmo o ordenamento jurídico previamente não prevendo, “se estender a jurisdição, para se conceder a tutela jurisdicional, quando não houver outra saída para o litigante, chamando esse fenômeno de *forum necessitatis*” (GUERRA, 2010). Portanto, é possível flexibilização jurisdicional em prol da promoção dos direitos fundamentais no novo sistema processual brasileiro, permitindo a aplicação do princípio do *forum necessitatis*, quando houver denegação do acesso à justiça.

Em hipóteses que permitam a aplicação tal princípio, como exemplo, o conflito negativo de jurisdição, ou a impossibilidade de demandar na jurisdição competente por motivos de guerra, perseguições políticas e desastres ambientais, entre outros requisitos, pode se invocar o princípio do *forum necessitatis* para que não seja denegada a justiça, por ser o princípio do acesso à justiça direito fundamental, previsto em convenções e declarações de direitos humanos, como já mencionado, assim como na Carta Maior brasileira.

2.3 FORUM NECESSITATIS COMO PRINCÍPIO EFETIVADOR DO ACESSO À JUSTIÇA

2.3.1 Conteúdo e escopo

O *forum necessitatis* é um princípio que permite que as demandas sejam processadas naquela jurisdição, quando de outra forma não haveria acesso à justiça, desde que preenchido requisitos específicos (REDFIELD, 2014). Tem por objetivo indicar um critério positivo de fixação de competência internacional (*rectius*: jurisdição) em caráter excepcional (CAMARGO, 2015), podendo fornecer proteção aos queixosos de um sistema jurídico cada vez mais globalizado (REDFIELD, 2014).

De fato, o *forum necessitatis* concede o direito humano fundamental de acesso a um juiz, sendo um princípio imposto com base nos princípios gerais do Direito Internacional no campo dos direitos humanos. Considerado nos países europeus uma emanção das disposições do art. 6.1º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, esse princípio se opõe à aplicação de regras da competência judicial internacional que possam levar à negação da justiça (ROZAS, 2017).

A invocação a esse princípio origina-se nas regras do artigo 6.1º da CEDH (ROSSOLILLO, 2010), que prevê o direito a um julgamento justo a todos aqueles que estejam em solo europeu. Tem crescido sua presença nos ordenamentos de tradição romano germânicos, sempre aplicado de forma extraordinária e subsidiária, havendo pouca margem para discricionariedade do julgador⁸, diferentemente do que ocorre nos Estados de tradição do *common law*, em que os julgadores possuem larga margem de discricionariedade quanto ao exercício de sua própria competência internacional (CAMARGO, 2015).

⁸ Inclusive, sobre o tema *denegação da justiça*, o Tratado Bilateral – Acordo de Garantia de Investimentos entre Brasil e EUA, promulgado pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo n. 69, de 1965, prevê em seu artigo 2º o conceito de denegação de justiça: “2. Ressalva-se que por denegação de justiça, nos termos do art. VI, § 3º, se entende: a inexistência de tribunais regulares, ou de vias normais de acesso à justiça; a recusa de julgar, de parte da autoridade competente, o retardamento injustificável da decisão judicial, com violação da lei processual interna.” (MAGALHÃES, 1997)

Pode ser aplicado em casos de haver um conflito negativo de jurisdições e situações de fato extraordinário impeditivo de se demandar no estrangeiro, como uma guerra civil, calamidade pública ou desordem de grandes dimensões, podendo as cortes nacionais, em caráter subsidiário e excepcional, apreciar as demandas ali propostas (CAMARGO, 2015).

Outro momento no qual é aplicado é quando um tribunal recusa a jurisdição porque outro é mais apropriado, pelo instituto do *forum non conveniens*, em casos em que não há outra jurisdição competente e os tribunais devem aceitar a jurisdição para impedir a negação de justiça (REDFIELD, 2014).

Pode-se afirmar que, assim como o princípio do acesso à justiça, o *forum necessitatis* é um princípio geral do direito, pois visa cumprir aquele. Assim, ambos devem ter a mesma natureza jurídica, já que o segundo busca a efetivação do primeiro (ROZAS, 2017). Além disso, o *forum necessitatis* evita a discriminação entre cidadãos e estrangeiros no exercício do direito de acesso aos tribunais, um direito humano fundamental que, como tal, constitui os princípios gerais do direito.

2.3.2 Situações de aplicação do *forum necessitatis*

De modo geral, existem situações específicas em que se poderá invocar o *forum necessitatis*: quando houver conflito negativo de jurisdição, ou seja, duas jurisdições se declaram incompetentes para processar e julgar a demanda. Se aplica também na impossibilidade de se obter um julgamento justo no exterior, mesmo que o método seja possível, por conta de guerras, desastres naturais, razões políticas e religiosas. E ainda o reconhecimento de decisões estrangeiras em que o tribunal de origem se declara competente para evitar uma denegação de justiça.

2.3.2.1 Conflito negativo de jurisdição

Uma condição necessária para estabelecer a jurisdição dos tribunais do foro como *forum necessitatis* é ser impossível recorrer aos tribunais de outras jurisdições, pois dá origem a uma denegação de justiça (ROSSOLILLO, 2010).

A impossibilidade não precisa ser necessariamente provada, pois em alguns casos não teria como ser fornecida. Portanto será suficiente verificar se os tribunais, com base nos critérios de jurisdição mais comumente usados, seriam competentes, já que pertencem a sistemas jurídicos que têm algum vínculo com o caso em questão (ROSSOLILLO, 2010).

Assim, quando é declarado que um tribunal não é competente para processar e julgar certa demanda, ocorre conflito negativo de jurisdição, devendo o tribunal onde a ação foi proposta aceitar processar a ação, sendo ato de caráter excepcional assentado sobre o direito de acesso à justiça que concede a competência internacional a alguns juízes que faltam o referido poder para resolver o caso específico, a fim de evitar a hipótese de negação da justiça em nível internacional (ROZAS, 2017).

2.3.2.2 Impossibilidade de obter um julgamento justo no exterior, mesmo que o método seja possível

O uso do *forum necessitatis* pode ocorrer quando o método utilizado na jurisdição, embora possível, é destinado a resultar na rejeição das reivindicações do requerente, ou seja, o interesse substancial do requerente não é suscetível de encontrar satisfação na jurisdição competente (ROSSOLILLO, 2010), situação difícil e, muitas vezes, impossível se provar.

Um ponto de partida verificar tal condição pode ser baseado na ausência de qualquer um dos critérios listados no art. 6.1º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (imparcialidade, independência, tempo razoável do procedimento) que dão origem à negação da justiça. Pode-se enumerar algumas circunstâncias em que se pode invocar o *forum necessitatis* (ROZAS, 2017).

Se houver obstáculo jurídico para acessar tribunal estrangeiro, porque não tem competência ou já rejeitou demanda semelhante ou porque a sentença estrangeira não pode ser executada na jurisdição. (ROZAS, 2017, p. 7)
[...]

Quando o requerente demonstra que enfrenta obstáculos fatuais para fazer valer seus direitos no exterior. Casos como recorrer aqueles tribunais com exigências ou encargos demasiadamente excessivos. Situação de jurisdição naturalmente competente, mas que, por motivo de religião, orientação sexual, razões políticas ou étnicas, há evidências de se estabelecer critérios discriminatórios inadmissíveis. O fato de o requerente se deparar com grandes ameaças se for a solo estrangeiro, pelo fato deste está afetado por guerras, inundações, desastres, golpes de estado, desde que seja demonstrado que o autor seria privado na prática do seu direito de acesso efetivo ao tribunal se os procedimentos estavam a ser tomadas no exterior (ROZAS, 2017, p. 28).

Portanto, ainda que competente para processar e julgar a demanda, “a jurisdição estrangeira se mostra excessivamente onerosa ou remota para se efetivar a tutela, devendo o litigante provar que demandar ali se torna um peso desproporcional” (GUERRA, 2010).

2.3.2.3 O reconhecimento de decisões estrangeiras em que o tribunal de origem se declara competente para evitar uma denegação de justiça

A necessidade de se determinar uma jurisdição pode operar na fase posterior, nos casos em que tenha sido obtida proteção jurisdicional efetiva, através de sentença ou decisão proferida por um tribunal de outro Estado que assumiu jurisdição para evitar uma denegação de justiça (SORIANO; GARCIMARTÍN, 1988).

O artigo 2º da “Convenção Interamericana sobre Competência na Esfera Internacional para a Eficácia Extraterritorial das Sentenças Estrangeiras, adotada em La Paz em 1984” (GUERRA, 2010), que afirma que:

[...] a exigência de competição será considerada também satisfeita na arena internacional se, a critério do juiz ou outro tribunal do estado, parte em que a decisão é para ter efeito, o juiz ou o tribunal que pronunciou a sentença assumiu jurisdição, a fim de evitar uma denegação de justiça determinado na ausência de tribunal competente. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1979).

Nesses casos, o *forum necessitatis* não pode basear-se numa presunção *priori* de imparcialidade, ou seja, ele seria aplicado unicamente quando o não reconhecimento da decisão proferida por tribunais estrangeiros for declarado, em virtude da condição de ordem pública ou de qualquer outro requisito de reconhecimento (ROZAS, 2017).

2.3.3 A conexão substancial com o ordenamento jurídico do foro

Foram estabelecidas acima as condições para que se possa invocar o *forum necessitatis*, mas também é necessário que o caso concreto tenha ligação com a jurisdição que será processada. A jurisprudência considera vínculos suficientes para estabelecer o *forum necessitatis* como cidadania, domicílio de uma das partes ou mesmo vínculos mais vagos. O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos determina que casos em que há violação dos direitos fundamentais já configuram condições suficientes estabelecer jurisdição (ROZAS, 2017).

Por outro lado, existem situações em que as regras de competência internacional de um Estado são mais amplas, bastando que o réu tenha alguma propriedade (inclusive de coisa móvel) no foro para que surja a jurisdição. Esse fenômeno foi metaforicamente chamado na doutrina europeia de “guarda-chuva sueco” (SMIT, 1961), pois bastaria a uma parte estrangeira esquecer um guarda-chuva na Suécia para que a Justiça local se considerasse competente para julgar uma ação de cobrança movida contra ele, mesmo que a dívida tenha sido contraída no exterior e envolva um credor também estrangeiro (GINSBURG; BRUZELIUS, 1965). Tal hipótese pode ser considerada um “foro exorbitante”⁹ e se afasta da ideia de acesso à Justiça presente no princípio do *forum necessitatis* (CAMARGO, 2015).

⁹ É definido como foro razoável aquele que tem uma conexão mínima com a jurisdição em que ocorrerá o julgamento. Por outro lado, o foro exorbitante é aquele, com objetivo de favorecer os cidadãos da jurisdição competente, acumula competência internacional em seu foro, mesmo que de forma desconectada. Mesmo desprovido de vinculação com a jurisdição, se afirma competente para julgar um caso, ferindo o direito dos litigantes (GUERRA, 2010).

2.3.4 *Forum non conveniens* e *forum necessitatis*

No *forum non conveniens* a jurisdição tem conexão com a demanda, mas existe outro “foro que tem vínculos mais fortes com o caso, que o torna mais preparado para se processar e julgar a demanda e, por motivo de justiça, se declina a jurisdição nacional em favor de jurisdição estrangeira” (GUERRA, 2010). Não ocorre denegação de justiça, mas “correção da jurisdição, por concluir que os direitos dos litigantes serão melhores julgados em outro lugar” (GUERRA, 2010).

Atualmente, esse princípio é aplicado em vários ordenamentos, mas principalmente naqueles de tradição *common law*. “Sua origem remonta as cortes escocesas do século XVI, que foram os primeiros realizar sua aplicação” (GUERRA, 2010). No Brasil, mesmo não havendo incompatibilidade para sua utilização, não há registro de sua aplicação. Pode ser aplicada em casos em que a jurisdição brasileira, mesmo tendo vínculo com a demanda, perceba que há jurisdição estrangeira mais adequada para o julgamento, “evitando-se realizar um julgamento desconectado com o caso, com pouco acesso as provas, para ser realizado por outro tribunal mais vinculado com a situação” (GUERRA, 2010).

O sistema brasileiro não compatibiliza com o sistema dos EUA e da Inglaterra por apresentarem uma formulação diferente, em função da alta discricionariedade. Contudo, são parecidos no tocante de perceberem, em algumas situações fáticas, a necessidade de retirar o rigor das regras de competência internacional, sob risco de ferir princípios básicos fundamentais de acesso à justiça, devido processo legal e igualdade (GUERRA, 2010).

A despeito dessa discussão, o direito convencional e o estrangeiro vêm admitindo a escolha do foro competente pela vontade e acordo entre as partes, como regra geral, sem fazer qualquer ressalva quanto aos casos em que se elegeria o foro nacional em hipótese não prevista na legislação brasileira, tampouco àqueles em que se escolheria o foro estrangeiro em situação prevista (ZANETI JÚNIOR; RODRIGUES, 2019, p. 52).

Em ação ajuizada no Brasil cujo objeto era um contrato de transporte que continha cláusula elegendo o foro de Montevideu, no Uruguai, o STF decidiu pela incompetência do judiciário nacional, nos seguintes termos: “o direito brasileiro

reconhece o foro contratual, salvo quando existir impedimento de ordem pública” (BRASIL/STF, 1957).

Enquanto a doutrina do *forum non conveniens* permite ao juiz, discricionariamente, negar a apreciação de uma demanda sob o fundamento de existir jurisdição mais apropriada ao julgamento (CAMARGO, 2015), no *forum necessitatis* o tribunal passa a ter jurisdição para julgar demanda que inicialmente não teria competência. Seu objetivo é evitar uma negação total do acesso à justiça, constituindo um mecanismo excepcional quando há circunstâncias extraordinárias que não permitem critérios jurisdicionais normais (ROZAS, 2017).

Para que não ocorram situações de denegação de justiça, o juiz nacional deve ter em conta duas situações absolutamente contraditórias: por um lado, que o caso tenha pontos suficientes de contato com o foro para que possa exercer jurisdição; por outro, quando isso não acontece e a queixa vem de um estrangeiro, para estabelecer tal jurisdição se não puder provar a existência de um foro alternativo no exterior ou a eficiência do referido foro. Essas duas situações específicas e fóruns respondem conflitantes, o *forum non conveniens* e *forum necessitatis*, cujo denominador comum é o critério que contém a demanda (AUDIT, 2003).

A partir dessa abordagem, pode-se afirmar que há uma dupla limitação para o legislador, segundo Rozas (2017): o estabelecimento de "limites máximos" destina-se a impedir a colocação de um sujeito perante uma determinada jurisdição que requeira diligência excessiva a ela para fazer valer seu direito de defesa, ou seja, quando o litígio não apresenta qualquer vínculo relevante com a referida jurisdição e, portanto, um ônus arbitrário ou irracional poderia ser imposto ao réu; por outro lado, na consideração de "limites mínimos", dada a impossibilidade de encontrar um foro para exercer os seus direitos, é necessário ter uma solução excepcional, isto é, uma espécie de *forum necessitatis* que permita ao candidato acessar uma organização jurisdicional (GONZÁLEZ, 1998).

2.4 A UTILIZAÇÃO DO *FORUM NECESSITATIS* CONTRA A DENEGAÇÃO DA JUSTIÇA

O *forum necessitatis* é um princípio que busca evitar a denegação da justiça, estendendo a jurisdição para que se possa processar e julgar demanda que inicialmente aquele foro era incompetente de apreciar, desde que respeitados determinados requisitos.

Muitos sistemas judiciais têm implementado sua utilização, com pontos comuns e requisitos parecidos. De modo geral, para que um tribunal exerça jurisdição sob o *forum necessitatis*, deve haver alguma conexão com o Estado do foro e algum obstáculo que impeça o requerente de contratar estrangeiros (REDFIELD, 2014).

Contudo, muitas vezes ocorre variações na especificação de cada um dos requisitos. Por exemplo, a primeira exigência é que o demandante tenha alguma conexão com o lugar, sendo aceito o critério de residência habitual ou negócios no foro. O segundo critério relaciona-se ao fato de o demandante não conseguir propor a ação na jurisdição competente por obstáculo de fato ou legal, onde o tribunal estrangeiro não garantiria um julgamento justo (REDFIELD, 2014). Neste caso, há variações entre os ordenamentos sobre o que seriam esses impedimentos. Alguns citam desastres ou guerras, outros vão além e aceitam impedimentos religiosos e políticos.

A aplicação do *forum necessitatis* já é uma realidade em convenções internacionais, em muitos ordenamentos nacionais, sendo interessante ver tais diferenciações.

2.4.1 A previsão do *forum necessitatis* em Instrumentos Convencionais

As convenções internacionais são acordos celebrados entre sujeitos de direito internacional, podendo ser tanto Estados como organizações internacionais, que têm por objetivo a busca de interesses comuns e produzem efeitos jurídicos entre as partes contratantes (ESTEVES, 2017). A primeira previsão do *forum necessitatis* nas convenções internacionais ocorreu na Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950. Em seguida, passou a ser previsto em outras, como a Convenção Interamericana sobre Competência na Esfera Internacional para Eficácia Extraterritorial das Sentenças Estrangeiras, na Convenção Bilateral de México e Espanha, bem como em ordenamentos jurídicos nacionais.

2.4.1.1 A Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem de 1950

A Convenção Europeia de Direitos Humanos foi adotada pelo Conselho da Europa, em 04 de novembro de 1950 e entrou em vigor em 1953¹⁰. Oficialmente chamada de Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, ela tem por objetivo a proteção dos itens expressos em seu título, permitindo um controle judiciário do respeito a tais direitos individuais. A Convenção faz referência à Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pelas Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948¹¹.

O artigo 6.1º da Convenção prevê o direito a um julgamento justo a todos aqueles que estejam em solo europeu, conforme se vê a seguir (ROSSOLILLO, 2010, p. 405):

Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

O dispositivo em questão, ao prever a proibição de denegação à justiça como direito humano, torna necessário o reconhecimento do *forum necessitatis* por seus signatários, sob pena de violação. Foi a partir dessa previsão que outras convenções e ordenamentos jurídicos nacionais passaram a prever o princípio devido à sua importância, para se efetivar o princípio do acesso à justiça. Exemplos disso são a Convenção Interamericana sobre Competência na Esfera Internacional para Eficácia Extraterritorial das Sentenças Estrangeiras, de 24 de maio de 1984, e a Convenção bilateral entre México e Espanha, firmada em 02 de dezembro de 1986.

¹⁰ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Europeia de Direitos Humanos**. Roma, 1950. Disponível em: <www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2020.

¹¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**. Paris, 1948. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em: 12 fev. 2020.

2.4.1.2 A Convenção Interamericana sobre Competência na Esfera Internacional para Eficácia Extraterritorial das Sentenças Estrangeiras

Firmada em La Paz, Bolívia, em 24 de maio de 1984, a convenção entrou em vigor em 24 de dezembro de 2004¹², na 3ª Conferência Interamericana de Direito Internacional Privado¹³ (VARGAS, 1993). Conforme seu o artigo 6º, ela rege as matérias de estado civil e capacidade de pessoas físicas, divórcio, nulidade e regimes de bens de matrimônio, pensões alimentícias, sucessão testamentária, falências e concordatas, liquidação de sociedade, seguridade social, arbitragem, danos e prejuízos de natureza extracontratual, questões marítimas e aéreas (VARGAS, 1993).

Dentre as convenções interamericanas, essa prevê, no artigo 2º, a extensão da jurisdição nos casos em que o “tribunal que emitiu decisão assumiu jurisdição para evitar a negação do acesso à justiça por motivo de conflito negativo de jurisdição” (GUERRA, 2010), o que faz que a jurisdição possa, então, declara-se competente para julgar o caso. Veja o artigo 2º da Convenção:

Artigo 2º. Também se considerará satisfeito o requisito da competência na esfera internacional quando a critério do órgão jurisdicional do Estado Parte onde a sentença deve ter efeitos, o órgão jurisdicional que proferiu a sentença tenha assumido jurisdição para evitar denegação de justiça por não existir órgão jurisdicional competente. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1984)

O âmbito de aplicação espacial é unicamente nos países que a tenham ratificado, atualmente somente o México e o Uruguai. O Brasil, apesar de ter assinado a convenção em 24 de maio de 1984, até o momento não realizou sua ratificação.

¹² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção interamericana sobre competência na esfera internacional para a eficácia extraterritorial das sentenças estrangeiras**. La Paz, 1984. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-50.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

¹³ As Conferências Interamericanas de Direito Internacional Privado são reuniões especializadas, por iniciativa da OEA, que discutem determinado assunto colocado em pauta previamente, buscando promover a uniformização e harmonização do direito internacional privado. Ao final de cada CIDIP, são criadas Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado, de acordo com o que se discutiu na Conferência. Desta forma, a sigla CIDIP designa, simultaneamente, a Conferência e seus frutos, as Convenções.

2.4.1.3 A Convenção bilateral entre México e Espanha

Moreno (2010, p. 103) informa que o México firmou convenção bilateral com a Espanha em 02 de dezembro de 1986, sendo aprovada pelo Senado em 27 de dezembro de 1986, ratificada em 16 de junho de 1987, com sua promulgação publicada em 28 de agosto de 1987. A previsão do *forum necessitatis* está em seu artigo 5º, que afirma:

Se considerará também satisfeito o requisito da competência para os efeitos do artigo 11, inciso d, desta Convenção se, a critério do Tribunal requerido, o Tribunal de origem assumir competência para evitar denegação de justiça por não existir órgão jurisdicional competente. (ALDANA et al, 2014, p. 15 – tradução nossa)

Assim, quando envolvidas as jurisdições mexicana e espanhola, será declarada a competência judicial internacional em casos de denegação de justiça, desde que haja preenchimento de alguns requisitos. Trata-se de instrumento geralmente invocado quando há tribunais que se declaram incompetentes, havendo conflito negativo de jurisdição (VARGAS, 1993). Assim, mesmo que inicialmente incompetente, o Tribunal vai declarar-se competente, estendendo sua jurisdição.

Fica evidente que o artigo 5º foi claramente inspirado no artigo 2º da “Convenção Interamericana sobre Competência na Esfera Internacional para a Eficácia Extraterritorial das Sentenças Estrangeiras, firmada em La Paz, Bolívia” (GUERRA, 2010), em 24 de maio de 1984¹⁴.

Vale lembrar que há previsão do princípio do *forum necessitatis* no artigo 565 do Código Federal de Procedimentos Cíveis do México, que dispõe que o tribunal nacional reconhecerá a competência assumida por tribunal estrangeiro para evitar denegação de justiça (VARGAS, 1993), que será abordado mais à frente.

Portanto, o *forum necessitatis* no México está previsto no artigo 565 do Código Federal de Procedimentos Cíveis, no artigo 5º da “Convenção bilateral com a Espanha e na Convenção Interamericana sobre competência na esfera internacional para a eficácia extraterritorial das sentenças estrangeiras” (GUERRA, 2010).

¹⁴ O México firmou a Convenção em 02 de dezembro de 1986, aprovou pelo Senado em 27 de dezembro de 1986 e a ratificou em 16 de junho de 1987. Entra em vigor em 24 de dezembro de 2004 e sua promulgação foi publicada em 28 de agosto de 1987.

2.4.2 O *forum necessitatis* na União Europeia

2.4.2.1 A União Europeia e o Regulamento de Bruxelas

A União Europeia é uma união econômica e política de características únicas, constituída por 27 países europeus que, em conjunto, abarcam grande parte do continente europeu. Trata-se de um processo de integração regional supranacional, pois resulta da transferência de soberania pelas unidades estatais em benefício da comunitária, de forma a permitir a integração e a regulação de determinadas matérias que tenham importância para os objetivos integracionistas (STELZER, 2000, p. 67-68). O objetivo é a pluralidade na diversidade, que evoluiu gradativamente ao estabelecimento de um mercado interno no qual são garantidas as liberdades de circulação de bens, serviços, pessoas e capitais (DEL POZO, 1997).

A União Europeia passou então a legislar sobre temas relevantes ao processo de integração, como foi o caso da competência internacional, que se mostrou importante ao aprofundamento do processo integracionista, pois matéria relacionada à resolução de conflitos pluriconectados. Nesse sentido, a conciliação da pluralidade na diversidade almejada pela integração europeia somente pode ser alcançada por meio da adoção de medidas de uniformização das regras de conflito no âmbito do direito internacional privado (VICENTE, 2009).

O fenômeno da europeização do direito internacional consiste em um processo de gradativo abandono da utilização de legislações autônomas internas dos Estados-membros da União Europeia (JAEGER JÚNIOR, 2012), situação que pode ser observada em matéria de competência judicial internacional civil e comercial, que engloba os casos dos contratos individuais de trabalho, hoje prevista no regulamento Bruxelas I Reformulado.

A possibilidade de estabelecimento de um direito internacional privado de fonte supranacional teve mais relevância no Tratado de Amsterdam¹⁵, quando se passou a

¹⁵ O Tratado de Amsterdam foi firmado em 02 de outubro de 1997, na cidade de Amsterdam, como fruto da Conferência Intergovernamental que iniciou os seus trabalhos em 1996, na sequência do

falar de um direito internacional europeizado, de fonte supranacional (JAEGER JUNIOR, 2012). A reforma nesse tratado levou à instituição do Regulamento n. 44/2001 do Conselho, de 22 de dezembro de 2000, o primeiro instrumento a unificar as regras de competência judicial em matéria civil e comercial, de origem supranacional, conhecido como Regulamento Bruxelas I. Esse regulamento foi posteriormente revogado, sendo substituído pelo Regulamento n. 1.215, de 12 de dezembro de 2012, ou Bruxelas Reformulado, hoje o instrumento mais importante a regular o processo civil internacional na União Europeia.

2.4.2.2 A aplicação do *forum necessitatis* na União Europeia

Vale abordar a evolução da previsão do princípio do *forum necessitatis* na União Europeia devidos a seus avanços e recuos. O avanço é que, mesmo tendo sido deixado de fora das regras gerais contidas no Regulamento Bruxelas I, conseguiu-se chegar a algumas soluções semelhantes com base nos princípios fundamentais dos Estados-membros. O recuo foi a dificuldade encontrada na sua aplicação contra residentes de Estados terceiros por poder implicar um privilégio para os demandantes da União Europeia, deixando dúvidas se decisão proferida por tribunal de um Estado, justificada em *forum necessitatis* poderia ser reconhecida e executada naquele de domicílio do demandado.

Assim, mesmo sendo previsto na maioria dos regulamentos europeus, foi deixado de fora das regras gerais contidas no Regulamento n. 44/2001 (Regulamento Bruxelas I), embora tenha permitido chegar a algumas soluções semelhantes. Nos casos de conflitos negativo de competência, encontraram uma solução com base nos princípios fundamentais dos Estados-membros.

Mas o próprio Regulamento poderá atenuar alguns casos de conflito negativo de competência, na medida que qualquer pessoa domiciliada num Estado-Membro pode invocar as mesmas regras de competência que os seus nacionais. Em suma, poderia

programa de revisão fixado pelo Conselho Europeu, na sua reunião em Turim, em 29 de março desse ano. (Informações disponíveis em: <https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/pt/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/treaty-of-amsterdam>. Acesso em: 01 fev. 2020)

ser alargada a competência dos Estados-membros se o demandante não pudesse ativar a jurisdição de um Estado terceiro ou de um Estado membro, desde que houvesse conexão suficiente com a União Europeia (ROZAS, 2017).

Como faltava previsão do postulado no sistema, durante o processo de revisão do Regulamento n. 44/2001 (Regulamento Bruxelas I), o artigo 24, das “alterações propostas ao Regulamento nº 44/2001 de aplicar a situações externas”, do Grupo Europeu de Direito Internacional Privado, propôs-se:

[...] quando nenhum tribunal de um Estado-Membro tem jurisdição com base presente Regulamento, uma pessoa pode ser chamada perante os tribunais do Estado-membro para o qual as pretensões da demanda têm vínculo suficiente, especialmente por causa da presença de propriedades no território desse Estado se o direito a um julgamento justo e o que é necessário, em particular: a) se os procedimentos do Estado não membro se revelarem impossíveis; ou b) se não for razoavelmente necessário que o pedido seja apresentado ao tribunal de um Estado não membro; ou c) se a sentença dentro do processo instaurado num Estado não membro não pode ser reconhecida no Estado do tribunal requerido sob a lei de que é necessária Estado e de tal reconhecimento para garantir que os direitos do requerente estão satisfeitos (BOSCHIERO, 2009, p. 64-65).

Em dezembro de 2010, a proposta da Comissão de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à Competência, ao reconhecimento e à execução das resoluções judiciais em matéria civil e comercial, incluiu o *forum necessitatis* no artigo 26, por meio de uma cláusula aberta, que o sujeitou aos requisitos de acesso à justiça e a uma conexão suficiente do litígio com o Estado que irá conhecer a demanda (WEBER, 2011).

Porém foram encontradas dificuldades ao ser aplicar o *forum necessitatis* contra residentes nos Estados terceiros, pois implicaria um privilégio para os demandantes da União Europeia. A questão era saber se uma decisão proferida por tribunal de um Estado, justificada em *forum necessitatis*, poderia ser reconhecida e executada no de domicílio do demandado (MAGNUS, 2002). Esses motivos resultaram no novo Regulamento n. 1215/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012¹⁶, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões judiciais em matéria civil e comercial, que significou a adoção da versão

¹⁶ PARLAMENTO EUROPEU. **Regulamento (UE) nº 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial**. Estrasburgo, 2012. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R1215&from=EN>>. Acesso em: 13 dez. 2019.

revista do Regulamento Bruxelas I. O resultado foi menos ambicioso do que o contido na proposta, como a falta de previsão de um *forum necessitatis* mitigado em maior ou menor grau, como sugerido no artigo 26 da proposta, o que demonstra que os Estados estão relutantes em aceitar regras do *forum necessitatis* mais amplas (ASENSIO, 2013).

2.4.3 A previsão do *forum necessitatis* nas legislações nacionais

Com início de sua previsão na Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950, o *forum necessitatis* passou a ser previsto em legislações nacionais, para se apreciar demandas ali propostas nos casos de ocorrência de conflito negativo de jurisdição ou de fatos excepcionais impeditivos de se demandar no estrangeiro. Mas os requisitos para a sua aplicação variam entre os ordenamentos nacionais.

2.4.3.1 *Forum necessitatis* na Suíça

Camargo (2015, p. 43) afirma que a Lei Federal de Direito Internacional Privado da Suíça, de 1987, em seu artigo 3º, previu que suas cortes poderiam conhecer litígios, nas situações em que a jurisdição estrangeira originariamente competente “não fosse possível” ou não pudesse ser “razoavelmente exigida”. Veja:

Article 3. Where the present law makes no provision for judicial competence in Switzerland, and it proves impossible for the proceedings to be taken abroad or it is unreasonable to demand such proceedings, the judicial or administrative Swiss authorities of the place with which the case is sufficiently connected, have jurisdiction. (FAWCETT, 1995)

Há a adoção da doutrina do *minimun contact* sempre que as regras ordinárias locais, em conjunto com as regras das demais jurisdições com as quais o caso tenha conexão, impliquem em denegação de acesso à justiça (CAMARGO, 2015). Essa doutrina permite que seja aplicado o princípio do *forum necessitatis*, desde que haja uma conexão mínima para que seja aceito demandar naquele país, bastando que o

réu tenha alguma propriedade (inclusive de coisa móvel) no foro para que surja a jurisdição desse Estado (SMIT, 1961).

2.4.3.2 A previsão no ordenamento jurídico de Portugal

O Código de Processo Civil português de 1961, aprovado pelo Decreto-lei n. 44.129, de 28 de dezembro de 1961, no artigo 65, I, d, já positivava o *forum necessitatis*. Esse código sofreu modificações em 1967 e, em seguida, diversas leis alteraram seu conteúdo, nos anos de 1977, 1979, 1985, 1995, 2000, 2003, 2007 e 2008 (RODRIGUES JÚNIOR, 2013).

Em 01 de setembro de 2013, aprovou-se o novo Código de Processo Civil Português, pela Lei n. 41/2013, de 26 de junho de 2013. Um dos motivos para a reforma foi o compromisso português com reformas no sistema judiciário e processual, a fim de atender às exigências das autoridades econômicas e monetárias da União Europeia. Neste sentido, a segurança jurídica dos investidores e credores, a previsibilidade das decisões judiciais e a celeridade das ações executivas foram argumentos manejados para dar lastro à aprovação de um novo Código de Processo Civil (RODRIGUES JÚNIOR, 2013).

Assim como o Código de Processo Civil Português de 1961, aprovado em 2013, em seu artigo 62, manteve a previsão do princípio do *forum necessitatis*:

Artigo 62. - Fatores de atribuição da competência internacional
Os tribunais portugueses são internacionalmente competentes: [...]
c) Quando o direito invocado não possa tornar-se efetivo senão por meio de ação proposta em território português ou se verifique para o autor dificuldade apreciável na propositura da ação no estrangeiro, desde que entre o objeto do litígio e a ordem jurídica portuguesa haja um elemento ponderoso de conexão, pessoal ou real. (CAMARGO, 2015, p. 99)

Portanto, é antiga a previsão do *forum necessitatis* no ordenamento jurídico português, sendo atualizado à medida que foram feitas reformas legislativas e utilizado atualmente.

2.4.3.3 O *forum necessitatis* e a Argentina

Elaborado por uma comissão designada pelo Decreto 191/2011, presidida pelo civilista Luis Lorenzetti e integrada por Elena Highton de Nolasco e Aída Kemelmajer de Carlucci, o Código Civil e Comercial Argentino foi promulgado em 08 de outubro de 2014 (RODRIGUES JÚNIOR, 2014). Conforme exposição dos motivos do presidente da Comissão elaboradora, a opção principiológica do Código é, dentre outras, o diálogo das fontes para o direito internacional privado, ao considerar que, em um sistema complexo, existe uma relação da norma codificada com a constituição, os tratados internacionais, as leis, a jurisprudência e os usos, de modo que quem for aplicar a lei estabeleça um diálogo de fontes, conforme dispõem os artigos 1, 2 e 3 do Código Civil e Comercial Argentino de 2014.

Com o novo dispositivo, adotou-se a constitucionalização do direito privado, a qual existe uma comunicação entre os princípios de direito público e direito privado, com destaque para o direito privado coletivo, que deve ser harmonizado com os direitos individuais. O Código trouxe também a tutela da pessoa humana, apresentando mudanças como a definição da capacidade civil como regra, com aumento da carga argumentativa para restringi-la. Além disso, houve o reconhecimento dos direitos personalíssimos e o aumento da liberdade em relação ao nome (RODRIGUES JÚNIOR, 2014).

O *forum necessitatis* foi expressamente contemplado no artigo 2602, do Código Civil e Comercial Argentino de 2014. Embora as regras desse Código não concedam jurisdição internacional aos juízes argentinos, elas podem intervir excepcionalmente, a fim de evitar a negação da justiça, desde que não seja razoável exigir o início da reivindicação no exterior e a situação tenha contato suficiente com o país (ASOREY, 2018).

Código Civil y Comercial de la Nación: Artículo 2602. Foro de necesidad. Aunque las reglas del presente Código no atribuyan jurisdicción internacional a los jueces argentinos, éstos pueden intervenir, excepcionalmente, con la finalidad de evitar la denegación de justicia, siempre que no sea razonable exigir la iniciación de la demanda en el extranjero y en tanto la situación privada presente contacto suficiente con el país, se garantice el derecho de defensa en juicio y se atienda a la conveniencia de lograr una sentencia eficaz.

O *forum necessitatis* é um “princípio que se baseia no direito à justiça e permite conceder jurisdição internacional” (GUERRA, 2010) a juízes que em princípio, não

teriam poder de processar e julgar, a fim de evitar casos de negação de direitos a nível internacional (ALL, 2005, p. 17). Tem por objetivo “garantir o direito a uma proteção judicial internacional eficaz e evitar uma provável negação internacional da justiça, permitindo-se o acesso aos tribunais argentinos para resolver um caso de Direito Internacional Privado” (ALL, 2005, p. 17).

All (2005, p. 107) cita observação de Alborno (2002) que aponta que os princípios substanciais em questões jurisdicionais “são tratados pelo legislador ao desenvolver regras de jurisdição internacional, mas também pelos juízes nacionais nos casos em que uma declaração de incompetência coloca o demandante em sério risco, ao ficar sem um tribunal para apresentar suas reivindicações.”

A incorporação expressa desse instituto no Código Civil e Comercial veio a ratificar o que foi recebido pela jurisprudência argentina, contra a "necessidade" de respeitar a garantia constitucional do devido processo e evitar a privação de justiça. Assim, com a aprovação do novo Código, as primeiras resoluções judiciais baseadas no referido princípio começaram a surgir nos últimos tempos (ASOREY, 2018).

2.4.3.4 A presença do *forum necessitatis* no ordenamento jurídico do México

Os Tribunais nacionais declararão sua competência judicial internacional ao ocorrer em seu território alguns dos pontos de conexão estabelecidos no ordenamento jurídico; do contrário, devem declarar-se incompetente. Mas essa regra geral tem uma importante exceção materializada na figura do *forum necessitatis*: o Tribunal se declara competente, apesar de não haver norma prevendo, com único objetivo de evitar uma denegação de justiça. Nesse sentido, é invocado geralmente quando há tribunais que se declaram incompetentes, havendo conflito negativo de competência (VARGAS, 1993).

Vargas (1993) cita que a regulação do *forum necessitatis* se encontra no artigo 2º da Convenção Bilateral entre México e Espanha, de 02 de dezembro de 1986, como já citado anteriormente, bem como no artigo 565 do Código Federal de Procedimentos Civis do México, *in verbis*:

Artículo 565. No obstante lo previsto en el artículo anterior, el tribunal nacional reconocerá la competencia asumida por el extranjero si a su juicio éste hubiera asumido dicha competencia para evitar una denegación de justicia, por não existir órgão jurisdiccional competente. El tribunal mexicano podrá asumir competência en casos análogos (MÉXICO, 1993, p. 374 – tradução nossa)

O tribunal mexicano pode tomar conhecimento de um determinado caso como, por exemplo, ação de atribuição de guarda em que a criança não resida na mesma jurisdição que os genitores, reconhecendo a jurisdição de um tribunal estrangeiro se esse conheceu a demanda apenas para evitar a denegação de justiça, conforme o artigo 565 do Código Federal de Procedimientos Civis do México (VARGAS, 1993).

Assim, o *forum necessitatis* no México está previsto no Código Federal de Procedimientos Civis, na Convenção Bilateral com a Espanha, de 1986, e na Convenção Interamericana sobre Competência na Esfera Internacional para a Eficácia Extraterritorial das Sentenças Estrangeiras, de 1984.

2.4.4 As experiências da aplicação do *forum necessitatis*

Algumas jurisdições têm aplicado o *forum necessitatis* no caso de conflito negativo de competências ou se houver obstáculo que impeça de se demandar no estrangeiro, para evitar as consequências da falta de prestação jurisdiccional (CAMARGO, 2015). Mas alguns países, como, por exemplo, França, Holanda e Canadá, não exigem que o autor seja um cidadão do foro do local para demandar a ação. Assim, existem pequenas diferenças nos requisitos exigidos na aplicação do *forum necessitatis*.

A seguir, serão apresentados detalhes de alguns desses países. A França e os Países Baixos serão discutidos, uma vez que a autoridade para exercer o *forum necessitatis* decorre da jurisprudência e do estatuto, respectivamente. O Canadá será discutido porque recentemente se juntou ao *forum necessitatis*. A Argentina será vista por ter utilizado o princípio em 1960, mesmo antes da previsão legal. E a Espanha por ter um julgamento de utilização de *forum necessitatis* em caso de guarda entre pais residentes em jurisdição diferente do seu filho.

2.4.4.1 A situação específica dos países baixos

Conforme Redfield (2014), o Código de Processo Civil Neerlandês, em seu artigo 9º, alínea b, afirma a possibilidade de se usar o *forum necessitatis*, podendo seus tribunais exercerem jurisdição quando for impossível demandar em jurisdição estrangeira, desde que haja conexão com os Países Baixos. Embora os requisitos sejam parecidos com os da França, a legislação neerlandesa cita fatos diferentes suficientes para a impossibilidade de fato e jurídica, incluindo inundações e guerras na primeira e negação de justiça devido a raça ou religião na segunda hipótese (KOPPENOL-LAFORCE; VERMEULEN, 2007).

Os requisitos para aplicação do *forum necessitatis* nos países baixos vão além do previsto na França, por permitir aceitar processar e julgar demandas que não tenham conexão suficiente com os países baixos (REDFIELD, 2014). Deste modo, parece que o propósito de exercer o *forum necessitatis* para evitar a negação de justiça é o princípio primordial no exercício neerlandês. Contudo sua utilização não pode ocorrer para se permitir a jurisdição exorbitante. Assim, se o demandante quer trazer o litígio aos Países Baixos sob a justificativa de que os custos da outra jurisdição são elevados, os tribunais costumam recusar a sua invocação (REDFIELD, 2014).

Conforme Jatahy (2003), o *forum necessitatis* foi invocado, em 13 de fevereiro de 1987, em julgamento feito pela Corte de Cassação dos Países Baixos (GUERRA, 2010). O requerente e o requerido, de nacionalidade e domicílio canadenses, propuseram demanda de “modificação de cláusula de alimentos no país americano, determinada na ação de divórcio feito pelo Tribunal de Amsterdã, no momento em que o marido ali residia” (GUERRA, 2010). Apesar de a conexão com a justiça local ser muito pequena, a Corte holandesa exerceu jurisdição, pois a “jurisdição do Canadá não aceitaria julgar uma modificação de cláusula proferida por decisão estrangeira” (GUERRA, 2010)

2.4.4.2 A utilização na França

Na França, faz-se referência ao princípio do *forum necessitatis* para se impedir a denegação de justiça. São exigidos dois requisitos para que possa ser invocado: ser

impossível demandar em foro estrangeiro e haver algum vínculo com os tribunais franceses (RAOUL-DUVAL; STOYANO, 2007). Contudo há divergências sobre a suficiência de padrões.

Quando se fala em impossibilidade, pode ser por motivos de fato ou legais: a primeira ocorre, por exemplo, quando o demandante tem risco de vida caso ingresse em solo competente; a segunda se exemplifica quando o tribunal já se declarou incompetente em caso anteriormente semelhante. Nesse último, é necessário que haja algum vínculo com a jurisdição francesa. Há quem afirme que tal exigência é cumprida quando há residência habitual no país; outros estudiosos consideram o vínculo atenuado, como a presença de interesses financeiros ou outros (REDFIELD, 2014).

Como exemplo, Corbion (2004) cita demanda ocorrida na França pelo julgamento da Cour d'appel de Paris de 29 de junho de 1968, no caso Fontaine: dois cidadãos franceses domiciliados em Quebec solicitaram perante os tribunais de seu país a mudança do regime econômico matrimonial, no entanto, apesar do ordenamento jurídico francês permitir tal modificação, o Tribunal de Paris considerou que a questão não era de sua competência, declarando incompetência na matéria. A solução foi controvertida porque o pedido não pôde ser obtido em Quebec, já que sua legislação não permite a mudança de regimes matrimoniais. Sendo assim, o caso foi julgado na França, pois parte de sua doutrina considerou que o assunto deveria lá ser processado e julgado, em caráter experimental, para se evitar a denegação da justiça (CORBION, 2004).

2.4.4.3 A sentença espanhola de n. 166/2003

González (2004) cita a sentença Murcia de n. 166, de 2003 como um marco em relação à proteção de menores nas situações internacionais de crises matrimoniais, pois recorre a expedientes jurídicos altamente sofisticados que suprem carências de um legislador que não sabe bem o princípio do *forum necessitatis*.

Trata-se de uma mulher marroquina que, em 2002, apresentou ação de divórcio contra seu cônjuge, também marroquino. Na demanda, solicitava a custódia dos filhos comuns, sendo que um estava residindo em Marrocos com a avó materna, o que

configurava um problema pois, como não tem residência habitual na Espanha, a demanda não poderia ser conhecida pelos Tribunais locais, sendo a competência adequada a jurisdição de Marrocos.

Como a esposa cometeu delito punível pela lei marroquina ao iniciar uma ação de separação contra seu marido em solo estrangeiro, ela jamais teria possibilidade de ter a custódia do menor decretada pela jurisdição de seu país. Portanto seria muito gravoso e processualmente desproporcional exigir que ela demandasse em Marrocos, havendo verdadeira denegação de justiça (GONZÁLEZ, 2004).

Nesse caso, os tribunais espanhóis, por terem conhecido o divórcio, também conheceram a questão da guarda do filho com residência habitual em Marrocos em virtude do *forum necessitatis* a favor dos tribunais espanhóis, porque é preciso oferecer garantias de tutela judicial efetiva à esposa demandante por ser interesse do menor que se abra essa jurisdição quando não é possível litigar ante os tribunais do país mais vinculado com o fato. Tanto a tutela judicial efetiva internacional como o interesse do menor são princípios reconhecidos na constituição espanhola (GONZÁLEZ, 2004).

2.4.4.4 A experiência do sistema argentino

O princípio do *forum necessitatis* se baseia no acesso à justiça, permitindo conceder jurisdição internacional aos julgadores que inicialmente não têm poder de processar e julgar a demanda, a fim de evitar casos de negação de justiça a nível internacional (ALL, 2005). O princípio foi citado na jurisprudência argentina pela Corte Suprema de Justicia de la Nación no caso “Emilia Cavura de Vlasov c/ Alejandro Vlasov”, de 1960, que tratava do divórcio de um casal (UNIVERSOJUS, 2015).

O art. 104, da Lei n. 2.393, de matrimônio civil argentino, estabelecia o foro competente para julgar o divórcio o local de residência do casal, enquanto o artigo 90, inciso IX, do Código Civil determinava que a residência da mulher casada era o local de residência do marido, sendo essa, portanto, a jurisdição competente para julgar o divórcio. Entretanto, no caso em tela, o marido havia abandonado a Argentina e fixou

residência na Itália, opondo, assim, exceção de incompetência, informando que o local competente para julgar a demanda seria o país europeu (ALL, 2005).

Em princípio, o Tribunal argentino se declararia incompetente, mas não o fez, afirmando sua competência com base no princípio da denegação da justiça, que é o coração do princípio do *forum necessitatis* (ARROYO, 2006). A intervenção do Tribunal argentino se fundamentou na necessidade de garantir a defesa em juízo, comprometida em impedir uma provável denegação internacional de justiça, inaceitável à luz do direito internacional. A Corte realizou uma análise abstrata da provável consideração do juiz estrangeiro sobre sua própria jurisdição e eventual resultado negativo de jurisdição, que levaria a autora a ficar privada de justiça (ALL, 2005).

Atualmente, com o advento do Código Civil e Comercial da Nação, o mencionado princípio foi expressamente contemplado em seu artigo 2602¹⁷, que estabelece o *forum necessitatis*. Embora as regras desse Código não concedam jurisdição internacional aos juízes argentinos, elas podem intervir excepcionalmente, a fim de evitar a negação da justiça, quando não se mostra razoável exigir o início da reivindicação no exterior e a situação tenha conexão suficiente com o país (ASOREY, 2018).

A incorporação expressa desse Instituto no novo Código Civil e Comercial veio a ratificar o que foi recebido pela jurisprudência argentina, contra a "necessidade" de respeitar a garantia constitucional do devido processo e evitar a privação de justiça. Assim, com a aprovação do Código Civil e Comercial, as primeiras resoluções judiciais baseadas no referido princípio começaram a surgir nos últimos tempos (ASOREY, 2018).

Diante do exposto, pode-se concluir que, embora sob o antigo regime de Vélez Sarsfield, o princípio do *forum necessitatis* dependia exclusivamente da avaliação judicial. Mas, ao ser expressamente incorporado ao novo Código Civil e Comercial da

¹⁷ Código Civil y Comercial de la Nación: "Artículo 2602. Foro de necesidad. Aunque las reglas del presente Código no atribuyan jurisdicción internacional a los jueces argentinos, éstos pueden intervenir, excepcionalmente, con la finalidad de evitar la denegación de justicia, siempre que no sea razonable exigir la iniciación de la demanda en el extranjero y en tanto la situación privada presente contacto suficiente con el país, se garantice el derecho de defensa en juicio y se atienda a la conveniencia de lograr una sentencia eficaz". (ARGENTINA, 2004)

Nação, gera indubitavelmente uma maior possibilidade de acessibilidade ao referido instituto, em casos como o aqui mencionado (ASOREY, 2018).

2.4.4.5 O *forum necessitatis* nos Estados Unidos da América

Os Estados Unidos da América adotam a regra geral de atribuição de competência internacional à doutrina do *minimum contact*, que permite que seja aplicado o princípio do *forum necessitatis*, desde que haja uma conexão mínima para que seja aceito demandar naquele país (SMIT, 1961). Mesmo assim, reconhece a aplicação do *forum necessitatis* como garantidor do exercício de jurisdição, mesmo quando inconveniente à jurisdição (CAMARGO, 2015).

Camargo (2015) cita o caso *Aldana v. Del Monte Fresh Produce*, julgado por The United States Court of Appeals for the Eleventh Circuit, em que a Corte de Apelação reconheceu o exercício de jurisdição norte-americana por inexistir outra disponível e viável. Nesse caso, os queixosos eram líderes sindicais que trabalhavam nas plantações de Del Monte, na Guatemala, que foram brutalmente punidos por se envolverem em atividades sindicais essenciais para promover padrões justos de trabalho nos Estados Unidos.

Em resposta a seus esforços para melhorar as condições de trabalho de Del Monte, em 13 de outubro de 1999, os líderes foram ao escritório de seu sindicato, sendo recebidos por uma força de segurança armada composta por pistoleiros e políticos locais controlados por Del Monte, que manteve os queixosos sob a mira de armas. Depois de intimidados, foram forçados a anunciar os fins dos protestos sindicais e, em seguida, a renunciar a suas posições. Quando libertados, os líderes não tinham para onde recorrer, fugindo da Guatemala para os Estados Unidos, onde receberam asilo com a ajuda da Embaixada dos EUA. Então, passaram a buscar justiça pela violência que sofreram¹⁸.

¹⁸ Além de Camargo (2015), é possível encontrar mais informações do caso (como algumas citadas no parágrafo) no site <<http://www.iradvocates.org/case/latin-america-guatemala/aldana-v-fresh-del-monte-produce>>. Acesso em 21 março de 2020.

A jurisdição americana estendeu sua jurisdição para processar e julgar a demanda por entender que exigir à parte retornar à Guatemala para poder ajuizar ação colocaria risco à sua vida, já que os líderes sindicais saíram do local sob ameaças de morte, restando inviabilizado o acesso à justiça. Contudo vale pontuar que a justiça americana não aceitaria como justificativa da extensão da jurisdição apenas a alegação de não-confiabilidade na lisura do tribunal competente (CAMARGO, 2015).

2.4.4.6 Manifestações no Canadá

A utilização do *forum necessitatis* tem ocorrido de forma crescente no Canadá. Na Columbia Britânica, por exemplo, se permite a extensão da jurisdição para locais situados fora dos limites da região em que não há tribunais, já que é compreendido que exigir que o demandante, mesmo que não tenha conexão suficiente com a localidade, inicie o processo em tribunal fora do território não seria razoável (REDFIELD, 2014).

Redfield (2014) cita o caso *Van Breda v. Village Resorts Ltda*, que ocorrera no Canadá relativo a dois moradores de Ontário que foram mortos em um Resort em Cuba, o Tribunal de apelações da localidade reconheceu o *forum necessitatis* como parte da lei e se declarou autorizado a exercer jurisdição, sob a justificativa de ser primordial a preocupação com o acesso à justiça, apesar da conexão inadequada com o foro. Veja:

A presunção de jurisdição que surge quando um fator de conexão reconhecido - listado ou novo - se aplica não é irrefutável. O ônus de refutar a presunção de jurisdição recai, é claro, na parte que desafia a suposição de jurisdição. Essa parte deve negar o efeito presuntivo do fator listado ou novo e convencer o tribunal de que a suposição de jurisdição proposta seria inadequada. Isso pode ser conseguido estabelecendo fatos que demonstrem que o fator de conexão presuntivo não aponta para nenhuma relação real entre o objeto do litígio e o fórum ou aponta apenas para uma relação fraca entre eles.

Se o tribunal concluir que não possui jurisdição porque nenhum dos fatores de conexão presuntivos - listados ou novos - se aplica ou porque a presunção de jurisdição que decorre de um desses fatores foi refutada, deve rejeitar ou suspender a ação, sujeita à possível aplicação da doutrina do fórum de necessidade. Se for estabelecida a jurisdição, a reivindicação poderá prosseguir, sujeita à discricão do tribunal de suspender o processo com base na doutrina do *forum non conveniens*.

Na *Van Breda*, um contrato foi firmado em Ontário. A existência de um contrato feito em Ontário que esteja relacionado ao litígio é um fator de conexão presuntivo que, por sua vez, autoriza os tribunais de Ontário a assumir jurisdição neste caso. O Club Resorts não refutou a presunção de

jurisdição que surge quando esse fator se aplica. Portanto, havia uma conexão suficiente entre o tribunal de Ontário e o objeto do litígio. O Club Resorts não cumpriu seu ônus de mostrar que um tribunal cubano seria claramente um fórum mais apropriado. Embora exista uma conexão suficiente entre Cuba e o objeto do litígio para apoiar uma ação ali, questões relacionadas à justiça com as partes e à disposição eficiente da demanda devem ser consideradas. Um julgamento realizado em Cuba apresentaria sérios desafios para as partes. Considerando tudo, o ônus sobre os queixosos claramente seria muito mais pesado se fossem solicitados a entrar em ação em Cuba. (CANADA, 2010 – tradução nossa)

Portanto, embora haver conexão suficiente com Cuba, processar a ação naquele local poderia afetar o acesso à justiça das partes, pois o ônus seria muito mais pesado, cheio de desafios. A aplicação do *forum necessitatis* foi correta, justa e mais apropriada.

2.4.5 O *forum necessitatis* na *soft law*

As demandas atuais estão se apresentando com elementos que remetem a mais de uma jurisdição nacional, “sendo que antes conseguiam ser efetivadas por normas internas, mas agora transcendem os limites nacionais, não podendo ser resolvida por um ordenamento jurídico somente” (BARBOSA; MOSCHEN, 2018).

Devido as diversificações dos ordenamentos jurídicos nacionais e à circulação das relações transfronteiriças, se incrementa nas relações transnacionais a codificação do direito, podendo ser vista a partir de “dois espectros, sendo um deles o *stricto* e outro *lato sensu*” (BARBOSA; MOSCHEN, 2018). No primeiro, a codificação é um instrumento criador de normas e modelos jurídicos comuns destinados à “diminuição da diversidade de forma de tutela de direitos e dos remédios disponíveis nos ordenamentos jurídicos concorrentes” (LUPOI, 2002, p. 51). No segundo caso, a “codificação é feita como um mecanismo de sistematização de normas para aprimorar a sua acessibilidade” (BARBOSA; MOSCHEN, 2018).

Na atualidade, essa modalidade evoluiu de forma polarizada em diversos níveis de relações (bilaterais, regionais e multilaterais), “promovendo um labirinto codificador, com redes estatais, regionais e multilaterais, com assunção de instrumentos de

origem não estatal (*global law*¹⁹), além da utilização de uma diversidade de métodos” (BARBOSA; MOSCHEN, 2018).

Na “esfera específica da harmonização do direito processual civil, essa se faz, de um lado, de forma espontânea, a partir de reformas internas, e de outro, por meio de instrumentos bilaterais, regionais ou multilaterais” (BARBOSA; MOSCHEN, 2018). No âmbito multilateral, estão os princípios ALI/UNIDROIT e ASADIP sobre o Acesso Transnacional à Justiça (TRANSJUS), conhecidos como princípios de *soft law*, por ser conjunto de *standards* normativos de categoria residual cujo escopo é criar vinculações exortatórias, em oposição clara às vinculações obrigatórias da *hard law*, criando, deste modo, uma expectativa de cumprimento baseada na autonomia da vontade e na boa-fé típica dos acordos convencionados cuja raiz é o mútuo consentimento.

Um dos argumentos em favor do uso de instrumentos de *soft law* vem da maleabilidade de sua aplicação em diversificadas situações negociais, sem ferir os princípios de soberania dos Estados (ABBOTT; SNIDAL, 2000).

2.4.5.1 Previsão nos princípios TRANSJUS

Os princípios ASADIP sobre o Acesso Transnacional à Justiça (TRANSJUS), aprovados na Assembleia Geral da Associação Americana de Direito Internacional Privado, em 12 de novembro de 2016, na X Conferência ASADIP, são exemplos de instrumentos de harmonização legal, sendo um instrumento flexível de aproximação regulamentar, exemplificado pelo termo “não vinculativo” ou macio (NASSER, 2005).

Em qualquer caso, o TRANSJUS, entre seus princípios gerais, aponta para a “efetividade de direitos substanciais” como inspiradora do objeto processual. No mesmo sentido, há o disposto no artigo 3.10 do TRANSJUS que afirma que, embora os critérios de atribuição de competência do Estado do foro não estejam satisfeitos,

¹⁹ Com a crescente globalização e inter-relações jurídicas, sociais e econômicas para além das fronteiras estatais, surgem os denominados UNO's (unidentified normative objects), elaborados por diversos atores privados, mormente não estatais, que reivindicam seu reconhecimento como normas jurídicas. Nesse contexto, o conjunto dessas normas forma o direito global, ou direito transnacional (MOSCHEN; BARBOSA, 2016, p. 146).

esses poderão excepcionalmente assumir jurisdição para garantir o acesso à justiça (BARBOSA; MOSCHEN, 2019, p. 91-93). Vejamos:

Artigo 3.10 - Mesmo que os critérios atributivos de jurisdição do Estado do foro não tenham sido observados, excepcionalmente o Estado poderá assumir jurisdição para garantir o acesso à justiça, desde que comprove, levando em conta os direitos e possibilidades de ambas as partes, que o demandante não poderá obter um acesso efetivo e razoavelmente disponível em outra jurisdição.

Vale informar que essa jurisdição excepcional não deve ser usada exclusivamente nos casos de danos ambientais, de consumo ou de violações de direitos humanos, para que pessoas particularmente vulneráveis, de poucos recursos, possam contar com um acesso eficaz à justiça.

Apesar de ser exercida em casos especiais, os tribunais podem se valer dela sempre para ditar medidas provisionais de proteção das pessoas e bens que se encontrem no seu território, ainda que careçam de tal jurisdição para conhecer o mérito do litígio, devendo ater-se, finalmente, ao que decida o tribunal internacionalmente competente (ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO, 2016).

2.4.5.2 Previsão no ALI/UNIDROIT

Nos anos noventa surge, por meio de uma “parceria acadêmica entre dois renomados professores, Geoffrey Harzard e Michele Taruffo, o embrião dos Princípios do Processo Civil Transnacional ALI/UNIDROIT” (BARBOSA; MOSCHEN, 2018), montando uma lista de normas e princípios que “combinassem as características dos sistemas de *common law* e *civil law*, no intuito de trazer proximidade e focar na convergência de julgamentos das ações entre em sistemas jurídicos estrangeiros (BARBOSA; MOSCHEN, 2018) e, assim, promover o acesso à justiça.

Os princípios têm por objetivo principal a harmonização e aproximação das normas fundamentais sobre processo civil internacional (GUERRA, 2010), que possui como elemento caracterizador o reduzido, ou inexistente, efeito jurídico vinculante²⁰ (BARBOSA; MOSCHEN, 2018). Tem como principal propósito “diminuir distâncias e

²⁰ Esses princípios estão presentes nos instrumentos denominados soft que “em contraste com as fontes clássicas, não são impostas sob ameaça de sanção”. (FRYDMAN, 2014, p. 1990)

barreiras, através do direito” (GUERRA, 2010), “sendo uma contribuição para a aproximação da transnacionalidade dos litígios para a harmonização do processo civil” (BARBOSA; MOSCHEN, 2018).

O princípio 2.2 do P-2C abrange o *forum necessitatis*, pelo qual um tribunal pode exercer a jurisdição adequadamente quando nenhum outro se declarar competente para julgar a demanda. Vejamos:

2. Jurisdição sobre as partes

2.1 Jurisdição sobre uma parte pode ser exercida: [...]

2.2 A jurisdição também pode ser exercida, quando nenhum outro for razoavelmente disponível, com base em:

2.2.1 Presença ou nacionalidade do réu no estado do foro; ou

2.2.2 Presença no estado do foro da propriedade do réu, seja ou não a disputa relacionada à propriedade, mas a autoridade do tribunal deve ser limitada à propriedade ou ao seu valor. (INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW, 2004)

Veja que o *forum necessitatis* é excepcional, pois será invocado somente quando nenhuma outra jurisdição estiver disponível. Contudo deve haver dois requisitos não cumulativos: a presença ou nacionalidade do réu no Estado do foro ou presença de propriedade do réu no estado do foro onde será demandado.

3 A JURISDIÇÃO BRASILEIRA NOS CASOS DE ATRIBUIÇÃO DE GUARDA DE MENOR

Ao discutir a guarda de crianças, podem ocorrer problemas quanto à fixação da competência para se processar e julgar a demanda. Na hipótese em que os pais são domiciliados em território brasileiro, a família estará integrada e sujeita à mesma soberania estatal. Os critérios de fixação de competência, nesse caso, são os dispostos no ordenamento jurídico brasileiro, sendo exemplo a Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Processo Civil de 2015.

Já na hipótese da ação de atribuição de guarda transfronteiriça, ao qual um dos genitores está residindo fora do Brasil, avultam-se hipóteses de que o direito aplicável possa ser o estrangeiro, incidindo, além das normas internas, tratados e convenções para fixar adequadamente a competência.

No Brasil, atualmente, ao se julgar demandas internas de guarda de menor, de um modo geral, a residência do genitor-guardião, disposto no artigo 53 do CPC de 2015, juntamente com o princípio do melhor interesse da criança disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, tem sido pedra angular na definição da competência. Contudo, quando há demanda de guarda transfronteiriça, o critério utilizado é o da residência habitual, em virtude da incidência de algumas convenções, como a Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959, e a Convenção Interamericana sobre Restituição Internacional de Menores, de 1989.

3.1. CRITÉRIOS DE DEFINIÇÃO DA JURISDIÇÃO NOS CASOS DE ATRIBUIÇÃO DE GUARDA NO BRASIL

Na hipótese de que os pais da criança permaneçam domiciliados em território brasileiro, a família estará integrada e sujeita sob a mesma soberania estatal. As regras do ordenamento jurídico brasileiro incidirão na fixação da competência de ação de guarda, em especial as regras no CPC de 2015.

Em um primeiro momento, a competência para se julgar as ações de atribuição de guarda no Brasil foram tratadas pelo artigo 100 do Código de Processo Civil de 1973, que dispõe que o foro competente para se processar e julgar a separação, conversão desta em divórcio e anulação do casamento é a residência da mulher. Veja:

Art. 100. É competente o foro:

~~I - da residência da mulher, para a ação de desquite e de anulação de casamento;~~

(Revogado)

I - da residência da mulher, para a ação de separação dos cônjuges e a conversão desta em divórcio, e para a anulação de casamento; (BRASIL, 1977)

Portanto havia prevalência da mulher em face do homem ao estabelecer a competência no domicílio daquela, sendo tema bastante polêmico, decidido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário RE 227.114-SP, por unanimidade, que o foro especial para a mulher nas respectivas ações não ofendia ao princípio da isonomia:

DIREITO CONSTITUCIONAL. PRINCÍPIO DA ISONOMIA ENTRE HOMENS E MULHERES. AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL. FORO COMPETENTE. ART. 100, I DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ART. 5º, I E ART. 226, § 5º DA CF/88. RECEPÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. O inciso I do artigo 100 do Código de Processo Civil, com redação dada pela lei 6.515/1977, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. O foro especial para a mulher nas ações de separação judicial e de conversão da separação judicial em divórcio não ofende o princípio da isonomia entre homens e mulheres ou da igualdade entre os cônjuges. Recurso extraordinário desprovido. (BRASIL/STF, 2011)

Geralmente se discutia a ação de atribuição de guarda junto com as ações de divórcio, fixando-se a competência para julgá-la na residência da mulher, independentemente de o menor estar residindo com sua genitora. Mas houve gradual mudança de paradigma.

Novos sistemas surgiram e influenciaram diretamente na mudança na fixação de competência nos casos de atribuição de guarda. Passou-se a colocar a criança e o adolescente como centro de importância, devendo ser protegidos e tutelados pelo Estado, pela sociedade e pela família. É a prevalência do princípio chamado de melhor interesse da criança e do adolescente, que teve sua primeira previsão na Declaração Universal dos Direitos da Criança, proferida em 1959, e implicaram na formação da Convenção sobre os Direitos da Criança em 1989, que entrou em vigor em 02 de setembro de 1990.

3.1.1 A Declaração Universal dos Direitos da Criança e o princípio do melhor interesse da criança

A Organização das Nações Unidas (ONU), em 1948, apresentou ao mundo a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Ante a necessidade de fornecer garantias válidas à criança, que ainda não era sujeito de direito, a ONU aprovou, em 1959, como documento interpretativo e complementar à Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Declaração Universal dos Direitos da Criança. A partir dela, a criança deixa de ser objeto de proteção para ser sujeito de direito, ou seja, caso houvesse alguma violação aos direitos básicos da criança, ela tem amparo de lei por ser considerada “sujeito de proteção” e não “objeto de proteção” (JENSEN, 2018).

Assim, a Declaração Universal dos Direitos da Criança torna-se um dos marcos iniciais para a proteção da criança e do adolescente, que, em 20 de novembro de 1989, é adotada pela Assembleia Geral da ONU, depois de muitas discussões sobre temas que implicaram na formação da Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, que entrou em vigor em 2 de setembro de 1990. É o instrumento de direitos humanos mais aceito na história universal. Foi ratificado por 196 países – somente os Estados Unidos não ratificaram a Convenção e o Brasil ratificou apenas em 24 de setembro de 1990.

A Declaração disciplina o tratamento a ser dispensado às crianças até a idade de 18 anos, conforme artigo 1º, contendo normas positivas e negativas, devendo-se entender que os países que ratificaram esse diploma legal estão sob a obrigação legal de cumpri-la integralmente.

A Declaração Universal dos Direitos da Criança pôs os direitos da criança em ponto de destaque, colocando-a como membro individualizado da família humana, deixando, assim, de ocupar o papel de apenas parte integrante do complexo familiar (PEREIRA, 2008, p. 203). Trouxe o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, especificamente no artigo 3º da referida Convenção, *in verbis*:

Em todas as medidas relativas às crianças, tomadas por instituições de bem-estar social públicas ou privadas, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão consideração primordial os interesses superiores da criança.

Portanto há uma mudança de paradigma em relação à normatização anterior, a Declaração de Genebra, aprovada em 1924, que colocava a criança em posição passiva. Pensada logo após a primeira Guerra Mundial e a Revolução Russa, devido à necessidade de ajuda humanitária e apadrinhamento dos órfãos da guerra, a Declaração de Genebra é considerada o primeiro documento de caráter amplo e genérico com relação às crianças, trazendo declarações importantes, dentre as quais se destacam: (a) toda criança deve receber os meios necessários para seu desenvolvimento normal e (b) devem ser as primeiras a receber socorro em tempo de dificuldade. Apesar dos avanços, ela não considerava as crianças como sujeitos de direito.

A Declaração Universal sobre os Direitos da Criança, por sua vez, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, alterou essa condição, dando início à aplicação do princípio do melhor interesse da criança (MONACO, 2009, p. 445-446), respigando sua influência em nosso ordenamento e realizando inovações no que diz respeito à competência de julgamento das ações de guarda na Constituição Federal de 1988, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código de Processo Civil de 2015.

3.1.2 O princípio do melhor interesse da criança na Constituição Federal de 1988

Após mais de vinte anos de cerceamento de direitos, o Brasil readquire o poder popular político e democrático, realizando-se em 1988 a Assembleia Constituinte, que resultou na Constituição Brasileira de 1988. Adveio uma mudança de paradigma do Estado Constitucional, com a passagem da Carta Magna para o centro do sistema jurídico como filtro axiológico, promovendo o reposicionamento de alguns princípios na estrutura constitucional (CRUZ; CRUZ, 2010).

A chamada Constituição Cidadã elevou, como princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana, em seu artigo 1º, inciso III. Sua promulgação trouxe profunda modificação no que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais, trazendo previsão desses logo em seu início, devido à sua relevância, conforme assinala Zaneti Júnior (2005, p. 251-252):

Modificou para o início do texto constitucional o capítulo referente aos direitos e garantias fundamentais, originalmente relegado ao seu final. Essa nova ordenação topológica não é ausente de significação. O capítulo foi fortemente influenciado pelos ideais propostos pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e tem denunciado, à evidência da doutrina, a preocupação com a realização dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho não patrimonial, ali afirmados. É a busca não só pela declaração, mas pela efetividade e efetivação desses direitos. A ideologia dominante nos ordenamentos constitucionais atuais é justamente esta: não basta apresentar um rol de direitos é preciso efetivá-los.

A Constituição Federal de 1988 tem em seu corpo princípios fundamentais relacionados à família e a criança e adolescente, sendo que o princípio do melhor interesse do menor, previsto na Declaração Universal sobre os Direitos da Criança, de 1989, foi se dissipando no direito interno brasileiro a partir da promulgação dessa Constituição, sob o fundamento do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, como também por conta do artigo 227, *caput*, e 204, da Carta²¹,

²¹ Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis. [...]

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010) [...]

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

§ 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

§ 8º A lei estabelecerá: (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

que estende a dignidade à criança, colocando-a como objeto de proteção e sujeito de direito. Na primeira situação, é responsabilidade da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, os direitos mais essenciais, como vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e a convivência familiar e comunitária.

A inserção de princípios na Constituição Federal Brasileira tem por objetivo marcar a entrada no regime democrático, apontando uma nova direção para a sociedade brasileira, a qual acrescenta também um direcionamento aos menores de 18 anos (LAFER, 2005, p. 13).

Além disso, houve uma abertura constitucional pois o artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, abriu leque de interpretações acerca dos direitos fundamentais, que não estão tipificados no texto constitucional, ao dispor que direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Portanto a abertura constitucional é importante para a dinâmica constitucional adotada, trazendo efeitos na interpretação da Carta Maior, ou seja, na interpretação de seu próprio texto junto de seus princípios e regras, buscando o sentido de suas normas, tendo em vista a harmonização do sistema, com sua aplicação ao plano dos fatos (CARVALHO, 1997, p. 57).

A interpretação se caracteriza pelo constante ajuste e busca de adequação ao desenvolvimento social e à evolução de novas situações, que ainda não têm decisão. A relação entre sociedade e direito tem dupla direção: de um lado, o ordenamento jurídico foi elaborado com processo de adaptação social, devendo se ajustar às condições sociais; de outro, o direito faz com que o povo se adapte aos novos padrões de convivência (NADER, 2012, p. 19). A Constituição pode ser vista como um sistema aberto porque tem uma estrutura de diálogo, com disponibilidade e capacidade das

I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens; (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas. (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010). (BRASIL, 1988)

normas constitucionais capturem a mudança da realidade, abertas a novas concepções de verdade e justiça (CANOTILHO, 2002, p. 1145).

Desse modo, o artigo 5º, parágrafo 2º, da Carta Maior, tem relevância nesse ajuste da Constituição à vida social, deixando de regular certas tarefas, optando por normas abertas, princípios e cláusulas, ao aceitar a mutação constitucional como fenômeno inerente à própria historicidade da vida constitucional, convertendo em um instrumento que possibilita confrontações e decisões políticas (PIOVESAN, 2003, p. 25).

Daí depreende-se que o princípio do melhor interesse da criança, previsto na Declaração Universal sobre os Direitos da Criança, foi recepcionado pelo ordenamento jurídico nacional e internacional, e incluindo entre os direitos e garantias decorrentes do regime e princípios adotados pelo sistema jurídico brasileiro (PEREIRA, 2008).

Como a Carta Maior de 1988 estabeleceu, em seu artigo 227, que as crianças e adolescentes formam um grupo de pessoas que têm direitos específicos e demandam proteção especial tanto do Estado quanto da sociedade e da família, dois anos após sua promulgação, em 1990, foi sancionado o Estatuto da Criança e do Adolescente, um conjunto de norma que buscam regulamentar detalhadamente o princípio estabelecido pelo artigo 227 da Constituição Federal. A lei define quais são esses direitos, quem deve aplicá-los ou garanti-los e como isso deve ser feito.

3.1.3 A previsão do princípio do melhor interesse da criança no Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990

Em 1990, é promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente, o documento que traz a doutrina da proteção integral dos direitos da criança e do adolescente, colocando-os como sujeitos de direito com proteção e garantias específicas. Para que isso seja alcançado, estruturou-se em dois princípios fundamentais. O primeiro é o princípio do interesse do menor, que direciona que todas as decisões que dizem respeito a ele devem levar em conta seu interesse superior, cabendo ao Estado garantir que os cuidados adequados quando pais ou responsáveis não são capazes de realizá-los. O segundo princípio é o da prioridade absoluta, contida na norma

constitucional do artigo 227, que estabelece que os direitos das crianças e dos adolescentes devem ser tutelados com absoluta prioridade.

O princípio do melhor interesse da criança é espelhado também no Estatuto da Criança e do Adolescente. O artigo 100, parágrafo único, inciso IV²², dispõe que os princípios que regem o tratamento da criança e do adolescente são de seu interesse superior, devendo qualquer tipo de intervenção atender prioritariamente a seus interesses e direitos.

O princípio geral do melhor interesse também aparece no art. 6º do Estatuto, ao privilegiar a condição especial da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento, na atividade interpretativa (TEPEDINO, 2008, p. 866)²³.

Outrossim, o artigo 100, parágrafo único, inciso I, introduzido pela Lei n. 12.010/2009²⁴, inclui a “condição da criança como sujeito de direitos” entre os princípios que devem reger as medidas de proteção. O artigo 3º²⁵ do mesmo estatuto dispõe que a criança e o adolescente gozam de direitos fundamentais.

Portanto, percebe-se que o princípio do melhor interesse da criança, contemplado na Declaração Universal dos Direitos da Criança em 1959, tomou importância na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990. Atualmente, ao se definir a competência para se processar e julgar uma demanda de

²² Artigo 100 - Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas: (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009). [...]

IV - interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009). (BRASIL, 1990)

²³ Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

²⁴ Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas: (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

I - condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos: crianças e adolescentes são os titulares dos direitos previstos nesta e em outras Leis, bem como na Constituição Federal; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009). (BRASIL, 1990)

²⁵ Artigo 3º- A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (BRASIL, 1990)

atribuição de guarda, esse princípio influencia diretamente, juntamente com a regra disposta no Código de Processo Civil de 2015.

3.1.4 As regras internas atuais de definição de competência nas ações de atribuição da guarda no Brasil: o princípio do melhor interesse da criança e o CPC de 2015

O Código de Processo Civil de 2015, aprovado em 17 de dezembro de 2014, trouxe algumas inovações em relação ao CPC de 1973. A primeira regulamentação brasileira sobre processo civil aprovada em período democrático – o CPC de 1939 e de 1973 foram feitos em períodos ditatoriais (STRECK, 2015) – revela, em suas normas fundamentais, a “virada metodológica que o processo civil sofreu após o advento da Constituição Federal de 1988 e a chegada ao Brasil do constitucionalismo contemporâneo, denominado pela doutrina constitucionalismo de terceira geração” (ZANETI, 2018).

O processo civil brasileiro elimina o “paradoxo metodológico” (ZANETI JÚNIOR, 2014) “existente entre o direito processual e o direito constitucional, reconhecendo expressamente a matriz constitucional de todo o ordenamento jurídico brasileiro, conforme expresso no artigo 1º do CPC de 2015” (ZANETI, 2018).

Assim, o CPC de 2015 deve ser interpretado conforme a Constituição, não sendo pleno, ou seja, dando relevância “ao processo justo, com a obtenção de uma decisão justa” (ZANETI, 2018), capaz de tutelar os direitos de forma adequada, tempestiva e efetiva. Trata-se de um modelo cooperativo, fundamentado nos princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, da obrigatoriedade da fundamentação das decisões, do incentivo à conciliação e à mediação e da valorização do julgamento de mérito (KARAM, 2015).

Trouxe ainda modificações de competência nas ações de direito de família. Destacam-se, sobretudo, os princípios e as normas fundamentais, em especial nas ações de divórcio, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação.

Evidencia-se o incentivo aos métodos alternativos de solução de conflitos, mediação e conciliação. Para tanto, orienta-se que o mandado de citação do réu deve conter somente poucos dados, elementos básicos à audiência de mediação e conciliação, sem cópia do vestibular, visando facilitar a solução consensual da demanda. Alterou-se também o regramento dado ao procedimento de alteração do regime de bens e às regras criadas em substituição ao foro da residência da mulher.

A definição da competência firmou-se garantindo atender o melhor interesse das crianças, adolescentes e adultos civilmente incapazes, determinando que o local de residência do guardião definirá a jurisdição da lide (IBDFAM, 2016).

A modificação pode ser notada também nos julgamentos de casos de guarda. Em recentes julgados da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (CONJUR, 2017) e da 2ª Seção do Tribunal de Justiça (CONJUR, 2014) decidiu-se que, na resolução de causas que envolvam interesses de crianças e adolescentes, deve prevalecer o domicílio dos pais e o princípio do melhor interesse do menor para determinação do juízo competente.

Em 2009, foi editada a Súmula n. 383 (BRASIL/STJ, 2009) do Superior Tribunal de Justiça, julgada pela Segunda Seção do STJ, em 27/05/2009, com publicação no DJe de 08/06/2009, que seguiu o mesmo entendimento de que a competência para processar e julgar ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda. O termo “em princípio” foi colocado pois sempre terá que ser observado o princípio do melhor interesse da criança.

O entendimento, da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, decidiu que a melhor solução para os conflitos de competência suscitados nos processos que envolvem menores não é verificar qual o juízo a quem foi distribuída a demanda ou que deferiu a guarda provisória antes, mas sim detectar aquele que, de acordo com os fatos delineados nos autos, melhor atende ao princípio da prioridade absoluta dos interesses da criança ou do adolescente.

O relator, Ministro Fernando Gonçalves, levou em conta vários conflitos de competência julgados na Seção, entre eles os CC 43.322-MG, CC 79.095-DF, CC 78.806-GO e CC 86.187-MG. O ministro também usou como referência o CPC de 2015 bem como o ECA e concluiu que a ação deveria ser processada no domicílio de

quem detém a guarda do menor, por entender que atende aos interesses da criança (JUSBRASIL, [s.d.]).

Na sistemática legal do direito brasileiro atual, nas ações que envolvam interesses de crianças e adolescentes, deve prevalecer o domicílio dos pais e o princípio do melhor interesse do menor para determinação do juízo competente, inteligência do artigo 147, I, da Lei n. 8.069 de 1990, do artigo 53 do Código de Processo Civil de 2015 e da Súmula 383 do STJ.

Contudo não se respeitava a importância dada à criança e ao adolescente pela Declaração Universal dos Direitos da Criança e do Adolescente e pelo artigo 227 da Constituição Federal Brasileira. O Código de Processo Civil, Lei n. 13.105, de 2015, em seu artigo 53, superou a questão, colocando a criança em foco e passando a considerar o foro de residência do guardião do menor como competente para processar e julgar ações de divórcio e reconhecimento ou dissolução de união estável. O referido artigo dispõe:

Art. 53. É competente o foro:

I - para a ação de divórcio, separação, anulação de casamento e reconhecimento ou dissolução de união estável:

a) de domicílio do guardião de filho incapaz;

b) do último domicílio do casal, caso não haja filho incapaz;

c) de domicílio do réu, se nenhuma das partes residir no antigo domicílio do casal;

d) de domicílio da vítima de violência doméstica e familiar, nos termos da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha); (Incluída pela Lei nº 13.894, de 2019).

II - de domicílio ou residência do alimentando, para a ação em que se pedem alimentos. (BRASIL, 2015)

Essa inovação foi feita por experiência daquilo que as varas especializadas já adotavam, com as limitações do código anterior. Assim, a definição da competência firmou-se garantindo atender o melhor interesse das crianças, adolescentes e adultos civilmente incapazes, fixando o local de residência do guardião como competente para dirimir a lide (IBDFAM, 2016).

Para Neves (2016, p. 75),

[...] a preferência do legislador foi adotar regras que se afastaram completamente da hipossuficiência da mulher, que não terá em seu favor nem mesmo a presunção relativa nesse sentido, até porque ser ou não hipossuficiente perdeu qualquer relevância para fins de fixação de competência.

Nas ações de alimentos, o CPC de 2015 também é definida pelo foro do alimentando, mesmo se não for incapaz ou na ausência de incapaz. Isso porque as regras buscam a direção mais natural, ou seja, o último domicílio do casal, ou do requerido, na hipótese de nenhum dos cônjuges continuar a residir no local. A consagração de critérios que levem em conta o domicílio do guardião afigura-se mais justa e objetiva.

Assim, esse será o foro competente para os processos de divórcio, separação, anulação de casamento e reconhecimento ou dissolução de união estável, sempre com a incidência do princípio do melhor interesse da criança. Não havendo filho incapaz, a competência será a do último domicílio do casal, e, se nenhuma das partes residir mais no lugar, incidirá a regra geral, ou seja, o foro do domicílio do requerido. Dessa forma, aplica-se o artigo 53 do CPC de 2015 para se estabelecer o foro competente, desde que seja respeitado o princípio do melhor interesse da criança, conforme entendimento da jurisprudência.

O Tribunal de Justiça da Bahia, em 2016, proferiu julgado em que, mesmo se prevendo o domicílio dos pais como o foro competente nas situações de risco para o menor, leva-se em consideração o princípio do melhor interesse da criança, havendo flexibilização da regra contida no CPC de 2015. Veja:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MENOR. GUARDA DE FATO. AÇÃO DE ADOÇÃO CUMULADA COM DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. DECISÃO QUE DECLINOU DA COMPETÊNCIA E DETERMINOU A REMESSA DO FEITO À COMARCA DE CAETITÉ, QUE ABARCA LAGOA REAL, DOMICÍLIO DA GENITORA DO MENOR. IMPOSSIBILIDADE DE TRAMITAÇÃO DO FEITO NO DOMICÍLIO DAS ADOTANTES. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. COMPETÊNCIA DO DOMICÍLIO DA GENITORA, EM DECORRÊNCIA DA APLICAÇÃO DO ART. 147, I DO ECA. PARECER DA DOUTA PROCURADORIA DE JUSTIÇA INTEGRALMENTE ACOLHIDO PELA RELATORIA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA, 2016)

Assim, houve modificação em relação ao artigo 100 do ao CPC de 1973, que informava que o foro competente para se julgar ações de divórcio, separação e anulação de casamento era no foro de residência da mulher, levando de forma acessória as ações de guarda para o local de residência da mulher, mesmo nos casos em que a criança não está residindo com a genitora. O Código de Processo Civil de 2015 modifica tal competência.

Quando há guarda compartilhada, pode haver dúvida sobre qual domicílio é competente, havendo quem afirme serem os de ambos cônjuges concorrentemente.

Mas não há que se falar em pluralidade de competência, pois não se justifica a ação de guarda ser proposta em local diverso daquele que é a residência do menor, até como forma de facilitar a inexorável instrução que haverá de passar por estudo da dinâmica familiar em que a criança legalmente haveria de estar e que se pretende alterar, conforme o julgamento 00491173820158260000, j. 05.08.2015, TJSP. Veja ementa:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. A AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA NAS HIPÓTESES DE GUARDA COMPARTILHADA DEVE SER PROPOSTA ONDE A INFANTE FIXOU RESIDÊNCIA PRINCIPAL. 1. Embora a guarda da infante seja compartilhada, permaneceu ela residindo com a genitora, daí por que, por analogia ao disposto no art. 100, inciso II, do Código de Processo Civil, não se justifica que a ação de modificação de guarda seja proposta em local diverso, até como forma de facilitar a inexorável instrução que haverá de passar por estudo da dinâmica familiar de onde a criança legalmente haveria de estar e que se pretende alterar. 2. Conflito de competência julgado procedente para o fim de fixá-la junto ao d. Juízo suscitante. Conflito de Competência nº 0049117-38.2015.8.26.0000 Relator(a): Artur Marques (Pres. da Seção de Direito Privado) Órgão Julgador: Câmara Especial Conflito de Competência nº 0049117-38.2015.8.26.0000 Suscitante(s): MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAMÍLIA E SUCESSÕES DO FORO REGIONAL DO IPIRANGA Suscitado(s): MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DISTRITAL DE EMBU GUAÇU. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, 2015)

Em suma, na resolução de causas que envolvam interesses de crianças e adolescentes no Brasil, cujos genitores residam nesta jurisdição, deve prevalecer o domicílio do guardião do menor e o princípio do melhor interesse do menor para a determinação do juízo competente.

3.2 OS CRITÉRIOS APLICÁVEIS NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEIRO NOS CASOS DE ATRIBUIÇÃO DE GUARDA NO BRASIL

No tópico anterior, foram tratadas as demandas internas de atribuição de guarda, em que ambos pais residem em jurisdição brasileira. Como o estabelecimento do domicílio ou da residência habitual da criança será feito pelo genitor-guardião, juntamente com o princípio do melhor interesse da criança, que teve sua primeira previsão na Declaração Universal dos Direitos da Criança, proferida em 1959, percebe-se que a família, nesse caso, permanecerá junta, sob a mesma soberania estatal, sem que se criem obstáculos para o exercício do pagamento da pensão

alimentícia fixada, para o exercício do poder familiar e para o exercício do direito de visitas.

A questão da guarda de menores ganha contornos complexos quando a relação apresenta algum elemento de estraneidade (JAYME, 2005), normalmente representado pela residência de um dos pais em Estado diferente daquele em que a criança vive com o genitor que detém sua guarda.

É o caso de divórcio transfronteiriço dos membros da família, seja porque tenham se separado de fato e ido, um deles, residir no exterior, seja porque um deles demonstra intenção de deixar o território nacional, a fim de fixar seu domicílio em país estrangeiro, ou, no caso de se requerer a inversão da guarda outrora atribuída, a majoração ou diminuição da verba alimentícia fixada (MONACO, 2009). Nessa hipótese, urge problema de fixação de competência para se julgar as demandas relacionadas ao menor, em especial, das ações de atribuição de guarda transfronteiriça, como se tem decidido atualmente no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse caso, deve o direito internacional privado, em especial o processo civil internacional, ser trazido ao caso para atuar quando a relação jurídica familiar contar com qualquer elemento estrangeiro.

“O processo civil internacional trata das relações processuais civis em que um elemento de estraneidade incide na questão processual, isto é, demandas cuja matéria tem algum elemento transnacional” (DORIA, 2015). São situações multiconectadas que são dimensão jurisdicional do direito Internacional Privado (ARAUJO, 2011).

O direito processual internacional tem por foco “regular a função jurisdicional dos Estados, toda as vezes que o exercício dessa função se conectar com ordenamento estrangeiro” (DORIA, 2015).

Assim, o direito processual internacional pode ser conceituado como “conjunto de normas e princípios que regulam o processo civil quando esse tratar de situação multiconectadas” (DORIA, 2015), isto é, “desde a normatização do litígio transnacional até a concretização da condição para execução da sentença estrangeira” (DORIA, 2015).

Nas hipóteses de ações de atribuição de guarda, no momento da fixação de competência internacional, as fontes recorríveis são de natureza interna e convencional. O modo como se fixará a “competência internacional em cada país realiza-se pelas suas normas internas, por se tratar de sua soberania, e os conflitos de jurisdição podem ser resolvidos por princípios ou tratados internacionais” (GUERRA, 2010). No Brasil, as normas de processo civil internacional podem ser apontadas na Constituição Federal de 1988, em tratados e convenções internacionais, no Código de Processo Civil de 2015, sobretudo nos artigos 21 a 25 e encontradas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB – (DORIA, 2015), em especial nos seus artigos 7º e 12.

3.2.1 As normas e os tratados aplicáveis nos casos de atribuição de guarda em casos transnacionais

Ao lidar com uma demanda de ordem internacional, o juiz deve levar em consideração não só as normas e princípios básicos da ordem jurídica interna, mas também aqueles de direito internacional, firmados em tratados internacionais, em convenções, no direito costumeiro internacional, em princípios gerais do direito e em outras fontes supranacionais que vinculam juridicamente um Estado.

No ordenamento jurídico interno do Brasil, as normas de processo civil internacional que “fixam os pontos de conexão com a jurisdição podem ser apontadas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB –” (DORIA, 2015), em especial nos seus artigos 7º e 12, no CPC de 2015, sobretudo nos artigos 21 a 25, bem como nas normas e princípios presentes na Constituição Federal de 1988, além de tratados e convenções internacionais. Entre essas últimas, podem ser citadas a Convenção da ONU de Direito das Crianças, de 1989, da Convenção Interamericana sobre Restituição Internacional de Menores, de 1989, e a Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Menores, de 1980.

3.2.1.1 A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e o Código de Processo Civil de 2015 como fontes de direito interno

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro²⁶ consiste em um diploma que disciplina a aplicação das leis em geral. Sua função é reger as normas, indicando como interpretá-las ou aplicá-las, determinando-lhe a vigência e a eficácia. Essa lei aborda inclusive as normas que regularizam a competência internacional. Seu artigo 7º²⁷ dispõe que, nos casos de direito de família, se aplica a lei do país ao qual a pessoa está domiciliada. Já o artigo 12²⁸ dispõe que a autoridade judiciária brasileira é competente para julgar demandas daqueles que são domiciliados em seu território.

Assim, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro dispõe sobre as relações internacionais, que não se finalizam nela, havendo também normas no CPC de 2015, que trouxe mudanças no tema internacional. Exemplo disso são as inovações sobre competência internacional, constante na Parte Geral, no livro I, no título II, da parte Geral, os “limites da jurisdição nacional” e a “cooperação internacional”, que tratam de aspectos da soberania do Estado no exercício da função jurisdicional. Em seu primeiro capítulo aglutinou dois temas diferentes, como já o tinha feito o CPC revogado: competência internacional, tratados nos artigos 21 a 23, e litispendência internacional, tratados nos artigos 24 a 25 (ABELHA, 2016).

A inovação do CPC de 2015 é a cooperação internacional, um tema de suma importância diante de uma sociedade globalizada e de conflitos de interesses que não encontram barreiras espaciais, tornando-se premente a necessidade de cooperação internacional entre países (ABELHA, 2016).

²⁶ Com o advento da Lei n. 12.376, de 30 de dezembro de 2010, alterou-se do diploma legislativo “Lei de Introdução ao Código civil Brasileiro” por outra mais adequada, isto é, passou a se chamar “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

²⁷ Art. 7º A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família. (BRASIL, 1942)

²⁸ Art. 12. É competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação.

§ 1º Só à autoridade judiciária brasileira compete conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil.

§ 2º A autoridade judiciária brasileira cumprirá, concedido o *exequatur* e segundo a forma estabelecida pela lei brasileira, as diligências deprecadas por autoridade estrangeira competente, observando a lei desta, quanto ao objeto das diligências. (BRASIL, 1942)

Ao tratar da competência internacional, o CPC de 2015 evoluiu nesse assunto, valorizando o acesso à justiça, sem que signifique a aceitação, ampla e irrestrita, da competência da autoridade judiciária para demandas sem qualquer ponto de nexos com o Brasil. Em comparação com os dispositivos legais do CPC de 1973, muitos artigos são parecidos, mas houve mudança ao detalhar as hipóteses de competência exclusiva e concorrente da jurisdição nacional, criando novas hipóteses, como previsto nos incisos do artigo 22 do CPC de 2015.

A competência internacional envolve os limites da jurisdição brasileira e não propriamente um fenômeno de competência. Determina-se se a referida lide pode ou deve submeter-se à soberania (jurisdição brasileira), ou seja, se o Brasil terá ou não competência para processar e julgar determinadas causas de modo concorrente ou exclusivo, se admite ou não julgamento pela jurisdição brasileira (ABELHA, 2016).

A competência pode ser interna, consoante o previsto nos artigos 42 e ss. do CPC de 2015, ou internacional, nos casos previstos nos artigos 21 a 23 do CPC de 2015, em que a jurisdição brasileira deve prevalecer sobre a estrangeira. Portanto, a competência internacional, mencionada nos artigos, pode ser exclusiva ou concorrente: é exclusiva quando enquadrada nos casos do artigo 23 do CPC, ao qual somente a autoridade brasileira possui jurisdição, com exclusão de qualquer outra; é concorrente nos casos dos artigos 21 e 22 do CPC, quando a jurisdição brasileira pode ser aplicada juntamente com a estrangeira.

A jurisdição concorrente implica consequências, não induz a litispendência, por conta do artigo 24 do CPC e amplia as possibilidades de eleição de jurisdição, conhecido como *forum shopping*, que amplifica o acesso à jurisdição, mas potencialmente reduzindo efetividade, caso não conectada à amplificação da aptidão cognitiva com a possibilidade executiva ou cooperativa. Já do ponto de vista do juiz, poderá (controvertido na doutrina e não aplicada no Brasil, mas com relevância acadêmica) acarretar a figura do *forum non conveniens*, ao qual ele é internacionalmente competente conforme a norma de competência concorrente, mas “[...] é-lhe facultado recusar o julgamento da lide concreta, por entender mais conveniente que a justiça de um determinado país estrangeiro julgue a mesma causa” (RECHSTEINER, 2009, p. 257).

A delimitação da competência internacional se justifica em face do princípio da efetividade, que traz a ideia de que se a Decisão não será reconhecida no local em que produzirá os efeitos, o país não deverá proferir a sentença. Logo, a justiça brasileira deve reconhecer a sua competência apenas para julgar as demandas cuja decisão gere efeitos em território nacional ou em Estado estrangeiro que reconheça sua decisão (DIDIER, 2018, p. 254).

3.2.1.2 Os Tratados e Convenções Internacionais ratificados pelo Brasil relacionados às ações de atribuição de guarda

Podem ser citadas as normas dispostas em convenções internacionais que são respeitadas no Brasil, como a Convenção da ONU de Direito das Crianças, de 1989, da Convenção Interamericana sobre Restituição Internacional de Menores, de 1989, e da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Menores, de 1980.

Em 20.11.1989 foi aprovada a Convenção da ONU de Direito das Crianças e ingressou no ordenamento jurídico brasileiro por conta do Decreto sob o nº 99.710 de 1990, cujo “objetivo é prevenir a ocorrência de retenção e transferência ilegal de crianças e adolescentes em dimensão transnacional” (DORIA, 2015). Apesar de não definir qual a autoridade deve decidir sobre questões de atribuição de guarda de menores, a “Convenção reconhece a importância de se evitar a transferência indevida de menores, ficando a cargo de instrumentos transnacionais o poder de decidir sobre os requisitos para apontar-se a competência internacional” (DORIA, 2015).

Além da Convenção da ONU, o Brasil internalizou outras duas convenções importantes nas questões de menores: a Convenção Interamericana sobre Restituição Internacional de Menores, aprovada em 15 de julho de 1989 e ratificada por meio do Decreto nº 1.212 de 03 de agosto de 1994; e a Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Menores, aprovada no dia 24 de outubro de 1980 e ratificada por meio do Decreto nº 3.143, de 14 de abril de 2000. Ambas têm focos similares: “proteger os direitos de guarda e realizar a devolução de crianças e adolescentes que foram retirados de seu genitor de modo ilegal” (DORIA, 2015). Além

disso, ambas apontam “o foro da residência habitual do menor como o mais adequado para se processar e julgar quaisquer apontamentos em relação à guarda” (DORIA, 2015).

A Convenção de Haia dispõe que é de competência do Estado da residência habitual do menor processar e julgar demandas referente a criança (TIBURCIO; CALMON, 2014), mas não entra no mérito do tema referente à guarda da criança, estabelecendo apenas que cabe a jurisdição de onde o menor foi levado definir no tocante a permanência ou devolução. (DORIA, 2015).

A Convenção considera a “jurisdição da última residência habitual do menor a mais adequada e justa para se instruir provas, colher depoimentos, processar e julgar a demanda e definir o genitor que exercerá a guarda da criança” (DORIA, 2015). Não significa que o menor será devolvido a sua mãe ou pai que foi retirado, porém será enviado à jurisdição correta para sentenciar o genitor que exercerá o direito de guarda (SIFUENTES, 2011, p. 59). Assim, afirma-se que a residência habitual do menor é o critério apontado pela Convenção de Haia de 1980 para se determinar a competência internacional no tocante aos casos de raptos internacionais de menores.

Nesse sentido, a mesma Convenção, “no seu artigo 16, traz uma norma impeditiva em relação aos Tribunais do local de refúgio decidir a demanda, pois se objetiva a manutenção da competência internacional do local onde é a residência habitual” da criança (DORIA, 2015). O objetivo da regra é “impedir que um dos genitores tire vantagens do uso da situação para formar conexões artificiais de competência judicial internacional com foco em ter a tutela da criança” (DORIA, 2015). O artigo 16 da Convenção de Haia de 1980 é, portanto, uma norma negativa de competência internacional, abaixo transcrito:

Artigo 16 – Depois de terem sido informadas da transferência ou retenção ilícitas de uma criança, nos termos do Artigo 3²⁹, as autoridades judiciais ou administrativas do Estado Contratante para onde a criança tenha sido levada ou onde esteja retida não poderão tomar decisões sobre o fundo do direito de

²⁹ Art. 3º da Convenção de Haia de 1980: “A transferência ou a retenção de uma criança é considerada ilícita quando: a) tenha havido violação a direito de guarda atribuído a pessoa ou a instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou da sua retenção; e b) esse direito estivesse sendo exercido de maneira efetiva, individual ou em conjuntamente, no momento da transferência ou da retenção, ou devesse está-lo sendo se tais acontecimentos não tivessem ocorrido. O direito de guarda referido na alínea a) pode resultar de uma atribuição de pleno direito, de uma decisão judicial ou administrativa ou de um acordo vigente segundo o direito desse Estado.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1980)

guarda sem que fique determinado não estarem reunidas as condições previstas na presente Convenção para o retorno da criança ou sem que haja transcorrido um período razoável de tempo sem que seja apresentado pedido de aplicação da presente Convenção. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1980)

Tal norma já existe no “sistema jurídico desde o advento da Convenção Interamericana sobre Restituição Internacional de Menores, cujo artigo 16³⁰ tem texto muito parecido” (DORIA, 2015). Seguindo uma lógica, “os tribunais locais precisam de saber da ocorrência do ato ilegal para poder afirmar sua incompetência, pois necessitará averiguar se a situação verdadeiramente se configura ilícita” (DORIA, 2015).

Em suma, no ordenamento jurídico brasileiro, os casos de atribuição de guarda em que envolvam elemento de estraneidade deverão ser solucionados pelo direito internacional privado, que tem por base as normas e princípios presentes na Lei de Introdução as Normas Brasileiras, o Código de Processo Civil de 2015, a Constituição Federal de 1988 e, não bastasse, as convenções e tratados internacionais, em especial, a Convenção da ONU de Direito das Crianças, a Convenção Interamericana sobre Restituição Internacional de Menores e a Convenção de Haia sobre Sequestro de Menores.

Todos os dispositivos apontam que a competência para se julgar demandas de atribuição de guarda transfronteiriço, que envolve algum elemento de estraneidade (JAYME, 2005), normalmente representado pela residência de um dos pais em Estado diferente daquele em que a criança vive com o genitor que detém sua guarda, segue o critério de residência habitual do menor.

Uma questão importante ocorre quando a jurisdição competente, fixada pelo critério de residência habitual do menor, traz entraves ao seu acesso. Há situação de, mesmo sendo competente, se declarar o contrário e instaurar um conflito negativo de jurisdição. Ou, ainda, mesmo aceitando processar e julgar a demanda, rejeitar as reivindicações do requerente, não sendo suscetível de encontrar satisfação na jurisdição competente (ROSSOLILLO, 2010), como, por exemplo, quando a jurisdição

³⁰ Art. 16 – “Depois de haverem sido informadas do transporte ilícito de um menor ou de sua retenção, conforme o disposto no artigo 4, as autoridades judiciárias ou administrativas do Estado Parte para onde o menor foi transportado ou onde estiver retido não poderão decidir sobre o fundo do direito e guarda enquanto não ficar demonstrado que não foram preenchidos os requisitos desta Convenção para o regresso do menor ou enquanto não houver transcorrido prazo sem que tenha sido apresentada solicitação em aplicação desta Convenção.” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1989).

já rejeitou demanda semelhante (ROZAS, 2017, p. 7), ou quando traz obstáculos demasiadamente excessivos, baseados em critérios discriminatórios inadmissíveis, por motivos de religião, orientação sexual, razões políticas ou étnicas.

Outro caso ocorre quando o requerente não pode demandar na jurisdição competente por se deparar com grandes ameaças, se for a solo estrangeiro, pelo fato desse estar afetado por guerras, inundações, desastres e golpes de estado (ROZAS, 2017, p. 28). Ocorrerá, nesses casos, a denegação de justiça, afetando o princípio do acesso à justiça, basilar do Estado Democrático de Direito, que tem se solucionado em alguns ordenamentos, como citado no capítulo 2, pela aplicação do princípio do *forum necessitatis*.

No ordenamento jurídico brasileiro, não há registro de aplicação do princípio do *forum necessitatis*, mas há aberturas em normas, princípios e tratados internacionais, que permitem sua aplicação, por definir que a “jurisdição brasileira deve agir sempre que se concluir que ocorrerá a denegação de justiça ou então para que se desenvolva processo adequado, justo e igualitário, sendo, na verdade, não faculdade, mas sim um dever da autoridade buscar-se cumprir a garantia constitucional” (GUERRA, 2010), que tem aplicação imediata, conforme o parágrafo primeiro, do artigo 5º, da CF de 1988.

3.3 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO *FORUM NECESSITATIS* NO SISTEMA BRASILEIRO

3.3.1 Fundamentos da aplicação do princípio do *forum necessitatis* no Brasil

O debate que se trava, neste ponto, coloca em pauta a hipótese de ser factível ou não a flexibilização jurisdicional em prol da promoção dos direitos fundamentais no novo sistema processual brasileiro. Deve ser vista a fundamentação teórica para se utilizar o *forum necessitatis* no Brasil.

Mas, mais especificamente, deve ser considerado se é possível utilizar o princípio do *forum necessitatis* nas ações de atribuição de guarda ao qual a criança reside em jurisdição diferentes de seus genitores, onde se instaura um conflito transnacional e, por conta disso, possa haver denegação de justiça, por diversos motivos. Pode ocorrer

de ambos países se declararem incompetentes para processar e julgar o conflito. Ou então, demandar na jurisdição competente seja impossível por se deparar com graves ameaças de morte, se for ao solo estrangeiro ou porque o país está afetado por guerras, inundações, desastres e golpes do estado (ROZAS, 2017, p. 28). Ou ainda quando a jurisdição competente traz obstáculos demasiadamente excessivos para lá se demandar, baseados em critérios discriminatórios inadmissíveis, por motivos de religião, orientação sexual, razões políticas ou étnicas.

Apesar de não haver previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, nem registro de aplicação na jurisprudência, pode ser apontada algumas aberturas que pode justificar a aplicação do princípio do *forum necessitatis* no Brasil.

A constitucionalização do processo é um dos fundamentos da justificativa de se aplicar o *forum necessitatis*. Após a Constituição Federal de 1988, com a inserção de “princípios do processo nos direitos e garantias fundamentais do cidadão à adoção de um modelo constitucional de processo democrático e justo, ultrapassou-se aquela perspectiva privada para fazer um estudo do processo a partir do viés constitucional” (ABELHA, 2016, p. 47).

A Constituição passa a ter importância ímpar nas demandas, refletindo seus fundamentos e princípios. Para Häberle (apud NERY JUNIOR, 2016):

Constituição significa ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade. A Constituição num Estado Democrático não estrutura apenas o Estado em sentido estrito, mas também o espaço público e o privado, constituindo, assim a sociedade. A constituição não é apenas Constituição ‘do Estado’ porquanto possui um conceito mais amplo que compreende as estruturas fundamentais da sociedade.

As novas premissas estabelecidas pela Constituição refletiram no direito processual civil, já que todos os princípios processuais insculpidos nas garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988 possuem dimensão objetiva, que consagra valores determinantes para se operar o ordenamento e outra subjetiva, que encerra direitos aos seus sujeitos, devendo ser aplicada ao caso concreto (ABELHA, 2016, p. 47).

Deste modo, antes de ser ordenado pelo texto normativo, o processo civil brasileiro deve se submeter aos valores e princípios constitucionais, como aqueles que fundamentam a República Federativa do Brasil preconizados no artigo 1º da Carta

Magna, confirmando os princípios democráticos, resguardando os direitos fundamentais de todos os cidadãos e permitindo a existência de uma sociedade livre e organizada.

Por isso é de incumbência do julgador pautar pela observação dos princípios constitucionais e processuais, de modo a satisfazer as diretrizes processuais e constitucionais de modo a oferecer a todas as partes envolvidas no liame processual um julgamento célere, efetivo, adequado e justo.

Os princípios nada mais são que bases de um ordenamento jurídico, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se (MOREIRA, 1994, p. 248). Nesse sentido, abre-se a porta para aplicação do *forum necessitatis* por meio da aplicação do princípio do acesso à justiça, previsto na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso XXXV.

Outra forma de justificar a aplicação do princípio do *forum necessitatis* no Brasil é o advento do Código de Processo Civil brasileiro, Lei n. 13.105, de 2015, que traz importantes alterações no campo das regras de jurisdição internacional, seguindo as linhas da Carta Maior de 1988 (GUERRA; MOSCHEN, 2010).

Comparados aos dispositivos legais do CPC de 1973, muitos artigos do CPC de 2015 são parecidos, mas houve mudança nos casos de competência concorrente e exclusiva no Brasil, surgindo mais situações, descritos no artigo 22 do CPC de 2015.

O Código de Processo Civil de 2015 cresceu na parte de direito internacional, pois deu a devida importância ao direito de acesso à justiça, mas sem permitir que o Brasil aceite toda e qualquer demanda, mesmo aquelas sem qualquer conexão com o ordenamento jurídico brasileiro.

O primeiro ponto importante de modificação é o artigo 13 do referido Código, ao trazer a manifestação da superioridade dos dispositivos previstos em tratados ou convenções internacionais que afirma que “a jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte” (BRASIL, 2015).

Observa-se, assim, que as normas de direito internacional devem prevalecer sobre as normas internas, ainda que de natureza processual, impondo ao operador de direito o estudo e conhecimento desses tratados, convenções e acordos (DINAMARCO, 2009).

Uma segunda inovação do CPC de 2015 é a cooperação internacional, tema de suma importância diante de uma sociedade globalizada e de conflitos de interesses que não encontram barreiras espaciais, tornando-se premente a necessidade de cooperação entre os países. Trata-se de colaboração e cooperação de Estados soberanos em relação ao cumprimento de medidas jurídicas, pressupondo um Estado requerente e um requerido em relação às medidas jurídicas que se pretende efetivar (ABELHA, 2016, p. 153-154).

Outra alteração que ocorreu foi a regra do artigo 25 do CPC de 2015, que é o reconhecimento da cláusula de eleição de foro estrangeiro como hipótese de derrogação de foro nacional. Quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, não cabe a jurisdição do Brasil decidir sobre esse pleito.

Ainda no âmbito da autonomia da vontade, o CPC de 2015, no seu artigo 22, inciso II, dispõe que em relações que decorrem de consumo, nos casos em que o consumidor resida no Brasil, cabe à jurisdição brasileira decidir, evitando, assim, que esse, geralmente hipossuficiente, enfrente negativa fática de jurisdição, na medida em que pode não dispor de condições de litigar no estrangeiro. A competência internacional concorrente em relação aos defeitos dos produtos e dos ilícitos praticados nas relações de consumo visa o acesso à justiça do consumidor brasileiro.

O artigo 22, inciso III, do CPC de 2015 prevê ainda que cabe à justiça brasileira julgar demandas ao qual as partes submetem à jurisdição nacional. Portanto, esse artigo dispõe que qualquer cidadão, até mesmo de fora do país, poderia pedir a justiça brasileira que julgue sua ação, mesmo que não tenha conexão com o país (OAB RS, 2015, p. 21). Nessa hipótese, a jurisdição concorrente implica consequências. Há quem afirme que o Brasil poderia passar a ser procurado mundialmente como jurisdição internacional de solução de litígios.

Mas “diferentes considerações sobre sua adequação poderão ser feitas no caso concreto, devendo se buscar uma jurisdição adequada” (ZANETI, 2018). Isso porque

situação em que o filho resida com um dos genitores é diferente de casos em que a criança não resida com nenhum dos genitores, mas sim com os avós. Há uma “variação de conceituação da adequação, mas há uma convergência de entendimentos de que deve servir à boa administração” (ZANETTI, 2018).

Além disso, deve-se realizar a interpretação observando-se os princípios do *forum necessitatis* e do *forum non conveniens* para se explicar o motivo da justiça brasileira não realizar a apreciação, nos casos em que não existir conexão, ainda que pequena, com a justiça do Brasil (OAB RS, 2015, p. 21).

Sociologicamente, tais previsões ampliam as possibilidades de eleição de jurisdição – *forum shopping* – que indiretamente amplificam o acesso à jurisdição e podem dar abertura para a aplicação do princípio do *forum necessitatis*.

Alguns tribunais já têm defendido a necessidade de reconhecer a justiça brasileira como competente, a fim de se evitar a denegação de justiça às partes, conforme fundamenta Barbosa, em um julgamento realizado no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, especificamente em uma ação de divórcio:

Ex abundatia, ainda há consideração de ordem prática a tornar particularmente aconselhável, na espécie, o reconhecimento da competência da nossa Justiça. É que, a não ser assim, poderão surgir, para o Autor, ora Apelante, dificuldades de vulto na obtenção da prestação jurisdicional. Ocioso recordar que a melhor doutrina, brasileira e estrangeira, para impedir a formação de um nó indesejável, que significaria denegação de justiça, preconiza, em emergências desse tipo, que a Justiça do país onde se propôs a ação admita a sua própria competência, desde que razoavelmente fundada (cf. Haroldo Valadão, Direito Internacional Privado, vol. III, Rio de Janeiro, 1978, p. 132). Razão a mais para que se reforme a sentença reconhecendo-se como competente a Justiça brasileira. (MOREIRA, 1987, p. 199).

Assim, invoca-se o princípio do *forum necessitatis* que permite “outorgar jurisdição internacional a juízes que, a princípio, carecem de tal potestade para conhecer e decidir em determinado caso concreto” (GUERRA, 2010) para proporcionar às partes igualdade de armas na defesa de sua ação, o que defendemos neste projeto.

Tal princípio tem como propósito indicar um critério positivo de fixação de competência internacional em caráter excepcional, levando em conta algumas hipóteses principais: conflito negativo de competência ou um tribunal não venha a se mostrar como o mais adequado para decisão do caso, por impor ao réu uma carga excessiva para que possa exercer sua defesa, por ser casos de guerra, calamidade pública ou perseguições políticas (CAMARGO, 2014, p. 478).

A aplicação desse princípio permite evitar as consequências da falta de prestação jurisdicional, ocorrência combatida inclusive na Declaração dos Direitos do Homem, que é o princípio do acesso à justiça, “elevado à condição de direito fundamental na CF de 1988, com um conteúdo amplo, conglobante de outras garantias constitucionais” (GUERRA, 2010). Está previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República que ordena que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Está relacionado com a necessidade de se assegurar que todos tenham acesso ao Judiciário e que essa tutela seja efetiva.

Portanto, as inovações trazidas pelo CPC de 2015 veio refletindo a importância do acesso à justiça dada pela CF de 1988, trazendo respostas aos problemas de se decidir qual era a jurisdição competente para se solucionar o caso concreto.

Em outro prisma, o artigo 22, inciso III do CPC de 2015 trouxe muitas divergências, pois afirmam que pode se correr o risco de se elevar o trabalho da justiça brasileira em assuntos transnacionais, que não tenha conexão com o Brasil. Contudo, abrirá as portas para a efetivação do princípio do acesso à justiça em casos como conflito negativo de competência, por meio da aplicação do princípio do *forum necessitatis*.

Em suma, o ordenamento jurídico brasileiro tem aberturas que permitem a aplicação do princípio do *forum necessitatis*, mesmo sem previsão legal. É possível por conta da constitucionalização do processo, ao qual eleva a Constituição à ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade. Assim, incumbe ao julgador observar os princípios constitucionais e processuais, que são ideias centrais de um sistema, abrindo-se a porta para aplicação do *forum necessitatis* por meio da aplicação do princípio do acesso à justiça, previsto na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso XXXV.

Outra abertura constatada é o CPC de 2015, que trouxe, dentre outras inovações, no artigo 22, inciso III, a previsão de qualquer pessoa, mesmo sem a causa ter contato mínimo com o ordenamento jurídico brasileiro, poder demandar em território brasileiro (OAB RS, 2015, p. 21).

3.3.2 Os potenciais problemas de utilização do *forum necessitatis*

É sabido que não há registro de aplicação do *forum necessitatis* no Brasil. Ainda há uma recusa à ideia de ampliar a jurisdição, mas é o caminho que outros países têm

seguido. Alguns argumentos contrários podem surgir para a aplicação do *forum necessitatis* nos casos de atribuição de guarda transfronteiriços, como, por exemplo, que, ao ampliar a jurisdição, mais ações serão processadas, aumentando esse número no Brasil. Contudo tal argumento poderia ser atenuado pela implementação dos requisitos para aplicação do *forum necessitatis*. O requerente deverá provar a conexão com a jurisdição local como nacionalidade, residência de uma das partes processuais ou do menor (REDFIELD, 2014).

Defende-se também que haveria mais uso do argumento baseado no *forum necessitatis*. Mas não prospera a afirmação, pois somente seria utilizado pelo requerente que efetivamente é impedido de acessar a jurisdição ou quando é praticamente impossível acessar a jurisdição competente (REDFIELD, 2014).

Outra afirmação que poderia surgir é que a utilização de tal instrumento poderia incentivar outros países a levar brasileiros para tribunais estrangeiros. Contudo ordenamentos mais atuais, incluindo nações europeias e sul-americanos, já concederam esse poder aos tribunais nacionais. Ademais, o *forum necessitatis* afeta apenas ações civis, não atingindo as criminais, que poderia trazer consequências mais complicadas em um Estado estrangeiro (REDFIELD, 2014).

Um fato que não se pode ignorar é a afirmação de que seria impossível impor uma sentença proferida no Brasil em jurisdição estrangeira. De certa forma, haveria tal dificuldades, mas isso não deixa de ofuscar os possíveis benefícios do *forum necessitatis*. A comunidade internacional tem buscado solução ao problema decorrentes de exercício de jurisdição ao elaborar a Convenção de Haia sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Estrangeiras em Matéria Civil e Comercial, que entrou em vigor em outubro de 2019. Assim como os Estados que promovem a arbitragem reconheceram a necessidade de um tratado abrangente para impor decisões do árbitro, se esse tipo de exercício jurisdicional aumentar, haverá mais impulso para a ratificação da Convenção sobre Reconhecimento e Execução (REDFIELD, 2014).

Finalmente, outro argumento contrário que pode ser levantado outro argumento contrário é que o exercício do *forum necessitatis* seria inconstitucional. Contudo, como visa à promoção do acesso à justiça, princípio previsto na própria Constituição, tal afirmação não se sustenta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O crescimento acelerado do volume de relações estabelecidas além dos limites territoriais dos Estados é uma realidade hoje. A globalização afeta também as famílias de forma aprofundada, fazendo com que elas se transnacionalizem, assim como os direitos e as obrigações decorrentes. Nesse caso, suas demandas tornam-se mais difíceis de resolver apenas pelo direito interno. Assim, em uma família em que os genitores decidem se divorciar, quando há uma prole em estágio de formação e incapaz de assumir suas responsabilidades, surge a necessidade de definir o destino das crianças envolvidas, devendo ser estabelecido quem exercerá a guarda.

A ação de atribuição de guarda no Brasil evoluiu, saindo da preocupação de punir o cônjuge culpado da separação para focar nos direitos do menor. No Código Civil de 1916, não era discutido quem teria mais condições de exercer a guarda ou quem melhor atenderia aos interesses dos filhos, estabelecendo-se apenas que aquele que fosse declarado culpado pelo divórcio não tinha direito de exercê-la. Essa mudança veio com o advento do Código Civil de 2002, que, por influência a Constituição Federal, em especial em seu artigo 227, coloca a família como centro de importância da sociedade e lhe atribui a responsabilidade e o dever, juntamente com outros entes como Estado, escolas e sociedade, de cuidar da criança e do adolescente. Além disso, buscou-se aplicar o princípio do melhor interesse do menor, colocando-o como sujeito de direitos, inovação trazida pelo ECA.

Quando ocorre um caso de atribuição de guarda que envolve diferentes jurisdições, pode haver problemas de denegação de justiça. Isso pode ocorrer, por exemplo, quando os genitores estão se divorciando e a criança vive atualmente apenas com um deles, residindo os cônjuges em jurisdições diferentes, ou quando o menor mora com avó ou tio em jurisdição diferente da dos pais.

Esse último caso é ainda mais complexo, pois a ação de divórcio está tramitando na jurisdição em que um ou ambos os pais vivem, que pode se declarar incompetente para processar a atribuição da guarda, já que a criança mora em outro país. Foi o caso descrito no capítulo 01 em que a Corte alemã decretou o divórcio de um casal local, mas se declarou incompetente para decidir sobre o direito de guarda da criança, que tinha residência habitual na Espanha, mesmo com a concordância dos pais em

se submeterem à jurisdição de sua pátria natal. A justificativa usada foi que a justiça espanhola era a adequada para julgar o caso em virtude da Convenção de Haia, que fixou a competência do país de residência habitual da criança. Neste caso, se a justiça espanhola se declarar também incompetente, como fez a alemã, se instala um conflito negativo de jurisdição.

Outro caso de atribuição de guarda transfronteiriço em que pode ocorrer denegação de justiça é quando a demanda na jurisdição competente for considerada impossível por motivos de guerras, perseguições políticas, discriminações por religião, raça ou ideológica. No capítulo 01 foi abordado o caso concreto da mulher marroquina, residente na Espanha, que ingressou na jurisdição em que vivia com ação de divórcio contra seu marido, também de nacionalidade marroquina: entre os pedidos, estava a guarda de filho que morava com a avó no país de origem do casal. Mesmo sendo a jurisdição competente para processar e julgar a demanda, por ser residência habitual do menor, isso não seria possível à mulher já que, segundo as leis locais, a esposa que pede o divórcio se torna culpada, recebendo punições, inclusive a perda da guarda do filho para o pai. Assim, demandar em Marrocos seria impossível por motivos religiosos discriminatórios infundados e injustos.

Não há, portanto, como se permitir a denegação de justiça nos casos acima citados, por se tratar de um princípio declarado fundamental e presente na Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XXXV, nas principais convenções internacionais como Convenção de Haia de 1980, na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, na Corte Europeia de Direitos Humanos de 1960, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, entre outros. Nesse sentido, é importante assegurar a todos o acesso ao Poder Judiciário brasileiro, dentro das regras processuais e materiais aplicáveis, para que se faça respeitar os seus direitos, com acesso a uma jurisdição eficaz, justa, com o devido processo legal, célere e que não se limite aos procedimentos judiciais.

Como a denegação de justiça é algo que não pode ser tolerado, devido à importância fundamental do princípio do acesso à justiça aqui já explicado, alguns países têm, em situações concretas, a despeito do próprio ordenamento legal, realizado flexibilizações para conceder a jurisdição em prol da promoção dos direitos fundamentais. Tal concessão é conhecida como princípio *“forum necessitatis”*.

O *forum necessitatis* é um princípio que permite que as demandas sejam processadas em uma jurisdição, quando de outra forma não haveria acesso à justiça, desde que preenchido requisitos específicos (REDFIELD, 2014). Seu objetivo é indicar um critério positivo de fixação de competência internacional em caráter excepcional (CAMARGO, 2015), podendo fornecer proteção aos queixosos de um sistema jurídico cada vez mais globalizado (REDFIELD, 2014).

O *forum necessitatis* não se confunde nem se parece com o *forum non conveniens*, já que esse último “não é uma regra de fixação de jurisdição, mas sim de sua correção, pois pressupõe que a jurisdição exista, visto que a conexão entre o litígio e o foro é por si suficiente para tanto” (GUERRA, 2010). No entanto, nessa doutrina, aponta-se pela “possibilidade de exercício da jurisdição nacional seja declinada em favor dessa autoridade estrangeira, quando este foro tiver melhor possibilidade de julgamento, por estar mais próximo a provas e testemunhas e por se conseguir alcançar a justiça” (GUERRA, 2010). Assim, o *forum non conveniens* é quase uma “transposição da jurisdição em lugar de simples denegação” (GUERRA, 2010).

Nisso reside a diferença entre ambos: enquanto o *forum non conveniens* permite ao juiz, discricionariamente, negar a apreciação de uma demanda, sob o fundamento de existir uma jurisdição mais apropriada ao julgamento (CAMARGO, 2015), no *forum necessitatis*, o tribunal passa a ter jurisdição para julgar o que inicialmente não teria competência, já que seu objetivo é evitar uma negação total do acesso à justiça, constituindo um mecanismo excepcional quando há circunstâncias extraordinárias que não permitem critérios jurisdicionais normais (ROZAS, 2017).

O *forum necessitatis* não ocorre de forma desordenada, já que há situações específicas de aplicação, com requisitos a se cumprir. Uma primeira delas é em caso de conflito negativo de jurisdição, ou seja, quando uma ou mais jurisdições que poderiam processar e julgar a demanda se declaram incompetentes. Para que não haja denegação de justiça, uma delas pode se declarar competente e estender sua jurisdição, passando a ter potestade para resolver o conflito.

Uma segunda hipótese é quando o método utilizado na jurisdição, embora possível, destina-se a resultar na rejeição das reivindicações do requerente, ou porque já rejeitou demanda semelhante ou porque a sentença estrangeira não pode ser executada na jurisdição (ROZAS, 2017, p. 7). Tal situação, às vezes, é difícil de se

provar, mas pode se tomar como ponto de partida a ausência de alguns dos critérios listados na 6.1º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (imparcialidade, independência, tempo razoável do procedimento) que dão origem à negação da justiça (ROZAS, 2017, p. 7).

Outra situação em que se pode invocar o *forum necessitatis* ocorre quando o demandante se depara com grandes ameaças se for ao solo estrangeiro, pelo fato desse estar afetado por guerras, inundações, desastres, golpes de Estado, desde que seja demonstrado que o autor, na prática, teve seu direito de acesso efetivo ao tribunal impedido. (ROZAS, 2017, p. 28).

Para se aplicar o *forum necessitatis* é necessário que o caso concreto tenha ligação com a jurisdição que será processada. A jurisprudência considerou como vínculos suficientes cidadania, domicílio de uma das partes e violação de direitos fundamentais (ROZAS, 2017). Dentre as particularidades de exigência de requisitos entre os países, vale a pena pontuar a Suécia, que adota regras mais amplas, bastando, metaforicamente falando, esquecer um guarda-chuva no país para que se considere competente para julgar ação de dívida contraída no exterior e envolvendo um credor estrangeiro, por exemplo (GINSBURG; BRUZELIUS, 1965).

Diversos instrumentos convencionais têm previsão do *forum necessitatis*, sendo o primeiro deles a Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950. Em seguida, passou a constar em outras, como a Convenção Interamericana sobre Competência na Esfera Internacional para Eficácia Extraterritorial das Sentenças Estrangeiras de 1984 e a Convenção Bilateral de México e Espanha de 1986.

Além disso, com a primeira previsão, irradiou-se a aplicação do princípio na União Europeia e em ordenamentos nacionais. Mesmo tendo sido deixado de fora das regras contidas no Regulamento Bruxelas I, na União Europeia conseguiu-se chegar a algumas soluções semelhantes com base nos princípios fundamentais dos Estados-membros. Já entre os ordenamentos nacionais que têm a previsão do princípio, podem ser citados Suíça, Portugal, Argentina, México, Países Baixos, França e Espanha. Alguns países, mesmo sem previsão no ordenamento, aplicam, nos casos concretos, tal princípio para evitar a denegação de justiça, como ocorre nos Estados Unidos e no Canadá.

Não pode deixar de ser citado que o *forum necessitatis* também é previsto na *Soft Law*. O artigo 3.10 do TRANSJUS afirma que, embora os critérios de atribuição de competência do Estado do foro não estejam satisfeitos, esses poderão excepcionalmente assumir jurisdição para garantir o acesso à justiça (BARBOSA; MOSCHEN, 2019), jurisdição excepcional que não deve ser usada exclusivamente nos casos de danos ambientais, de consumo ou de violações de direitos humanos, para que pessoas particularmente vulneráveis, de poucos recursos, possam contar com um acesso eficaz à justiça. Há previsão também no ALI/UNIDROIT, no artigo 2.2 do P-2C, que aponta que um tribunal pode exercer a jurisdição adequadamente quando nenhum outro se declarar competente para julgar a demanda.

Ao demonstrar que o *forum necessitatis* é previsto e aplicado em outros países, tem-se o intuito justamente de apontar que não se pode ignorar esse princípio e o quão é necessário conceder sua aplicação no Brasil, principalmente nos casos de atribuição de guarda transfronteiriços. O ordenamento jurídico brasileiro atual não traz qualquer previsão nem há registro de sua aplicação. Daí surge um dos questionamentos desta dissertação: nossa legislação tem abertura para sua aplicação, mesmo sem expressa previsão?

Antes de responder a esse questionamento, vale apontar os critérios de fixação interna nas ações de atribuição de guarda no Brasil. Na hipótese em que os pais são domiciliados em território brasileiro, a família estará integrada e sujeita à mesma soberania estatal. Os critérios de fixação de competência, nesse caso, são os dispostos no ordenamento jurídico brasileiro, sendo exemplo a Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Processo Civil de 2015.

No Brasil, atualmente, ao se julgar demandas internas de guarda de menor, de um modo geral, a residência do genitor-guardião, disposto no artigo 53 do CPC de 2015, juntamente com o princípio do melhor interesse da criança, disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, tem sido pedra angular na definição da competência.

O princípio do melhor interesse da criança foi previsto, em primeiro momento, na Declaração Universal dos Direitos da Criança, um dos marcos iniciais para a proteção da criança e do adolescente, adotada pela Assembleia Geral da ONU, em 20 de novembro de 1989, depois de muitas discussões sobre temas que implicaram na

formação da Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, que entrou em vigor em 2 de setembro de 1990. Nessa, a criança e o adolescente são apontados como sujeitos de direitos, ou seja, caso houvesse alguma violação aos seus direitos básicos, eles teriam amparo de lei por serem considerados “sujeitos de proteção” e não “objetos de proteção” (JENSEN, 2018).

Tal previsão reflete no ordenamento brasileiro: a CF de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, por trazer como foco a realização dos direitos fundamentais, traz fundamentos de valorização da família e proteção da criança, em especial no artigo 227. Nesse passo, as regras processuais de atribuição de guarda são fixadas pelo critério de jurisdição, que dispõe que deve prevalecer o domicílio dos pais e o princípio do melhor interesse da criança, entendimento do artigo 147, I, da Lei n. 8.069 de 1990, do artigo 53 do Código de Processo Civil, de 2015, e da Súmula 383 do STJ.

Nesse sentido, observando o princípio do melhor interesse da criança, o foro do domicílio do guardião do filho incapaz será o competente para os processos de divórcio e reconhecimento ou dissolução de união estável. Não havendo filho incapaz, a competência corresponderá ao último domicílio do casal, e, caso nenhuma das partes continue residindo no local, incidirá a regra geral, ou seja, considera-se o domicílio do requerido. Assim, aplica-se o artigo 53 do CPC de 2015 para se estabelecer o foro competente, contudo observando se respeitado o princípio do melhor interesse da criança, sendo esse o entendimento da jurisprudência.

A questão da guarda de menores ganha contornos complexos quando a relação apresenta algum elemento de estraneidade (JAYME, 2005), normalmente representado pela residência de um dos pais em Estado diferente daquele em que a criança vive com o genitor que detém sua guarda.

Nessa hipótese, urge problema de fixação de competência para se julgar as demandas relacionadas ao menor, em especial tratar-se-á das ações de atribuição de guarda transfronteiriça, como se tem decidido atualmente no ordenamento jurídico brasileiro. Em suma, como dar solução a um caso em que os pais que residem no Brasil ingressem com ação de divórcio e guarda nessa jurisdição enquanto o filho mora, por exemplo, nos Estados Unidos ou Portugal com os avós? Como a residência habitual do menor é fora do Brasil, poderia esse país se declarar competente para julgar a ação de guarda? Poderia se invocar o princípio *forum necessitatis* para

estender sua jurisdição? Mas como aplicar tal princípio sem qualquer previsão legal? O ordenamento brasileiro apresenta aberturas para essa aplicação.

A constitucionalização do processo é um dos fundamentos que justifica a aplicação do *forum necessitatis*. Assim, antes de ser ordenado pelo texto normativo, o processo civil brasileiro deve se submeter aos valores e princípios constitucionais, como aqueles que fundamentam a República Federativa do Brasil preconizados no artigo 1º da Carta Magna, confirmando os princípios democráticos, resguardando os direitos fundamentais de todos os cidadãos e permitindo a existência de uma sociedade livre e organizada.

Com esse fenômeno, a Constituição adquire importância ímpar nas demandas, refletindo seus fundamentos e princípios, passando a ser a ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade, compreendendo as estruturas fundamentais da sociedade (NERY JUNIOR, 2016). Sendo assim, o julgador deve se pautar pela observação dos princípios constitucionais e processuais, de modo a satisfazer as diretrizes processuais e constitucionais, de modo a oferecer a todas as partes envolvidas no liame processual um julgamento célere, efetivo, adequado e justo. Assim, abre-se a porta para aplicação do *forum necessitatis* por meio do princípio do acesso à justiça, previsto na CF de 1988.

Outra forma de justificar a aplicação do princípio do *forum necessitatis* no Brasil é o surgimento do Código de Processo Civil brasileiro, Lei n. 13.105, de 2015, pois traz importantes alterações no campo das regras de jurisdição internacional, seguindo as linhas da Carta Maior de 1988 (GUERRA; MOSCHEN, 2010).

O CPC de 2015 evoluiu no que diz respeito ao tema internacional, refletindo a valorização do acesso à justiça feita pela CF de 1988, porém sem passar a ser uma jurisdição que se processa e julga quaisquer casos apresentados, até mesmo aqueles que não tem conexão mínima com o país. Em comparação com os dispositivos legais do CPC de 1973, muitos artigos são parecidos, mas houve mudança ao esmiuçar as hipóteses de competência exclusiva e concorrente da jurisdição nacional, trazendo novas possibilidades, a exemplo do artigo 22 do CPC de 2015.

Dentre as inovações, observa-se que as normas de direito internacional devem prevalecer sobre as internas, ainda que de natureza processual, impondo ao operador

de direito o estudo e conhecimento desses tratados, convenções e acordos (DINAMARCO, 2009). O artigo 13 do referido Código, ao trazer a manifestação da superioridade dos dispositivos previstos em tratados ou convenções internacionais, afirma que “a jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte” (BRASIL, 2015).

Outra alteração é o artigo 22, inciso III, do CPC de 2015, que dispõe a possibilidade das partes, mesmo aqueles que não são residentes no Brasil, trazerem à justiça brasileira suas demandas, inclusive que não tenham ponto mínimo de relação com o ordenamento jurídico brasileiro (OAB/RS, 2015, p. 21).

Nessa hipótese, a jurisdição concorrente implica consequências. Por um lado, há quem afirme que o Brasil poderia ser muito procurado para resolver ações que não tem conexão com a sua jurisdição. Mas “diferentes considerações sobre sua adequação poderão ser feitas no caso concreto, devendo se buscar jurisdição adequada” (ZANETI, 2018). Além disso, deve-se realizar uma análise prévia, baseando-se nos princípios do *forum necessitatis* e *forum non conveniens*, para não se permitir o processamento e julgamento de ações que não tem conexão com a justiça brasileira. Por outro, abrirá as portas para a efetivação do princípio do acesso à justiça em casos como conflito negativo de competência, por meio da aplicação do princípio do *forum necessitatis*, que se mostra como um passo significativo no cumprimento do que o sistema jurídico pretende fornecer: justiça.

REFERÊNCIAS

ABBOTT, K.; SNIDAL, D. **Hard and Soft Law in International Governance**. Massachusetts: International Organization, 2000.

ABDO, H. N. **Abuso do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ABELHA, M. **Manual de direito processual civil**. 6. ed. versão atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ALL, M. P. Las normas de jurisdicción internacional en el sistema argentino de fuente interna. **Derecho del Comercio Internacional – Temas y actualidades**, Buenos Aires, n. 4 (Litigio judicial internacional), p. 422-444, 2005. Disponível em: <<https://societip.files.wordpress.com/2013/12/all-las-normas-de-jurisdiccic3b3ninter-nacional-en-el-sistema-argentino.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2019.

ANCEL, B.; LEQUETE, Y. **Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé**. 4. ed. Paris: Dalloz, 2001.

ARAUJO, N. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. 5. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

ARGENTINA. **Código Civil y Comercial de la Nación**. Buenos Aires, 2014. Disponível em <<http://www.codigocivilonline.com.ar/etiquetas/articulo-2602/>>. Acesso em: 2 fev. 2020.

ARROYO, D. F. **Compétence exclusive et Compétence exorbitante dans les relations privées internationales**. v. 323. Leida: Brill, 2006. Collected Courses of The Hague Academy of International Law – Recueil des cours.

_____. La multifacética privatización de la codificación internacional del derecho comercial. In: BASEDOW, J.; ARROYO, D. F.; MORENO, J. A. (Org.). **¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?** Assunção: Thomson Reuters, 2010.

ASENSIO, P. A. M. El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones”. **Diario La Ley**, Madri, n. 8013, p. 1-4, 31 jan. 2013.

ASOREY, M. **O forum institute: o antes e depois do Código Civil e Comercial da Nação**. Buenos Aires, 2018. Disponível em: <<https://www.abogados.com.ar/el-instituto-del-foro-de-necesidad-el-antes-y-el-despues-del-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion/22322>. 2018>. Acesso em: 12 abr. 2019.

ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. **Princípios ASADIP sobre el Acceso Transnacional a Justiça (TRANSJUS)**. 2016. Disponível em: <http://www.asadip.org/v2/?page_id=231>. Acesso em: 6 set. 2018.

AUDIT, B. **Le droit international privé en quête d'universalité**. New York/USA: Springer, 2003. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye. v. 305.

BARBOSA, L. N.; MOSCHEN, V. R. B. Rumo ao acesso transnacional da justiça: uma análise de consonância entre os princípios TRANSJUS e o Código de Processo civil Brasileiro CPC/2015. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 02, n. 55, p. 77-105, 2009. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/download/3385/371371821&prev=search>>. Acesso em: 27 jun. 2019.

BOSCHIERO, N. Las reglas de competencia judicial de La Unión Europea en el Espacio Jurídico Inter- nacional. **Anuario Español de Derecho Internacional Privado**, t. IX, 2009.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm>. Acesso em: 11 set. 2019.

_____. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Brasília, 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6515.htm>. Acesso em: 11 set. 2019.

_____. **Constituição (1988)**. Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 2 fev. 2020.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 13 fev. 2019.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código do Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 383**. Brasília, 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_35_capSumula383.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 30.636. Relator: Ministro Cândido Motta Filho. Primeira Turma. **Diário da Justiça**, Brasília, 24 jan. 1957.

_____. **Recurso Extraordinário n. 227.114**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Segunda Turma. Diário da Justiça eletrônico, Brasília, 22 nov. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1740750>>. Acesso em: 1 fev. 2020.

CAMARGO, S. *Forum necessitatis*: uma proposta de flexibilização dos critérios de

competência internacional da justiça brasileira. In: MENEZES, Wagner et al. (Orgs.). **Direito internacional em expansão**. Belo Horizonte: Arraes, 2014. v. 4.

_____. **Forum shopping**: modo lícito de escolha de jurisdição? 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

CANADA. Suprema Corte. **Julgado**. Van Breda e Village Resorts Ltd. Ontário, 18 abr. 2010. Disponível em: <<https://scccsc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/8004/index.do>>. Acesso em: 26 set. 2019.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CARCERERI, P. A. L. **Guarda compartilhada**. 2005. Disponível em: <www.apase.com.br>. Acesso em: 18 fev. 2019.

CARVALHO, M. H. P. **Hermenêutica constitucional**: métodos e princípios específicos de interpretação. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997.

CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Bogotá, 1948. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 20 jan. 2020.

CONJUR. **Guarda de menor é julgada no foro onde reside responsável**. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-mai-09/guarda-menor-julgada-domicilio-onde-reside-responsavel-crianca>>. Acesso em: 2 fev. 2020.

_____. **Definição do juízo para ação de guarda deve obedecer ao interesse da criança**. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-21/escolha-juizo-acao-guarda-obedece-interesse-crianca>>. Acesso em: 2 fev. 2020.

CORBION, L. **Le déni de justice en droit international prive**. Provença: Presses Universitaires D'Aix–Marseille, 2004.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Europeia de Direitos Humanos**. Roma, 1950. Disponível em: <www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2020.

CRUZ, D. N.; CRUZ, K. R. P. **Processo civil contemporâneo: aspectos conceituais; constitucionalização e tutela jurisdicional efetiva**. 2010. Disponível em <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/O%20PROCESSO%20CIVIL%20CONTE>>

MPORANEO%20-%20ASPECTOS%20CONCEITUAIS.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2020.

DEL POZO, C. F. M. **Manual de derecho de la Comunidad Europea**. 3. ed. Madrid: Editora Trivium, 1997.

DIAS, M. B. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIDIER, F. **Curso de direito processual civil**. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2018.

DINAMARCO, C. R. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. I.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 18. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

DOLINGER, J. **Direito internacional privado: a criança no direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DORIA, I. I. Z. **Competência internacional em casos de sequestro interparental**. Uma análise do artigo 16 da Convenção de Haia de 1980. 2015. Monografia (Graduação em Direito). Programa de Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF.

ELIAS, R. J. **Direitos fundamentais da criança e do adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2005.

ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelação. **Julgado**. Angel Enrique Villeda Aldana e Del Monte Fresh Produce Inc. Georgia, 6 fev. 2014. Disponível em: <<https://caselaw.findlaw.com/us-11th-circuit/1656680.html>>. Acesso em: 10 set. 2019.

ESTEVES, M. A. A. **Convenções internacionais**. Texto disponibilizado em out. 2017. Disponível em: <<http://euroogle.com/dicionario.asp?definicion=424>>. Acesso em: 12 dez. 2019.

FAWCETT, J. J. **Declining jurisdiction in private international law**. Oxford: Clarendon Press, 1995.

FERRAJOLI, L. **Per un pubblico ministero come istituzione di garanzia: questioni di giustizia**. Milão: Franco Angeli, 2012.

FONSECA, P. M. P. C. Modificação da guarda de filhos. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 25, p. 76-82, 1988.

FRANÇA. **Le droit civil**. 1825. Disponível em <<https://books.google.com.br/books?id=Px5EAAAACAAJ&pg=RA1-PA3&lpg=RA1-PA3&dq=Artigo+14.+%E2%80%9CL%E2%80%99etranger,+m%C3%A4me+non+r%C3%A9sidant+en+France,+pourra+%E2%80%99>>

C3%AAtre+cit%C3%A9+devant+les+tribunaux+fran%C3%A7ais,+pour+l%E2%80%99ex%C3%A9cution+des+obligations+par+lui+contract%C3%A9es+en+France+avec+un+fran%C3%A7ais;+il+pourra+%C3%AAtre+traduit+devant+les+tribunaux+de+France,+pour+les+obligations+par+lui+contract%C3%A9es+en+pays+%C3%A9tranger+envers+des+fran%C3%A7ais++Artigo+15.+%E2%80%9CUn+fran%C3%A7ais+pourra+%C3%AAtre+traduit+devant+un+tribunal+de+France,+pour+des+obligations+par+lui+contract%C3%A9es+en+pays+%C3%A9tranger,+m%C3%AAme+avec+un+%C3%A9tranger&source=bl&ots=75I92aFGUn&sig=ACfU3U366VmCwMvv9euE-jh7oAnTtjFY1g&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwiWibOlrKDoAhWxd98KHVoqC9YQ6AEwBXoECAUQAQ#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 01 fev. 2020

FRANCIONI, F. The Rights of Access to Justice under Customary International Law. In: FRANCIONI, F. (ed.). **Access to justice as a human right**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

FRYDMAN, B. A pragmatic approach to global law. In: WATT, H. M.; ARROYO, D. F. (Ed.). **Private international law and global governance**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

FULCHIRON, H. In: RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline (Dir.) **Droit de la famille**. Paris: Dalloz, 2001, n° 1908.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil**: abrangendo o código de 1916 e o novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6.

GINSBURG, R. B.; BRUZELIUS, A. **Civil procedure in Sweden**. Haia: Martinus Nijhoff, 1965.

GLANZ, S. **A família mutante**: sociologia e direito comparado – inclusive o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, M. D. A. **Proteção integral**: paradigma multidisciplinar do Direito Pós-Moderno. Porto Alegre: Alcance, 2002.

GONZÁLEZ, J. D. C. **El derecho internacional privado (UNED)**. Madrid: Tecnos, 1998. v. I.

GONZÁLEZ, J. C. Crisis matrimoniales internacionales: Foro de necesidad y Derecho extranjero. **Revista Española de Derecho Internacional**, Madrid, v. 56, n. 1, p. 225-249, jan./jun. 2004. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/44298192>>. Acesso em: 25 jan. 2019.

GRISARD FILHO, W. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Guarda compartilhada**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GUZZELLI, M. A. Nova Lei da Guarda Compartilhada. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre, v. 04, jan./fev. 2019.

GUERRA, M. V. M. **Competência internacional no código de processo civil e princípios à luz da jurisprudência do STF e STJ**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, ES.

GUERRA, M. V. M.; MOSCHEN, V. R. B. Influências do common law no Brasil. Questão relacionada ao forum shopping: afinal, é possível a um juiz nacional derrogar sua competência internacional com base na doutrina estrangeira do *forum non conveniens*? In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI: Direitos fundamentais e transdisciplinariedade, 19., 2010, Fortaleza. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 3707-3716. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3365.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2015.

HILL, F. P. A nova fronteira do acesso à justiça: a jurisdição transnacional e os instrumentos de cooperação internacional no CPC/2015. **Revista eletrônica de direito processual**, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 2, p. 261-296, mai./ago. 2017.

IBDFAM. **CPC traz novidades com relação à competência em ações de família**. Belo Horizonte, 13 abr. 2016. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/noticias/5967/CPC+traz+novidades+com+rela%C3%A7%C3%A3o+%C3%A0+compet%C3%Aancia+em+a%C3%A7%C3%B5es+de+fam%C3%ADlia>>. Acesso em: 2 fev. 2020.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. **ALI/UNIDROIT Principles of transnational civil procedure**. 2004. Disponível em: <<https://www.unidroit.org/instruments/transnational-civil-procedure>>. Acesso em: 22 set. 2019.

IRADVOCATES. **Aldana v. Fresh Del Monte Produce**. Disponível em <http://www.iradvocates.org/case/latin-america-guatemala/aldana-v-fresh-del-monte-produce>>. Acesso em 21 março de 2020.

JAEGER JÚNIOR, A. **Europeização do direito internacional privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2012.

JAYME, E. O direito internacional privado e a família no umbral do século XXI. In: MARQUES, C. L.; ARAUJO, N. **O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

JATAHY, V. M. B. **Do conflito de jurisdições: a competência internacional da Justiça Brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

JENSEN, S. C. Os documentos internacionais sobre os direitos da criança e do adolescente. **Jornal de Relações Internacionais**, Curitiba, n. 3, v. 2, mar. 2018. Disponível em: <<https://jornalri.com.br/artigos/os-documentos-internacionais-sobre-os-direitos-das-criancas-e-dos-adolescentes>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

JOSSERAND, L. **Derecho civil: la familia**. Tradução espanhola de Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Bosch, 1952. v. II, tomo I.

JUSBRASIL. **Segunda Seção edita súmula sobre competência de foro para julgar ações de interesse de menor**. [s.d.]. Disponível em: <<https://nota-dez.jusbrasil.com.br/noticias/1171879/segunda-secao-edita-sumula-sobre-competencia-de-foro-para-julgar-acoes-de-interesse-de-menor?ref=serp>>. Acesso em: 2 fev. 2020.

KARAM, A. T. Por que já não tenho medo dos juízes? O controle das decisões no novo CPC. Texto disponibilizado em: 28 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-28/diario-classe-nao-tenho-medo-juizes-controle-decisoes-cpc>>. Acesso em: 23 mai. 2015.

KOPPENOL-LAFORCE, M.; VERMEULEN, F. **Estudo comparativo sobre “jurisdição residual” em disputas civis e comerciais na UE**: relatório nacional para os países baixos. 2007. Disponível em: <http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_resid_jurisd_netherlands_en.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2019.

LAFER, C. **A internacionalização dos direitos humanos**. Barueri: Manole, 2005.

LEVY, F. R. L. **Guarda de filhos**: os conflitos no exercício do poder familiar. São Paulo: Atlas, 2008.

LÔBO, P. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOCATELI, C. C.; TIEMPO, M. G. M. A efetivação do direito fundamental à convivência familiar na guarda compartilhada. In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE DIREITO: DIMENSÕES MATERIAIS E EFICÁCIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, 3., v. 2, n. 2, 2012, Chapecó, **Anais eletrônicos...** Disponível em: <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/index.php/simposiointernacionaldedireito/article/view/2279/1301>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

LOPES, I. Maintenance obligations in the brazilian law system: a path to hague convention on maintenance recovery and protocol. In: BEUAMONT, Pail; HESS, B.; WALKER, Lara; SPANCKEN, S. (Orgs.). **The Recovery of Maintenance in the EU and Worldwide**. 1. ed. London: Hart, 2014.

LUPOI, M. A. **Conflitti Transnazionali di Giurisdizioni**. Milão: Giuffrè, 2002. Tomo I.

MAGALHÃES, J. C. Acordos bilaterais de promoção e proteção de investimento. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 134, p. 13-18, abr./jul. 1997

MAGNUS, U.; MANKOWSKI, P. **Joint response to the green paper on the review of the Brussels I Regulation**. 2002. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0002/contributionscivil_society_ngo_academics/_others/prof_magnus_and_prof_mankowski_university_of_hamburg_en.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2019.

MÉRIDA, C. H. Sequestro interparental: princípio da residência habitual. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 255-272, jul./dez. 2011.

MÉXICO. **Código federal de procedimientos civiles**: nueva legislación de amparo reformada. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 1993. Doctrina, Textos y Jurisprudencia.

MILLS, A. **Normative individualism and jurisdiction in public and private international law**: toward a cosmopolitan sovereignty? Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2055295>>. Acesso em: 01 fev. 2020.

MONACO, G. F. C. O direito internacional dos direitos humanos da criança e do adolescente e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). **O STF e o direito internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MOREIRA, J. C. B. **Direito Aplicado**: Acórdão. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____. Problemas relativos a litígios internacionais. In: MORERIRA, J. C. B. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. Duelo e processo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 28, n. 112, p. 177-185, out./dez. 2003.

MORENO, V. C. G. Competencia judicial internacional. In: MARTÍN, N. G.; JIMÉNEZ, S. R. **Derecho internacional privado**. Villa Coyoacán: Nostra Ediciones, 2010. Disponível em <<http://biblio.jurídicas.unam.mx>>. Acesso em: 12 fev. 2020.

MOSCHEN, V. B.; BARBOSA, L. N. O direito transnacional (*global law*) e a crise de paradigma do estado-centrismo: é possível conceber uma ordem jurídica transnacional? **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, n. 3, p. 145-158, 2016.

MOSCHEN, V. R. B.; MARCELINO, H. C. Estado constitucional cooperativo e a codificação do Direito Internacional Privado: apontamentos sobre o *Judgment Project* da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado. **Revista Argumentum**, Marília, v. 18, p. 291-319, 2017.

NADER, P. **Introdução ao Estudo do Direito**. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NASSER, S. H. **Fontes e normas do direito internacional**: um estudo sobre a *soft law*. São Paulo: Atlas, 2005.

NERY JUNIOR, N. **Código de processo civil comentado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, D. A. A. Manual de direito processual civil. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

OAB RS. **Novo código de processo civil anotado**. Porto Alegre: OAB RS, 2015.

Disponível em: https://nayrontoledo.files.wordpress.com/2016/01/novo_cpc_annotado_2015.pdf. Acesso em: 01 de março de 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**. Paris, 1948. Disponível em <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 12 fev. 2020.

_____. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. New York, 1966. Disponível em: <http://www.cne.pt/content/onu-pacto-internacional-sobre-os-direitos-civis-epoliticos>. Acesso em: 14 fev. 2018.

_____. **Convenção de Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de menores**. 1980. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1362.html>. Acesso em: 12 jan. 2020.

_____. **Convenção sobre os direitos da criança**. 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 12 jan. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. San José, 1969. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 14 fev. 2018.

_____. **Convenção Interamericana sobre Restituição Internacional de Menores**. Montevideu, 1979. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1212.htm. Acesso em 10 set. 2019.

_____. **Convenção interamericana sobre competência na esfera internacional para a eficácia extraterritorial das sentenças estrangeiras**. La Paz, 1984. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-50.htm>. Acesso em: 10 jan. 2020.

PARLAMENTO EUROPEU. **Regulamento (UE) nº 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial**. Estrasburgo, 2012. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R1215&from=EN>. Acesso em: 13 dez. 2019.

PAROSKI, M. V. Do direito fundamental de acesso à justiça. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 10, p. 225-242, 2006. Disponível em <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/4132>. Acesso em: 01 fev. 2020.

PEREIRA, T. S. **Direito da criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIOVESAN, F. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

POLIDO, F. B. P. **Direito processual internacional e o contencioso internacional privado**. Curitiba: Juruá, 2013.

RAMOS, G. **Realidade e perspectivas da assistência jurídica aos necessitados no Brasil**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

RAMOS, R. M. G. M. A recente reforma do direito processual civil internacional em Portugal. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; FONSECA, José Roberto Franco da (Coords.). **O direito internacional no terceiro milênio: estudos em homenagem ao professor Vicente Marotta Rangel**. São Paulo: LTR, 1998.

RAOUL-DUVAL, P.; STOYANOV, M. Estudo comparativo sobre “jurisdição residual” em disputas civis e comerciais na UE: relatório nacional para a França 20. 2007. Disponível em: <http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_resid_jurisd_france_en.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2018.

RECHSTEINER, B. W. **Direito internacional privado: teoria e prática**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

REDFIELD, S. Searching for justice: the use of *forum necessitatis*. **Georgetown Journal of International Law**, Colorado/USA, v. 45, p. 893, 2014. Disponível em: <<https://www.law.georgetown.edu/academics/law-journals/gjil/recent/upload/zsx00314000893.PDF>>. Acesso em: 14 fev. 2018.

RODRIGUES, M. A. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RODRIGUES JÚNIOR, O. L. **Portugal aprova seu novo Código de Processo Civil**. Texto disponibilizado em 18 set. 2013. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2013-set-18/direito-comparado-cpc-portugues-nao-boafonte-inspiracao>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

_____. **Argentina promulga seu novo Código Civil e Comercial (parte 1)**. Texto disponibilizado em 15 out. 2014. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2014-out-15/direito-comparado-argentina-promulga-codigo-civil-parte>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

ROSSOLILLO, G. Forum necessitatis e flessibilità dei criteri di giurisdizione nel diritto internazionale e privatonazionale e dell’Unione Europea. **Cuadernos de Derecho Transnacional**, Madrid, n. 1, p. 403-418, mar. 2010.

ROZAS, J. C. F. **Rigidez versus flexibilidade em la ordenacion de la competencia judicial internacional: el Forum Necessitatis**. 2017. Disponível em: <<https://fernandezrozas.files.wordpress.com/2017/12/jc-fernc3a1ndez-rozas-forum-necessitatis.pdf>>. Acesso em: 06 mar. 2019.

SCHWERTNER, V. M. **Guarda Compartilhada**. 2005. Disponível em: <<http://www.RJ.apase.org.br>>. Acesso em: 03 fev. 2019.

SIEGEL, F. A.; OLIVEIRA NETO, F. J. R.; SOARES, J. S. A guarda, a guarda compartilhada e o poder familiar: implicações práticas. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 11, n. 3, jul./set. 2016. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/viewFile/9822/5522>>. Acesso em: 12 fev. 2019.

SIFUENTES, M. Pedido de restituição X Direito de guarda: análise do art. 16 da Convenção de Haia de 1980. **Revista CEJ**, Brasília, a. XV, n. 55, p. 57-64, out./dez. 2011, Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1500/1526>>. Acesso em: 12 jan. 2019.

SILVA, D. M. P. **Guarda Compartilhada e Síndrome de Alienação Parental: O que é isso?** Campinas, SP: Armazém do Ipê, 2009.

SILVA JUNIOR, E. **O exercício da jurisdição pelo estado brasileiro de acordo com o projeto do novo código de processo civil.** Disponível em <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=5bc33927ca8779dc>>. Acesso em 16 jan. 2020.

SMIT, H. The terms jurisdiction and competence in comparative law. **American Journal of Comparative Law**, Berkeley, v. 10, n. 1, p. 164-169, 1961.

SORIANO, M. V; GARCIMARTÍN, A. F. J., **Derecho procesal civil internacional: Litigación internacional.**, 2. ed. Cizur Menor: Thomson–Civitas, 2007.

STELZER, J. **União Europeia e supranacionalidade: desafio ou realidade?** Curitiba: Juruá, 2000.

STILERMAN, M. N. **Menores: Tenencia. Régimen de visitas.** 3. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997.

TEPEDINO, G. A tutela constitucional da criança e do adolescente: projeções civis e estatutárias. In: SARMENTO, D.; IKAWA, D.; PIOVESAN, F. (Coords.). **Igualdade, diferença e direitos humanos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TIBURCIO, C.; CALMON, G. **Sequestro internacional de crianças: comentários à Convenção de Haia de 1980.** São Paulo: Atlas, 2014.

TRASK, B. S. **Globalization and Families: Accelerated Systemic Social Change.** New York/USA: Springer, 2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA. Agravo de Instrumento nº 0016120-21.2014.8.05.0000. Relator: Roberto Maynard Frank. Quarta Câmara Cível. Publicado em: 27 jan. 2016. Disponível em: <<https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/348859873/agravo-de-instrumento-ai-161202120148050000?ref=amp>>. Acesso em: 2 fev. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Julgado n. 00491173820158260000.** Relator: Artur Marques. Câmara Especial Conflito de Competência. Publicado em: 15 ago. 2015. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do;jsessionid=3F41F7C471CE8DFC8C1225E4F6B8D2E2.cjsg3?conversationId=&cdAcordao=8681693&cdForo=0&uidCaptcha=sajcaptcha_9c72f88636314261ade7546eb67a430b&>

g-recaptcha-response=03AOLTBLRLPXh0qzXhiE0LJPYEuB1p8dDC7inXLfMnvJl8cCQlpHPsFhz_8okY0pwzyBa66ssLsHAu26sBkDOEty_sOmoe5Fd59pMw9dbsv9EtsSHGJzAll5uW3GdFK8p6UWD8oSMqZ5NCdbnuuxJWsQ6tVqZ1E6Q_2RDDYqh6DPp nKoVAY2679z8Nlr1TbJr6TyRNfjVuBZEcMfsrI1wUV0BvWkG05dsXpuqjCeHZaoBFQIcCXXushN5aAwH0xopzX9EKxdXFLOJNam0xC6tymQN522Okf8g2LcCy0stFb6UWrGwPL78Ecp6upTxO9nlgXhgpQdlgVpT68RwZYXY1IDlpOvTDyUqlxqL0FoLp_AybEzlw2JClurFt5Fol0Jx0ziJhewpfETfns8QIK_P-nUQ0Tu-qFm3s_jLDfByQBMIehvqVU>. Acesso em: 12 jan. 2020

TRINDADE, A. A. C. A denegação de justiça no Direito Internacional: doutrina, jurisprudência, prática dos Estados. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 16, n. 62, p. 23-40, abr./jan. 1979. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/ig/181121>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

UNIVERSOJUS. Interpretacion Art. 2602 del C.CyC. Texto disponibilizado em 01 ago. 2015. Disponível em <<http://universojus.com/cc-comentado-infojus/interpretacion-art-2602>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

VARGAS, J. A. Enforcement of judgments in Mexico: the 1988 rules of the federal code of Civil Procedure. **Northwestern Journal of International Law & Business**, Illinois, v. 14, p. 376-412, 1993. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1385&context=njilb>>. Acesso em: 27 jul. 2019.

VESCOVI, E. **Derecho procesal civil internacional**: Uruguay, el Mercosur y America. 1. ed. Montevideo: IDEA S.R.L., 2000.

VICENTE, D. M. A competência internacional no Código de Processo Civil revisto: aspectos gerais. In: VICENTE, Dário Moura. **Direito Internacional Privado**: Ensaio. Coimbra: Almedina, 2002. v. 1.

_____. Liberdades comunitárias e direito internacional privado. **Cuadernos de derecho transnacional**, Madri, v. 1, n. 2, p. 179-220, 2009.

WEBER, J. Universal Jurisdiction and Third States in the Reform of the Brussels I Regulation. **Rechts Z**, Tübingen, v. 75, p. 619-644, 2011.

ZANETI, G. A. **Jurisdição adequada para os processos coletivos transnacionais**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória.

ZANETI JÚNIOR, H. **A constitucionalização do processo**: a virada do paradigma racional e político no Processo Civil brasileiro do Estado Democrático Constitucional. 2005. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

_____. **A constitucionalização do processo**: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ZANETI JÚNIOR, H.; RODRIGUES, M. A. **Grandes temas do Novo CPC**. 1. ed.
Salvador: Jus Podivm, 2019.