

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

MARCEL VITOR DE MAGALHÃES E GUERRA

COMPETÊNCIA INTERNACIONAL NO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL E PRINCÍPIOS, Á LUZ DA
JURISPRUDÊNCIA DO STF E STJ

VITÓRIA
2010

MARCEL VITOR DE MAGALHÃES E GUERRA

**COMPETÊNCIA INTERNACIONAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
E PRINCÍPIOS, Á LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF E STJ**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação
Stricto Sensu em Direito, da Universidade Federal do
Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do
título de Mestre em Direito Processual.

Orientadora: Professora Doutora Valesca Raizer
Borges Moschen.

VITÓRIA

2010

MARCEL VITOR DE MAGALHÃES E GUERRA

**COMPETÊNCIA INTERNACIONAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
E PRINCÍPIOS, Á LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF E STJ**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

COMISSÃO EXAMINADORA

Profª. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientadora

Prof. Dr. Geovany Cardoso Jevaux
Universidade Federal do Espírito Santo

Profª. Dra. Martha Lucía Olivar Jimenez
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

AGRADECIMENTOS

À CAPES pela bolsa científica que permitiu dedicação exclusiva ao mestrado.

À minha família, pelo apoio e amor.

Ao grupo de pesquisa em Processo Civil Internacional pelos debates e pela pesquisa.

Em especial à Professora Doutora Valesca Raizer Borges Moschen, minha orientadora, por uma orientação sensível e zelosa, exemplo de dedicação e comprometimento com a Academia. Obrigado pelos ensinamentos valiosos.

RESUMO

O presente trabalho analisa o processo evolutivo da metodologia de aplicação das normas de competência internacional, artigos 88 e 89 do CPC. O estudo procura analisar os reflexos da mudança de paradigma do direito, com o aumento das possíveis influências do sistema do *common law* no sistema nacional, caracterizado por ser rígido. No atual estágio evolutivo, representado por um processo de aproximação dos sistemas e valoração dos direitos fundamentais; impôs-se uma adequação de institutos tradicionalmente formais, a partir de princípios voltados à justiça; não se admitindo mais interpretações restritivas de dispositivos jurídicos a limitar suas aplicações práticas. De modo que ao magistrado caberá a *flexibilização* das normas de competência internacional, promovendo a correção e ajuste das hipóteses positivas de exercício da jurisdição, sempre que esse cumprimento mecânico represente um desrespeito aos princípios integrantes do ordenamento jurídico que delineiam os contornos da jurisdição internacional.

Palavras-Chave: Competência Internacional; flexibilização; influências de sistemas; *common law*; *civil law*.

ABSTRACT

ABSTRACT: This paper analyzes the evolution of the methodology for applying the rules of international jurisdiction, Articles 88 and 89 of the CPC. The study analyzes the effects of the changing paradigm of law, with the increase of these possible influences of the common law system in the national system, characterized by being hard. At the current stage of evolution, represented by a process of aligning systems and assessment of fundamental rights, has set itself an adaptation of traditional formal institutions, from principles aimed at justice, not admitting more restrictive interpretations of legal devices to limit their applications custom. So the magistrate shall be responsible for relaxation of rules on jurisdiction, promoting repair and adjustment of positive cases for the exercise of jurisdiction, where compliance represents a mechanical failure principles members of the legal system that are shaping the international court.

Keywords: International Jurisdiction; flexibilization; influence of traditions; *common law*; *civil law*.

LISTA ABREVIATURAS E SIGLAS

AGRRCR	Agravo Regimental em Carta Rogatória
BCE	Banco Central Europeu
CCM	Comissão de Comércio do Mercosul
CEE	Comunidade Econômica Europeia
CMC	Conselho do Mercado Comum
CPC	Comissão Parlamentar Conjunta
CPC	Código de Processo Civil
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
Dec.	Decisão
ECR	European Court Reports
FCES	Foro Consultivo Econômico-Social
GMC	Grupo Mercado Comum
OC	Opinião Consultiva
PB	Protocolo de Brasília
PBA	Protocolo de Buenos Aires
PMPO	Protocolo Modificativo do Protocolo de Olivos
PO	Protocolo de Olivos
POP	Protocolo de Ouro Preto
PPT	Presidência <i>Pro-Tempore</i>
PSM	Protocolo de Santa Maria sobre Relações de Consumo
RPB	Regulamento do Protocolo de Brasília
RPO	Regulamento do Protocolo de Olivos
SAM	Secretaria Administrativa do Mercosul
SITEC	Sistema de Informações da Tarifa Externa Comum
ST	Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão
STJ	Superiores Tribunais de Justiça dos Estados Partes
STF	Supremo Tribunal Federal
TA	Tratado de Assunção
TAH	Tribunal Arbitral <i>Ad Hoc</i>
TCE	Tratado que institui a Comunidade Europeia
TCEE	Tratado que institui a Comunidade Econômica Europeia
TEC	Tarifa externa comum

SUMÁRIO

- 1 **INTRODUÇÃO** _____ Erro! Indicador não definido.
- 2 **CONCEITO DE PROCESSO CIVIL INTERNACIONAL** Erro! Indicador não definido.
 - 2.1 **DIREITO PROCESSUAL CIVIL INTERNACIONAL E DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO** _____ Erro! Indicador não definido.
- 3 **COMPETÊNCIA GERAL, INTERNACIONAL OU JURISDICIONAL** Erro! Indicador não definido.
 - 3.1 **JURISDIÇÃO** _____ Erro! Indicador não definido.
 - 3.2 **JURISDIÇÃO INTERNACIONAL** _____ Erro! Indicador não definido.
 - 3.3 **A TERMINOLOGIA: ‘COMPETÊNCIA’ INTERNACIONAL** ____ Erro! Indicador não definido.
- 4 **TIPOLOGIA DAS NORMAS DE COMPETÊNCIA INTERNACIONAL** ____ Erro! Indicador não definido.
 - 4.1 **DUPLO ALCANCE DAS NORMAS SOBRE COMPETÊNCIA INTERNACIONAL** Erro! Indicador não definido.
- 5 **CONTROVÉRSIA TRANSNACIONAL: FORUM SHOPPING** Erro! Indicador não definido.
 - 5.1 **CONFLITO DE JURISDIÇÕES OU DE COMPETÊNCIAS INTERNACIONAIS** Erro! Indicador não definido.
- 6 **FONTES DO DIREITO EM COMPETÊNCIA INTERNACIONAL** Erro! Indicador não definido.
 - 6.1 **LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL** _____ Erro! Indicador não definido.
 - 6.2 **CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973** _____ Erro! Indicador não definido.
 - 6.2.1 **COMPETÊNCIA CONCORRENTE – Art. 88** _____ **Erro! Indicador não definido.**
 - 6.2.1.1 **A Regra Actor Sequitur Forum Rei: Art. 88, I** _____ **Erro! Indicador não definido.**
 - 6.2.1.1.1 **domicílio de pessoa jurídica** _____ **Erro! Indicador não definido.**
 - 6.2.1.1.2 **Pluralidade de réus** _____ **Erro! Indicador não definido.**
 - 6.2.1.1.3 **Aplicação do art. 94, § 3º: norma de competência interna** **Erro! Indicador não definido.**
 - 6.2.1.2 **A Regra Actor Sequitur Forum Executionis: Art. 88, II** ____ **Erro! Indicador não definido.**
 - 6.2.1.3 **Fato ocorrido ou ato praticado no Brasil: Art. 88, III** ____ **Erro! Indicador não definido.**
 - 6.2.2 **COMPETÊNCIA EXCLUSIVA – Art. 89** _____ **Erro! Indicador não definido.**
 - 6.2.2.1 **Ações Relativas a Imóveis Situados no Brasil - A Regra Forum Rei Sitae: Artigo 89, I** **Erro! Indicador não definido.**
 - 6.2.2.2 **Ações Relativas a Inventários e Partilhas de bens situados no Brasil: Art. 89, II** ____ **Erro! Indicador não definido.**
- CAPÍTULO II** _____ Erro! Indicador não definido.
- 7 **NOVO PARADIGMA AXIOLÓGICO E SUAS INFLUÊNCIAS NA COMPETÊNCIA INTERNACIONAL** _____ Erro! Indicador não definido.
 - 7.1 **“DESPUBLICIZAÇÃO” DAS NORMAS DE COMPETÊNCIA INTERNACIONAL - MODELO ATUAL.** _____ Erro! Indicador não definido.
- 8 **NECESSIDADE DE AMPLIAÇÃO DA BASE PRINCIPIOLÓGICA DA MATÉRIA: CASOS OMISSOS NA LEI e CLÁUSULAS DE ELEIÇÃO DE FORO.** Erro! Indicador não definido.
 - 8.1 **CASOS OMISSOS NA LEI** _____ Erro! Indicador não definido.
 - 8.2 **CLÁUSULAS DE ELEIÇÃO DE FORO** _____ Erro! Indicador não definido.
 - 8.2.1 **Da Regra da Inafastabilidade da Competência Concorrente do Brasil: (right not to be sued abroad)** **Erro! Indicador não definido.**

9 PRINCÍPIOS DA COMPETÊNCIA INTERNACIONAL Erro! Indicador não definido.

9.1 PRINCÍPIO DA COMMITAS GENTIUM ou COOPERAÇÃO JUDICIAL ____ Erro! Indicador não definido.

9.2 PRINCÍPIO DA TERRITORIALIDADE e PLENITUDO JURISDICTIONIS __ Erro! Indicador não definido.

9.3 PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE _____ Erro! Indicador não definido.

9.4 PRINCÍPIO DA SUBMISSÃO OU DA AUTONOMIA DA VONTADE Erro! Indicador não definido.

9.5 PRINCÍPIO DA IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO _____ Erro! Indicador não definido.

9.6 PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA _____ Erro! Indicador não definido.

9.6.1 Acesso à justiça: Negativa de denegação de jurisdição _____ **Erro! Indicador não definido.**

9.7 PRINCÍPIO DO FORUM NECESSITATIS _____ Erro! Indicador não definido.

9.8 PRINCÍPIO DA JURISDIÇÃO RAZOÁVEL: FORUM EXORBITANTE (jurisdictionally improper fora) e RAZOÁVEL: Da conexão substancial ou minimum contact
Erro! Indicador não definido.

9.9 PRINCÍPIO DA IGUALDADE DE TRATAMENTO PROCESSUAL - artigo 835 do CPC Erro! Indicador não definido.

9.10 DOUTRINA DO FORUM NON CONVENIENS _____ Erro! Indicador não definido.

9.10.1 Forum Non Conveniens _____ **Erro! Indicador não definido.**

9.10.2 FORUM NON CONVENIENS NO SISTEMA NORTE AMERICANO **Erro! Indicador não definido.**

9.10.2.1 PRIMEIRO CASO PARADIGMÁTICO: Gulf Oil v. Gilbert **Erro! Indicador não definido.**

9.10.2.2 PREVISÃO NO ORDENAMENTO PROCESSUAL NORTE-AMERICANO: § 1404 do USCA **Erro! Indicador não definido.**

9.10.2.3 SEGUNDO CASO PARADIGMÁTICO: Piper aircraft Co. v. Reyno **Erro! Indicador não definido.**

9.10.2.4 CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO NO SISTEMA NORTE-AMERICANO ____ **Erro! Indicador não definido.**

9.10.3 CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO & FORUM NON CONVENIENS **Erro! Indicador não definido.**

9.10.3.1 FORUM NON CONVENIENS E LIS ALIBI PENDENS _ **Erro! Indicador não definido.**

9.10.3.1.1 LIS ALIBI PENDENS: Aspectos positivos e negativos **Erro! Indicador não definido.**

9.10.3.1.2 FORUM NON CONVENIENS: aspectos positivos e negativos __ **Erro! Indicador não definido.**

10 COMPATIBILIDADE DE SISTEMAS – NECESSIDADE DE QUEBRA DE UM MODELO DE ATRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA INTERNACIONAL RÍGIDO Erro! Indicador não definido.

11 CONCLUSÃO _____ Erro! Indicador não definido.

12 BIBLIOGRAFIA _____ Erro! Indicador não definido.

COMPETÊNCIA INTERNACIONAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E PRINCÍPIOS, À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF E STJ

1 INTRODUÇÃO

No estudo do Direito Processual Civil Internacional, a questão dos limites da jurisdição de um Estado é de suma importância, por se tratar das normas que vão delimitar o alcance do judiciário deste Estado no plano internacional.¹

A definição do efetivo contorno da competência internacional dos Estados, de um modo geral, é tema que suscita inúmeras dúvidas e controvérsias. Deste modo, o estudo dos limites da

¹ Na lição de GUIDO SOARES: “As normas sobre a competência internacional dos juízes locais, têm, assim, duas finalidades: a) regular as questões oriundas de fenômenos acontecidos alhures, mas que, por elementos de conexão relevantes, se encontram, igualmente, submetidas a possível cognoscibilidade do juiz nacional; b) regular questões decididas por Judiciários estrangeiros, e que, por razões diversas, devem ter eficácia no território nacional. No primeiro caso, trata-se do exame de uma competência originária de conhecimento inicial da questão, portanto, um exame preliminar sobre existir ou não competência; no segundo caso, de nacionalizar-se uma decisão judicial estrangeira, portanto, um exame ex post factum, de uma competência já exercida e cujos resultados são apresentados ao juiz ou tribunal nacionais. Por certo, tais questões que envolvem conflitos entre as legislações dos Estados soberanos em matéria de processo civil não são de direito privado; contudo, no direito brasileiro, por tradição, cabem ao direito internacional privado. Na verdade, é nosso pensamento que haveria lugar a propugnar-se por um Direito Processual Civil Internacional para lidar com tais assuntos, dada a tipicidade dos mesmos.” SOARES, Guido. A Competência Internacional do Judiciário Brasileiro e a Questão da Autonomia da Vontade das Partes. In *Direito e Comércio Internacional: Tendências e Perspectivas*. São Paulo: LTr, 1994, p. 285.

jurisdição internacional brasileira certamente desponta como uma necessidade atual do mundo cada vez mais globalizado.

No mundo contemporâneo, em que as distâncias são cada vez menores graças à modernização dos meios de transporte e de comunicação e, sobretudo, aos incríveis avanços tecnológicos e à revolução eletrônica capitaneada pela internet, os litígios de natureza internacional se multiplicam, sendo de extrema relevância o estudo das normas de processo civil internacional que delimitam a competência dos tribunais nacionais para julgar tais litígios.

A matéria pode ser objeto de apreciação pelo Judiciário quando o tribunal conhece da questão no exercício da jurisdição, ou quando é pedida a homologação de sentença estrangeira.² Essa atividade, contudo, hoje não pode mais funcionar separada de alguns princípios, próprios da competência internacional.

O objeto do trabalho é apresentar um estudo sistemático da matéria ‘competência internacional’ no Código de Processo Civil brasileiro, disciplinada pelos artigos 88 e 89 do CPC, juntamente com seus princípios. Pretende-se alcançar uma visão mais ampla dos critérios de definição da jurisdição internacional brasileira, acrescentando os princípios próprios - que funcionam como substrato das normas existentes, atuando não apenas como fatores de informação das normas legais, mas igualmente como um valioso instrumento de sua correção.

Enriquece-se o trabalho com análise dos principais julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Na parte final, dá-se um tratamento especial a duas questões extremamente controversas na atualidade: cláusulas de eleição de foro e doutrina do *forum non conveniens* no Brasil.

Divide-se o trabalho basicamente em três partes. No primeiro capítulo, faz-se um estudo geral elementar da competência internacional, analisando a tipologia, a natureza das normas de jurisdição internacional e seus princípios.

² Neste ponto, mister se faz observar os ensinamentos de HAROLDO VALADÃO: “*Uns e outros desses conflitos podem ser apreciados imediatamente, num primeiro momento, quando o tribunal vai conhecer da questão, no exercício da competência ou mediatamente num segundo momento, findo o processo, no reconhecimento da competência, ao ser a respectiva sentença examinada, para homologação, por um tribunal estrangeiro.*” VALADÃO, Haroldo. *Estudos de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1947, p. 422/423.

A segunda parte dedica-se ao estudo dos dispositivos propriamente ditos, que tratam de competência internacional no Código de Processo Civil, artigos 88, 89 e incisos, à luz da jurisprudência do STJ e STF.

Por derradeiro, a terceira parte do trabalho analisará dois temas especiais de competência internacional, quais sejam, cláusulas de eleição de foro em demandas com elementos estrangeiros e a possibilidade de derrogação de jurisdição nacional com base na doutrina do *forum non conveniens*, de origem anglo-saxônica.

CAPÍTULO I

TEORIA GERAL DA COMPETÊNCIA INTERNACIONAL

1 JURISDIÇÃO

O ponto de partida da análise de competência ou jurisdição internacional deve, necessariamente, passar pela delimitação da noção de jurisdição pertinente para o presente trabalho.

A evolução social e política da comunidade humana justificaram o poder jurisdicional do Estado que, exigindo um incremento da segurança de seus membros, conduziu à substituição da justiça privada (ou, para ser mais exato, da autotutela) por uma atuação exclusiva do próprio Estado – a heterotutela. De modo que o Estado, como ente imparcial, atribuiu-se a função de pacificação dos conflitos sociais, por meio da recomposição ou imposição do comportamento preceituado por normas legais de conduta, por ele próprio ditadas.³

MIAJA DE LA MUELA define o conceito de Jurisdição pontuando que:

La jurisdicción es, pues, una competencia potencial, y la competencia, jurisdicción actual sobre un determinado asunto. La distinción entre competencia y jurisdicción nace necesariamente de la pluralidad de tribunales en un mismo país.⁴

O professor ATHOS assim define jurisdição:

Ao direito subjetivo de ação, pelo qual alguém pede ao Estado que se lhe fale justiça, corresponde a atividade estatal da jurisdição, pela qual o Estado cumpre o dever constitucional de, mediante um devido processo legal, administrar justiça aos que lhe

³ CARNEIRO, Athos G. *Jurisdição e competência*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.p. 15

⁴ MUELA, Miaja de la. *Derecho Internacional privado, t. II: parte especial*, 3ª ed. Madrid, 1963, p. 435

hajam solicitado. A jurisdição é, com a administração e a legislação, forma de exercício da soberania estatal.⁵

FERNANDEZ ARROYO esclarece que o termo jurisdição sempre foi manejado com a conotação de potestade pública cujos fundamentos essenciais são fixados pelo constituinte e o alcance concreto é determinado pelo legislador.⁶

Para DINAMARCO a jurisdição é:

Ao mesmo tempo, poder, função e atividade. Como poder, é a manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete.⁷

Finalmente, SORIANO e ALFÉREZ definem jurisdição como sendo um poder ou capacidade atribuída a um determinado órgão estatal: o poder ou capacidade de julgar, pressuposto da competência judicial internacional⁸.

A jurisdição⁹ desponta, assim, não como uma condição de existência da lei, mas como um mecanismo de garantia de seu cumprimento; é a forma pela qual o Estado atua para corrigir a não observância espontânea de seus mandamentos ou, ainda, como este se substitui aos seus próprios súditos para determinar imperativamente a devida e concreta atuação do ditame legal.

Importante, contudo, esclarecer que o objetivo do Estado é assegurar a paz jurídica pela atuação da lei disciplinadora da relação jurídica em que se controvertem as partes. MOACIR esclarece:

É verdade que, com esse objetivo, atuando a lei no caso concreto, impondo assim a autoridade desta, o Estado reconhece e delibera quanto ao direito subjetivo, como consequência daquela atuação. Em conclusão, a finalidade da jurisdição é resguardar a

⁵ CARNEIRO, Athos G. *Jurisdição e competência*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

⁶ Nessa ordem de idéias afirma que: “*el término queda en todo o caso vinculado a la actuación de órganos sujetos al poder público, ya sea en su normal ámbito estatal o en el ámbito internacional o supranacional en el que las autoridades de dos o más Estados hayan dispuesto la actuación de un tribunal de justicia. Y, si esto es así, aparecería como menos apropiado utilizar la palabra jurisdicción para referirse a una resolución de controversias que se produce en virtud de un acuerdo de voluntades entre particulares.*” ARROYO, Fernandez. *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*. Argentina: Zavalía, 2003, p. 203.

⁷ CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 131.

⁸ “*la jurisdicción es un poder o capacidad que tiene atribuido un determinado órgano estatal: el poder/capacidad de juzgar; como tal es un presupuesto necesario de la competencia judicial internacional. La CIJ-competencia judicial Internacional - es la posibilidad de ejercer esse poder o capacidad en un litigio concreto.*” SORIANO, M. Virgos e ALFÉREZ, F. Garciamartin. *Derecho Procesal Civil Internacional*, CIVITAS, Madrid, 2000, p. 45.

⁹ Importante ressaltar a diferença do conceito de jurisdição no direito norte-americano, em que o termo assume dupla conotação, ao abranger tanto a atividade legiferante do Estado – *jurisdiction to prescribe* – quanto a sua capacidade de tornar concretamente efetivo o mandamento legal – *jurisdiction to enforce*. XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.7.

ordem jurídica, o império da lei e, como consequência, proteger aquele dos interesses em conflito que é tutelado pela lei, ou seja apurar o direito objetivo.¹⁰

A determinação do direito aplicável à situação concreta se constitui num meio de alcançar a pacificação social. Este seria, então, o objetivo principal da atividade jurisdicional: restaurar a estabilidade e, por assim dizer, o bem-estar social por meio da eliminação de conflitos, mediante a aplicação da solução justa dada pelo Estado.

Não se pode deixar de mencionar o princípio da inevitabilidade, no sentido de que o exercício da jurisdição deve fazer sentir de forma irresistível e obrigatória para todo aquele que simplesmente se ache sob seu poder, sem consideração de sua origem ou nacionalidade, e, ainda, não obstante a sua efetiva vontade de se sujeitar a tal poder.

Em contrapartida, o Estado deve assegurar a cada cidadão a possibilidade de acesso aos órgãos jurisdicionais competentes. No Brasil, esta garantia assume “status” constitucional, estabelecido no art. 5º, XXXV da Constituição da República de 1988 e traduzido pela proibição de que a lei exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, conhecido como princípio do acesso à justiça.

Do exposto acima, abstrai-se a premissa conceitual de jurisdição adotada pelo presente trabalho.

2 JURISDIÇÃO INTERNACIONAL OU COMPETÊNCIA GERAL OU INTERNACIONAL

O significado do termo ‘competência ou jurisdição internacional’ se refere, precisamente, ao exercício do poder jurisdicional do Estado em relação a uma controvérsia que, de qualquer maneira, apresente um elemento estrangeiro, a significar o envolvimento de mais de um país.¹¹

Importante salientar, contudo que, quanto ao seu conteúdo, a jurisdição não é passível de sofrer qualquer transformação em razão da simples presença de elementos estrangeiros no processo. A

¹⁰ SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras Linhas de direito processual civil*. 18 ed. São Paulo. Saraiva, 1995, vol. I, p. 68.

¹¹ Outro conceito é o dado pelo professor DOMINGUEZ: “*Por competencia jurisdiccional internacional entendemos el conjunto de procesos en los que los órganos jurisdiccionales españoles pueden ejercer, según la Ley española, su jurisdicción.*” DOMINGUEZ, Valentin Cortes. *Derecho procesal civil internacional (ordenamiento español)*. Madrid : Editoriales de Derecho Reunidas, 1981.

atividade jurisdicional do Estado, quanto aos fins que almeja, é única e invariável. Portanto, do ponto de vista do conteúdo da atividade jurisdicional, não se pode estabelecer uma distinção relevante em prol de um conceito autônomo de jurisdição internacional.

No que tange à extensão de sua atuação, a questão assume outros contornos. As condições para o exercício desse poder jurisdicional são desenhadas, de forma autônoma, por cada país, podendo, portanto, ao menos em abstrato, serem ilimitadas.¹² Sobre esse aspecto do exercício da jurisdição, assim se posiciona MORELLI:

Es concebible en abstracto que el Estado ejerza ilimitadamente su propia jurisdicción; es decir, que la ejerza respecto de la composición de todas las litis posibles, aun de las que no están em modo alguno vinculadas com el. (...) Pero em la realidad, las cosas no son así, pues el Estado, bien em consideración a la existencia de Estados extranjeros que ejercen también ellos la jurisdicción, bien em ejecución de obligaciones internacionales, bien em consideración a su propio interés, que lo induce a abstenerse de ejercer una actividad concreta em orden a la composición de conflictos extraños a la vida social del Estado, limita su jurisdicción, determinando, em virtud de ciertos criterios las litis respecto de las cuales se la puede ejercitar.¹³

Nesse sentido, é possível que um país estabeleça que conhecerá todas as lides possíveis, inclusive aquelas que não apresentam, de modo algum, um vínculo ou conexão com seu ordenamento.

Ocorre que, a universalidade da jurisdição causaria vários problemas de ordem prática, impondo, portanto, a necessidade de se considerar outros elementos como a existência de outras jurisdições, a soberania territorial de cada país e o próprio interesse em conhecer de conflitos absolutamente estranhos à vida social de um país.

Analisando a extensão da jurisdição espanhola ROZAS e LORENZO lecionam:

Si los tribunales esmoleos conociesen de determinados litígios cuya conexión con el foro no presentase un arraigo suficiente com el Ordenamiento español, la decisión que al efecto dictasen podría encontrar serias dificultades prácticas para su ejecución. Es posible que la misma deba efectuarse em um âmbito jurisdiccional distinto y que las normas que regulan este último dificulten tal ejecución. También es muy probable que el protagonismo de la organización jurisdiccional de un determinado Estado em el conocimiento de todos los litígios disuada al contratante extranjero de entrar em

¹² CARNELUTTI sustenta que não há qualquer obstáculo lógico a que um juiz decida qualquer lide, sejam nacionais ou estrangeiros os litigantes, estejam, ou não, no território nacional os bens que constituem objeto da ação, e seja qual for o lugar em que hajam ocorrido os fatos determinantes do litígio. O poder jurisdiccional independe do espaço como do tempo. CARNELUTTI, F. *Limiti della giurisdizione del giudice italiano*, in *Revista di Diritto Processuale Civile*, vol. 8, II, 1931, p. 218-219.

¹³ MORELLI, Gaetano. *Derecho Procesal civil Internacional*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: E.J.E.A., 1953, p. 86.

contacto com um contratante nacional pues, en caso de una eventual controversia, quedaría en inferioridad de condiciones respecto de este último.¹⁴

Destarte, é legítimo abstrair que, ao menos no que se refere ao alcance de sua atuação, a jurisdição do Estado, quando exercida sobre litígios plurilocalizados positivamente, assume contornos distintos e mais complexos que em relação a litígios puramente internos. Nesse sentido, a jurisdição internacional estará sujeita a regras e princípios que lhe imponham um grau de limitação suficiente para afastar o caráter universal e eventuais desproporcionalidades a caracterizar uma tutela desconectada com valores constitucionais como o acesso à justiça.¹⁵

De modo que as normas que cumprem o desiderato de limitar o exercício da jurisdição, determinando, em virtude de certos critérios, as lides a respeito das quais se conhecerá, são chamadas de normas sobre competência ou jurisdição internacional.

Antes de passar adiante, contudo, mister uma breve análise do termo jurisdição ou competência internacional, mais precisamente, o termo ‘competência internacional’ uma vez que sua utilização é objeto de controvérsias doutrinárias.

3 A TERMINOLOGIA: ‘COMPETÊNCIA INTERNACIONAL’

JATAHY explica que a razão de a doutrina polemizar o termo ‘competência internacional’ se dá em razão de ser a competência a repartição interna da jurisdição e por não existir órgão supraestatal regulamentador da competência internacional dos Estados. É o próprio Estado que, orientado por princípios gerais e adotando seus próprios critérios, elabora regras que fixam os limites de sua jurisdição.¹⁶

¹⁴ ROZAS, José Carlos Fernández e LORENZO, Sixto Sánchez. *Curso de derecho Internacional Privado*, Madrid: Civitas, 1991, p.268.

¹⁵ *O objetivo, portanto da disciplina atinente à competência internacional é o de definir o poder da jurisdição nacional, e congruentemente a dos estrangeiros, no sentido de saber se uma dada causa está, ou não submetida à jurisdição nacional; e, em caso positivo, se há jurisdição concorrente das jurisdições estrangeiras, ou se é exclusiva a da jurisdição nacional.*” ALVIM, J. M. Arruda. *Competência Internacional. Revista de Processo*, Rio de Janeiro. n. 7/8, p. 15-49, jul./dez. 1977. E ainda, o escólio de GUIDO é no sentido de que: “As normas sobre a competência internacional dos juizes locais têm, assim duas finalidades: a) regular as questões oriundas de fenômenos acontecidos alhures, mas que, por elementos de conexão relevantes se encontram, igualmente submetidas a possível cognoscibilidade do juiz nacional; b) regular as questões decididas por Judiciários estrangeiros, e que, por razões diversas, devem ter eficácia no território nacional.” SOARES. GUIDO F.S. *A Competência Internacional do Judiciário Brasileiro e a Questão da Autonomia da Vontade das Partes*. In: *Direito e Comércio Internacional: Tendências e Perspectivas: Estudos em Homenagem ao Prof. Irineu Strenger*. São Paulo: Ltr, 1994., p.285.

¹⁶ Op. cit., p.10. Nesse sentido ver também SORIANO, M. Virgos e ALFÉREZ, F. Garciamartin. *Derecho Procesal Civil Internacional*, CIVITAS, Madrid, 2000.

Para parte da doutrina, o termo ‘competência’ não seria técnico, sendo mais correta a expressão ‘jurisdição internacional’. Nesse sentido, FRAGISTAS afirma que o termo *jurisdição internacional* melhor se adequou à teoria do conflito de jurisdições. Para o jurista grego, a questão não é saber qual o tribunal ou juiz do país será o competente para julgar o litígio e sim, determinar se um litígio em concreto, resultante de uma relação internacional, deve ou pode ser examinado pela justiça do país.¹⁷

Para os fins do presente trabalho, adota-se o entendimento de MORELLI, no sentido de que a expressão ‘competência internacional’ não é equivocada, pois não se confunde com competência nacional ou interna. O autor adverte contudo, que a denominação ‘competência’ pode conduzir a errôneas analogias com as normas internas que tratam da organização da jurisdição de um Estado.¹⁸

As normas que tratam de competência internacional delimitam os poderes do Estado, ou seja, de seus órgãos considerados como um todo. Já as normas sobre a verdadeira e própria competência se destinam a distribuir entre esses órgãos individualmente considerados, as lides que, em virtude das normas do primeiro grupo, encontram-se submetidas à jurisdição do Estado. Com efeito, as normas sobre competência internacional são concebidas para o propósito de distribuir as lides entre Estados distintos.

Ademais, a terminologia ‘competência internacional’ é adotada pelo Código de Processo Civil de 1973, em seu Livro I, Título IV, Capítulo II e adotada por diversos tratados internacionais.¹⁹

Essas normas pertencem ao ordenamento jurídico de um determinado Estado. Podem determinar e determinam os limites da jurisdição do Estado a que pertencem, mas não determinam e, nem poderiam determinar, os limites da jurisdição de Estados estrangeiros, limites estes que são, exclusivamente, determinados pelos respectivos ordenamentos.

¹⁷ FRAGISTAS, Charlabos M. *La Compétence Internationale en Droit Privé*, Recueil des Cours, 1961, vol. 104, III, p. 167.

¹⁸ MORELLI, Gaetano. *Derecho procesal civil internacional*. Trad. de Santiago Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953, pp. 86.

¹⁹ Ver Código de Bustamante, Título II; Convenção Interamericana sobre Competência na Esfera Internacional para Eficácia Extraterritorial das Sentenças Estrangeiras; Convenções Interamericana sobre Conflitos de Leis em Matéria de Adoção de Menores, arts. 15 a 17; Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar, arts. 8º a 10; Convenção Interamericana sobre Restituição de Menores, art. 6º; Convenções Internacional sobre Tráfico Internacional de Menores, art. 9º.

Diante disto, MORELLI afirma não ser correta a expressão ‘competência concorrente’ e ‘competência exclusiva’, no sentido de que um Estado não poderia interferir na determinação da jurisdição de outro. Daí, portanto, não haveria como afirmar ser determinada matéria de competência exclusiva ou concorrente, uma vez que, para tal, precisaria analisar a questão sob a perspectiva também do outro país. E, não há como afirmar, por exemplo, que um país tem competência exclusiva em alguma matéria, pois nada impede que jurisdições estrangeiras conheçam e julguem a referida matéria.²⁰

LUPOI, contudo, infirma referida crítica com o argumento de que a abordagem aplicada pelo autor italiano recai exclusivamente sob o aspecto público, pela ótica individual, perdendo de vista a controvérsia. Aduz o autor que, se focalizar sobre o litígio e a relação dinâmica entre os elementos estrangeiros da lide e os diferentes sistemas jurídicos, que entram em contato, não haverá problema em se adotar, de forma fungível, sem formalismos ou abstrações os termos ‘competência concorrente e exclusiva’.²¹

4 TIPOLOGIA DAS NORMAS DE COMPETÊNCIA INTERNACIONAL

As normas de jurisdição internacional, por sua natureza, apresentam um caráter *unilateral* ao delimitar o âmbito jurisdicional dos tribunais de um Estado. A íntima conexão da jurisdição com a soberania de um Estado impede que uma norma interna possa atribuir a um tribunal estrangeiro a competência para conhecer um litígio com elemento estrangeiro, por mais que tenha bastante conexão ou relação com o referido tribunal.²²

²⁰ *Op. cit.*, p. 16. Ainda nesse sentido, BARBOSA MOREIRA aduz: “*não se afigura inteiramente apropriada a expressão ‘competência concorrente’, no que tange à Justiça estrangeira: no fundo, para o Brasil, a brasileira é que seria a única competente em princípio, ao passo que alguma outra unicamente pode vir a tornar-se competente, em virtude de ato da parte, anterior ao processo ou praticado nele.*” MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Problemas relativos a Litígios Internacionais*. In Temas de Direito Processual Civil. 5ª série, Rio de Janeiro. Forense. Ainda vale mencionar outras expressões utilizadas pela doutrina como *jurisdição relativa e absoluta* que correspondem à competência concorrente e exclusiva, respectivamente. SILVA NETO, Orlando Celso. *Direito Processual Civil Internacional Brasileiro*. São Paulo: LTr, 2003.

²¹ LUPOI, Michele Angelo. *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*. Tomo I. *Policies, metodi, criteri di collegamento*. Milano, 2002, p. 5.

²² Há quem afirme que a estrutura da norma sobre competência internacional é tripartida. Entre seus elementos constitutivos encontra-se: a) pressuposto de fato; b) um ponto de conexão; c) consequência jurídica. Nesse sentido: “*...en realidad no se trata de una norma rara o diversa a la que la teoría del derecho nos ha enseñado. En esta norma encontramos un supuesto, identificado, en nuestro caso, por lo que hemos denominado objeto, materia o litigio. La norma también presenta una consecuencia, que se identifica por el órgano o tribunal elegido. A la vez, supuesto y consecuencia, que se identifica por el órgano o tribunal elegido. A la vez, supuesto y consecuencia se encuentran vinculados por la relación o punto de conexión*” SILVA, J.A. *Op. cit.* p. 645.

Assim, bilateralizar uma norma de competência internacional em um sistema de Direito Internacional Privado autônomo torna-se algo totalmente ineficaz, uma vez que o tribunal estrangeiro não será, de qualquer forma, vinculado por essa ordem.²³

Nessa esteira, ROZAS e LORENZO assinalam que

bilateralizar uma norma de competência judicial internacional prevista em um sistema de Direito Internacional Privado autônomo torna-se algo totalmente ineficaz, já que o designado Tribunal estrangeiro não estaria, de forma alguma, vinculado a tal dispositivo.²⁴

Para que um Tribunal nacional afirme ou rechace sua competência internacional deve se valer, em regra, unicamente do predeterminado legalmente em seu próprio ordenamento jurídico. O juiz nacional não afirmará sua competência internacional com base em uma norma estrangeira sobre competência internacional. Não se adota a tese do “reenvio de competência internacional.”²⁵ Contudo, como dito, o isolamento completo comprometeria a harmonia e a própria efetividade das sentenças de um país, o que denuncia, de forma inegável, a influência de normas estrangeiras na fixação da competência internacional.

O reflexo processual da unilateralidade das normas de jurisdição internacional pode ser observado quando uma parte apresenta eventual exceção declinatória de competência internacional perante o órgão jurisdicional que conheceu a demanda. Nessas situações, o órgão jurisdicional poderá, no máximo, em caso de procedência da exceção, declarar sua incompetência. Contudo, não poderá, de forma alguma, impor a Tribunais de outros Estados a competência internacional para receber a demanda, pois como dito, regras sobre competência internacional são reflexos de suas soberanias, portanto, unilaterais.

ARROYO alerta para os enunciados aparentemente multilaterais que não devem ser confundidos; ou seja, por mais que em alguns sistemas estatais, as normas sobre competência

²³ Para AMILCAR trata-se de “*tutela inócua ou vã demonstração de força (brutum fulmen)*”. CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

²⁴ “*Bilateralizar una norma de competencia judicial internacional prevista en un sistema de Derecho internacional Privado 'autónomo' deviene algo totalmente ineficaz, toda vez que el Tribunal extranjero designado no quedaría vinculado en modo alguno por tal mandato.*” ROZAS, José Carlos Fernández e LORENZO, Sixto Sánchez. *Derecho Internacional Privado*, Madrid: Civitas, 1999, p. 85.

²⁵ CARAVACA e GONZÁLEZ afirmam que consultar normas estrangeiras sobre competência internacional “*dañaría la Soberanía estatal, ya que cada Estado fija de modo soberano los casos en los que interviene su Poder Judicial.*” ²⁵ CARAVACA, Alfonso Luis Calvo e GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. *Competência judicial internacional: régimen de producción interna en Derecho internacional privado español*. Revista Decita n. 04. Fundação Boiteux. 2005 p. 519-542.

internacional sejam elaboradas de forma aparentemente multilateral, devem ser lidas como unilaterais, exclusivamente dirigidas aos juízes do Estado que as elaborou.²⁶

Contudo, excepcionalmente, têm-se normas bilaterais ou multilaterais de competência internacional, quando de fonte convencional, firmadas em tratados internacionais, situações em que se criam, em função de acordos, critérios comuns de competência internacional a autoridades judiciais de vários Estados²⁷. Portanto, basta que os Estados tenham firmado, ratificado e positivado os instrumentos internacionais para que as normas sejam eficazes.

Pelo exposto, sistematiza-se que, quanto à origem, a competência internacional pode ser: autônoma ou convencional²⁸. Se a norma sobre competência internacional for autônoma será elaborada de maneira livre e soberana por cada um dos Estados. Portanto, será configurada a partir da perspectiva particular do Estado, de acordo com seu contexto político, social, econômico, cultural. Se, contudo, a norma sobre competência internacional tiver sua origem em um convênio ou tratado internacional terá sua elaboração condicionada aos termos do acordado, que se pressupõe uma mesma importância na determinação dos interesses particulares. Dessa forma, não se tem uma única realidade, um único contexto, se não um acúmulo de realidades que diluem a particular delimitação política, social, cultural ou econômica de cada um.²⁹

Em função da origem das limitações que as normas sobre competência internacional sofrem, elas são autônomas. Assim, não há nenhum interesse em determinar competência internacional de países estrangeiros, ainda que mais próximos ou conectados com a demanda.

Nestes termos, se pronuncia ARROYO que nenhum sistema, por lógica, aspira a ordenar a convivência de outros meios jurídicos que não sejam os seus próprios; nem pretende garantir a

²⁶“La formulación aparentemente multilateral de las normas de jurisdicción contenidas en los sistemas autónomos no debe confundirnos... Esto significa que por más que en algunos sistemas estatales las normas de jurisdicción internacional se redacten de forma multilateral, debemos tomarlas como reglas unilaterales, exclusivamente dirigidas a los jueces del Estado que las dicta” ARROYO, Fernandez. *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*. Argentina: Zavalía, 2003.

²⁷ Interessante é a sistematização da técnica de elaboração dos tratados internacionais em matéria de competência elaborada por RIGAUX: “La técnica utilizada en los tratados internacionales puede alcanzar três grados de precisión: 1. El principio de asimilación a los nacionales consiste en someter a los nacionales del Estado contratante a las reglas de competencia territorial interna de la lex fori. 2. Limitarse a designar, con ayuda de este critério, el Estado cuyas autoridades o jurisdicciones se declaran competentes. 3. Incluir una disposición que regule al mismo tiempo la competencia territorial interna.” RIGAUX, François. *Derecho Internacional Privado. Parte Geral*. Traducción por Alegria Borrás Rodrigues. Madrid. Editorial CIVITAS, 1985 p. 181.

²⁸ No sistema comunitário europeu, as regras de competência internacional podem ter uma origem autônoma, convencional e institucional.

²⁹ SORIANO, M. Virgos e ALFÉREZ, F. Garciamartin. *Derecho Procesal Civil Internacional: litigación internacional*. Madrid: CIVITAS, 2000.

tutela jurisdicional efetiva de interesses legítimos de seus nacionais em jurisdições alheias a sua. Por essa razão, não se articulam normas sobre competência internacional em um tribunal estrangeiro, nem regras particulares que pretendam ter um alcance regulador universal.³⁰

Esse caráter imperativamente unilateral das normas autônomas sobre competência internacional é o que caracteriza a diferença em relação ao conflito de leis aplicáveis à relação jurídica material, matéria própria do Direito Internacional Privado.

As normas autônomas sobre competência internacional ‘atribuem’, unilateralmente, no sentido de repartir, conferir ou não ao conjunto de órgãos judiciais, a competência internacional ou função jurisdicional, enquanto que as de fonte convencional, de tratados internacionais, ‘distribuem’, repartem multilateralmente a competência internacional.³¹

As normas de competência internacional do CPC, no Brasil, são normas diretas e atributivas. Diretas porque o Código de Processo Civil de 1973 dispôs expressamente quais são as causas a ela sujeitas, excluindo, portanto, implicitamente, todas as outras. As normas indiretas, contudo, são aquelas caracterizadas pelo fato de que não há nenhuma disposição expressa sobre a matéria, de modo que os limites da jurisdição se deduzem mediatamente dos dispositivos legais sobre competência territorial de cada um dos órgãos judiciários internos.³²

O Brasil, sob a égide do CPC de 1939, adotava o método da determinação indireta, caracterizado pela possibilidade da bilateralidade, que no atual não existe. Naquele sistema, a competência jurisdicional de outros Estados seria como um espelho da brasileira, podendo um juiz nacional determinar a competência de juízes estrangeiros em questões simétricas, mas inversas. Sintetiza LUIZ OLAVO: “dessa forma, tendo jurisdição o foro brasileiro no caso do réu ser aqui residente, teria jurisdição o tribunal estrangeiro se o réu fosse residente no seu foro. Isso não ocorre mais.”

33

³⁰ Nesse sentido ver ARROYO, Veáse Fernandez. Competencia internacional exclusiva y exorbitante de los jueces de los Estados miembros de la Unión Europea. ¿Hasta quando? *Jurídica*, num. 34, 2004, p. 34.

³¹ ROZAS e LORENZO afirmam que “estas normas tienen como finalidad una distribución de los ámbitos de actuación jurisdiccional de los distintos Estados (competencia judicial convencional e institucional), limitándose, cuando su origen es interno, a establecer si dicho Estado puede insertar un litigio concreto en el ámbito de actuación de sus propios tribunales, considerados en su conjunto (régimen común de competencia judicial internacional). Si se trata de reglas de origen internacional su función es ‘distributiva’ de competencia, mientras que si proceden del orden interno es meramente ‘atributiva’ de competencia”. ROZAS, José Carlos Fernández e LORENZO, Sixto Sánchez. *Curso de derecho Internacional Privado*, Madrid: Civitas, 1991, p.80.

³² LIEBMAN, E. T. *Os limites da jurisdição brasileira*. In Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro. Saraiva, 1947, p. 18

³³ BASSO, Maristela e CARVALHO, Patrícia Luciane de (orgs). *Lições de Direito Internacional. Estudos e pareceres de Luiz Olavo Baptista*. Curitiba: Juruá, 2008.

Com o advento do CPC de 1973, adotou-se o método da determinação direta, ou seja, o direito brasileiro determina a jurisdição internacional de seus juízes, mas não os de outros países, que se submetem às regras de seus próprios países.

Por fim, como as normas sobre competência internacional são normas que definem a extensão da jurisdição de um Estado e, portanto, fundadas na soberania, pode-se dizer que são normas de ordem pública.³⁴

A importância do presente tópico se justifica pela necessidade de se observar a natureza distinta dessas normas em relação às normas de competência interna. As normas que delimitam internamente o poder jurisdicional do Estado são estruturadas segundo determinados critérios objetivos ou subjetivos, absolutamente independentes e autônomos com relação aos critérios utilizados para determinar o poder jurisdicional internacional.

As normas sobre competência internacional são formuladas pelo legislador a partir de certa vinculação das partes, do fundamento, ou do objeto da lide com o próprio Estado. Os critérios de vinculação objetivos são os relacionados com os elementos da controvérsia, como a situação do bem no território ou o ato ou fato gerador de um direito ali ocorrido, ou ainda porque, no território do Estado, há de ser cumprida a obrigação assumida. São critérios subjetivos os que fixam a jurisdição considerando determinada condição ou situação em que as partes se encontram em relação ao Estado, como ser seu nacional, ter ali o domicílio, a residência ou simplesmente se encontrar em seu território.³⁵

Portanto, a questão da competência para conhecer de uma causa desdobra-se normalmente em dois tópicos, a que correspondem duas etapas sucessivas e inconfundíveis de investigação. Antes de mais nada, examina-se o problema no plano *internacional* para verificar se a Justiça de determinado país pode exercer jurisdição na espécie. Se afirmativa a resposta, então se passa a averiguar, no plano *interno*, a que órgão daquela Justiça toca o conhecimento da causa.³⁶

³⁴ Nesse sentido, ver MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Da competência internacional e dos princípios que a informam*. Revista de Processo, n. 50, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 51-71

³⁵ JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do conflito de jurisdições: a Competência Internacional da Justiça Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.17.

³⁶ FRAGISTAS ilustra o problema dizendo que a questão de saber se o litígio será apreciado pelo tribunal de Amsterdã ou pelo de Roterdã é bem menos complexa do que a questão de se saber se o mesmo litígio será julgado pela justiça holandesa, ou pela justiça de Cuba. As duas questões têm para as partes valor diverso. Assim, as regras concernentes à competência territorial interna não devem ser simplesmente projetadas para aferir a competência internacional. *Op. cit.*, p. 251.

Interessante o resgate histórico de BATALHA, no sentido de que:

Deve-se a Bartin a distinção nítida entre o problema da competência geral e o problema da competência especial. O primeiro consiste em saber qual o Estado cuja Justiça é competente para o deslinde da controvérsia. O segundo consiste em saber qual dentre os juizes e tribunais de determinado país é competente (*ratione materiae, ratione personae, ratione loci*) para apreciar o litígio.³⁷

Dessa forma, cuida-se de atribuir competência à jurisdição de um país, deixando a uma fase posterior o exame das regras de competência interna funcional. Forçoso, portanto, reconhecer a diversidade da natureza da chamada competência internacional.

Pelo exposto, pode-se afirmar que, independentemente de atribuir ou distribuir, a norma sobre competência internacional, autônoma ou convencional, todas perseguem uma finalidade que converge em um ponto, a saber: outorgar aos tribunais a potestade necessária para conhecer e resolver o fundo, a matéria do litígio material com elemento internacional.

5 “DESPUBLICIZAÇÃO” DAS NORMAS DE COMPETÊNCIA INTERNACIONAL - MODELO ATUAL.

As regras de fixação de competência internacional têm passado por um nítido processo de despublicização. Isto traduz-se pelo fato de sua crescente descaracterização de simples reflexo ou emanção do poder soberano do Estado, para se revelarem não apenas como um instrumento de garantia de justiça processual-formal, mas também como garantia de tutela efetiva da parte que tiver direito, como resultado de uma decisão de mérito obtida. Essa nova visão do conceito de jurisdição internacional enquadra-se dentro de uma nova visão do processo civil de resultados, surgindo como contraponto àquela antiga concepção histórica da jurisdição vinculada estritamente a um conceito de soberania, sem maiores considerações quanto às partes envolvidas.

SORIANO E AFÉREZ estabelecem a distinção do que convencionaram chamar de *modelo de soberania versus modelo de justiça privada*. A principal distinção entre um e outro é a forma

³⁷ BATALHA, Wilson. *Tratado Elementar de Direito Internacional Privado*, São Paulo, Ed. RT, 1961, vol. II.

como se encara a jurisdição. No primeiro, ela assume a natureza de um poder do Estado, enquanto na segunda, a de uma função, com o objetivo de ministrar uma tutela jurisdicional efetiva *inter privatos*³⁸. Representa uma visão mais centrada nas partes que estão envolvidas no litígio internacional e em suas necessidades, de forma que a atividade jurisdicional lhes proporcione, da melhor forma possível, o acesso a um processo equo e centrado no direito, conduzindo à tutela efetiva de seus direitos.

É o que ÉTIENNE PATAUT aponta como uma concepção mais privatista das normas de competência internacional, a partir da qual devam ser entendidas mais como um modelo de regulação de situações jurídicas que comportem um elemento de internacionalidade do que uma simples técnica de delimitação das esferas de competência dos diversos Estados soberanos. Na verdade, em consonância com seu escopo, a atividade jurisdicional não é mais hoje vista como uma simples demonstração de poder estatal. Ainda que tal poder seja reflexamente sentido, de forma instrumental, sempre que necessária a transmutação da realidade concreta para conformá-la ao *decisum*, não é mais o elemento fundamental que motiva seu exercício.³⁹

Fortes exemplos são os, hoje já sem eficácia, artigos 14 e 15 do Código Civil Francês que, em um primeiro momento, expressavam uma doutrina do juiz natural que fazia do direito de julgar um direito verdadeiramente senhorial, conduzindo à ideia de que os juízes franceses eram, necessariamente, os juízes ‘naturais’ dos franceses. Nesse quadro, fixava-se uma relação de poder/dever ambivalente e restrita. Cada Estado seria apenas responsável por prestar jurisdição a seus súditos, não lhes dizendo respeito às eventuais pretensões de estrangeiros. VALADÃO menciona que, para muitos autores e para a jurisprudência francesa do século passado, o direito de comparecer em juízo como direito civil, era uma vantagem concedida e tutelada apenas aos nacionais franceses.⁴⁰

Em contrapartida, os súditos vinculados àquele Estado, sujeitos que estavam ao seu poder, não deveriam submeter-se a tribunais estrangeiros, sob pena de violação pôr em cheque a própria autoridade pessoal de seu soberano. Nesse sistema, a organização do exercício da atividade jurisdicional estava voltada para a necessidade de salvaguardar a soberania do Estado.

³⁸ SORIANO, Miguel Virgós e ALFÉREZ, Francisco J. Garciamartín. *Op. cit.*, p. 53.

³⁹ PATAUT, Étienne. *Principe de Souveraineté et Conflits de Jurisdictionis* (Étude de Droit International Prive). Paris: L.G.D.J., 1999, p.9.

⁴⁰ VALADÃO, Haroldo. *Competência dos tribunais brasileiros nas relações privadas internacionais*. In *Revista Forense*, março 1941. *Op. cit.*, p. 638.

Contudo, a evolução mostra a superação do exercício da jurisdição nessas condições, com o deslocamento de seu centro de gravidade da figura do Estado, para a do próprio particular receptor da prestação jurisdicional. A função jurisdicional passa a ter como principal interesse garantir as condições de justiça e equidade necessárias para que o indivíduo possa obter a tutela jurisdicional efetiva de seus direitos, deslocando seu centro de gravidade da figura do Estado para a do próprio particular. Assim, a importância da soberania como fator de determinação da jurisdição ou como fator de influência sobre foros de competência fica manifestamente reduzida. Em lugar de ser a base de toda a delimitação da jurisdição, passa a ser apenas um elemento objetivamente considerado se diretamente envolvido no conflito, como nos casos de execução forçada, questões de nacionalidade, contencioso fiscal e outros.

Portanto, ainda que pareça um tanto ideal, as normas de fixação nacional devem ter como *ratio* fundamental a determinação daquela mais apta a dar a solução do litígio, o que melhor traduz a conscientização do objetivo da jurisdição e a observância do conteúdo da garantia do acesso à justiça.

6 DUPLO ALCANCE DAS NORMAS SOBRE COMPETÊNCIA INTERNACIONAL

As normas sobre competência internacional possuem um duplo alcance: um no plano interno e outro, no plano internacional.

No plano interno, as normas estipulam as hipóteses que competem à jurisdição nacional e, no plano internacional, dispõem sobre os pressupostos de homologabilidade, ou seja, o que se admite e o que não se admite que os juízes estrangeiros decidam.

Assim, o alcance internacional das normas sobre competência diz respeito a quais das decisões dos demais sistemas jurídicos terão efeitos de sentença judicial no País.⁴¹ E, para isso, fundamental que se trate de uma das situações de competência concorrente, ou seja, quando o

⁴¹ Conforme ensina Nadia de Araújo, “ *outra ponderação diz respeito à finalidade da norma de competência internacional, que pode ser dividida em duas: a) quando cuida do conhecimento originário de uma lide que por sua pluriconexidade, pode ser julgada pela Justiça de um ou mais Estados; ou mesmo fixa objeto de uma ação já iniciada no estrangeiro; b) Quando é analisada no momento do reconhecimento das decisões estrangeiras e laudos arbitrais (que para te eficácia no território nacional precisam ser homologadas pelo STJ) e no pedido d cumprimento de medidas judiciais rogadas por juízes ou tribunais estrangeiros* , in *Direito Internacional Privado: teoria e prática*, 3.ed., Rio de Janeiro:Renovar, 2006, p.214.

Brasil admite a jurisdição da autoridade judiciária estrangeira e respeite alguns requisitos estabelecidos pela Lei de Introdução ao Código Civil.⁴²

7 CONTROVÉRSIA TRANSNACIONAL: *FORUM SHOPPING*

A expressão ‘litígio internacional’ ou ‘controvérsia transnacional’ é utilizada de forma bastante ampla, referindo-se à controvérsia caracterizada por possuir qualquer elemento não imputável a uma única realidade nacional⁴³ e, por isso se encaixa na posição de interferência com dois ou mais diferentes ordenamentos jurídicos.

A presença de um elemento estrangeiro em uma lide representa um problema para qualquer ordenamento jurídico que é a necessidade de verificar se seus tribunais possuem poder jurisdicional para conhecer a demanda, para exercer jurisdição. Essa análise se dá através das normas de competência internacional de cada Estado.

As normas de competência internacional do Brasil se dividem em situações de monopólio absoluto e, apenas nos casos de competência concorrente se admite eficácia no Brasil de julgado de outro Estado. Nas hipóteses da chamada competência exclusiva, somente a justiça brasileira pode conhecer o litígio.

Portanto, nas situações em que o Brasil pode reconhecer jurisdições estrangeiras, haverá a possibilidade, para o demandante, de escolha, dentre os foros competentes em países diferentes. Fenômeno conhecido como *forum shopping*. Em palavras mais diretas, *forum shopping* representa a possibilidade de o autor escolher, dentre os vários países competentes, aquele que lhe pareça mais favorável..

⁴² Art. 15. *Será executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro, que reúna os seguintes requisitos:*

- a) haver sido proferida por juiz competente;*
- b) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado à revelia;*
- c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida;*
- d) estar traduzida por intérprete autorizado;*
- e) ter sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal (leia-se Superior Tribunal de Justiça)*

Art. 17. *As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.*

⁴³ Para o professor AMILCAR essas situações são chamadas de *atos anormais*, ou seja, em conexão com jurisdição estranha. CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

Nas hipóteses de competência concorrente, as jurisdições estrangeiras são iguais, isto é, todas têm jurisdição sobre aquela determinada causa. Resulta dessa situação que a ação proposta perante o juiz estrangeiro, concorrentemente competente, não previne a jurisdição dele contra a do juiz brasileiro, que continua a subsistir, produzindo o efeito de o processo aqui instaurado seguir seu curso normal.

A consequência é que, no caso de jurisdições concorrentes, o autor pode optar seja por uma delas, seja por valer-se de ambas, simultaneamente. No Brasil, salvo disposição em tratados internacionais no sentido contrário, não há litispendência. O réu também fica sujeito àquela jurisdição que o autor escolher, ou a ambas, simultaneamente, se a elas se submeter.⁴⁴

Por isso, o juiz brasileiro poderá declarar-se competente, sem que, no plano internacional, exclua a competência do juiz estrangeiro. O que vai determinar a admissão de sua competência jurisdicional na causa será a aplicação de regras e princípios do ordenamento nacional.

8 CONFLITO DE JURISDIÇÕES OU DE COMPETÊNCIAS INTERNACIONAIS

O conceito de jurisdição⁴⁵ ou competência internacional implica a definição de um limite, que carrega dentro de si uma escolha, ou seja, dentre todas as possíveis controvérsias que um país poderia julgar, escolhe-se aquela que esteja de acordo com a política que o próprio ordenamento se predispôs a perseguir. As normas sobre jurisdição ou competência internacional são, portanto, normas de auto-isolamento de um ordenamento.⁴⁶

Contudo, na realidade, esse isolamento é apenas aparente. Os diversos ordenamentos jurídicos, ao delimitarem suas jurisdições, acabam, por vezes, entrando em conflito ou permitindo uma sobreposição entre eles.

⁴⁴ BASSO, Maristela e CARVALHO, Patrícia Luciane de (orgs). *Lições de Direito Internacional. Estudos e pareceres de Luiz Olavo Baptista*. Curitiba: Juruá, 2008 p. 188.

⁴⁵ É preciso não confundir o conceito de jurisdição internacional a que se faz menção no presente trabalho, uma vez que o termo também pode ser usado para a definição dos poderes de que são dotados tribunais internacionais constituídos por convenções celebradas entre Estados: “*Per giurisdizione internazionale intendiamo l’idoneità di un tribunale internazionale a risolvere una o più controversie mediante sentenza*”. STARACE, Vincenzo. *Giurisdizione Internazionale*. In *Enciclopédia del Diritto*, Milano, Volume XIX, n° IX. Milano: Giuffrè, 1970.

⁴⁶ LUPOI, Michele Angelo. *Conflitti transnazionali di giurisdizioni. Tomo I. Policies, metodi, criteri di collegamento*. Milano, 2002, p. 4.

Mister ressaltar que esse conflito é mais semântico do que real. STAELENS esclarece que o termo ‘conflito de jurisdições’ pode levar a uma confusão, uma vez que as jurisdições dos vários Estados não se encontram em conflito e sim, as partes envolvidas no litígio concreto que apresentarão sua demanda ante o juiz de um país ou de outro, e cada juiz se declarará competente ou não para resolver o assunto.⁴⁷

É desse conflito ou sobreposição de ordenamentos que se desenvolve o conceito de conflito ou concurso de jurisdições. Em um contexto internacional, as relações e, portanto, os litígios apresentam conexões com dois ou mais Estados. Estas conexões podem dar lugar à busca, legítima ou estrategicamente, das partes por diferentes tribunais nacionais para conhecer da demanda. Nesse sentido SORIANO e ALFÉREZ afirmam que

*La actividad en paralelo o sucesiva de distintas jurisdicciones genera inevitablemente duplicaciones y tensiones. Por eso el análisis tradicional del DPCI – Derecho Procesal Civil Internacional - se hace en términos de conflicto de jurisdicciones.*⁴⁸

JATAHY utiliza a expressão ‘conflito de jurisdições’ como sinônimo de competência internacional. Para a autora

A teoria do conflito de jurisdições inclui em seu objeto o estudo dos princípios gerais e dos métodos diferenciados de estruturação das normas de delimitação da jurisdição dos Estados, sendo também conhecida como teoria da competência geral, da competência internacional, da competência jurisdicional, da competência judiciária.⁴⁹

Contudo, para o professor panamenho BOUTIN, como a determinação da competência internacional está contida no exercício da potestade jurisdicional de cada Estado, é possível que esse exercício se exceda, produzindo então um prejuízo a direitos que sobre o assunto ou matéria correspondam melhor a outro Estado, ocasionando, assim, um conflito de jurisdições.⁵⁰

Tendo em vista que as regras de competência internacional não são as mesmas nos Estados envolvidos em uma mesma relação jurídica privada internacional, é provável que ocorra o

⁴⁷ O autor afirma: “*la analogía entre conflictos de jurisdicción y conflictos de leyes puede acrecentar la confusión, pues en el de caso de los conflictos de leyes, el problema para el juez es la determinación de la ley aplicable al caso, y en ningún momento se plantea una alternativa similar en los llamados conflictos de jurisdicción; en éstos el juez no determina cuál es el tribunal competente, tan sólo debe decidir si él es no competente. La cuestión de determinar quién es el juez competente, toca resolverla a las partes o sus representantes legales; el papel del juez se reduce únicamente a afirmar o negar su competencia, y en éste último supuesto no puede decidir quién es el juez competente, ya que tal decisión constituiría una intromisión en la soberanía de los otros Estados.*” GUILLOT Staelens. Conflicto de jurisdicción. In Gómez Robledo Verduzco A. e WITKER, J. *Diccionario de Derecho internacional*, México, Porrúa-UNAM, 2001. p. 69.

⁴⁸ SORIANO, M. Virgos e ALFÉREZ, F. Garciamartin. *Derecho Procesal Civil Internacional: litigación internacional*. 2º ed. Madrid: CIVITAS, 2007, p. 45.

⁴⁹ JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do conflito de jurisdições: a Competência Internacional da Justiça Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.11.

⁵⁰ BOUTIN I. G. *Derecho internacional privado*, Mizrachi & Pujol, Panamá, 2002, p. 144.

conflito de jurisdição. Assim, a essência da questão se situa na multiplicidade e disparidade normativa da matéria.

Nessa ordem de ideias, ARROYO afirma que a existência de distintos critérios para se outorgar competência e a possibilidade de que mais de um juiz seja competente para o mesmo caso constituem as razões fundamentais do caráter especialmente problemático que habitualmente revestem a determinação de jurisdição nos casos de Direito Internacional Privado.⁵¹

Nesse sentido, sustenta-se que, como cada país determina quando são competentes seus juízes, tanto de forma independente como mediante convenções internacionais (para os casos em que tais convenções são aplicáveis), é muito comum que um mesmo caso caiba dentro das hipóteses de competência internacional de diferentes Estados. Como exemplo muito simples, imagine-se o critério do domicílio do réu que, a despeito de apresentar algumas exceções importantes, está presente na grande maioria dos sistemas de jurisdição internacional. Por essa razão, em um caso em que as partes estejam domiciliadas em países distintos, ao menos um juiz de cada um dos domicílios será, em princípio, competente para a demanda.⁵²

Há um conflito de jurisdição quando uma ação possa ser instaurada pelo autor em diversos ordenamentos jurídicos possíveis. Esse conflito é abstrato, se avaliado no momento anterior ao início do julgamento em que o autor exerce seu direito de escolher entre os tribunais à sua disposição. Contudo, torna-se, em vez disso, concreto, se a mesma ação é proposta (a partir da mesma parte ou parte inversa) em duas ou mais jurisdições concorrentes, dando vida ao fenômeno chamado de processo paralelo ou concorrente, *lis pendens*.⁵³

Note-se ainda que a expressão ‘conflito de jurisdições’ pode ser apresentada em sentido positivo como negativo. O conflito positivo ocorre quando todos os Estados implicados na relação jurídica privada com elemento internacional apresentam aptidão para declararem seus tribunais competentes internacionalmente.

⁵¹ ARROYO, Veáse Fernandez. Competencia internacional exclusiva y exorbitante de los jueces de los Estados miembros de la Unión Europea. ¿Hasta quando? *Jurídica*, num. 34, 2004, p.60.

⁵² *Ibidem*, p. 61.

⁵³ Interessante observação do professor Barbosa MOREIRA de que: “a redação do art. 88 do CPC não parece perfeita: o que se quis excluir não foi propriamente a litispendência – isto é, a pendência de um litígio no outro país -, mas apenas a relevância do fenômeno para o juiz brasileiro, ou, em outras palavras, os efeitos que aquele normalmente produziria sobre o processo instaurado, em data posterior, no Brasil. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Problemas relativos a Litígios Internacionais*. In *Temas de Direito Processual Civil*. 5ª série, Rio de Janeiro. Forense.

Dessa forma, o conflito positivo representa a potencial declaração de competência internacional de todos os tribunais nacionais de qualquer forma implicados na relação jurídica com elemento internacional. A combinação dos distintos critérios para determinar a competência internacional desemboca na possibilidade de que vários tribunais nacionais conheçam do feito. Situação denominada de *síndrome da competência internacional múltipla* ou fenômeno *juridicamente multinacional*.⁵⁴ Esse conflito positivo de jurisdição possui a mesma causa do conflito negativo, que vem a ser a falta de coordenação internacional da matéria, competência internacional.

O conflito negativo, por outro lado, se produz quando todos os Estados envolvidos na relação jurídica material declaram a incompetência de seus tribunais para conhecer do litígio. É gerada quando todos os tribunais que estão conectados com a situação jurídica privada com elemento internacional declaram sua incompetência para o conhecimento da lide por não reunir qualquer conexão com seus ordenamentos jurídicos. Desta situação descrita resulta que a pesquisa por um juiz nacional competente restará infrutífera, uma vez que todos os Estados envolvidos, de uma ou outra forma, se consideram incompetentes, deixando deserto o conhecimento da causa. É a *síndrome da falta de competência internacional* ou caso *apátrida multinacional*.⁵⁵

A determinação da competência internacional não é uma tarefa fácil ou simplista, pelo contrário, é necessário levar em conta uma conjugação de elementos, corpos normativos de variados signos e épocas, a depender do Estado ou dos Estados envolvidos no litígio.⁵⁶

9 PRINCÍPIOS E A COMPETÊNCIA INTERNACIONAL

Como afirmam SORIANO e ALFÉREZ, as normas de jurisdição internacional, quanto ao seu conteúdo, não têm caráter absoluto. A fixação das hipóteses de ação da justiça nacional não se encontra aberta ao exercício puro e simples da discricionariedade legislativa. Para além de

⁵⁴ BOGGIANO, A. *Curso de Derecho internacional privado, derecho de las relaciones privadas internacionales*. Argentina, Abeledo-Perrot, 2001, p. 4.

⁵⁵ BOGGIANO, A. *op. cit.* p. 6.

⁵⁶ Neste sentido, afirma ARROYO: “*La definición de cuándo un juez es competente para resolver un caso de DIPr no es una tarea simple y los criterios utilizados para ello han diferido de manera muy significativa a lo largo de la historia moderna del DIPr*”. ARROYO, Fernandez. *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*. Argentina: Zavalía, 2003, p. 145.

questões de ordem política legislativa, tais normas encontram limites intransponíveis naqueles princípios fundamentais do ordenamento jurídico.⁵⁷

Referidos princípios encontram-se permeados pelo ordenamento jurídico, funcionando como balizadores da atividade do Estado, grande parte deles concentrada, sem dúvida, na Constituição, seja de forma positiva ou incorporada no espírito de suas normas.

Nesse sentido, é certo que o tema merece estudos aprofundados que reflitam a necessidade de adaptação e compreensão das regras de definição da jurisdição internacional, sob a ótica das exigências da sociedade moderna, o que só poderá ser feito com o incremento dos princípios próprios da matéria.

Os princípios têm ainda como escopos básicos a harmonização e aproximação das normas fundamentais sobre processo civil internacional. Nesse sentido, interessante comentar a obra, *principles and rules of transnational civil procedure*, que foi fruto de um trabalho conjunto da *American Law Institute-ALI* e *UNIDROIT-The International Institute for the Unification of Private Law*, instituições de caráter internacional que tem como principal propósito diminuir distâncias e barreiras, através do direito. Os professores Geoffrey C. Hazard Jr., pela ALI e Michele Taruffo, pela UNIDROIT, capitanearam o estudo que compeliu um conjunto de princípios e regras do processo civil internacional.⁵⁸

O trabalho da ALI/UNIDROIT é interessante porque busca conciliar diferenças entre duas tradições jurídicas distintas, *common law* e *civil law*, no intuito de aproximá-las e buscar uma uniformização de tratamento. Os princípios exercem um papel fundamental nesse desiderato.

Trata-se de uma proposta mais ampla do que o Código Processual Civil Modelo para Ibero-américa, na medida em que a sua aplicação não está circunscrita a países situados em uma única região e ligados por uma história e cultura comuns.⁵⁹

CASSIO SCARPINELLA comentando os princípios e regras de um processo civil transnacional salienta que as tradições de *civil law* e *common law* apesar de diferentes, baseiam-se – mesmo

⁵⁷ SORIANO, M. Virgos e ALFÉREZ, F. Garciamartin. *Derecho Procesal Civil Internacional*, CIVITAS, Madrid, 2000, p. 46.

⁵⁸ ALI/UNIDROIT. *Principles of Transnational Civil Procedure*. Cambridge University Press, 2006

⁵⁹ GIDI, Antonio. *Normas Transnacionais de Processo Civil*. Revista de Processo, n. 102, São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 185-196. Ver também TARUFFO, Michele e HAZARD Jr., Geoffrey. *Normas Transnacionais de Processo Civil*. n. 102, São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 197-218.

que de modo não expresso ou declarado – naquilo que a cultura jurídica atual chama de “princípios constitucionais do processo” e que, de alguma forma, são inequívocas as aspirações de todos os modelos concebíveis de resolução de conflitos, mormente dos estatais. Assim, noções como devido processo legal, contraditório, ampla defesa, publicidade e fundamentação das decisões jurisdicionais, efetividade do processo, rapidez no proferimento dos julgamentos são, claramente, diretrizes consagradas na cultura jurídica de todos os povos.⁶⁰

Importante consignar que a doutrina e jurisprudência reconhecem a importância dos princípios sobre as regras de competência internacional. BOTELHO MESQUITA ao afirmar que a competência internacional não é passível de ser prorrogada, ressalva que isso não significa dizer que suas normas devam ser tidas como inflexíveis e susceptíveis apenas de uma aplicação absolutamente rígida. Não há uma previsão exaustiva no Código das hipóteses passíveis de conhecimento pela jurisdição nacional, de modo a se considerarem necessariamente incluídas na competência internacional todas as causas compreendidas na previsão legal e, necessariamente excluídas todas as causas por ela não expressamente abrangidas, exegese que seria equivocada.⁶¹

Os princípios podem, perfeitamente, atuar no sentido de excluir da competência de um Estado causas que a lei nacional nela incluiu, e de incluir na competência internacional causas que a lei dela excluiu.^{62 63}

É preciso ampliar o rol de princípios atuantes nessa matéria, a partir de uma análise dos valores constitucionais envolvidos e um foco no direito material discutido visando à efetiva tutela jurisdicional. Referidos princípios encontram-se permeados pelo ordenamento jurídico, funcionando como balizadores da atividade do Estado, grande parte deles concentrados, sem dúvida, na Constituição, seja de forma positiva, seja incorporados no espírito de suas normas.

⁶⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. *Os Princípios do Processo Civil Transnacional e o Código de Processo Civil Brasileiro: uma primeira aproximação*. Revista de Processo, n. 122, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 167-186.

⁶¹ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Da competência internacional e dos princípios que a informam*. Revista de Processo, n. 50, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 51-71

⁶² Importante consignar que não obstante ser essa a idéia de BOTELHO, no mesmo texto o autor deixa claro que, em regra: “*deve-se entender que as causas não incluídas na previsão dos arts. 88 e 89 do CPC se acham excluídas da jurisdição brasileira*”. *Op. cit.* p. 54.

⁶³ Os princípios, leciona Inocêncio Mártires Coelho, “*São determinações para que um determinado bem jurídico seja satisfeito e protegido na maior medida que as circunstâncias permitirem*”. MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. IDP e Ed. Brasília Jurídica, 2000, pág. 181

Não se pode perder de vista que a perspectiva atual do processo civil não comporta mais a excessiva autonomia de outrora. O Direito Processual não é um fim em si mesmo, mas o meio pelo qual as partes se utilizam para resolver, de forma efetiva, seus conflitos. Sendo, dessa forma, meio assecuratório da consecução da Justiça, em seu sentido mais amplo possível.

As recentes transformações sociais e o movimento da constitucionalização do direito autorizam e impõem uma nova hermenêutica para a solução de problemas envolvendo jurisdição internacional. As normas de competência internacional previstas no CPC, artigos 88 a 90, tradicionalmente são aplicadas pelo magistrado de forma rígida e restrita, muitas vezes, com a equivocada justificativa de se evitar suposto menoscabo da soberania do país.

A mentalidade do magistrado nacional é marcada pela restrição de sua liberdade de criar direito, principalmente em matéria de jurisdição internacional que, para muitos, só poderia ser afastada por preceito legal, não cabendo ao juiz decidir com base em princípios, o que consubstanciaria, nesta mentalidade, inovar ou “legislar”.⁶⁴

A teoria das normas sobre competência internacional foi cunhada por doutrinas essencialmente individualistas, dos séculos XIX e XX, e precisa sofrer a influência atual da ótica constitucionalista do direito.⁶⁵

Ocorre que a aplicação literal e restritiva dos dispositivos legais do CPC sobre competência internacional poderá levar a situações de manifestas injustiças, por exemplo, no caso de jurisdição voluntária. Se o magistrado interpretar o rol dos artigos 88 e 89 do CPC de forma hermética, negará jurisdição, uma vez que não há previsão de competência internacional para jurisdição voluntária, ainda que não haja outra opção – como nos casos em que recorrer a outro país seja impossível, o que levaria ao total abandono do cidadão.

Assim, a atuação mecânica e amarrada do magistrado, no que concerne à competência internacional, não se coaduna com os princípios e valores da Constituição da República de 1988. No exemplo supramencionado, a denegação da jurisdição representaria uma negativa da garantia constitucional do acesso à justiça.

⁶⁴ Nesse sentido, MOREIRA, José Carlos Barbosa. Problemas relativos a litígios internacionais. In: *Temas de direito processual*. 5ª série. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 140-141.

⁶⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2ª ed. rev. e atualizada, Rio de Janeiro: Renovar, 2001

Ao magistrado caberá, a partir dos supramencionados princípios, abstraídos da Constituição e do ordenamento nacional, evitar injustiças e materializar a harmonia e segurança jurídica no plano internacional. Os princípios exercem o papel de instrumento importante na quebra de um modelo tradicional marcado pela prevalência absoluta da soberania em detrimento de garantias constitucionais como acesso à justiça, devido processo legal, dentre outros.

É preciso estabelecer novos parâmetros para a definição da jurisdição internacional do País, mais próxima das diretrizes constitucionais, de maneira a privilegiar valores não patrimoniais como os direitos sociais, a justiça, a dignidade da pessoa humana. O magistrado precisa orientar seu labor interpretativo baseando-se em princípios constitucionais e materiais extraídos das fontes legais.

Os princípios interferem na operacionalização do método de solução de conflitos, através da imposição de concepções jurídicas fundamentais pautadas na busca da justiça e da materialização dos valores constitucionais.⁶⁶

Só através de uma concepção valorativa da aplicação das normas sobre competência internacional será possível o respeito aos direitos fundamentais e a harmonia e segurança jurídicas no plano internacional, pois a solução será a mais justa, o que não se conseguiria com uma aplicação restrita, rígida ou mecânica das referidas normas.

Portanto, não se pode negar a ingerência da Constituição e dos princípios ali consagrados nesse campo, atuando de forma prévia no estabelecimento de parâmetros, limites de ação do legislador e aplicador do direito. Note-se que nos dias atuais a interação do Direito Internacional com a Constituição não é mais que um reflexo da posição que esta ocupa dentro da ordem jurídica interna dos Estados, configurando uma realidade inegável.

No âmbito internacional, este tratamento não deve ser diferente. O trabalho procura constatar que é possível se extrair do ordenamento nacional, em especial da Constituição da República, muitos outros princípios específicos, além dos já acolhidos e consagrados pela doutrina e jurisprudência, quais sejam, os conhecidos princípios da *efetividade* e da *submissão*. Passa-se a análise pontuada desses princípios.

⁶⁶ DOLINGER, Jacob. *In Defense of the General part principles in International Conflicts of Laws for the Third Millenium*. New York: Transnational Publishers, 2001, p. 31.

10 PRINCÍPIOS DA COMPETÊNCIA INTERNACIONAL

10.1 PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

No Brasil esse princípio foi elevado à condição de direito fundamental na Constituição da República e possui um conteúdo amplo, conglobante de outras garantias constitucionais. Sua base está expressa 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”, ao que, modernamente, se convencionou chamar de garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional. Está relacionado com a necessidade de se assegurar que todos tenham acesso ao Judiciário, independentemente de sua condição econômica e que essa tutela seja efetiva.

A garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional como uma promessa do Estado aos seus súditos, de contornos fortemente formais, evoluiu no direito moderno para o conceito de acesso à justiça, que abarca ainda, ao mesmo tempo, as garantias do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e do juiz natural e os sintetiza numa garantia mais ampla e geral. Como bem explica CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, a garantia do acesso à justiça pressupõe mais que um simples ingresso em juízo. Não se cumpre com a garantia de que as pretensões possam ser simplesmente deduzidas em juízo, sem qualquer compromisso com o desenrolar e/ou resultado subsequente. Nesse sentido, aduz:

O inciso XXXV do artigo 5º da Constituição, antes interpretado como portador somente da garantia da ação, tem o significado político de pôr sob controle dos órgãos da jurisdição todas as crises jurídicas capazes de gerar estados de insatisfação às pessoas e, portanto, o sentimento de infelicidade por pretenderem não ter outro meio de obter determinado bem da vida. Esse dispositivo não se traduz em garantia de mero ingresso em juízo ou somente do julgamento das pretensões trazidas, mas da própria tutela jurisdicional a quem tiver razão. (...) O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional manda que as pretensões sejam aceitas em juízo, sejam processadas e julgadas, que a tutela seja oferecida por ato do juiz àquele que tiver direito a ela –e, sobretudo, que ela seja efetiva como resultado prático do processo.⁶⁷

Releva notar que a publicação de "Access to Justice, Milão, Giuffrè, 1978, em seis volumes, de autoria de MAURO CAPPELLETTI e outros, representa um marco inovador na abordagem do assunto, a se considerar a mensagem fixada na obra de serem estabelecidas regras jurídicas, a partir

⁶⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.* p. 199

da Constituição Federal de cada Nação, que contenham real efetividade no garantir o acesso à Justiça.

Como lembra MAURO CAPPELLETTI⁶⁸, nos Estados liberais burgueses dos séculos XVIII e XIX, os procedimentos adotados para a solução dos litígios refletiam uma filosofia individualista dos direitos. Direito à proteção judiciária significava essencialmente o direito formal do cidadão de petição ao Poder Judiciário. Esse conceito mudou. “À medida que as sociedades do *laissez-faire* cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical”². Primeiramente pelo reconhecimento dos direitos sociais de *segunda geração*, o que implicou a exigência por parte da sociedade civil de uma atuação positiva do Estado, não apenas no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais de comunidades, associações e governos, mas também, e principalmente, no sentido de garantir sua real efetivação.

É nesse sentido que afirma MAURO CAPPELLETTI ser o *acesso* à ordem jurídica justa não apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido: “ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica”³.

Para VESCOVI, o princípio está relacionado com a gratuidade de justiça e com a existência de um sistema de assistência judiciária gratuita⁶⁹. Deve-se garantir aos litigantes estrangeiros o amplo acesso ao Judiciário e uma efetiva tutela jurisdicional. Esse princípio deve ser analisado juntamente com o da igualdade processual das partes o qual possui como um de suas diretrizes o não estabelecimento de custas ou cauções especiais para litigantes estrangeiros. Esse tipo de determinações para litigantes estrangeiros viola o princípio do acesso à justiça.

O princípio impõe ao Estado, além da simples garantia de ingresso nos tribunais, o dever de zelar por um mínimo de garantias de meio e de resultados, isto é, que um processo iniciado possa se desenvolver em condições de igualdade para ambas as partes, que elas sejam admitidas a participar no processo, recebendo, ao final, um julgamento de fundo do litígio que consista em uma tutela alinhada com os valores sociais vigentes e efetiva. Nesse quadro, o acesso à justiça possui um conteúdo prévio, um pressuposto (que é próprio ingresso em juízo), um conteúdo intermediário (que é o desenvolvimento de um processo equilibrado, justo, equo e capaz de

⁶⁸ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*, *op. cit.*, p. 9.

⁶⁹ VESCOVI, Eduardo. *Derecho Procesal Civil Internacional*. Ed. Idea, Montevideu, 2000.

atingir seu fim, pelo que engloba todas as demais garantias da ampla defesa, contraditório, juiz natural etc.) e um conteúdo final (a pacificação social, pela obtenção da tutela justa e efetiva), todas essas fases convergindo, então, para a necessidade de fazer real a garantia-síntese do acesso à justiça.⁷⁰

CARNEIRO explica, comentando a evolução do significado de acesso à justiça, que, a partir da segunda metade do século XIX, e já no século XX, uma nova ordem se impôs, caracterizada pela necessidade de uma maior intervenção do Estado para assegurar direitos; assegurar “não mais aquela igualdade puramente formal, utópica, concebida pelo liberalismo” mas a “igualdade material”. E, continua:

A nova ordem resgata a dimensão social do Estado, com mais intensidade no que concerne à ordem jurídica. O Estado administrador assume feição cada vez mais intensa, notadamente protetiva. O modelo legal racionalista, a que basta a igualdade meramente formal e que se utiliza de conceitos quase casuísticos, como se observa com facilidade nas grandes codificações, não mais satisfaz e é substituído por um novo modelo que vai buscar a igualdade material, e utilizar-se-á cada vez mais de conceitos jurídicos imprecisos (também chamados de conceitos jurídicos indeterminados), o que exige uma atuação mais efetiva do controle do poder, que será efetuado também pelos juízes, os quais deixam de simular a mera declaração do conteúdo da lei para se utilizar de instrumentos técnicos e dogmáticos para interpretar e aplicar a lei.⁷¹

Para CANOTILHO, esse direito de acesso aos tribunais, concebe-se a partir de uma dupla dimensão:

(1) um direito de defesa ante os tribunais e contra os actos dos poderes públicos; (2) um direito de protecção do particular através de tribunais do Estado, no sentido de este o proteger perante a violação dos seus direitos por terceiros (dever de protecção do Estado e direito do particular a exigir essa protecção)⁷²

A questão da competência internacional está restrita à segunda hipótese, uma vez que, no caso da primeira, em se tratando de atos de império do Estado, não se admite o exercício de nenhuma jurisdição estrangeira.

É possível, no entanto, que em determinadas situações, em razão da própria presença de elementos de internacionalidade da relação jurídica, um tribunal nacional não venha a se mostrar, do ponto de vista de uma das partes envolvidas, como o mais adequado para a solução do litígio pendente. Portanto, uma vez que a norma de fixação da competência, no plano internacional,

⁷⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.* p. 199

⁷¹ Para CARNEIRO, o real significado de acesso à justiça deve ser modelado a partir de princípios que “*refletem o novo direcionamento dos fins a que o processo modernamente se propõe como instrumento ético, acessível a todos, operoso, proporcional e útil do ponto de vista prático, a serviço do justo, e terão as seguintes denominações: princípio da acessibilidade, da operosidade, da utilidade e da proporcionalidade.*” CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: Juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 21-25.

⁷² CANOTILHO, *op.cit.*, p. 483.

funciona como uma chave de acesso aos órgãos jurisdicionais de um determinado Estado, ela deve, forçosamente, levar em consideração esses aspectos.

CAPPELLETTI enfoca o tema, 'acesso à justiça', a partir da dimensão social do processo, denominada de *revolução copernicana*. Por que *revolução copernicana*? Indaga e responde: É porque ela põe em destaque a *dimensão social do processo*, se cogita de uma nova visão do processo, que rompe com a impositação tradicional, pela qual o processualista ou jurista em geral concentra a sua atenção sobre o direito como *norma*, seja a norma geral (a lei), seja a norma particular (a sentença judicial ou o provimento administrativo). Assim, o jurista está instando a uma visão tridimensional, o jurista é instando a um exame quanto: a) à *necessidade* ou *ao problema social* que reclama por uma resposta no plano jurídico; b) à *avaliação de tal resposta* que, embora deva assumir, ordinariamente, natureza normativa, impele o jurista a realizar um exame sobre a aptidão das instituições e dos procedimentos responsáveis pela atuação daquela *resposta normativa*; c) *ao impacto* que a resposta jurídica ocasionará sobre a necessidade ou sobre o problema social - ocasião em que se estará examinando a eficácia de tal resposta.⁷³

É dessa forma que o direito, em geral (e o direito processual, em particular), deve ser examinado, levando-se em conta a perspectiva dos *usuários* e não apenas a perspectiva dos *produtores* do direito (*despublicização*). Para que se entenda de forma adequada o problema do acesso aos tribunais frente à exigência de solução de litígios internacionais, é preciso que se encare a questão sob uma ótica dupla: tanto do ponto de vista do demandante, quanto do demandado.

Como já dito, trata-se de uma concepção mais privatista (processo de despublicização) das normas de competência internacional, a partir da qual devem ser entendidas mais como um modelo de regulação de situações jurídicas internacionais que uma simples técnica de delimitação das esferas de competência dos diversos Estados soberanos.

E, nesse desiderato, é preciso que se leve em conta o respeito a uma distribuição adequada dos custos do litígio internacional, de modo a não impor um fardo excessivamente pesado para a condução de sua defesa⁷⁴. Deve-se analisar, no caso concreto, todos os fatores envolvidos objetivamente no litígio e suas relevâncias para se decidir como a norma sobre competência internacional, em seu duplo aspecto, melhor servirá ao propósito de acesso à justiça efetiva.

⁷³ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*, op. cit., p. 22.

⁷⁴ Há quem defenda que em vista do fato de que é o autor, ao indicar o litígio, quem pretende obter pela tutela jurisdicional uma decisão que altere a realidade existente, deve ser ele também aquela a suportar, em princípio, a maior parcela dos custos e ônus resultantes da internacionalidade do litígio, em contraposição àquele que pretende defender o *status quo*. MEHREN, Arthur Taylor Von. *Op. cit.*, p. 307

A imposição de uma carga excessiva sobre o réu para que este possa exercer sua defesa é tão violadora do conteúdo do princípio do acesso à justiça quanto a exclusão desarrazoada do direito do autor de conduzir sua demanda no foro, pois fere a indispensável igualdade entre as partes e prejudica sua admissão no processo. Daí se admitir uma jurisdição ilimitada dos Estados nos litígios internacionais, ainda que garantido o acesso à justiça do autor, poderia da perspectiva do réu, estar ocorrendo a própria negação dessa garantia, ante o ônus a ser-lhe imposto pela necessidade de litigar em referido foro. Nesse sentido, interessante precedente do Tribunal Constitucional da Espanha:

Este Tribunal tiene repetidamente declarado que el núcleo del derecho fundamental a la tutela judicial, que enuncia en el artículo 24.1 CE, consiste en el acceso a la jurisdicción. Todos tienen derecho a que un Tribunal resuelva en el fondo las controversias de derechos e intereses legítimos, planteadas ante él, salvo que lo impida una razón fundada en un precepto expreso de una Ley, que a su vez sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental.(...) En este sentido, cabe afirmar que las reglas ordenadoras de la competencia judicial internacional (esto es, de los supuestos en los que el ordenamiento de un Estado atribuye competencia para conocer de las resolución de un litigio a sus propios órganos jurisdiccionales, siempre dentro de los límites que el Derecho Internacional le impone, que configuran la noción de jurisdicción del Estado), responden todas ellas, en primer y fundamental lugar, a una doble y relativamente contrapuesta exigencia constitucional. De una parte, a nadie puede exigirse una diligencia irrazonable o cargas excesivas para poder ejercitar su derecho de defensa em juicio; de modo que el demandado en el proceso civil sólo podrá ser sometido a una determinada jurisdicción si las circunstancias del caso permiten considerar que el ejercicio del derecho de defensa no se verá sometido a costes desproporcionados. De otra parte, desde el punto de vista procesalmente activo, es preciso asegurar una posibilidad razonable, según las circunstancias, de accionar ante la Justicia.⁷⁵

Portanto, decidir sobre competência internacional, imprescinde da análise do caso concreto para que, através dos princípios próprios da matéria, inclusive o da garantia a acesso de justiça efetiva, se averigüe qual o tribunal apresenta uma capacidade mais adequada para a composição do conflito surgido. Essa análise envolve os pontos de conexão da relação jurídica material e processual com o país sede do órgão jurisdicional.

SORIANO e ALFERÉZ ressaltam, contudo, que essa análise do Tribunal mais adequado não significa que a lei nacional vá determinar qual o juiz competente para a apreciação da matéria, o que não lhe cabe de todo. Com mais propriedade, sua inação apenas aponta, implicitamente, para a provável existência de um outro sistema que, conforme suas próprias regras legais, estime-se, *contrario sensu*, em condições de melhor erigir sua competência para a matéria.⁷⁶

⁷⁵ Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha, STC 61/2000, de 13 de março de 2000, obtida no site www.tribunalconstitucional.es em 25.06.2009. O artigo 24.1 da Constituição Espanhola a que se refere a decisão dispõe que: “*Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.*”

⁷⁶ SORIANO, Miguel Virgós e ALFERÉZ, Francisco J. Garciamartín. *Op. cit.* p. 30

Trata-se de uma consequência do atual significado do princípio do acesso à justiça. É preciso que a ordem jurídica acessada reúna condições mínimas que permitam às partes (na dupla perspectiva do autor e réu) a devida formulação de suas pretensões, assim como o melhor desenrolar do processo e que de tudo isso, ao final, resulte uma solução que possa se mostrar efetiva na composição do litígio. De modo que, às vezes, para garantir o efetivo acesso à justiça às partes, deve-se denegar jurisdição.

Estar-se-ia violando a tutela jurisdicional efetiva, ao se impor a uma determinada parte a obrigação de comparecer como demandado perante os tribunais nacionais sem que se ofereça um mínimo de razões substantivas para tanto. Ao passo que, o mesmo ocorreria se restringisse o exercício da atividade jurisdicional do Estado a ponto de se estabelecer verdadeira impossibilidade de acesso.

DINAMARCO, nesse sentido afirma que:

Limitar o exercício da jurisdição não significa, necessariamente, restringir a promessa da tutela jurisdicional. É preciso distinguir entre regras que realmente afastem esta- por irremovíveis razões políticas ou pragmáticas – e regras que delimitam o exercício da atividade jurisdicional, exatamente para aprimorar a qualidade da tutela a ser concedida.⁷⁷

A função do processo civil internacional, aí incluídas as regras de fixação da competência internacional de cada justiça nacional – está em proporcionar uma tutela jurisdicional efetiva, que garanta a realização transfronteiriça adequada dos direitos subjetivos interprivados em um mundo caracterizado pelo fracionamento jurisdicional.

Atualmente, inclusive para fins de definição de política legislativa, é importante que se tenha em vista uma compreensão evolutiva do Direito; evolutiva na medida em que deva, necessariamente, refletir aquilo que de fato se espera como seu resultado. É inquestionável que não mais prevaleça a visão do Direito como uma ciência absolutamente hermética. O Direito é um fenômeno social, um meio de pacificação e organização da sociedade e como tal, suas normas e princípios devem estar sempre atualizados e orientados pelas necessidades da sociedade de onde exsurge, sob pena de se tornar um conjunto de ditames vazios e desprovidos de efetividade.

Importante consignar que, tutela efetiva significa a possibilidade de fazer valer imperativamente suas determinações no mundo dos fatos, como justa, no aspecto processual, no sentido de

⁷⁷ DINAMARCO. *Fundamentos cit.* p. 848.

facultar às partes a instauração mais adequada possível da lide (garantias da ampla defesa e do contraditório). De modo que, como consigna SORIANO e ALFÉREZ, em conflitos que envolvam elementos de estraneidade, para que realmente se garanta uma tutela jurisdicional efetiva, é preciso que se atente para a necessidade de coexistência do ordenamento jurídico nacional em *status* de igualdade com diversas outras ordens estrangeiras. Destarte, ainda que cada direito nacional não possa disciplinar eficazmente para além de sua própria realidade, suas regras devem pautar-se por exigências de *reconhecimento* e *cooperação* com tais ordens jurídicas estrangeiras.

Normas de competência internacional irrestrita, enunciando hipóteses exorbitantes acabam por ferir estes princípios, de modo que o contexto internacional, sem modificar o conteúdo do direito à jurisdição – da obtenção da tutela jurisdicional – resulta por transformar o modo como essa tutela é prestada. Nesse sentido:

En el ambito interno, el Estado puede asegurar a los justiciables una tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos: puede asegurar el acceso a los tribunales, las notificaciones regulares, la práctica de pruebas y la ejecución de las sentencias. Sin embargo, en el ámbito internacional no ocurre lo mismo: los derechos e intereses legítimos surgen en relaciones internacionales, pero cada Estado sólo puede asegurar dicha tutela dentro de su propio territorio. El ofrecimiento de una tutela eficaz exige partir necesariamente de los condicionamientos que para el Estado se derivan del fraccionamiento territorial y establecer mecanismos que lo superen⁷⁸.

Isso significa que o acesso à justiça e a almejada efetividade da tutela no exercício da função jurisdicional podem vir a ser garantidos de forma indireta pelo Estado, se, diante de um litígio internacional, for nítida sua incapacidade de oferecer as condições de meio necessárias à condução de um processo equitativo para ambas as partes, ou até garantir um provimento jurisdicional próprio capaz de, concretamente, pacificar um litígio, quando confrontada a melhor condição de outros foros concorrentes.

SORIANO e ALFÉREZ distinguem como *tutela por declaração* e *tutela por reconhecimento*. Estas seriam as duas formas de que se valeria o Estado para a prestação da tutela jurisdicional efetiva. Na primeira, em exercício clássico da função jurisdicional, o Estado ofereceria a solução direta para o conflito. Na segunda, o Estado chegaria ao mesmo resultado por meio da garantia de reconhecimento da tutela já prestada por outra jurisdição.⁷⁹

Não há de se conceber como garantido o acesso à justiça se, perante os tribunais em que corre determinada causa, a parte demandada não se vê em condições adequadas para a dedução de seus

⁷⁸ SORIANO, Virgos e ALFÉREZ, Garciamartín. *Op. cit.*, p. 30

⁷⁹ *Ibidem.* p., 88.

pontos de defesa, ao menos se não lhe facultam condições para que assim proceda de forma ampla o suficiente para a comprovação de suas pretensões.

A garantia de um processo equo é conteúdo indispensável do princípio de acesso à justiça. Desse modo, não se restringe apenas a uma garantia da parte demandada. Também o demandante deve ser protegido contra foros de competência exorbitantes. É preciso para a consecução desse objetivo que o magistrado exerça o balanceamento dos princípios que envolvem a matéria.

10.1.a - Acesso à justiça: Negativa de denegação de jurisdição

A obrigação de evitar denegação de jurisdição, agindo como limite à fixação de regras de competência internacional, deve ser entendido como uma proibição aos Estados de excluir o acesso de determinados indivíduos ou grupos de indivíduos aos seus órgãos jurisdicionais. Tal proibição não significa uma restrição à possibilidade de que a justiça de um determinado país dê-se por incompetente para o julgamento de determinado caso ou que julgue improcedente a demanda de um estrangeiro. Exige sim que o Estado faculte, em termos gerais, sua prestação jurisdicional aos estrangeiros nos mesmos termos em que oferece a seus nacionais.

Reflexo desse princípio é a necessidade de se expurgar da ordem jurídica internacional normas de competência internacional arbitrárias que, na prática, limitem ou simplesmente excluam de antemão o acesso de estrangeiros aos tribunais nacionais. Exemplo disso está presente nos artigos 14 e 15 do Código Civil francês,⁸⁰ cuja aplicação literal resulta na impossibilidade de conhecimento pelos tribunais franceses de quaisquer litígios entre estrangeiros, ainda que domiciliados na França.

Tais dispositivos, contudo, apesar de ainda em vigor, não são mais aplicados pelo Poder Judiciário francês ou aceitos pela doutrina. O Supremo Tribunal francês, *Cour de Cassation*, já vem decidindo pela não aplicação de ambos dispositivos do CC. Os artigos não são mais obstáculos ao conhecimento de demandas que envolvam apenas estrangeiros, sem a participação de franceses. Isso porque, os tribunais franceses só se preocupavam em conhecer litígios que

⁸⁰ 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*
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.*”

envolvessem seus nacionais, excluindo lides que envolvessem estrangeiros, ainda que domiciliados na França, ou lides que tratassem de fatos ou atos integralmente ocorridos em território francês. Entendimento já superado.⁸¹

O direito de acesso aos tribunais é reconhecido pelo Direito Internacional como um verdadeiro direito fundamental do homem, o que se reflete em diversas convenções internacionais declaratórias de direitos que lhe conferem proteção específica.⁸² Sua aceitação reiterada o transforma, assim, em norma geral obrigatória de Direito Internacional.⁸³ O repúdio à denegação de justiça, no sentido apresentado, é um corolário do próprio princípio da igualdade – reconhecido, entre outros, na Declaração Universal dos Direitos do Homem – de onde decorre a proibição da discriminação entre nacionais e estrangeiros para fins de lhes permitir pleno gozo de direitos fundamentais.

A proibição à denegação da justiça é princípio do direito natural incorporado às regras delimitadoras da jurisdição estatal. A Declaração dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, estabelece, dentre seus postulados: "Todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele."

CARMEN TIBURCIO ressalta que a Corte Europeia de Direitos Humanos já decidiu ser o direito de acesso às cortes nacionais (artigo 6º) um dos mais importantes da Convenção Europeia de Direitos Humanos (casos *Lawless v. Ireland* e *Ireland v. UK*), não devendo estar sujeito a limitações. Aponta, ainda, que a Corte Europeia de Direitos Humanos:

⁸¹ ANCEL, Bertrand e LEQUETE, Yves. *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. 4. ed. Paris: Dalloz, 2001.

⁸² A este respeito:

Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo VIII: "Toda pessoa tem o direito de receber dos Tribunais nacionais competentes recurso efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais, que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei."

Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, artigo 14, I: "Todas as pessoas são iguais perante os Tribunais e as Cortes da Justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as 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 (...)"

Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), artigo 8º, I: "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."

⁸³ O artigo 53 da Convenção de Viena sobre a Lei dos Tratados define como norma geral de direito internacional "a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character".

has interpreted article 6 of the European Convention, which grants the right to a hearing, among others, in the criminal context, in very broad terms. Firstly, the Court interprets this provision as going far beyond the right to a hearing, that is, as if this provision assured the right to an effective remedy.⁸⁴

No Brasil, a própria Constituição da República reconhece, expressamente, em seu artigo 5º, caput e inciso XXXV, o direito de acesso aos tribunais tanto dos nacionais quanto dos estrangeiros aqui residentes (direito que tanto a doutrina quanto a jurisprudência interpretam como extensível a todo e qualquer estrangeiro, mesmo aqueles não residentes no país).

Uma das consequências práticas desse princípio é a necessidade, em determinadas situações concretas, de se conceder a jurisdição, a despeito do próprio ordenamento legal. Ou seja, se for observado que o autor de eventual ação ficará sem qualquer opção, deve-se conceder a tutela jurisdicional sob pena de menoscabo do presente princípio. Esse reflexo é conhecido como princípio do *forum necessitatis*.

10.2 PRINCÍPIO DO *FORUM NECESSITATIS*

O princípio do *forum necessitatis* está relacionado com a necessidade de se garantir uma tutela jurisdicional, evitando-se uma denegação internacional de justiça, a permitir o acesso aos tribunais inicialmente incompetentes.

Por exemplo, em se tratando de relações de consumo, será a regra apurar-se que o consumidor, pessoa física, encontra-se muito menos capacitado, senão totalmente incapacitado, de dar início a um processo isonômico contra uma grande companhia transnacional em outro foro que não o do seu próprio domicílio. Se, nessa situação, a lei não alarga o exercício da jurisdição nacional de maneira a permitir ao autor a propositura de ação para a defesa de seus direitos, a referida lei, ainda que apoiada em motivos razoáveis, poderá, sem dúvidas, negar a essa parte a garantia constitucional do acesso à justiça.

O presente princípio é um remédio baseado no direito de acesso à justiça que permite outorgar jurisdição internacional a juízes que, a princípio, carecem de tal potestade para conhecer e decidir em determinado caso concreto.

⁸⁴ TIBURCIO, Carmen. *The human rights of aliens under international and comparative law*. Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 247 e 255.

Outros exemplos são os casos em que se lesiona de maneira grave direitos humanos fundamentais. Os Estados podem decidir de maneira unilateral arrogando jurisdição e permitindo a seus juízes adotarem, por exemplo, medidas urgentes. Os tribunais de um país podem abrir sua jurisdição a fim de que direitos materiais de uma pessoa não fiquem privados de tutela, o que levaria a uma denegação internacional de justiça.

O princípio foi expressamente invocado em interessante questão julgada pela Corte de Cassação dos Países Baixos, em 13 de fevereiro de 1987. Cuidava-se de saber se era competente a justiça holandesa para julgar uma ação de modificação de cláusula de alimentos, fixada no divórcio decretado pelo Tribunal de Amsterdã, quando o marido ainda estava ali domiciliado. Sendo autor e ré de nacionalidade canadense, e já então domiciliados no Canadá, o fator de conexão com a decisão anterior proferida pelo tribunal holandês seria insuficiente para determinar a competência do tribunal acionado. Contudo, como a justiça canadense não admitiria decidir uma modificação de cláusula fixada por sentença estrangeira, para evitar a denegação de justiça, a Corte holandesa, acionada, exerceu sua jurisdição.⁸⁵

De fato, *forum necessitatis* não é uma situação inédita, uma vez que já reconhecida pelo direito comparado, existindo como previsão expressa do artigo 3º da Lei Federal suíça de 1987⁸⁶, sobre direito internacional privado, para fixação da competência da justiça daquele país. Da mesma forma, dispõe o Código de Processo Civil português, em seu artigo 65º, número 1, alínea d, após recente reforma em vigor desde janeiro de 1997⁸⁷.

De forma semelhante, o artigo 2º da Convenção Interamericana sobre competência na esfera internacional para a eficácia extraterritorial das sentenças estrangeiras dispõe que:

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.

⁸⁵ Vide *Revue Critique de Droit International Privé*, n° 3, 1988, t. 77, p. 555. Apud JATAHY, *op. cit.* p. 26

⁸⁶ 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. Onde a atual legislação não prevê competência judiciária na Suíça, e que seja impossível demandar no estrangeiro, ou que não seja razoável exigir tal processo, a autoridade suíça, administrativa ou judiciária, do caso que seja suficientemente conectado com o caso, terá jurisdição. Grifo nosso.*

⁸⁷ MANUEL RAMOS afirma que “traduz-se em a competência internacional dos tribunais portugueses poder ser desencadeada não só quando a efectivação do direito só é possível através de acção proposta em território português mas ainda quando, assim não sendo, não se possa exigir ao autor a sua propositura no estrangeiro. RAMOS, Rui Manuel Moura. A Recente Reforma do Direito Processual Civil Internacional em Portugal. In: *O Direito Internacional no Terceiro Milênio*. São Paulo: Ltr, 1998, p. 802.

Basicamente podem-se elencar dois requisitos para a aplicação do princípio do forum de necessidade: 1º) O litígio deve estar claramente conectado com o local do foro; 2º) Recorrer a tribunal estrangeiro deve ser impossível ou excessivamente oneroso.⁸⁸

Diante dos requisitos, os casos susceptíveis de proporcionar a abertura da jurisdição são:

- a) *Conflito negativo de competências*. Os tribunais nacionais e estrangeiros declaram sua incompetência para analisar determinado caso concreto, ocorrendo o chamado conflito negativo de competência. Nesse caso, não existe tribunal estatal competente em nenhum país. Portanto, deve-se permitir aos particulares litigarem no tribunal que apresentar um mínimo de conexão com a causa, uma efetiva ligação, ainda que mínima. De modo que, sempre que a declaração de incompetência jurisdicional de um Estado puder levar a um conflito negativo de jurisdição, o Estado que apresentar um mínimo de conexão, deve conhecer da causa, sob pena de se produzir uma efetiva denegação internacional de justiça.⁸⁹
- b) *Carga processual desproporcional na jurisdição estrangeira*. Nessas situações, a jurisdição estrangeira, ainda que competente, apresenta, em função de circunstâncias, tutela jurisdicional excessivamente onerosa ou remota. Por exemplo, em casos de guerra civil, golpes de estado, intolerância religiosa, problemas étnicos etc. A parte deve demonstrar que litigar no estrangeiro pressupõe uma carga desproporcional para si.

⁸⁸ CARAVACA, Alfonso Luis Calvo e GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. *Competência judicial internacional: régimen de producción interna en Derecho internacional privado español*. Revista Decita n. 04. Fundação Boiteux. 2005 pp. 519-542. Ainda, segundo a lei finlandesa, um tribunal nacional é competente quando a condução do litígio no exterior envolva extrema injustiça e custos para a parte finlandesa. FAWCETT, James J. General Report, In: *Declining Jurisdiction in private international law*. Oxford: Clarendon Press, 1955, p. 8.

⁸⁹ Importante não confundir com reenvio do conflito de leis, JATAHY explica: “A necessidade de evitar a denegação de justiça, que faz com que uma justiça originariamente incompetente adquira a jurisdição para decidir a lide, não se confunde com a figura do reenvio do conflito de leis. Nessas circunstâncias, não há base para a aplicação do reenvio ao conflito de jurisdições. No conflito de regras de conexão, o reenvio é possível porque a regra do foro indicou como aplicável o direito estrangeiro, levando o juiz a examinar se deve ater-se apenas às normas do direito material do sistema indicado ou respeitar também suas regras de conexão, que podem devolver à aplicação da lei do foro. Esta dúvida é impossível em matéria de conflito negativo de jurisdições. Não se considera qualquer norma de competência estrangeira. NIBOYET, que chegou a utilizar a expressão *renvoi de jurisdictions*, mais tarde reconsiderou sua posição. Comentando algumas decisões da jurisprudência francesa e examinando as razões que fundamentaram a aceitação da jurisdição por ausência de outro tribunal apto a proferir o julgamento, entendeu que se tratava, em tais circunstâncias, de se evitar a denegação de justiça e não de reenvio. A atribuição de jurisdição ao Estado para decidir medidas cautelares destinadas a produzir efeitos em seu próprio território emerge do princípio que veda a denegação de justiça. O elemento do *periculum in mora*, que informa a concessão da cautelar de caráter executório justifica a jurisdição internacional do Estado onde a medida é requerida, já que a não apreciação do pedido por falta de previsão legal específica de competência internacional ficaria traduzida em denegação de justiça.” JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do conflito de jurisdições: a Competência Internacional da Justiça Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

- c) *Impossibilidade de execução da decisão estrangeira*. Se a decisão só pode ser efetivada materialmente no local do foro, ele deve, ainda que não seja competente, abrir sua jurisdição, sob pena de denegação internacional de tutela efetiva.

SORIANO e ALFÉREZ lembram que o surgimento de um foro de necessidade pode ocorrer tanto em razão de um conflito negativo, por força do qual não exista foro competente para proferir uma tutela substancial da questão litigiosa, quanto em razão de uma negativa de reconhecimento de decisão estrangeira. O último caso ocorre quando, por exemplo, o autor não possa iniciar um processo perante a justiça brasileira, por se tratar de matéria excluída de sua jurisdição, ao mesmo tempo que ele se nega a reconhecer os efeitos de uma decisão proferida no exterior, cuja execução no Brasil constitui a única via possível de sua tutela efetiva⁹⁰.

BARBOSA MOREIRA, em fundamentação de voto proferido em Apelação Cível no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ressaltou a necessidade de se terem as autoridades brasileiras como competentes, quanto a uma ação de divórcio, a fim de se evitar denegação de justiça às partes:

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.⁹¹

Ressaltando que, em qualquer caso, na linha dos ensinamentos de SORIANO e ALFÉREZ, caberá sempre ao demandante o ônus de provar a existência das condições que justifiquem a fixação extraordinária da jurisdição, a partir de um foro de necessidade.

O que ocorre é que, em casos concretos, revela-se necessário apurar qual dos princípios deve prevalecer, sopesando-os. É exatamente o que DANIEL SARMENTO apresenta como uma ponderação de interesses, resultando de um balanço dos bens jurídicos em jogo: “De um lado da balança devem ser postos os interesses protegidos com a medida, e, de outro, os bens jurídicos que serão restringidos ou sacrificados por ela”. Assim, verificando o aplicador da norma que há desequilíbrio em relação a um dos lados da balança, deverá buscar, “à luz das circunstâncias

⁹⁰ SORIANO, Miguel Virgós e ALFÉREZ, Francisco Garciamartín. *Op. cit.* p. 59

⁹¹ MOREIRA, J. C. Barbosa. *Direito Aplicado (Acórdãos e Votos)*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 199.

concretas, impor ‘compreensões’ recíprocas sobre os interesses protegidos pelos princípios em disputa, objetivando lograr um ponto ótimo, em que a restrição a cada interesse seja a mínima indispensável à sua convivência um com o outro.”⁹² Assim então deverá proceder o juiz, avaliando sempre as situações concretas em função das quais a intenção válida do legislador de limitar a jurisdição nacional deva, de fato, ceder ante à aplicação da garantia constitucional de acesso à justiça.

Trata-se de uma tarefa sutil e delicada. A violação do acesso à justiça como razão determinante da prorrogação da jurisdição internacional, em hipótese legalmente prevista, deverá ser grave, revelando verdadeiro e insanável prejuízo do direito de uma das partes em obter a efetiva tutela jurisdicional pretendida, ou ainda, a não observância de condição que seja indispensável para a obtenção da referida tutela, através do desenvolvimento de um processo justo e equo.

A competência da justiça brasileira deve ser estabelecida sempre que o magistrado concluir como indispensável para se evitar situação de inaceitável denegação de justiça ou ainda como condição para o desenvolvimento de processo justo e equo, constituindo verdadeiro dever da autoridade jurisdicional dar cumprimento à garantia constitucional que, nos termos da própria Constituição, tem aplicação imediata, inteligência do art. 5º, § 1º da Constituição da República.

Relembrando os casos de jurisdição voluntária, é preciso que apresente elementos de conexão mínima para a fixação da competência nacional, além da ponderação dos princípios que envolvem a matéria. Desse modo, qualquer situação que represente um afastamento absurdo da competência da justiça brasileira, impedindo o acesso da parte à obtenção da tutela jurisdicional específica, por não haver outro foro internacional competente, ou sujeitando-a a ônus processuais exagerados, poderia ser reparada por força da aplicação direta da garantia-síntese do acesso à justiça, ante, repita-se, à ponderação dos interesses em jogo.

Dessa forma, defende-se que a fixação da competência internacional concorrente da autoridade judiciária brasileira, ainda que somente determinada em razão dos critérios estabelecidos no artigo 88 do CPC, deva comportar ampliação, em situações concretas, ante à necessidade de aplicação dos princípios que regulam a matéria, como o do acesso à justiça, na sua função balizadora de exercício da jurisdição internacional.⁹³

⁹² SARMENTO. Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 89.

⁹³ Referida situação, contudo, não significa de forma alguma a possibilidade de integração analógica de dispositivo legal interno. Constitui, na verdade, aplicação direta do dispositivo constitucional ao caso concreto, quando a

10.3 PRINCÍPIO DA PROXIMIDADE RAZOÁVEL: *FORUM*⁹⁴ EXORBITANTE (*jurisdictionally improper fora*) e RAZOÁVEL

Considera-se que um foro é razoável quando o caso analisado apresenta uma vinculação suficiente com o Estado a que pertence o Tribunal responsável pelo julgamento. Em sentido oposto, os foros exorbitantes são aqueles que se caracterizam por acumularem grande volume de competência internacional a seus Tribunais, de modo desconectado com o propósito de beneficiar os nacionais do Estado competente.

Foros exorbitantes são situações que, apesar de desprovidas de qualquer contato relevante com o foro, fixam sua jurisdição em violação ao direito das partes envolvidas. É o caso, por exemplo, da nacionalidade como elemento de determinação da jurisdição, que sem justificar qualquer benefício específico em favor do nacional, pode gerar um grave prejuízo para o estrangeiro, ou vice-versa.

A razoabilidade ou não de um foro é aferida através do princípio da *proximidade* ou *conexão substancial* da causa com o foro. Significa que, para o desiderato de determinar quando um Tribunal possui jurisdição, mister se analisar a existência de um mínimo de contato razoável entre o caso analisado e o país sede do Tribunal.⁹⁵ Assim, estes apresentam duplo elemento, de proximidade e neutralidade genéricas que não aparecem nas jurisdições exorbitantes. Tal controle permite ao Tribunal rechaçar jurisdições consideradas abusivas ou exorbitantes.

CARAVACA e GONZÁLEZ assim definem, como critérios de atribuição de competência ou critérios de conexão, ou seja, um ponto entre o *the decidendum* e a consequência jurídica. “Se entiende por foro de competencia judicial internacional la circunstancia presente en las

observância das razões que o informam se mostram mais relevantes que o respeito ao poder do Estado de, segundo sua conveniência, fixar o exercício de sua função jurisdicional.

⁹⁴ Fórum é a jurisdição onde se pressupõe deva ser apreciado o fato; palavra latina que também significa praça pública, lugar das assembleias públicas e dos tribunais; administração da justiça, foro, jurisdição; e como sinônimo de jurisdição indígena é que está sendo e será empregada. CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

⁹⁵ ALL, Paula Maria. *Las normas de jurisdicción internacional en el sistema argentino de fuente interna*. Revista Decita n. 04. Fundação Boiteux. 2005.

situaciones privadas internacionales, utilizada por el legislador para atribuir el conocimiento de las mismas a sus órganos jurisdiccionales.”⁹⁶

Como visto, é dever do legislador e do aplicador da norma zelar pela não denegação de justiça e proporcionar às partes envolvidas ampla garantia de acesso à justiça, inclusive no que se refere ao desenvolvimento de um processo equo e justo para ambas as partes e à obtenção da tutela jurisdicional efetiva por aquela que demonstrar estar amparada do ponto de vista do direito material.

Ordinariamente, o reflexo do princípio da proximidade nas regras de competência internacional não se revela transfigurado sob a forma de uma regra geral positiva, que estenda a competência do foro a todas aquelas situações que apresentam um grau mínimo de ligação com aquele ponto. Na prática, entretanto, verifica-se a materialização do princípio da proximidade sob a forma de uma regra geral negativa, que estipula a competência genérica do foro a todos os casos, exceto àqueles que não guardem um vínculo mínimo predefinido pela lei ou pelos tribunais, de forma semelhante à experiência legal dos EUA. Lá, com base em construção jurisprudencial da Suprema Corte Federal da *due process clause* contida na décima quarta emenda à Constituição daquele país, desenvolveu-se a teoria dos *minimum contacts*, segundo a qual pode ser excluída a competência de um tribunal caso o réu ou a sua atividade que tenha dado causa ao litígio não apresente pontos de contactos mínimos com o foro, de forma a não ofender “*traditional notions of fair play and substantial justice*”⁹⁷

Não basta que se identifique um elemento de conexão do litígio com o Estado tomado para seu julgamento, ainda que perfeitamente razoável, para que esteja automaticamente definida uma hipótese legítima de exercício da jurisdição. Há de existir uma apropriada e razoável base jurisdicional para reconhecer a seriedade da jurisdição exercida por um juiz estrangeiro. Para que um tribunal exerça de forma razoável sua jurisdição, é preciso que exista uma genuína e substancial conexão entre o caso e o tribunal. O standard da conexão substancial tem sido bastante aceito em disputas internacionais. A administração desse princípio envolve, necessariamente, elementos *of practical judgement and self-restraint*.

⁹⁶ CARAVACA, Alfonso Luis Calvo e GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. *Competência judicial internacional: régimen de producción interna en Derecho internacional privado español*. Revista Decita n. 04. Fundação Boiteux. 2005 p. 519-542.

⁹⁷ Vide a este respeito decisões proferidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos nos casos *International Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310 e *World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodston*, 444 U.S. 286)

O princípio da conexão substancial exclui a mera relação física, o que nos Estados Unidos é coloquialmente chamado de *Tag jurisdiction*. A mera presença física como justificativa para jurisdição apresenta uma justificação histórica na federação americana que é inapropriada nas modernas disputas internacionais.

A tese da valoração dos interesses em presença, em cada caso concreto, sobrepondo-se aos resultados próprios do silogismo que aplica dedutivamente as regras de direito aos fatos, provados em cada litígio, foi também introduzida na ciência do conflito de leis. Ela é levada por parte da doutrina ao campo do conflito de jurisdições por influência de Kegel: examinar o interesse do réu em defender-se no seu domicílio; o do autor em não ser obrigado a ajuizar uma ação fora de sua residência porque implicaria gasto de tempo e dinheiro; e o interesse de que o litígio seja decidido preferencialmente pelo foro cuja lei venha a ser aplicada.⁹⁸

Ademais, através do presente princípio, evita-se a prática abusiva do *forum shopping*, caracterizada pela escolha do forum mais distante e desconectado com a causa concreta, prejudicando o titular do direito e criando obstáculos à devida tutela. Litígios internacionais envolvem custos e dificuldades, que quase nunca são igualmente repartidos entre as partes. Desse modo, é de certa forma aceitável que uma das partes do litígio venha a ter de suportar uma carga ou ônus processual superior à da outra. Tal carga, entretanto, não pode se erigir em óbice intransponível à dedução em juízo da pretensão de uma das partes.

A jurisdição exorbitante e abusivamente exercida pelos tribunais de um país compromete sua responsabilidade internacional e afeta valores constitucionais de razoabilidade e acesso à justiça e ampla defesa.⁹⁹

Não há uma instância internacional para resolver o problema da competência adequada, em vista da soberania de cada Estado em determinar sua jurisdição. No entanto, esse princípio pode servir para informar e determinar situações não previstas nos arts. 88 e 89 do CPC.

ROZAS e LORENZO falam de “usurpação de competência” por parte dos tribunais de um Estado, quando um litígio não apresenta um vínculo mínimo com eles, gerando inclusive a responsabilidade internacional do Estado. Apontam que o Tribunal Internacional de Justiça, no famoso caso “Barcelona Traction”, decidiu que “desde el momento em que um Estado admite en su territorio inversiones extranjeras o nacionales extranjeros, personas físicas o morales, está obligado a concederles la protección de la Ley y assume ciertas obligaciones en cuanto a su trato.”¹⁰⁰

⁹⁸ ALI/UNIDROIT. *Principles of Transnational Civil Procedure*. Cambridge University Press, 2004.

⁹⁹ VESCOVI, Eduardo. *Derecho Procesal Civil Internacional*. Ed. Idea, Montevideu, 2000, *passim* p. 17.

¹⁰⁰ ROZAS, Fernandez e LORENZO, Sanchez. *Op. Cit.*, p. 283.

MORELLI apresenta critérios que delimitam a jurisdição do Estado, determinando os litígios sobre os quais ela deve atuar, critérios que assumem caráter objetivo ou subjetivo, conquanto refiram-se à vinculação do objeto ou das partes da lide com o Estado, com o fim de estabelecer as hipóteses de atuação de seus órgãos jurisdicionais.¹⁰¹

SORIANO e ALFÉREZ tratam de dois testes necessários para aplicação do princípio da jurisdição razoável: um *teste de proximidade* e um *teste de razoabilidade*. O teste de proximidade serviria para selecionar aqueles elementos que estabelecem um vínculo entre as partes ou litígio subjacente com o foro, seja por conta de circunstâncias pessoais ou objetivas do litígio, vínculos processuais ou vínculos normativos:

El test de proximidad sirve para seleccionar los vínculos y atiende a los contactos de la relación subyacente y las partes con el foro. El abanico de vínculos o conexiones que tiene en cuenta incluye tres tipos o modalidades principales: (i) Vínculos entre las circunstancias del litigio y el órgano judicial. Pueden ser tanto vínculos con los elementos subjetivos del asunto (las partes, su domicilio, residencia o nacionalidad, p. ej.) o con los elementos objetivos del mismo (lugar del hecho dañoso, lugar de cumplimiento del contrato, lugar ejecución de la decisión, etc.) . (ii) Vínculos procesales. La agrupación de litigios genera economías de escala, previene decisiones contradictorias y, en esta medida, garantiza la tutela judicial internacional; por esta razón, la conexidad procesal también puede constituir un vínculo relevante. (iii) Vínculos normativos, esto es, vínculos entre el litigio y la ley aplicable al fondo. En la medida en que la aplicación de su propia ley por el juez reduce los costes de información normativa, y en consecuencia los costes de error, la ley aplicable al fondo del litigio también puede constituir un vínculo relevante.¹⁰²

O teste de razoabilidade, a seu turno, serviria para valorar cada um desses elementos de conexão, em vista de sua relevância como apto a firmar a atividade jurisdicional. Esse teste atenderia a dois critérios valorativos: um de natureza processual e outro material. A partir do critério processual, analisa-se se está atendida a finalidade do Direito de garantir a resolução do litígio da forma mais justa e menos onerosa possível. Quanto ao critério material, sua função seria a de apontar, dentro de uma lógica de direito privado, a parte do litígio a que devem ser imputados os

¹⁰¹ *Las normas sobre los límites de la jurisdicción cumplen con la función que le es propia indicando determinados caracteres de los cuales las controversias singulares deben estar dotadas para que pueden ser decididas por las autoridades judiciales del Estado: caracteres que generalmente consisten en la circunstancia de que la controversia este en cierto modo vinculada con el Estado. Los criterios de vinculación a este objeto utilizados pueden ser objetivos o subjetivos. Son criterios de vinculación objetivos los que atañen a la relación controvertida, considerada em sí y por sí, y no em relación a las partes: considerada, por ejemplo, en su objeto, en el hecho constitutivo de ella o en su contenido. Son, pues, criterios objetivos de la jurisdicción: la situación en el territorio del Estado de la cosa objeto de la relación controvertida; la circunstancia de que en el territorio del Estado haya ocurrido el hecho de donde se originó la relación; la circunstancia de que en el territorio del Estado deba aplicarse la relación. Son, em cambio, criterios subjetivos los que se refieren a las partes y a determinadas situaciones en que las partes se encuentran: ciudadanía del Estado, o bien do domicilio, residencia o permanencia en el territorio del Estado.* MORELLI. *Op. Cit.*, p. 94.

¹⁰² SORIANO, Miguel Virgós e ALFÉREZ, Francisco J. Garciamartín. *Op. cit.*, p. 73.

custos processuais envolvidos no acesso a um foro estrangeiro para a defesa de seus direitos subjetivos, seja como autor ou réu:

El test de razoabilidad sirve para valorar las conexiones en presencia como razones para la afirmación, en un tipo de litigio concreto, de la CJI de los tribunales del foro. Atiende tanto a criterios valorativos procesales como materiales: (i) Criterios procesales. La primera determinación de la relevancia de las conexiones puede hacerse a partir de la finalidad de todo el Derecho procesal: garantizar una resolución del litigio lo más correcta posible (o más justa, si se prefiere), al menor coste posible. (...) Desde esta óptica, un vínculo es relevante en ámbito de la CJI cuando disminuye: primero, los costes de instrucción, que incluyen tanto los costes de información (cercanía a las pruebas o a la ley aplicable al fondo) y los costes de comunicación (notificaciones); segundo, los costes de implementación (ejecución, medidas cautelares); tercero, los costes de error (conexión procesal con otro asunto o litigio, por las personas que participan o por el objeto del litigio; conexión con la ley aplicable). (ii) Criterios materiales. La función del Derecho procesal es auxiliar respecto del Derecho material; por ello los criterios de selección deben responder fundamentalmente a una lógica de Derecho privado. Ello explica que la segunda pauta de valoración del modelo de justicia privada se apoye en la imputabilidad de dichos vínculos o contactos a una de las partes; esto es, en la cuestión de si pueden o no ser puestos a su cargo en el tipo de litigios de que se trate.¹⁰³

Os supramencionados autores explicam que, quando o legislador prescreve o sistema de normas sobre competência internacional, acaba por delimitar o alcance internacional da tutela jurisdiccional que seus tribunais vão oferecer. Essa delimitação tem dois efeitos: um positivo e outro negativo. O positivo compreende a declaração, em abstrato, de competência internacional, de seus tribunais, para determinadas espécies de litígios internacionais. Este, suscita, da perspectiva do réu, um problema: a imposição ao demandado da carga processual de comparecer ante tribunal estrangeiro.

Já o efeito negativo das normas sobre competência internacional é a denegação de competência internacional para o restante dos litígios internacionais. Nesse caso, o problema é a impossibilidade de se reclamar tutela jurisdiccional para esses tribunais, negando acesso.

Assim sendo, a não observância dos limites máximos poderia representar uma fixação de jurisdição exorbitante, enquanto que o desrespeito aos limites mínimos de exercício da jurisdição teria como efeito direto e danoso a denegação de justiça. Em ambos os casos, o respectivo exercício ou não da função jurisdiccional representaria, conforme a situação, um ilícito internacional ou um ato manifestamente inconstitucional.

Partindo-se do pressuposto de que existe um balizamento fixando um mínimo e um máximo da extensão da jurisdição internacional, torna-se impossível esgotar racionalmente as hipóteses de competência internacional da justiça estatal. As normas positivas existentes apenas podem ser

¹⁰³ Ibidem, p. 75.

encaradas no sentido de tornarem certa a ação da justiça nacional em determinados casos, desde que, é claro, situem-se entre aludidos limites.

À primeira vista, as hipóteses positivas devem conduzir, igualmente, à conclusão de que estão excluídos da apreciação do juiz nacional aqueles casos não previstos na própria lei. Paralelamente, entretanto, há que se entender que tal exclusão não é absoluta e que, portanto, deverá ceder frente àqueles casos fora da hipótese legal, sempre que se demonstre que tal exclusão estaria em desacordo com os princípios da matéria e o novo modelo axiológico de um Estado Constitucional de Direito.

Sendo assim, o controle destes limites deverá ser feito pelo próprio Judiciário. A interpretação do sistema de fixação da competência internacional implica o reconhecimento de que seus órgãos devam deter alguma dose de poder que permita a conformação do texto legal infraconstitucional aos princípios superiores.

É inegável o dever do juiz, não de legislar ou inovar, mas de corrigir hipóteses exorbitantes de exercício da jurisdição ou impedir a sua denegação naquelas hipóteses em que a concessão da tutela constitua um imperativo do Direito Internacional ou, ainda, uma garantia de sede constitucional.

É nesse sentido que devem ser interpretados o alcance e a influência da garantia do acesso à justiça na delimitação do exercício da jurisdição internacional: evitar a denegação de justiça e ao mesmo tempo proporcionar o devido acesso das partes à ordem jurídica justa, a partir da observância de todos os princípios necessários.

Portanto, o presente princípio, apesar de fundamental para a orientação das regras sobre a competência internacional, não pode ser considerado por si só suficiente para sua determinação, sem que em cada caso esteja reservado ao aplicador da lei a possibilidade de avaliar se na situação concreta todos os princípios que informam a competência internacional atendem de forma adequada às exigências ditadas pela garantia do acesso à justiça efetiva e plena.

10.4 PRINCÍPIO DA TERRITORIALIDADE e *PLENITUDO JURISDICTIONIS*

As normas de Direito Processual Civil relacionadas a elementos estrangeiros são normas nacionais e em todos os países essa é a regra. Nenhum país pode interferir e impor regras de processo civil a outros países, salvo tratado ou convenção, sob pena de menoscabo da soberania dos Estados¹⁰⁴.

Portanto, em territórios alienígenas, um outro Estado estaria, em princípio, impedido de exercer seu próprio poder, salvo com a concordância da ordem política ali instituída ou por meio do uso abusivo da força.

É aquilo a que se refere DALMO DALLARI como o princípio da impenetrabilidade, que impede a convivência em um mesmo espaço de qualquer pluralidade de ordens jurídicas soberanas:

O território estabelece a delimitação da ação soberana do Estado. Dentro dos limites territoriais a ordem jurídica do Estado é a mais eficaz, por ser a única dotada da soberania, dependendo dela admitir a aplicação, dentro do âmbito territorial, de normas jurídicas provindas do exterior. Por outro lado, há casos em que certas normas jurídicas do Estado, visando diretamente à situação pessoal dos indivíduos, atuam além dos limites territoriais, embora sem a possibilidade de concretizar qualquer providências externa, sem a permissão de outra soberania.¹⁰⁵

Nesse caminho ROZAS e LORENZO afirmam: “la competencia jurisdiccional internacional se encuentra intimamente ligada a la soberanía del Estado, pues no es sino una manifestación de la jurisdicción, concebida como una de las funciones que integran aquella.”¹⁰⁶

Portanto, é princípio fundamental que se aplica às normas de processo civil internacional a lei do lugar, onde se desenvolve o processo. A doutrina remete a Balduinus, no século XIII, o primeiro a diferenciar entre Direito Processual e questões de mérito, às quais, não seria necessariamente aplicável a *lex fori*.^{107 108}

¹⁰⁴ “El poder de juzgar ha de realizarse dentro de los límites territoriales sometidos a la soberanía del estado. Su ejercicio extraterritorial sólo puede llevarse a cabo cuando se halle expresamente consentido por el Estado afectado, o establecido por Convenios internacionales.”. FERNÁNDEZ, Rodolfo Dávalos. El conflicto de jurisdicciones o de competencia judicial internacional. *Revista Cubana de Derecho*. La Habana: Editorial de Ciências Sociais (ciências jurídicas). n. 2. jun. 1991.

¹⁰⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 76.

¹⁰⁶ ROZAS, José Carlos Fernández e LORENZO, Sixto Sánchez. *Derecho Internacional Privado*, Madrid: Civitas, 1999, p.281. Para SORIANO e ALFERÉZ: “cada Estado sólo puede ejercer sus atributos de soberanía dentro de su territorio o en los espacios libres de la soberanía de otro Estado.” SORIANO, M. Virgos e ALFERÉZ, F. Garciamartin. *Derecho Procesal Civil Internacional: litigación internacional*. Madrid: CIVITAS, 2000.

¹⁰⁷ MUÑOS, María Dolores Adam. *El proceso civil con elemento extranjero y la cooperación judicial internacional*. Pamplona: Aranzadi, 1995.

¹⁰⁸ STRENGER comentando a doutrina internacional, assim explica: “Os autores dividem as formas de procedimento em decisórias e ordinatórias. Formas ordinatórias são as relativas à marcha do processo, sem que tenham a ver com o fundo do problema, nem influam no resultado, como forma e procedimento para obter resultados testemunhados ou outros tipos de prova. As formas decisórias se sujeitam à lei que rege o direito mesmo controvertido e as ordinárias se sujeitam à *lex fori*. Por conseguinte é esta lei que disciplina o número, natureza e forma dos diversos atos de procedimento na substância: o lapso dentro do qual se deve cumprir tais atos de

Em seu território, a liberdade de ação da jurisdição estatal seria irrestrita (*plenitudo jurisdictionis*) e qualquer restrição de seu exercício para hipóteses pré-definidas ficaria, assim, da dependência, de uma mera decisão de política legislativa.

O princípio da *plenitudo jurisdictionis* é uma decorrência natural da própria soberania do Estado. O poder/dever de conceder a prestação jurisdicional, nos limites de seu território, é pleno e ilimitado, assim proclamado como regra geral pelo Direito Internacional, excepcionado apenas pelas limitações estabelecidas por sua própria legislação e, em alguns casos, por construção jurisprudencial¹⁰⁹¹¹⁰.

A jurisdição, enquanto uma das manifestações da soberania do Estado, está sujeita a um princípio fundamental, que consiste na restrição do seu exercício aos exatos limites do território do Estado, princípio que CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO denominam de *princípio da aderência ao território*.¹¹¹

ARRUDA ALVIM delinea as fronteiras da seguinte maneira:

É rigorosamente inócuo ao Estado nacional pretender disciplinar problemas atinentes à jurisdição ou competência de outros Estados, pois esta disciplina, em sua efetividade, repousa no pressuposto da soberania, isto é, donde dimanam a efetividade ou eficácia das normas respeitantes ao tema, no sentido de que fundamentalmente valem as normas jurídicas pela sua eficácia. Tomamos a palavra eficácia, neste momento, no sentido Kelseniano de eficácia global, ou seja, aquela que antecede mesmo à validade. Por outras palavras, na medida em que o Estado emane uma série de normas – cinjamo-nos ao exemplo, relativas à jurisdição – mas não tenha condições de fazê-las cumprir, nada poder-se-á fazer para que se repute eficazes ou válidas.¹¹²

O escólio de AMILCAR arremata:

processuais e citação; a forma pela qual a sentença deve ser prolatada e os termos de sua execução; outras circunstâncias que permitem a execução; o prazo dentro do qual deve apelar-se da sentença e o efeito que se concede a esse recurso, bem assim outros prazos para recursos a instâncias superiores. Em geral, pode afirmar-se que a litis decisória se regula pela lei ou leis da relação jurídica substancial; a litis ordinatória só pode ser regida pela lex fori, ou leis do Tribunal ao qual o processo está afeto. STRENGER, Irineu. *Direito Processual Internacional*. São Paulo: Ltr, 2003. p.29.

¹⁰⁹ JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do conflito de jurisdições: a Competência Internacional da Justiça Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.20.

¹¹⁰ Nesse sentido, deve-se considerar algumas exigências de ordem pública que não só estendem a ação da jurisdição brasileira, mas ainda a impõe como a única capaz de apreciar a matéria. Na verdade, tais exigências nada mais representam que um reflexo do princípio da soberania como fator de influência na fixação da extensão da jurisdição nacional. É inegável que existem situações que apesar de não expressamente disciplinadas pela norma positiva não necessariamente de ser apreciadas quanto ao seu fundo pela autoridade julgadora nacional, por força da aplicação do princípio da soberania, como o processo de execução.

¹¹¹ CINTRA Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 19ª ed., 2003, p. 131

¹¹² ALVIM, J. M. Arruda. *Competência Internacional*. *Revista de Processo*, Rio de Janeiro. n. 7/8, p. 15-49, jul./dez. 1977.

Corolário do regime de justiça pública é que em regra, o Poder Judiciário tem competência para processar e julgar qualquer causa, nada importando a nacionalidade, ou o domicílio, das partes ou que o fato a ser julgado haja ocorrido no estrangeiro. Mas é aceitável a doutrina inglesa no sentido de que o poder de apreciar fatos acontecidos no estrangeiro não é absoluto, porque inúmeras vezes o julgado não passaria de inútil ameaça, ou de vã exibição de força (*brutum fulmen*, no dizer de Cheshire)¹¹³

De modo que, tratando de relações com elementos internacionais, é preciso identificar o direito material aplicável à lide, se nacional ou estrangeiro, enquanto que, em relação a normas processuais, aquelas referentes ao Judiciário, organização da Justiça e procedimentos, esses serão, conforme o princípio da *lex fori regi processum*, a do lugar em que o processo está correndo¹¹⁴.

O presente princípio foi materializado, por exemplo, no Código de Bustamante¹¹⁵, na Lei de Introdução ao Código Civil¹¹⁶, nas Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado – CIDIPs¹¹⁷ e no Protocolo de Las Leñas¹¹⁸. Isso não significa que, na hipótese de ausência de lei, o princípio não possa ser aplicado, como se de *lege lata*.

STRENGER apresenta, de forma exeplicativa, algumas aplicações do princípio:

- a) A *lex fori* determina em nome de quem uma ação deve ser proposta;
- b) Os prazos de prescrição das ações pessoais dependem da *lex fori*; esta regra não é universalmente aceita, e o princípio é discutível;
- c) A *lex fori* determina se direito de uma espécie particular, como aquele que resulta de uma letra de câmbio, confere o benefício de um procedimento especial;
- d) A *lex fori* estabelece em que condições é possível à pessoa utilizar-se de recursos quando perdedora em uma disputa;
- e) A *lex fori* regula a recepção e a força de toda espécie particular de provas;
- f) A *lex fori* estabelece os limites do poder discricionário do juiz;
- g) A *lex fori* regula todos os privilégios que na liquidação do ativo podem ser reconhecidos a certas categorias de credores, ou de créditos não garantidos;
- h) A *lex fori* regula os prazos recursais.¹¹⁹

Questão interessante é saber em que medida o procedimento seguido será afetado pelo caráter internacional do litígio e distinguir as normas de direito processual civil internacional daquelas que determinam o direito aplicável a uma causa internacional. Sobre essa questão STRENGER desenvolve:

¹¹³ CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 508.

¹¹⁴ RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado*. 12 ed. rev. e atual. São Paulo. Saraiva, 2009

¹¹⁵ Art. 314. *A lei de cada Estado contratante determina a competência dos tribunais, assim como sua organização, as formas de processo e a execução das sentenças e os recursos contra suas decisões.*

¹¹⁶ § 2º do art. 12. *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 objetivo das diligências.*

¹¹⁷ Por exemplo, a CIDIP de Panamá: art. 10. *A tramitação das cartas rogatórias far-se-á de acordo com as leis e normas processuais do Estado Requerido.*

¹¹⁸ Art. 12. *A autoridade jurisdiccional encarregada do cumprimento de uma carta rogatória aplicará sua lei interna no que se refere aos procedimentos.*

¹¹⁹ STRENGER, Irineu. *Direito Processual Internacional*. São Paulo: Ltr, 2003. p. 27

A internacionalidade de um litígio pode afetar o processo de duas maneiras. Impõe-se, primeiramente, que regras particulares sejam previstas para se ter em conta o caráter internacional da demandada, como, por exemplo, o alongamento do prazo processual, uma vez que um litigante resida no estrangeiro. Essas disposições não oferecem nenhuma dificuldade. Tão-somente obedecem ao princípio da *lex fori*, pois são regras internas, cujo objetivo é internacional. O tribunal as aplica desde que se considere internacionalmente competente. Outra questão que gera consideráveis dificuldades é a de determinar onde cessam as questões de processo, sempre regidas pela *lex fori*, e onde começam as questões de fundo, desde que suscitem um conflito de leis. Essa situação foram editadas em função de considerações de fundo, como uma prescrição que envolve créditos ou débitos para extingui-los, ou ainda, uma regra de prova em matéria de divórcio ou investigação de paternidade regidas pela lei do tribunal, à qual estão submetidas, enquanto procedimento, ou pela lei declarada aplicável ao fundo.¹²⁰

Em todas as situações que suscitam dúvidas sobre qual a natureza da norma, se processual ou substancial, BEAT ensina: “É indispensável a sua qualificação, que, por seu lado, ocorre exclusivamente conforme a *lex fori*.”¹²¹

É possível abstrair portanto, que o princípio da territorialidade, a despeito da conformidade doutrinária, não deixa de ter vazamentos, demandando uma aplicação equilibrada e dosada, função que cabe ao magistrado, através da ponderação, em casos concretos, dos demais princípios próprios de competência internacional.

É preciso contudo, esclarecer que a diversidade de entes estatais de soberanias no âmbito da sociedade internacional impõe que a validade extraterritorial das decisões judiciais emanadas de cada uma delas dependa do seu reconhecimento pelo outro poder soberano que impere no local onde deva produzir efeitos. Daí a importância do princípio da *committas gentium*.¹²²

Com base no fato de que cada país regula seu processo, FRAGISTAS apresenta clássica síntese de sistemas de regulamentação de competência internacional: latino, germânico, anglo-

¹²⁰ Ibidem p. 28

¹²¹ E continua, “*Dependendo da ordem jurídica do país, a prescrição é qualificada juridicamente como instituto de direito processual ou de direito material. Se, conforme a lex fori, a prescrição pertencer ao direito processual, é aplicável sempre essa lei. Se, porventura, foi considerada como instituto de direito material como no Brasil, o juiz deve determinar o direito aplicável antes de decidir a causa com conexão internacional materialmente. Cumpre, no entanto, anotar que, segundo o direito pátrio, a prescrição é conhecida de ofício pelo juiz, o que decorre do art. 219 § 5º do Código de Processo Civil, com a redação conforme a Lei n. 11.280, de 16 de fevereiro de 2006. A compensação é outro instituto a ser examinado regularmente sob os aspectos do direito substantivo ou material e do direito processual civil.*” RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado*. 12 ed. rev. e atual. São Paulo. Saraiva, 2009. p. 231.

¹²² Como destaca PONTES DE MIRANDA: “*A jurisdição supõe exclusividade e permanência. Salvo se o Estado permite outra jurisdição, ou foi, de fato ou de direito, privado de parte do seu território. No primeiro caso, deu-se a invasão; no segundo, a perda da categoria de Estado independente, ou a perda de parte do território, ainda que continue a ter no local a sua justiça.*” MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 172.

americano e suíço.¹²³ O sistema latino é caracterizado pelo fato de constituir um regime especial, com regras distintas para os casos de caráter internacional, não se aplicando os mesmos critérios de competência utilizados para as litígios internos.

Para o sistema germânico, a jurisdição internacional é obtida através dos critérios que atribuem competência territorial no plano interno, justamente o oposto do sistema latino, ou seja, há uma identidade dos critérios para fixação de competência, seja interna ou internacional.

O sistema suíço é caracterizado pelo princípio *actor sequitur forum rei* de forma absoluta, ou seja, todas as pessoas solventes e domiciliadas na Suíça, qualquer que seja a nacionalidade, serão, de forma exclusiva, julgadas pelos tribunais helvéticos. A Suíça não reconhece nenhuma sentença estrangeira, se o envolvido tiver domicílio na Suíça.

Finalmente, o sistema norte-americano apresenta, como critério decisivo, a possibilidade de que os órgãos estatais exerçam um controle físico sobre a pessoa do demandado, ou seja, que o réu esteja fisicamente no território.

STRENGER, analisando os sistemas apresentados por FRAGISTAS, assim sintetiza:

Descartando as peculiaridades dos sistemas anglo-norte-americanos e suíços, pode-se afirmar que o direito comparado oferece, quanto à regulamentação da competência judicial internacional de um país, opção entre duas técnicas legislativas: adotar regras específicas para a competência internacional de um lado, ou utilizar os mesmos critérios da competência interna adaptados ao campo internacional de outro lado.”¹²⁴

As normas do direito processual civil internacional são distintas, dependem do país que as originam. Contudo, a tendência universal é buscar a uniformização dessas normas, tendo em vista as novas necessidades da sociedade global.¹²⁵

¹²³ FRAGISTAS, Charlabmos M. La Compétence Internationale en Droit Privé, *Recueil des Cours*, 1961, vol. 104, III, p. 167

¹²⁴ STRENGER, Irineu. *Direito Processual Internacional*. São Paulo: Ltr, 2003. p. 25.

¹²⁵ Apenas a título de exemplo, cita-se a União Européia, modelo avançado de direito processual civil internacional. Têm-se a Convenção Européia sobre a Jurisdição e a Execução de Sentenças em Matéria de Direito Civil e Comercial, de 27 de setembro de 1968; Convenção paralela a essa foi firmada em 16 de setembro de 1988, em Lugano, pelos Estados Membros da União Européia e os da Associação Européia do Livre Comércio (EFTA); a Convenção de Bruxelas de 27 de setembro de 1968 que foi substituída pelo regulamento (CE) n. 44/2001 do Conselho da União Européia, de 22 de dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial.- entrou em vigor em 1º de março de 2002. Outro exemplo importante é trabalho conjunto da *American Law Institute-ALI* e *UNIDROIT-The International Institute for the Unification of Private Law*, através dos professores Geoffrey C. Hazard Jr. e Michele Taruffo, que elaboraram um conjunto de princípios e regras de um processo civil transnacional - *principles e as rules do transnational civil procedure*, permitindo concluir que existe ampla compatibilidade entre os sistemas. O trabalho é interessante porque busca conciliar diferenças entre dois sistemas jurídicos diferentes, *common law* e *civil law*, no intuito de aproximá-los e buscar uma uniformização de tratamento. Os princípios exercem um papel fundamental nesse desiderato. ALI/UNIDROIT. *Principles of Transnational Civil Procedure*. Cambridge University Press, 2004.

E, é nesse sentido que os princípios exercem um papel fundamental, tendo como escopos básicos a harmonização e aproximação das normas nacionais fundamentais sobre o processo civil internacional.

10.5 PRINCÍPIO DA *COMMITAS GENTIUM* ou COOPERAÇÃO JUDICIAL

Trata-se de um princípio do Direito Internacional geral que limita a liberdade dos Estados na fixação de suas regras de competência internacional. Engloba atos, práticas e regras de boa vontade, amizade e cortesia no intercâmbio mútuo entre os Estados soberanos. Exigência fundamental para prestar tutela jurisdicional efetiva em um mundo fracionado juridicamente.¹²⁶

Há uma obrigação entre os povos de assegurar a consecução da justiça, objetivo geral de todas as sociedades. Daí o reconhecimento de sentenças estrangeiras, o respeito de imunidades e a cooperação interjurisdicional dos Estados.

É nesse sentido que JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES afirma que o “exercício da jurisdição internacional do Estado atende ou deve atender às aspirações da comunidade internacional” e que ao exercerem a jurisdição delegada no âmbito interno, editando normas legais ou pronunciando decisões judiciais, “as autoridades do Estado devem observar os valores e princípios em que se assenta a comunidade nacional que lhes delegou essa jurisdição, sob pena de transformar as leis em manifestação da força ditatorial usurpadora da autoridade originária.”¹²⁷

Ressalte-se que o dever de cooperação entre os Estados encontra-se refletido na própria Carta das Nações Unidas, na definição de seus propósitos:

Article 1 The purposes of the United Nations are:
(...)

¹²⁶ SORIANO e ALFÉREZ desenvolvem que o fundamento constitucional da cooperação jurídica internacional é o direito a uma tutela jurisdicional efetiva, previsto no artigo 24 da constituição da Espanha, tanto aos nacionais como aos estrangeiros. Deste direito resulta o dever do Estado de prestar essa tutela e, para que seja efetiva, o Estado, muitas vezes, precisará da cooperação de Estados estrangeiros. “*ofrecer una tutela eficaz exige, necesariamente, partir de los limites que para cada Estado se derivan de la división del mundo em Estados independientes (esto es, del fraccionamiento territorial) y del principio de mutuo reconocimiento de sus ordenamientos y de sus autoridades.*” SORIANO, M. Virgos e ALFÉREZ, F. Garciamartin. *Derecho Procesal Civil Internacional: litigación internacional*. 2º ed. Madrid: CIVITAS, 2007, p. 42

¹²⁷ MAGALHÃES, José Carlos de. Fatores de limitação da jurisdição do Estado. In: *Revista dos Tribunais*, ano 88, v. 767, set. 1999, p. 52-3.

2. To develop friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples, and to take other appropriate measures to strengthen universal peace.
3. To achieve international co-operation in solving international problems of an economic, social, cultural, or humanitarian character, and in promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion...

Em virtude dessa necessidade de coexistir, surgem limites à vontade do Estado. Ao restringir sua jurisdição e reconhecer a existência de outros ordenamentos jurídicos independentes, o Estado admite que pode ter de recorrer a esses outros ordenamentos, como procedimento necessário para o exercício de sua própria função jurisdicional. Como não pode por si assegurar o cumprimento de notificações, produção de provas ou mesmo efetivação de sentenças fora de suas fronteiras, o Estado, para cumprir seu papel, terá que se socorrer da cooperação das autoridades de outros Estados.

Trata-se de um reflexo natural da própria existência do Direito Internacional.¹²⁸ Entender que os limites impostos à jurisdição decorrem apenas do binômio vontade/conveniência do Estado significa negar o próprio Direito Internacional, que estaria relegado a segundo plano, à imposição de sua criação e aceitação por cada Estado.

Nesse sentido MORELLI aduz:

Una norma internacional puede imponer al Estado que tenga en su ordenamiento determinadas normas sobre los límites de la jurisdicción, o puede simplemente imponer al Estado o autorizar-lo a que ejercite la jurisdicción em determinados casos. En una y otra hipótesis las normas internas de adaptación al derecho internacional son normas sobre los límites de la jurisdicción, ya que precisamente la promulgación se este tipo de normas constituye, en la primera hipótesis, el contenido de la obligación internacional, y en la segunda, el medio técnico a que recurre el ordenamiento interno para hacer legítimamente posible el cumplimiento de la obligación o el ejercicio de derecho que la norma constitucional crea.¹²⁹

¹²⁸ Para STRENGER “No direito internacional privado, a reciprocidade, noção difícil de conceituar, é fórmula que permite conseguir resultado simétrico ou correlativo, na aplicação das leis de dois ou mais países ou no reconhecimento de direitos subjetivos dos cidadãos desses países. Por meio do princípio da reciprocidade condiciona-se essa aplicação ou reconhecimento ao que se tenha estabelecido a respeito no país estrangeiro de que se trate. Princípio que, à diferença das regras que com concreção poderiam ocupar-se desses problemas, é vago e geral quanto à sua formulação técnica, porém proporciona resultados casuísticos e flexíveis.” STRENGER, Irineu. *Direito Processual Internacional*. São Paulo: Ltr, 2003. p.31. Em relação à reciprocidade, o presente trabalho adota o entendimento dos autores SORIANO e ALFÉREZ no sentido de que: “La reciprocidad sólo se justifica en un Estado de Derecho si se utiliza como estrategia de producción de cooperación internacional (esto es, para inducir a otros Estados a prestarla). En este sentido, sólo la reciprocidad cooperativa cumple esa función y sólo ella está legitimada constitucionalmente. La reciprocidad no-cooperativa es un medio inapropiado para lograr ese fin, pues conduce a un nivel subóptimo de cooperación: no es método adecuado de producción de cooperación internacional y no legitima la limitación que infringe el derecho a la tutela judicial efectiva.” SORIANO, M. Virgos e ALFÉREZ, F. Garciamartin. *Derecho Procesal Civil Internacional: litigación internacional*. 2º ed. Madrid: CIVITAS, 2007, p. 44.

¹²⁹ MORELLI, Gaetano. *Derecho Procesal civil Internacional*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: E.J.E.A., 1953, p. 146.

É o direito internacional que reconhece aos Estados direitos e obrigações no seio da comunidade internacional. E é justamente o reconhecimento por essa mesma comunidade internacional da soberania de um Estado que permite a ele o direito dela participar, assumindo compromissos, participando de organismos internacionais e contratando com outros estados igualmente soberanos.

SORIANO e ALFÉREZ destacam que apesar da jurisdição ser indubitavelmente um atributo da soberania do Estado, a coexistência de uma pluralidade de Estados impõe limites ao poder de cada um desses Estados, fixados pelo Direito Internacional público e que sobrepassá-los implica uma infração internacional.¹³⁰

Assim sendo, a autonomia do Direito Internacional, em relação à vontade dos Estados membros da sociedade internacional, justifica o reconhecimento de fatores que estabelecem limites à atividade jurisdicional. A cooperação internacional é uma necessidade ínsita à ideia de soberanias que convivem pacificamente numa comunidade internacional, o que revela uma importante diretriz ao processo civil internacional, em especial a competência internacional.

Sobre a temática da cooperação jurisdicional salienta KLOR:

La justicia, en tanto cometido esencial del Estado, no puede verse trabada por fronteras nacionales que se erijan en obstáculos a procesos que iniciados en un Estado, requieran del despliegue de actividad procesal a su servicio en otros. Para adecuado funcionamiento de la justicia en las relaciones de tráfico externo, es imprescindible la existencia de normas claras reguladoras de la cooperación o auxilio jurisdicional internacional. Tradicionalmente la cooperación internacional se fundamenta en razones de conveniencia, en la teoría de la *comitas gentium*, o en el principio de reciprocidad. Actualmente, en cambio, la base de asistencia jurisdicional radica en la credibilidad común de las naciones respecto a que, al ser la justicia una función esencial del Estado, los límites territoriales de las naciones no pueden alzarse como vallas para su realización¹³¹.

A professora CLAUDIA MARQUES elucida sobre a importância da matéria e sua relação com o princípio da segurança jurídica:

O reconhecimento das decisões estrangeiras é uma parte importante do Direito Internacional Privado ou do Processo Civil Internacional, visando justamente garantir o atendimento das finalidades de harmonia internacional de decisões almejadas por essas disciplinas. Visa igualmente dar às partes a segurança jurídica, por meio da circulação

¹³⁰ Para os autores cooperação “*que no se limita al eventual reconocimiento de la decisión extranjera, sino que implica coadyuvar a una buena resolución del litigio en el extranjero: mediante la tramitación de las notificaciones que deban tener lugar en España o practicando las pruebas que nos soliciten.*” SORIANO, M. Virgos e ALFÉREZ, F. Garciamartin. *Derecho Procesal Civil Internacional: litigación internacional*. Madrid: CIVITAS, 2000.

¹³¹ KLOR, Adriana Dreyzin de. Algunas reflexiones sobre la cooperación jurisdicional internacional en torno a la calidad del derecho de la integración. In LABRANO, Roberto Ruiz Díaz (Org.) *Mercosur – Unión Europea: cooperación jurídica internacional, sentencias y laudos extranjeros, exhortos – medidas cautelares, derecho comunitario, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. Asunción: Intercontinental, 2001, p. 18.

dos julgados e atos, o reconhecimento dos direitos adquiridos e situações juridicamente constituídas no exterior¹³².

Ocorre que, a cooperação interjurisdicional envolve múltiplas questões afetas substancialmente ao exercício da soberania do Estado, pois, ao aceitar o cumprimento de uma sentença proferida em outro Estado, automaticamente, abdica de sua jurisdição para resolução daquela, e com isso, afasta a aplicação de seu ordenamento jurídico ao caso, efetuando tão-somente o reconhecimento e a execução da norma concreta já transformada em sentença pelo Estado requerente. Uma das perspectivas da cooperação jurisdicional¹³³ está na homologação de sentenças estrangeiras, quando um Estado requerido deve realizar a análise de certos requisitos, cuidando-se de uma *jurisdição de controle*, jurisdição delibatória¹³⁴.

É importante entender que o princípio da cooperação internacional não se limita aos conflitos propriamente transnacionais, envolvendo interesses materialmente pertinentes a dois ou mais Estados, mas também às lides com elementos como o domicílio de um dos sujeitos da relação processual, ou o local onde se encontram os meio de prova, situados em território de outro país que não o do juízo competente, o que exige uma intensificação do intercâmbio.¹³⁵

As dificuldades da cooperação, além do procedimento burocrático e, em regra de alto custo, são bem demonstradas pela atividade delibatória, a que estabelece determinados crivos, como competência do país prolator e ordem pública, pelos quais deverá passar a decisão estrangeira, além, é claro, da abdicação da jurisdição.

¹³² MARQUES, Claudia Lima. Direito Internacional Privado: solucionando conflitos de cultura: os divórcios no Japão e seu reconhecimento no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, n. 162, abr.-jun. Brasília: Editora do Congresso, 2004, p. 101.

¹³³ “*não é qualquer ato que interessa à efetividade da jurisdição transnacional; portanto, a cooperação estaria adstrita àqueles atos judiciais, administrativos ou legislativos que servirem concretamente à jurisdição. Daí a expressão ‘cooperação jurisdicional’ e não apenas ‘cooperação jurídica’, que seria demasiadamente extensiva*”. BELTRANE, Adriana. *Cooperação Jurídica Internacional. Revista de Processo*. Rio de Janeiro. n.162, p. 187-196, 2008.

¹³⁴ “*Delibação, que vem do latim (delibatio-onis), é tirar, colher um pouco de alguma coisa; tocar de leve, saborear, provar, no sentido de experimentar, examinar, verificar; e portanto, o que pretende significar em direito processual é que o tribunal, tomando conhecimento da sentença estrangeira, para mandar executá-la, toca de leve apenas em seus requisitos externos, examinando sua legitimidade, sem entrar no fundo, ou mérito, do julgado.*” CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. 5ª ed. aum. e atual. com notas de rodapé por Osiris Rocha, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 554-555.

¹³⁵ Para NADIA, SALLES e ALMEIDA, cooperação interjurisdicional ou simplesmente cooperação judicial significa “*o intercâmbio internacional para o cumprimento extraterritorial de medidas processuais provenientes do Judiciário de um outro Estado. Tradicionalmente também se incluiria nesta matéria o problema da competência Internacional. Todavia, a doutrina mais recente abriga sob esta rubrica teórica apenas o atendimento a medidas processuais e à execução extraterritorial da sentença estrangeira.*” o que discorda-se. ARAUJO, Nadia de., SALLES, Carlos Alberto de, ALMEIDA Ricardo Ramalho. *Medidas de Cooperação Interjurisdicional no Mercosul. Revista de Processo*. Rio de Janeiro. n. 123, p. 77-113.

Contudo, o incremento do fluxo de mercadorias, pessoas, serviços e capitais entre os países demanda o aprimoramento e intensificação dos mecanismos e técnicas de cooperação. É cada vez mais frequente o condicionamento da efetividade de uma prestação jurisdicional à execução em território estrangeiro. Corolário desse panorama é o desenvolvimento de normas de fixação de jurisdição, apartadas de conceitos de simples exercício de força ou poder e voltadas para a necessidade de desenvolvimento de um processo isonômico que viabilize a tutela mais justa e efetiva dos interesses das partes envolvidas no litígio internacional.

Dá a conveniência e necessidade de uma diretriz de cortesia entre os povos, orientando a atividade jurisdicional de cada país na máxima cooperação. No Brasil, o princípio da cooperação é objeto de disposição constitucional expressa, artigo 4º, IX da CF, de modo a influenciar de forma substancial as normas sobre competência internacional, condicionando-as a uma pacífica convivência, buscando evitar conflitos ou desproporcionalidades.

10.6 PRINCÍPIO DA IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO

O professor HAROLDO VALLADÃO conceitua ‘imunidade de jurisdição’ como sendo “a isenção, para certas pessoas, da jurisdição civil, penal, administrativa, por força de normas jurídicas internacionais originalmente costumeiras, praxe, doutrina, jurisprudência, ultimamente convencionais, constantes de tratados e convenções.”¹³⁶

SORIANO e ALFÉREZ explicam que os principais pressupostos da imunidade jurisdicional são três: a) imunidade do Estado estrangeiro e seus órgãos; b) imunidade das missões diplomáticas e consulares; c) imunidade de organismos internacionais. Cada um tem seu próprio regime jurídico.

A imunidade de Estados estrangeiros não está regulada em nenhuma lei positiva do ordenamento espanhol, assim como no Brasil. Contudo, processualmente é importante destacar alguns aspectos desse regime.

- (i) A determinação da imunidade pelo juiz nacional exige o recurso a meios que sirvam para afirmar a existência e conteúdo de um costume internacional. A determinação é

¹³⁶ VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. Vol 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1978. pp.145.

inerente à função jurisdicional e, portanto não está vinculada ao Ministério de Assuntos Exteriores.

- (ii) A imunidade de jurisdição e execução são autônomas entre si: a imunidade de jurisdição é um limite ao acesso à jurisdição; a imunidade de execução opera em um momento posterior, frente a uma decisão do órgão jurisdicional a excluir sua execução forçada. A primeira não prejudica a segunda.
- (iii) Quanto ao conteúdo específico da imunidade, vige o princípio da imunidade funcional ou relativa: os Estados estrangeiros gozam de imunidade de jurisdição e de execução apenas no que diz respeito a atos que tenham sido realizados exercendo sua autoridade (*acta iuri imperii*). Não se pode questionar um Estado estrangeiro por atos que impliquem o exercício de prerrogativas do poder público em execução de tarefas típicas do Estado (imunidade de jurisdição) nem executar bens afetados por esse exercício (imunidade de execução). De modo que só é possível questionar, judicialmente, atos provenientes de relações jurídicas privadas: atividades industriais, comerciais ou financeiras de mercado. Em caso de dúvida, deve prevalecer a regra *in dubio pro jurisdictione, non pro immunitate*. Em relação à imunidade de execução, o relevante é a finalidade da afetação de determinado bem, se destinado a atividades de *iure imperii* ou *iure gestionis*.

Modernamente, estabelece-se uma estrita limitação quanto à extensão da imunidade de jurisdição dos Estados, em função da natureza dos atos por eles praticados, sejam atos de imperio (*jus imperii*) ou atos de gestão (*jus gestionis*), conforme se trate, no primeiro caso, de atividades praticadas no exercício de prerrogativas soberanas do poder público estatal ou, no segundo, de atividades típicas das relações jurídico-privadas internacionais. Assim, a imunidade jurisdicional dos Estados, em regra, não tem caráter universal, mas impede que eles sejam demandados juridicamente perante os tribunais de outro Estado por atos praticados no exercício de seu *jus imperii* – salvo em caso expresso de renúncia a essa imunidade.

Contudo, os atos típicos da atividade civil/comercial internacional, cuja prática é irrestrita a qualquer particular, estariam excluídos da imunidade, por escaparem ao seu próprio fundamento. Nesses casos, o Estado estaria equiparando-se a um simples particular, permitindo seu chamamento perante um tribunal estrangeiro. Trata-se de uma evolução do caráter da imunidade dos Estados a que deixa de ter uma natureza meramente subjetiva (o Estado era imune por sua própria condição de Estado) para exigir que também sejam levados em conta os aspectos

objetivos do ato praticado (o Estado é imune apenas na hipótese daqueles atos praticados no exercício de sua soberania).

Apesar de no Direito Internacional ainda ser corrente o uso da nomenclatura ‘atos de império’ e ‘atos de gestão’ para a dicotomia dos atos praticados pela Administração Pública, em vista de sua posição jurídica, o moderno direito administrativo faz a distinção com base em atos de Direito Privado praticados pela Administração e atos regidos pelo Direito Público, sendo os primeiros regidos, quanto ao seu conteúdo e efeitos, pelo Direito Privado.¹³⁷

- (iv) A imunidade é pessoal do Estado e de seus órgãos, incluídos as subdivisões políticas do Estado e organismos ou entidades que estejam autorizados a realizar atos no exercício de um poder ou função pública. Os chefes de Estado gozam de um regime privilegiado de imunidade absoluta durante seus mandatos.
- (v) A imunidade é renunciável, tanto expressamente (p.ex. um acordo escrito), como por atos conclusivos (quando o Estado estrangeiro comparece e litiga sobre o fundo da matéria, sem excepcionar a imunidade). O mero comportamento passivo (o Estado não contesta) não pode ser entendido como renúncia, tampouco pode entender-se como tal o acordo de um Estado de aplicação da lei de outro Estado ou sua presença em um processo como mera testemunha. Para ser válida, a renúncia deve proceder de um órgão com autoridade para tal. A renúncia à imunidade de jurisdição não engloba a imunidade de execução, para a qual será necessária uma nova renúncia. O mesmo vale para o âmbito da arbitragem: a submissão a um procedimento arbitral não significa a renúncia à imunidade de execução.
- (vi) A imunidade há de controlar-se *ex officio*. Não obstante, ao Estado estrangeiro deve-se notificar a existência de uma demanda para dar-lhe a possibilidade de exercitar esse direito de renúncia ou para prevenir uma classificação errônea pelo juiz nacional (p.ex. considerar como ato *iure gestionis*, o que na verdade é *iure imperii*)¹³⁸.

¹³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 382.

¹³⁸ “Problema. Reconvención e inmunidad. La inmunidad jurisdiccional es un privilegio para su beneficiário; por consiguiente, puede actuar como demandante y beneficiarse de la tutela judicial de los tribunales españoles, pero puede invocar esa inmunidad si es demandado y librarse de la carga correspondiente. Se discute qué sucede si el Estado extranjero es objeto de reconvención frente a una demanda inicial de dicho Estado en el foro. En principio, la respuesta viene determinada por el objeto de la demanda reconvencional: si ésta se basa en la misma relación jurídica o en los mismos hechos, no cabe invocar la inmunidad de jurisdicción, si vas más allá, sí. Lo mismo debe de valer para una excepción de compensación”. SORIANO, Miguel V. e ALFÉREZ, Francisco J. Garciamartín. *Op. cit.* p. 64

Quanto à imunidade de missões diplomáticas e consulares, SORIANO e ALFÉREZ explicam que, nos termos das Convenções de Viena de 16 de abril de 1961 e de 24 de abril de 1963, ambas ratificadas pela Espanha e pelo Brasil¹³⁹, essa imunidade, na prática, possui inclusive um âmbito mais amplo que a dos próprios Estados que representam. Enumeram-se algumas características:

- (i) Os diplomáticos gozam de imunidade de jurisdição civil em razão de sua própria pessoa (*ratione personae*, para fins de garantia do exercício livre de suas funções – princípio do *ne impediatur legatio*), enquanto a imunidade dos Estados é vista por conta da natureza específica do ato praticado (*ratione materiae*).
- (ii) A imunidade alcança os membros da família do agente diplomático, sempre que não sejam nacionais do Estado receptor. Os membros do corpo administrativo e técnico da missão, que não sejam nacionais do Estado receptor, gozam de imunidade relativa, limitada a atos realizados no desempenho de suas funções.
- (iii) Essa imunidade não é renunciável pelo próprio diplomático; a razão é que a imunidade dos agentes diplomáticos é atributo e garantia do Estado de que representam.
- (iv) A imunidade não exclui a possibilidade de se demandar o beneficiário dessa imunidade em seu próprio Estado.
- (v) Os funcionários e empregados consulares gozam de imunidade por atos realizados no exercício das funções consulares. Em nenhum caso essa imunidade alcança as ações derivadas de um contrato que o interessado haja celebrado, explícita ou implicitamente, como agente consular, nem a acidentes de veículo, barco ou avião ocorridos no Estado receptor. Em princípio, os agentes consulares estão obrigados a comparecer como testemunhas.
- (vi) Os bens das missões diplomáticas e consulares são absolutamente imunes à execução. A Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961, em seu art. 22, parágrafo 3º, excepciona da jurisdição doméstica bens afetados ao serviço diplomático da Missão¹⁴⁰.

¹³⁹ Convenção sobre Relações Diplomáticas foi promulgada pelo Decreto n. 56.435/65 e a sobre Relações Consulares pelo Decreto 61.078/67.

¹⁴⁰ Artigo 22. 1. “*Os locais da Missão são invioláveis. Os agentes do Estado acreditado não poderão neles penetrar sem o consentimento do Chefe da Missão. 2. O Estado acreditado tem a obrigação especial de adotar todas as medidas apropriadas para proteger os locais da Missão contra qualquer instrução ou dano e evitar perturbações à tranquilidade da Missão ou ofensas à sua dignidade. 3. Os locais da Missão, seu mobiliário e demais bens neles situados, assim como os meios de transporte da Missão, não poderão ser objeto de busca, requisição, embargo ou medida de execução.*” (grifo nosso)

Na jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal – STF já se pronunciou pela relativização da imunidade de jurisdição no processo de conhecimento contra Estado estrangeiro. No entanto, quanto à imunidade de execução, mantém-se cauteloso, em decorrência da inviolabilidade dos bens da Missão Diplomática, garantida pela Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961. Porém, vale ressaltar que a Corte Suprema tem admitido exceções a essa prerrogativa, quando se trata de bens não afetados à atividade diplomática ou em caso de renúncia expressa a tal prerrogativa.

Acerca do tema, manifestou-se o Ministro Celso de Mello:

É bem verdade que o Supremo Tribunal Federal, tratando-se da questão pertinente à imunidade de execução (matéria que não se confunde com o tema concernente à imunidade de jurisdição ora em exame), continua, quanto a ela (imunidade de execução), a entendê-la como prerrogativa institucional de caráter mais abrangente, ressalvadas as hipóteses excepcionais (a) de renúncia, por parte do Estado estrangeiro, à prerrogativa da intangibilidade dos seus próprios bens [...] ou (b) de existência, em território brasileiro, de bens, que, embora pertencentes ao Estado estrangeiro, não tenham qualquer vinculação com as finalidades essenciais inerentes às legações diplomáticas ou representações consulares mantidas em nosso País.¹⁴¹

O Superior Tribunal de Justiça também tem adotado um entendimento mais precavido em relação à imunidade de execução em matéria trabalhista, entendendo pela impenhorabilidade dos bens das Missões Diplomáticas, em atenção ao disposto na Convenção de Viena de 1961, conforme se vislumbra do acórdão colacionado abaixo:

RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. EXECUÇÃO MOVIDA CONTRA ESTADO ESTRANGEIRO. PENHORA. INADMISSIBILIDADE. IMUNIDADE DE EXECUÇÃO. EXPEDIÇÃO DE CARTA ROGATÓRIA PARA A COBRANÇA DO CRÉDITO. Os bens do Estado estrangeiro são impenhoráveis em conformidade com o disposto no art. 22, inciso 3, da 'Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas (Decreto nº 56.435, de 8.6.1965)'. Agravo provido parcialmente para determinar-se a expedição de carta rogatória com vistas à cobrança do crédito.¹⁴²

Já o Tribunal Superior do Trabalho vem admitindo exceções à imunidade de execução, autorizando a penhora de bens não essenciais às atividades diplomáticas, consoante se extrai dos julgados seguintes:

PENHORA ON LINE EM CONTA CORRENTE DE ESCRITÓRIOCOMERCIAL DE ENTE DE DIREITO PÚBLICO EXTERNO. IMPOSSIBILIDADE QUANDO NÃO COMPROVADA A DESAFETAÇÃO DO BEM. IMUNIDADE DE EXECUÇÃO. No direito comparado é ilegal a determinação de penhora de conta corrente de Estado estrangeiro, salvo quando cabalmente demonstrada sua utilização para fins estritamente mercantis, porque neste caso o dinheiro ali movimentado estaria desvinculado dos fins da Missão diplomática. Nos termos da jurisprudência do E. STF e da mais abalizada doutrina, fere direito líquido e certo do Estado estrangeiro a incidência de medidas expropriatórias contra bens afetos à

¹⁴¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. RE-AGR n. 222368/PE. Relator, CELSO DE MELLO, Brasília, DF, 30. abr. 02. DJ de 13.02.03.

¹⁴² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. Ag 230684/DF; AI 1999/0019680-5. Relator: BARROS MONTEIRO, Brasília, DF, 25. nov. 02. DJ de 10.03.03.

sua representação diplomática ou consular, mesmo diante do reconhecido caráter restritivo da imunidade de execução, na medida em que este privilégio tem lugar no que tange aos bens vinculados ao corpo diplomático (art. 22, item “3”, da Convenção de Viena de 1961). No caso concreto, o próprio Juízo Coator atestou, a partir de documentos do processo original, que o Escritório Comercial da Embaixada da Malásia não pode realizar operações de comércio, destinando-se à promoção do intercâmbio comercial entre o Brasil e a Malásia. Some-se a isso o fato de o exequente não ter logrado provar a necessária desafetação das contas bloqueadas, como se faria mister, nos termos do direito internacional público comparado. Logo, há de se conceder em parte a segurança impetrada, para declarar a imunidade à execução das contas bancárias da impetrante que foram alvo de penhora, mantendo, assim, a antecipação de tutela quanto ao desbloqueio das contas e liberação da quantia à impetrante, porém autorizando o prosseguimento da execução quanto aos bens que forem comprovadamente desafetos à Missão diplomática.¹⁴³

Constata-se com a leitura dos acórdãos supracitados, portanto, que a jurisprudência pátria adota a teoria da imunidade de execução quase absoluta, em decorrência do disposto na Convenção de Viena, de 1961, acerca da inviolabilidade dos bens da Missão Diplomática, admitindo a prática de atos constritivos somente sobre aqueles bens situados no território do foro, não afetados a tal fim e, ainda, em caso de renúncia expressa dos entes de direito público externo a essa prerrogativa.

Finalmente, quanto à imunidade das organizações internacionais e seus membros, elas se constituem por força de tratados e convenções celebrados nesse sentido, tanto com os países que as integrem, quanto com os Estados onde se localiza sua sede.

As imunidades de jurisdição, portanto, operam como um limite de caráter negativo à fixação da jurisdição do Estado, na medida em que estabelecem hipóteses em que está excluída a ação dos tribunais estatais estrangeiros.

Entretanto, como ressalta FRAGISTAS, é importante deixar claro que no que se refere às imunidades de jurisdição, o princípio de Direito Internacional atual fixando apenas a linha mestra do limite que deve ser imposto à função jurisdicional de cada Estado, cabendo às respectivas legislações nacionais e à jurisprudência completar e especificar o referido princípio de Direito Internacional, estabelecendo suas peculiaridades.¹⁴⁴

O principal efeito da aplicação do princípio da imunidade jurisdicional dá-se no âmbito do direito processual internacional, na medida em que aquela norma atua afastando as regras de

¹⁴³ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. SBDI-2. ROMS n. 282/2003-000-10-00-1. Relator: RENATO DE LACERDA PAIVA. Brasília, DF, 28 jun. 05. DJ de 26.08.05.

¹⁴⁴ FRAGISTAS. *Op. cit.* p. 170.

competência internacional do Estado local, impedindo assim o exercício da jurisdição nacional nos litígios em que o beneficiário da imunidade está envolvido.

O fundamento do princípio da imunidade remete aos direitos fundamentais do Estado, à soberania, igualdade e independência (*par in parem non habet imperium*), princípios que são expressão de um costume internacional plenamente consolidado.¹⁴⁵

Importante consignar, contudo, que a prática internacional evoluiu de uma concepção maximista do princípio da imunidade cuja característica era a perspectiva absolutista, para uma consideração mais relativizada, restringindo-se à imunidade do Estado estrangeiro a ações referentes a atos soberanos ou públicos, excluindo-se atos privados.¹⁴⁶

Em um Estado que ampara a tutela judicial efetiva como direito fundamental, a imunidade jurisdicional é sempre uma imunidade condicionada. As regras de imunidade jurisdicional devem ser compatíveis com o direito constitucional da tutela judicial efetiva, ou seja, as regras de imunidade só poderão ser materializadas na medida em que disponha ao autor alguma via alternativa efetiva para satisfazer seus direitos subjetivos.

SORIANO e AFÉREZ enumeram duas possibilidades ao autor: ou ajuizar sua demanda no estrangeiro, ante os tribunais do Estado em questão, sempre que existam garantias de um processo imparcial (por isso, em relação a diplomatas espanhóis, o art. 40, II do C. Civil estabelece domicílio na Espanha, ainda que residam no estrangeiro); ou ainda, reclamar a proteção diplomática ante às autoridades judiciais espanholas e, em caso de infrutuosidade, ajuizar uma ação indenizatória (*compensatio lucri cum damno*). O fundamento dessa segunda opção é a de que um indivíduo particular não deve suportar o custo derivado da proteção de um interesse geral de política exterior, qual seja, a de respeito à imunidade de outros Estados. No caso das organizações internacionais, como dito, o acordo constitutivo deverá prever uma via alternativa adequada. Do contrário, não se deve reconhecer o privilégio da imunidade.¹⁴⁷

¹⁴⁵ ROZAS, José Carlos Fernández e LORENZO, Sixto Sánchez. *Derecho Internacional Privado*, Madrid: Civitas, 1999, p.93.

¹⁴⁶ DOLINGER destaca que a gênese do princípio deveu-se à antiga regra feudal do *par in parem non habet imperium*, da qual se originou a imunidade pessoal dos soberanos, fortalecida, posteriormente, pelo princípio de *common law* da irresponsabilidade e impossibilidade de revisão judicial dos atos praticados pelo soberano (*the king can do no wrong*). A partir deste conceito de imunidade pessoal do soberano teria então se desenvolvido o princípio da imunidade do Estado como entidade jurídica. DOLINGER, Jacob. *A imunidade jurisdicional dos Estados*. In Revista de Informação Legislativa n.º76, Brasília, a. 19, out./dez. 82, pp. 10.

¹⁴⁷ SORIANO, Miguel Virgós e ALFÉREZ, Francisco J. Garcimartín. *Op. cit.* p. 67.

10.7 PRINCÍPIO DA IGUALDADE DE TRATAMENTO PROCESSUAL - artigo 835 do CPC

As cortes devem garantir tratamento isonômico e oportunidades razoáveis aos litigantes estrangeiros. Esse tratamento inclui a proibição de qualquer tipo de discriminação, seja com base na nacionalidade, sexo, raça, cor, religião, opinião política, lugar de residência ou domicílio, língua, opiniões de todo tipo, origem social, bens, nascimento, orientação sexual, etc.

As cortes devem ainda, no intuito de garantir a igualdade, levar em conta as dificuldades naturais encontradas por litigantes estrangeiros para participar do processo. As cortes não devem impor um ônus desproporcional aos litigantes estrangeiros para o acesso à corte.

Vale notar que vetusta determinação interna, bastante comum aos ordenamentos jurídicos mundiais, é a necessidade de “caução do processo” para partes estrangeiras como garantia necessária para cobrir as eventuais custas decorrentes do processo, em caso de perda de causa. Tais disposições violam o princípio da igualdade de tratamento das partes e devem ser desconsideradas.¹⁴⁸

No Brasil, o art. 835 do CPC tem causado bastante polêmica doutrinária. ADA PELLEGRINI, por exemplo, proclama a inconstitucionalidade do referido artigo. O Protocolo de Las Leñas dispensa a aplicabilidade do artigo a países do Mercosul.

Tais dispositivos devem ser afastados pelos magistrados uma vez que não se coadunam com a moderna tendência internacional do processo civil; representam um nítido obstáculo ao acesso à justiça, além de serem arbitrariamente discriminatórios.¹⁴⁹

Os princípios do processo civil transnacional (*principles of transnational civil procedure*), fruto de um trabalho conjunto da *American Law Institute-ALI* e *UNIDROIT-The International Institute for the Unification of Private Law*, através dos professores Geoffrey C. Hazard Jr. e Michele Taruffo, preveem em seus dispositivos, uma síntese geral das considerações antes referidas:

3.. PROCEDURAL EQUALITY OF THE PARTIES

¹⁴⁸ SILVA NETO, Orlando Celso da. *Direito Processual Civil Internacional Brasileiro*. São Paulo: Editora LTr, 2003.

¹⁴⁹ Nesse sentido ver GLENN, H. Patrick. The ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure as Global Standards for Adjudication? *Revista Decita* n. 04. Fundação Boiteux. 2005 pp. 26-60.

3.1 The court should ensure equal treatment and reasonable opportunity for litigants to assert or defend their rights.

3.2 The right to equal opportunity includes avoidance of any kind of illegitimate discrimination, particularly on the basis of nationality or residence. The court should take into account difficulties that might be encountered by a foreign party in participating in litigation.

3.3 A person should not be required to provide security for costs, or security for liability for pursuing provisional measures, solely because the person is not a national or resident of the forum state.

3.4 whenever possible, venue rules should not impose an unreasonable burden of access to court on a person who is not a habitual resident of the forum.

O artigo 4º da Constituição da República representa uma afirmação e reconhecimento pelo Brasil de princípios básicos integrantes do Direito Internacional. Note-se que, ao se referir à igualdade entre os Estados e à cooperação entre os povos, a Constituição traz para o âmbito normativo interno a obrigação de que o aplicador do direito observe, necessariamente, os referidos princípios.

Ainda, a Constituição ao estabelecer os direitos humanos como fundamento da República, fixa, imediatamente, a proibição da denegação da justiça, permitindo o amplo acesso, sem nenhuma discriminação entre nacionais e estrangeiros. Por outro lado, o reconhecimento dos princípios da igualdade e cooperação, por sua vez, são testemunhos firmes de que a norma delimitadora da jurisdição deve ser redigida atentando para a existência de outras jurisdições potencialmente capazes de regular um litígio transnacional e, em função das características do último, talvez em melhores condições que a própria jurisdição nacional. Deve ainda observar os valores e princípios em que se assenta a comunidade nacional, afastando foros exorbitantes de jurisdição.

FLÁVIA PIOVESAN, a partir dos direitos humanos - que pressupõe uma igualdade - revela a necessidade de flexibilização e relativização do Direito Internacional e do conceito de soberania :

O artigo 4º da Constituição simboliza a reinserção do Brasil na arena internacional. Até então, as Constituições brasileiras anteriores à de 1988, ao estabelecerem tratamento jurídico às relações internacionais, limitavam-se a assegurar os valores da independência e soberania do país – tema básico da Constituição imperial de 1824 – ou restringiam-se a proibir a guerra de conquista e a estimular a arbitragem internacional – Constituição republicana de 1891 e de 1934 – ou atinham-se a prever a possibilidade de aquisição de território, de acordo com o Direito Internacional Público – Constituição de 1937 – ou, por fim reduziam-se a propor a adoção de meios pacíficos para a solução de conflitos – Constituições de 1946 e de 1967.

(...) a Carta de 1988 inova, ao realçar uma orientação internacionalista jamais vista na história constitucional brasileira. Esta orientação internacionalista se traduz nos princípios da prevalência dos direitos humanos, autodeterminação dos povos, do repúdio ao terrorismo e o racismo e da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, nos termos do artigo 4º, incisos II, III, VII e IX.

(...) A partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações com base na prevalência dos direitos humanos, está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal. Isto é, a soberania do Estado brasileiro fica submetida a regras jurídicas, tendo como parâmetro

obrigatório a prevalência dos direitos humanos. Rompe-se com a concepção tradicional de soberania estatal absoluta, reforçando o processo de sua flexibilização e relativização em prol da proteção dos direitos humanos.¹⁵⁰

O que se observa é um reconhecimento da existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal. Isto é, passa-se a considerar todas as regras jurídicas a partir de um mesmo pano de fundo que são os valores e diretrizes fundamentais, como a dignidade da pessoa humana. Rompe-se com a concepção tradicional de soberania estatal absoluta, reforçando o processo de sua flexibilização e relativização em prol de valores maiores, como a justiça. Este processo é condizente com as exigências do Estado Democrático de Direito constitucionalmente pretendido.

10.8 PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE

O princípio da efetividade significa que o juiz é incompetente para proferir sentença que não tenha possibilidade de executar. É intuitivo que o exercício da jurisdição dependa da efetivação do julgado, sob pena de se reduzir a atividade jurisdicional a uma inútil ameaça ou vã exibição de força.¹⁵¹ O princípio da efetividade é aquele em função do qual o Estado deve abster-se de julgar, se a sentença que vier a proferir não tenha como ser reconhecida no lugar onde deva, exclusivamente, produzir seus efeitos.

O escólio de ATHOS GUSMÃO é no sentido de que “o juiz brasileiro somente atue, relativamente àquelas causas de alguma forma vinculadas a país estrangeiro, se houver possibilidade de tornar efetiva, de realmente fazer cumprir sua sentença.”¹⁵² O fundamento do princípio encontra-se na inutilidade de um julgamento prolatado em tais circunstâncias.

Se o juiz de um Estado processa uma causa cuja sentença deva ser executada no território de outro Estado e a lei vigente neste (ou em ambos) declara que somente os juízes daquele Estado, com exclusão de quaisquer outros, podem processá-la e decidi-la, de nada adiantaria dar curso ao feito na Justiça do primeiro, pois a sua decisão seria inexecutável. A inexecutabilidade pode ser absoluta ou relativa, conforme decorra de intransponível fundamento de ordem pública, como

¹⁵⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 67 a 70.

¹⁵¹ CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

¹⁵² CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p.50. Ainda, “o tribunal deve declarar-se incompetente quando não tenha razoável certeza de que poderia executar seu julgado”. MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1974. v.1, p. 186.

por exemplo, a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, ou de impedimento legal incidente sobre causa que verse apenas sobre interesses privados, que pode vir a ser removido no futuro, se a legislação do país de destino for alterada ou se os dois países aderirem a algum instrumento internacional de cooperação interjurisdicional.

JATAHY apresenta esboço do princípio na doutrina estrangeira:

Na doutrina francesa, Niboyet salienta que o princípio da efetividade é encontrado na base das regras da competência geral dos tribunais franceses e deve ser um guia também para os litigantes, que se esforçarão sempre no sentido de propor a demanda no tribunal do país que possa tornar a decisão efetiva, visando sempre a obter um resultado prático. Todas as concepções teóricas, por mais fortes que sejam, irão se desfazer de encontro a este muro de realidade que não pode ser perdido de vista.

A falta de interesse processual pode estar na essência do princípio da efetividade que Szászy denomina *principium respectus ipsius*. Por isso aconselha os tribunais a não reconhecer a jurisdição se a sentença vier a se traduzir apenas numa mera "declaração num papel". No campo do direito de família, do direito sucessório e principalmente dos direitos reais sobre bens imóveis o princípio tem grande aplicação.¹⁵³

No sistema nacional, o princípio da efetividade ganha especial relevo em situações lacunosas, em que não exista encaixe em quaisquer das situações previstas no art. 88 do CPC ou na legislação convencional, sendo, nesses casos, um critério fundamental a ser levado em consideração, contudo, não é o único.¹⁵⁴

Interessante e recente caso de aplicação do princípio da efetividade ocorreu no Supremo Tribunal Federal, sob a pena do Ministro Relator Celso de Mello, em que discutiu-se a possibilidade de imposição de uma medida cautelar a uma Missão Diplomática Russa. O resultado foi a improcedência do pedido, em decorrência do princípio da efetividade.¹⁵⁵

No referido caso, pretendia-se impedir que a Missão Diplomática da Federação da Rússia no Brasil entregasse, ao Ministério Público Russo (“Prokuratura”), peças e elementos probatórios consistentes nas cópias de ‘hard disks’ de computadores apreendidos em posse do paciente. Ou seja, o aspecto nuclear da postulação, nas palavras do Ministro Relator, fora:

essencialmente, na pretendida determinação – a ser dirigida à Missão Diplomática russa – para que não envie, à Procuradoria Geral da Federação da Rússia, o material probatório apreendido pelas autoridades brasileiras (ou, caso tal medida já tenha sido executada, que providencie, de imediato, a sua devolução).

¹⁵³ JATAHY, *op. cit.*, p. 24

¹⁵⁴ SILVA NETO, Orlando Celso da. *Direito Processual Civil Internacional Brasileiro*. São Paulo: LTr, 2003.

¹⁵⁵ STF, HC 102041 MC/SP, Min. Relator CELSO DE MELLO, julgamento 18.12.2009. Publicado 02.02.2010.

Ocorre que em função da imunidade das Missões Diplomáticas, Celso de Mello indeferiu a medida cautelar pretendida, por inviável sua execução, portanto aplicando o princípio da efetividade. Transcreve-se trecho de sua decisão:

A impossibilidade jurídica de o Supremo expedir provimentos jurisdicionais mandamentais dirigidos a qualquer Missão Diplomática sediada em território brasileiro põe em relevo - ante a manifesta ausência de “enforcing power” das instituições judiciárias nacionais sobre legações diplomáticas estrangeiras - a completa inviabilidade do acolhimento, por inexecutável, da medida cautelar ora postulada perante esta Suprema Corte, não obstante seja, este Tribunal, o órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional estruturado no âmbito do Estado acreditado (o Brasil, na espécie).

Assim, por não se revelar exequível a pretensão cautelar pretendida, indeferiu-se o pedido fundamentando-se inclusive na ausência de competência internacional dos Tribunais nacionais.

10.9 PRINCÍPIO DA SUBMISSÃO OU DA AUTONOMIA DA VONTADE

Significa que, em um limitado número de casos, uma pessoa pode, voluntariamente, submeter-se à jurisdição de tribunal a que não estava sujeita. Portanto, a justiça brasileira será internacionalmente competente nas causas em que as partes litigantes tenham aceitado se submeter à jurisdição brasileira, ainda que no ordenamento jurídico brasileiro não houvesse previsão legal expressa nesse sentido.¹⁵⁶

A autonomia da vontade em matéria jurisdicional pode ser exercida previamente, em cláusula contratual de eleição de foro e pela prática de certos atos no território do país, ou posteriormente, com ajuizamento da ação pelo autor em determinado foro, comparecendo o réu ao feito sem apresentar a *declinatoria fori*, ou promovendo atos processuais que caracterizem a submissão tácita.

Como já comentado anteriormente, o princípio da autonomia da vontade vem cada vez mais se difundindo no campo do processo civil internacional, considerado como fator importante para a cooperação entre os Estados, no domínio da proteção jurídica das relações civis e comerciais.

O professor AMILCAR elenca, em sua obra, apenas duas limitações à aplicação do princípio: (i) o princípio não prevalece onde se encontra estabelecida por lei a competência da justiça

¹⁵⁶ STJ, RO 64-SP, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13-5-2008, Dje. 23-6-2008.

estrangeira, e, (ii) não resiste ao princípio da efetividade.¹⁵⁷ BOTELHO, a partir desse princípio conclui que, “sendo o tribunal competente segundo a lei do seu próprio Estado, não tem o réu o direito de recusar a sua jurisdição”, exceto, contudo se a competência internacional, pelas leis do mesmo Estado do tribunal, depender da submissão espontânea do réu estrangeiro ou domiciliado fora de seu território. Aí não será em função do princípio e sim, da lei. Para BOTELHO, o exercício de jurisdição nunca poderá ficar à mercê da vontade do réu, quando existir lei ou não puder ser efetivado no país.¹⁵⁸

Na prática, a questão causa bastante polêmica quando das cláusulas de eleição de foro. Muito embora a doutrina e jurisprudência majoritárias aceitem a autonomia da vontade, exercitável através das chamadas cláusulas de eleição de foro, sua aplicação, contudo, esbarra em um ponto de turbulência, a possibilidade de se afastar a jurisdição, derogando-a em função destas cláusulas.

Para CARMEN “...quando as partes fixam um foro diverso daquele previsto em lei, é como se ambas, sabendo que pode surgir uma controvérsia, renunciassem a esse benefício.”¹⁵⁹ Por outro lado, MESQUITA entende que “as normas que definem a extensão da jurisdição de um Estado são normas fundadas na soberania nacional e, por isso, não se acham submetidas à vontade das partes interessadas.”¹⁶⁰

A professora JATAHY se vale do escólio de CHIOVENDA e afirma:

As normas que dispõem sobre a jurisdição estatal são, por sua natureza, de direito público e portanto, em tese, tecnicamente inderrogáveis pela vontade das partes. Contudo, como ensina Chiovenda, há que se distinguir entre os limites da jurisdição prorrogáveis (ou relativos e dispositivos) e os improrrogáveis (absolutos, necessários) conforme se exija ou não que sejam observados ou, ao contrário, deixados ao alvedrio das partes.

¹⁵⁷ CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.p.541.

¹⁵⁸ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Da competência internacional e dos princípios que a informam*. Revista de Processo, n. 50, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 51-71.

¹⁵⁹ TIBURCIO, Carmen. *Temas de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 86.

¹⁶⁰ Continua o autor, afirmando que “*Os limites da jurisdição nacional não podem, por isso, ser ampliados, nem restringidos, por vontade das partes. As partes podem modificar a competência dos tribunais, mas não podem modificar a extensão da jurisdição nacional. Assim, a propositura da ação perante juiz internacionalmente incompetente, mesmo sem oposição do réu, não prorroga a competência internacional desse juiz; do mesmo modo, a propositura de ação perante autoridade judiciária de um Estado internacionalmente competente para a causa não previne a jurisdição deste contra a autoridade de outro Estado que pelas leis do primeiro, também seja (concorrentemente) competente para a mesma causa. Salvo convenção em contrário, é inoperante a litispendência estrangeira (CPC, art. 90), de modo que a mesma causa pode ser simultaneamente proposta perante as autoridades judiciárias de dois Estados diferentes. As normas de competência internacional são, pois, normas de ordem pública. Por isso mesmo, não se aplica à competência internacional a conhecida classificação da competência interna que a divide em competência absoluta e relativa.*” MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Da competência internacional e dos princípios que a informam*. Revista de Processo, n. 50, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 51-71.

O princípio da *submissão* torna competente o juízo de um Estado, apesar do silêncio das normas sobre competência, em razão da livre e expressa aceitação dos litigantes a submeterem-se à jurisdição do Estado a que normalmente não estariam sujeitos. Contudo, assim como todos os demais princípios, será preciso análise conjunta de cada caso concreto.

O magistrado precisa analisar cada caso concreto, com base nos princípios que informam e estruturam a competência internacional para decidir. A partir dos princípios, poder-se-á encontrar a solução mais justa.

Um julgado interessante que merece ser comentado é o do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro FRANCISCO REZEK, em que o procurador de uma das partes era o especialista em Direito Processual Internacional, IRINEU STRENGER, bastante citado no decorrer deste trabalho.¹⁶¹

Trata-se de um pedido de homologação de uma sentença estrangeira proferida pelo Tribunal Federal do Distrito do Sul de Nova Iorque e seu júri cível, em face de um brasileiro, residente e domiciliado no Brasil. A ação de indenização por perdas e danos decorria de suposto conluio no mercado de capitais, destinado a provocar alta artificial do preço da prata e restringir, assim, o respectivo comércio.

A referida demanda foi julgada procedente, sendo o réu brasileiro condenado a pagar para a autora, empresa estatal peruana, a importância de US\$ 239.124.696,00. Quando do pedido de homologação da referida sentença no Brasil, discutiu-se a competência do juízo alienígena, por ser o réu domiciliado no Brasil e haver recusado expressamente a jurisdição estrangeira, e a conformidade da sentença com os princípios de nossa ordem pública, por que, como a sentença estrangeira era proveniente de um júri cível, lhe faltava fundamentação (art. 93, inc. IX da CR/88).

Explica REZEK que, nas situações em que a demanda é ajuizada fora do Brasil contra alguém aqui domiciliado, requer-se algo da índole da submissão. Ou seja, nas hipóteses de competência concorrente em que alguém demande lá fora contra pessoa domiciliada no Brasil, a submissão é um requisito. A submissão pode ser **aleatória**: a submissão daquele que não está por nenhum motivo obrigado a acudir ao foro estrangeiro e não obstante acode, para qualquer coisa que não seja a oposição da declinatória. A submissão pode ser ainda **necessária**: quando resulta de um

¹⁶¹ STF, SEC 4415/EU, Ministro Relator FRANCISCO REZEK, Tribunal Pleno, DJ 03.04.1998.

contrato ou de uma forma qualquer de atividade desenvolvida pela pessoa domiciliada no Brasil, no domínio espacial de uma soberania estrangeira, incluída a hipótese de responsabilidade por ato ilícito. Resulte então de contrato, ou à margem de contrato expresso, resulte de uma atividade desenvolvida pela parte domiciliada no Brasil no Estado estrangeiro, a submissão é necessária.

Nas situações de submissão necessária, em que o réu está aqui domiciliado, nosso ordenamento exige a citação por carta rogatória. O STF não aceita outras formas de citação que não previstas no nosso ordenamento.¹⁶² De modo que, no caso concreto, todos os requisitos foram observados, já que o réu empresário brasileiro, aqui domiciliado, havia sido citado por rogatória. Assim, concluiu o Relator: “se há competência do foro estrangeiro do nosso ponto de vista, se nos encontrarmos diante de uma hipótese de submissão necessária, o comparecimento se impõe, pena de justificada revelia com todas as suas conseqüências.”¹⁶³

Quanto à questão de suposta violação à ordem pública, decidiu o STF que o fato de a sentença estrangeira não possuir fundamentação, já que proveniente de júri cível, não fere princípio de ordem pública no Brasil, pois a lei americana substantiva é a aplicável aos fatos.

Portanto, esta decisão demonstra que o princípio da submissão na verdade deve ser conjugado com outros princípios inerentes à matéria. A submissão necessária é, na verdade, uma conformidade com o princípio do acesso à justiça, vedação à denegação da justiça e até ao princípio da jurisdição razoável, já que leva-se em consideração a proximidade da jurisdição com o local dos fatos que fundamentam a demanda.

Trata-se de uma nova racionalidade prática procedimental, caracterizada pela análise de cada caso concreto, sem regras fixas e inflexíveis e, os princípios exercem papel fundamental nessa construção dialética do processo.

Como reflexo de uma nova fase, desenvolve-se uma preocupação com a realização dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho não patrimonial, buscando-se não só a declaração, mas a efetividade e efetivação desses direitos. Para isso, mister que os aplicadores do direito

¹⁶² Por exemplo, o STF já repudiou a citação por *affidavit*, por ação de advogados, por correspondência, por qualquer dos mecanismos que a moderna tecnologia proporciona às partes que não esteja previsto no nosso Código. STF, SE n. 2912, Ministro Relator NÉRI DA SILVEIRA, DJ 01.02.1983; SE n. 4125, Ministro Relator CÉLIO BORJA, DJ 04.09.1990.

¹⁶³ A revelia, quando o réu for devidamente citado por rogatória, não obstará absolutamente ao prosseguimento do processo e à perfeita validade da sentença assim proferida contra alguém que tem domicílio no Brasil. STF, SE n. 2457, Relator Ministro THOMPSON FLORES, DJ 08.10.1978.

funcionem como instâncias de ajustamento entre normas e fatos, redutoras do descompasso entre os problemas sociais e as respectivas soluções legislativas. RIGAUX, afirma que, por múltiplas razões, o juiz é coagido a fazer obra criadora – a dobrar a lei – e os tribunais, mais do que o legislador, estão aptos a seguir passo a passo as alterações da sociedade e estabelecer conexões até então despercebidas.¹⁶⁴

Assim, uma aplicação das normas de competência internacional, aos olhos do novo paradigma constitucionalista do direito, demandará uma interpretação daqueles dispositivos com base nos valores constitucionais, na nova realidade política, econômica e social, só assim, será possível desvendar-se seu real alcance.

CAPÍTULO II

ARTIGOS 88 E 89 DO CPC

1 FONTES DA COMPETÊNCIA INTERNACIONAL: Normas do CPC

As fontes recorríveis à solução de conflitos de jurisdições ou análise de competências internacionais são, sem dúvida, o direito interno e o direito internacional. Este se distingue em direito convencional e princípios gerais.

A determinação de competência internacional de cada país, por se tratar de sua própria soberania, dá-se através de normas próprias internas, conhecido como princípio da territorialidade ou *lex fori*.

Cada Estado escolhe os critérios que lhe pareçam mais adequados para delimitar a competência internacional de suas autoridades jurisdicionais. O direito internacional proíbe, efetivamente, que Estados tratem acerca da delimitação de competência internacional dos demais Estados.

No âmbito internacional, o conflito de jurisdições pode ser resolvido através de tratados internacionais ou de princípios. Os princípios servem de diretriz tanto no momento da elaboração das regras como naquele de sua aplicação, seja auxiliando o julgador no construir, em face da lacuna da lei no caso concreto, seja no processo de interpretação.

¹⁶⁴ RIGAUX, François. *A lei dos juizes*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 185

As normas de competência internacional no direito brasileiro se encontram basicamente nos artigos 88 a 90 do CPC; na Lei de Introdução ao Código Civil e alguns dispositivos esparsos pelo ordenamento¹⁶⁵. Contudo, não se pode deixar de incluir os tratados, convenções ou acordos internacionais que tratam sobre competência internacional e que estejam em vigor no Brasil¹⁶⁶. O trabalho dedicar-se-á às normas do CPC, artigos 88, 89 e incisos.

2 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

As regras que delimitam a jurisdição de um Estado podem ser entendidas como determinantes de uma “competência concorrente” ou de uma “competência exclusiva”. Naquela, o Estado admite que a ação seja proposta no exterior, ao passo que, quando se trata de norma de “competência internacional exclusiva”, o Estado não admite que a sentença proferida por justiça alienígena tenha eficácia em seu território.¹⁶⁷

As normas sobre competência internacional são unilaterais por excelência. Vale dizer, se restringem a delimitar o exercício da jurisdição dos tribunais nacionais, não regulando a jurisdição de outros Estados, como, aliás, não poderiam mesmo fazer, sob pena de ofensa ao princípio da soberania.¹⁶⁸

A competência internacional, ou geral, é verificada, no Brasil, através do método direto, ou seja, o magistrado analisa o direito nacional para determinar a jurisdição internacional, mas não analisa o de outros países, que se submetem às suas próprias regras.¹⁶⁹

¹⁶⁵ Por exemplo, o art. 651 da CLT que estabelece:

“Art. 651. A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento é determinada pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutra local ou no estrangeiro.” As Juntas de Conciliação e Julgamento foram extintas pela EC. n. 24/99, o que não altera o alcance do dispositivo em tela.

¹⁶⁶ Não se tratará das convenções não vigentes no país; um exemplo é a Convenção Interamericana sobre competência na esfera internacional para a eficácia extraterritorial das sentenças estrangeiras, assinada em La Paz, em 1984, ainda não aprovada pelo Congresso Nacional, portanto, sem efeitos no Brasil.

¹⁶⁷ STF, CR n. 8286, Presidente Min. CELSO DE MELLO, DJ 08.06.1999; no mesmo sentido CR n. 7870, DJ 27.11.1998; CR n. 8346, DJ 26.04.1999; CR 8292, DJ 26.05.1999; CR 7311, DJ 25.05.1999.

¹⁶⁸ Nesse sentido, ver DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado – Parte Geral*. 6ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 54/62.

¹⁶⁹ O Brasil adotava quando da égide do CPC de 1939 o método indireto, conhecido como princípio do espelho, já que um juiz nacional poderia determinar a competência de juizes estrangeiros em questões simétricas, mas inversas.

Nesse aspecto, mais uma vez a competência internacional se relaciona com o princípio da soberania. O Estado nacional somente tem poderes para verificar a extensão da sua própria competência, sem esmiuçar os limites da competência interna do país onde se originou a decisão sob exame.

Se não for hipótese que se enquadre nos limites da competência geral exclusiva da autoridade judiciária brasileira, o Superior Tribunal de Justiça acatará a competência do Poder Judiciário do outro Estado, sem entrar na discussão se, internamente, a decisão estrangeira fora proferida por juiz competente naquele país. Competência internacional ou geral e competência interna, ou especial, são aspectos distintos que não se confundem, e apenas o primeiro é relevante para o estudo de direito processual internacional.

Na análise direta da competência internacional, o juiz limita-se a verificar se é ou não competente para apreciar a ação que lhe é submetida, sendo de todo irrelevante a competência potencial da autoridade judiciária estrangeira.

Diversamente, na homologação de sentença estrangeira, o Superior Tribunal de Justiça analisa, primeiramente, se é caso de competência internacional da justiça brasileira. Se for, passa a um segundo ponto: se tal competência é concorrente ou exclusiva, vale dizer, se é admitida a competência de tribunal estrangeiro concorrentemente à competência de tribunal brasileiro ou se, ao inverso, a exclusividade da competência da justiça brasileira impede a decisão estrangeira de gerar efeitos no Brasil, deixando tal decisão de ser homologada.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça não tem poderes para declarar a invalidade da decisão estrangeira, mas tão-somente para evitar que a sentença emanada de órgão incompetente à luz das normas brasileiras que regulam a competência internacional gere efeitos no Brasil.

3 COMPETÊNCIA CONCORRENTE – Art. 88

Competência concorrente é caracterizada pelas hipóteses de admissão, para determinadas causas, de competência de justiça estrangeira paralelamente à competência de autoridade judiciária brasileira.

ARMELIN define com precisão o que vem a ser competência concorrente à luz do princípio da soberania:

“A competência internacional concorrente disciplinada no art.88 do Código comporta a atuação paralela de jurisdição estrangeira sobre a mesma causa sujeita à jurisdição brasileira. Evidentemente, esta admissão de paralelismo de atividades jurisdicionais por parte de tribunais alienígenas diz respeito à aceitação do resultado de tais atividades pelo ordenamento jurídico nacional. A admissão ou vedação daquelas atividades, enquanto tais, não teria sentido eis que, em se tratando de funcionamento normal de um dos poderes inerentes à qualquer pretensa proibição emergente de outra rejeição dessa atividade, consubstanciada na repulsa ou incorporação do resultado da mesma, ao ordenamento jurídico nacional.¹⁷⁰

A matéria está regulada no art. 88 do CPC:

Artigo 88. É competente a autoridade brasileira quando:

I – o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, esteja domiciliado no Brasil;

II – no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;

III – a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil.

Parágrafo único. Para o fim do disposto no n. I, reputa-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal.

Como já afirmado anteriormente, o legislador adotou o critério de determinação direta da extensão da jurisdição internacional da justiça brasileira, por meio de normas de natureza positiva, pela previsão de elementos de conexão específicos que incluem o litígio na esfera de apreciação do julgador nacional.¹⁷¹

No artigo 88 do CPC o legislador limitou-se a estabelecer a competência do julgador brasileiro, sem impedir que decisões eventualmente proferidas alhures venham a gerar efeitos no país após o devido processo de delibação.

Tal sistemática encontra-se em consonância com a natureza unilateral da norma processual, eis que o princípio da soberania dos Estados funciona como um impeditivo à interferência do legislador nacional da delimitação da competência internacional de outros Estados.

Observa-se que as hipóteses de competência elencadas nos incisos I, II e III do art. 88 do CPC não são, obrigatoriamente, cumulativas, bastando que esteja presente uma delas para que a autoridade brasileira seja competente para conhecer do litígio.

¹⁷⁰ ARMELIN, Donaldo. *Competência Internacional*, Revista de Processo, n. 2, São Paulo: Saraiva, p. 148

¹⁷¹ Desse modo, como leciona LIEBMAN, a lei não adotou sistema indireto, onde a fixação da competência internacional dos juizes e tribunais é deduzida “*mediatamente dos dispositivos legais sobre a competência territorial de cada um dos órgãos judiciários internos*”, ou seja, quando as normas de competência interna indicam qualquer juiz nacional como competente, deve deduzir daí a própria existência de competência internacional. LIEBMAN, E. T. Os limites da jurisdição brasileira. In *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. Saraiva, 1947, p. 23.

3.1 A Regra *Actor Sequitur Forum Rei*: Art. 88, I

O enunciado prescritivo materializado no item I do art. 88, referente ao réu domiciliado no Brasil, representa princípio processual universal *actor sequitur forum rei*. Importante observar que a nacionalidade é juridicamente irrelevante como fator de determinação internacional de competência.¹⁷² Ou seja, a norma, em destaque, não privilegia a nacionalidade das partes, mas apenas o domicílio. Assim, um litígio entre dois estrangeiros poderá ser submetido ao tribunal brasileiro se o réu for domiciliado no Brasil.¹⁷³

JATAHY, comentando a natureza do dispositivo, afirma:

O critério se apresenta como manifestação do espírito conservador do direito, que demonstra maior inclinação em relação àquele que defende o *status quo*, e não em relação àquele que procura modificá-lo. Essas idéias, que militam em favor da norma de competência interna, mantêm o mesmo valor no plano internacional, e justificam, em princípio, a submissão dos litigantes da relação internacional à competência do tribunal do domicílio do réu. Por outro lado, se perseguido direito obrigacional, é de interesse do autor o ajuizamento da ação no domicílio do demandado, permitindo ali prosseguir também com uma eventual execução forçada, evitando o processo de homologação de sentença proferida no estrangeiro. No campo do direito de família, especialmente nas ações de separação e divórcio, a vantagem é ainda fazer coincidir a lei material aplicável com a lei do foro, adotando o direito brasileiro a regra de conexão da *lex domicilli*.¹⁷⁴

O critério do domicílio representa ainda um consectário lógico do princípio da soberania, relação que é analisada pela jurisprudência:

A conclusão dos recorrentes, todavia, viola, frontalmente, o art. 88, I do CPC, e atenta contra o princípio constitucional de garantia da jurisdição. Com efeito, obrigar o suposto lesado a demandar na Itália, quando o Estado brasileiro assegura seu poder de julgar todas as causas contra réu, brasileiro ou não, domiciliado no Brasil, é negar a própria Soberania.¹⁷⁵

Outro aspecto interessante abstraído do tratamento pretoriano dado ao art. 88, I do CPC, reside nas hipóteses de concessão de *exequatur* a cartas rogatórias de citação. Sendo o réu domiciliado

¹⁷² JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do Conflito de Jurisdições: a Competência Internacional da Justiça Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.60.

¹⁷³ Conf. STF, SEC n. 6684/EU, Rel. Min. SEPULVEDA PERTENCE, Tribunal pleno, julgado em 19.08.2004, DJ 08.10.2004; CR n. 10686 AgR/EU, Min. Relator MAURICIO CORREA, Tribunal pleno, julgado em 27.08.2003, DJ 03.10.2003.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ STJ, AgRegAI n. 9794/SP, Rel. Min. CLAUDIO SANTOS, DJ 26.08.1991; AgRegAI n. 9795, RSTJ 80/81; Resp. n. 2170/SP, Rel. Min. EDUARDO RIBEIRO, 3ª T, DJ 07.08.1990, RSTJ 12/361

no Brasil, o Supremo Tribunal Federal tinha o entendimento pacífico no sentido de que (i) como a competência é concorrente, nada obsta a propositura de ação em foro estrangeiro; e (ii) a efetivação no Brasil de citação de réu aqui domiciliado não traduz ofensa à ordem pública nacional.¹⁷⁶ Entendimento que o atual órgão competente para concessão de *exequatur*, Superior Tribunal de Justiça, vem mantendo.¹⁷⁷

Na jurisprudência do STJ, encontra-se caso interessante em que um brasileiro naturalizado e residente no Brasil, busca indenização por danos morais e materiais decorrentes de diversas atrocidades de que foi vítima à época da ocupação da França pela Alemanha Nazista. Tais atos tiveram como fundamento, meramente, o fato de ser o autor judeu de nascença e se incluíam num projeto maior de eugenia, com o extermínio do povo judeu na Alemanha Nazista e nos países por ela ocupados.¹⁷⁸

A Min. Relatora Nanci Andrichi determinou a citação da Alemanha, com base no art. 88, I. Entendeu a Min. Relatora ser imperativo que se determinasse a citação da República Federal da Alemanha para que, se quisesse, opusesse resistência à sua submissão à autoridade judiciária brasileira. Somente após essa oposição, se ela for apresentada, é que se poderá decidir a questão da indenização.

Fundamentou sua decisão explicando que tal medida não encontra óbice nem nos comandos dos arts. 88 e 89 do CPC, nem no princípio da imunidade de jurisdição que, “segundo a mais moderna interpretação, prevalece apenas para as ações nas quais se discute a prática dos atos de império pelo Estado estrangeiro, não sendo passível de ser invocado para as ações nas quais se discutem atos de gestão”.

¹⁷⁶ STF, CR n. 8604, Relator Min. CARLOS VELLOSO, DJ 11.10.1999; Emb. CR n. 8743, DJ 17.12.1999; CR n. 9129, DJ 09.06.2000; CR n. 9125, DJ 14.06.2000.

¹⁷⁷ Interessante resgatar confusão de conceitos feita pelo STF, em que se entendeu impossível homologar sentença estrangeira tendo em vista os réus serem domiciliados no Brasil e de não terem comparecido ao Juízo estrangeiro para se defenderem. STF, SE n. 2227, Rel. Min. CORDEIRO GUERRA, Tribunal Pleno, DJ 23.04.1975. Atualmente, em matéria de carta rogatória de citação, a circunstância de o réu domiciliado no Brasil não aceitar a jurisdição estrangeira não obsta a concessão de *exequatur*. Em tais hipóteses, o juízo rogante é apenas informado da recusa, com a observação de que tal atitude é amparada pela ordem jurídica brasileira. STF, Emb. CR n. 4219, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ 04.09.1985; CR n. 9129, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ 09.06.2000. Na prática, isso significa um entrave à posterior homologação da sentença estrangeira no Brasil, uma vez que o réu pode voltar a discutir a competência do juízo estrangeiro. Pela possibilidade de se discutir duas vezes a incompetência da justiça estrangeira, primeiro quando da citação, depois quando da execução da sentença, ver LOWENFELD, Andréas F. Conflict of Laws English Style Review Essay, *American Journal of Comparative Law*, 37, p. 363.

¹⁷⁸ STJ, RO 64-SP, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 13/5/2008.

Importante ainda analisar a divergência doutrinária levantada sobre o tema que consiste em saber se a definição de domicílio é a mesma do Código Civil ou se haveria um domicílio processual específico para a questão da competência internacional.

SERPA LOPES, partindo do pressuposto do princípio do *lex fori*, conclui que não basta a residência transitória do réu no Brasil para se fixar a competência da autoridade judiciária brasileira nos termos do inciso I, do art. 88 do CPC, uma vez que o Código Civil distingue, com precisão, o domicílio efetivo da mera residência.¹⁷⁹

O escólio de BARBOSA MOREIRA¹⁸⁰ é no sentido de que o entendimento sobre o assunto fica limitado ao estabelecido no art. 31 do Código Civil.¹⁸¹ Portanto, domicílio é o lugar onde a pessoa natural se estabelece com ânimo definitivo. No mesmo sentido, PONTES DE MIRANDA, para quem não basta a residência para que se possa invocar a norma jurídica atributiva da jurisdição.¹⁸²

HELIO TORNAGHI reporta-se ao art. 94 § 3º do CPC¹⁸³, como prova de que o legislador se contentou com a simples residência, afastando a interpretação literal do art. 88, II do CPC, e, por analogia ao art. 94, § 3º, referente à competência interna, entende que se o réu não tiver domicílio, mas residir no Brasil, a ação poderá aqui ser proposta.¹⁸⁴

Sem adentrar nos aspectos controvertidos da questão, AMÍLCAR equipara domicílio à residência para os fins do inciso I do artigo 88 e, da mesma forma que TORNAGHI reporta-se ao art. 94 § 3º do CPC para fins de fixação da competência internacional.¹⁸⁵

OSCAR TENÓRIO, sustentando que a realidade da vida despreza a interpretação restritiva para remover as dificuldades que possam surgir nessa conceituação, ressalta que, por isso, "perdeu o legislador a oportunidade de consolidar a residência como fator de competência ainda que esta tenha sido implicitamente sua intenção." A realidade prática leva à interpretação de que a mera

¹⁷⁹ LOPES, Serpa Miguel Maria. *Op. cit.*, p. 84.

¹⁸⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Problemas relativos a Litígios Internacionais*. In Temas de Direito Processual Civil. 5ª série, Rio de Janeiro. Forense, p. 146. Nesse sentido ver também BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1998, v. I, p. 296.

¹⁸¹ Atualmente, sem muitas mudanças, o novo CC, no art. 70 estipula: Art. 70. *O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo.*

¹⁸² MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1995.

¹⁸³ CPC de 1973: Art. 94, § 3º: *Quando o réu não tiver domicílio nem residência no Brasil, a ação será proposta no foro do domicílio do autor. Se este também residir fora do Brasil, a ação será proposta em qualquer foro.*

¹⁸⁴ TORNAGHI, Helio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975, v. 1, p. 305.

¹⁸⁵ CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 510.

residência é suficiente para que seja competente o juiz brasileiro. Como justificativa para esse entendimento, o autor sustenta que pode haver dificuldade para se estabelecer o verdadeiro domicílio do réu, enquanto a residência é mais facilmente identificada.¹⁸⁶

ARRUDA ALVIM, por seu turno, reconhece que, como o CPC de 1973 limitou-se a indicar o domicílio como critério de fixação da competência geral, é de se concluir que o legislador teria afastado a residência como elemento capaz de resultar na competência da autoridade judiciária brasileira. Todavia, o autor critica essa posição, adotando o mesmo argumento de TENÓRIO, de que, na vida prática, por vezes é difícil identificar o domicílio do réu. Ele acaba por concluir que o critério mais correto seria reconhecer o foro da residência como foro subsidiário ao do domicílio e admite que se deve interpretar o inciso I do art. 88 CPC como abrangendo também a residência:

Releva notar, porém, que pertinentemente ao critério de fixação da competência, houve entre a atual lei e a Lei de Introdução ao Código Civil, de um lado, e de outro, a antiga Lei de Introdução, uma diferença, consistente em que a atual lei não se refere no art. 88 à residência (exceto no § 3º do art. 94 e outros dispositivos, v. g. art. 578), como fazia a Lei d Introdução de 1942 (sic), o que autoriza a conclusão de que o legislador teria se atido, exclusivamente, ao critério do domicilio civil. Esta orientação, na verdade, não foi feliz, porquanto não é fácil, muitas vezes, determinar-se o domicilio. O critério que se tivesse referido principalmente a domicilio (o foro principal) e, em seguida, subsidiariamente, a residência (= o foro subsidiário), seria mais funcional e útil. Entendemos, todavia, que se há de interpretar o n. I, do art. 88 como abrangendo também a idéia de residência.¹⁸⁷

Para JATAHY, a interpretação restritiva parece ser a mais correta tecnicamente. Nessa esteira, afirma: “A lei processual optou por não incluir expressamente a residência como critério subsidiário, nesse ponto afastando-se, deliberadamente, do modelo português então vigente, que dispôs sobre o domicílio presumido para efeito da competência internacional.”¹⁸⁸

De fato, o entendimento de que domicílio pode ser entendido de forma ampliativa a abarcar a residência não se coaduna com o fato de que a LICC de 1942 e o CPC de 1973 subtraíram a referência à residência que havia na Introdução de 1917 e no CPC de 1939¹⁸⁹. De modo que, onde o legislador propositalmente restringiu, não caberia, tecnicamente, interpretação extensiva.

¹⁸⁶ TENÓRIO, Oscar. *Direito Internacional Privado*. 11ª ed., revista e atualizada por Jacob Dolinger, Freitas Bastos, s/d, v. 2, p. 358.

¹⁸⁷ ALVIM, J. M. Arruda. Competência Internacional. *Revista de Processo*, Rio de Janeiro. n. 7/8, p. 15-49, jul./dez. 1977, p. 26.

¹⁸⁸ JATAHY, *Op. cit.*, p. 71

¹⁸⁹ CPC de 1939: Art. 142. *Nas ações de desquite e de nulidade de casamento, será competente o foro da residência da mulher; nas de alimento, o do domicílio ou da residência do alimentando.*

Na vigência da legislação anterior, o direito brasileiro adotava o critério germânico, delimitando a jurisdição a partir de normas de competência interna, e já era excluída dessa categoria a regra então contida no art. 134, § 1º, do Código de 1939¹⁹⁰. Nesse sentido, o escólio de LIEBMAN:

Do acolhimento por parte da lei brasileira do método da determinação indireta da extensão da jurisdição resulta, como dissemos, a consequência de as disposições legais sobre competência terem dupla função: em primeiro lugar, a de fornecer os critérios que permitem localizar as controvérsias em qualquer parte determinada do território brasileiro, indicando o juiz que poderá julgá-las, e ao mesmo tempo, a de estabelecer a submissão à jurisdição brasileira das lides que, deste modo, se localizam dentro do território nacional. O art. 134, § 1º não tem esta dupla função. Não fornece título de submissão da controvérsia à jurisdição brasileira, mas ao contrário, o pressupõe. Em outros termos: isso não é suficiente para tornar uma causa sujeita à jurisdição brasileira, se ela não estiver submetida por outros motivos. Serve, ao contrário, unicamente para determinar o juiz territorialmente competente, na hipótese em que uma causa deva ser decidida por um juiz brasileiro, e sejam aplicáveis em concreto os critérios ordinários estabelecidos pela lei para a distribuição da competência territorial.¹⁹¹

O mesmo entendimento sustentava FREDERICO MARQUES, assim discorrendo:

Tudo o que se contém no art. 134, § 1º do CPC regula a competência interna dos juízes brasileiros. O texto citado, portanto, não prevê a competência internacional do judiciário para conhecer da lide: não há ali regra de competência externa para regular a extensão espacial da jurisdição brasileira.¹⁹²

A regra é a de que normas destinadas à competência interna não são aplicáveis, sequer subsidiariamente, a questões de competência internacional. Devendo o magistrado, preliminarmente, decidir se possui competência internacional, para só então passar a análise da competência interna. É o que afirma PONTES de MIRANDA, reiterando entendimento anterior no tocante à matéria de competência internacional "(...) *necessário é, porém, que a seja de juiz brasileiro, pois a regra do art. 94, § 3º, do novo CPC é sobre competência interna.*"¹⁹³

Não obstante o exposto, a partir de uma interpretação mais próxima dos ditames axiológicos do atual estágio do Direito, chega-se à conclusão de que, apesar de ter sido opção do legislador nacional substituir a mera residência do réu pelo seu domicílio, como elemento identificador da competência internacional, é preciso reconhecer a dificuldade, em muitos casos concretos, de se identificar, com precisão, o domicílio efetivo do réu.

¹⁹⁰ CPC de 1939: Art. 134, § 1º *Quando o réu não tiver domicílio, ou residência, no Brasil, e, por outras disposições constantes deste Título, não se puder determinar a competência, a ação será proposta no foro do domicílio, ou residência, do autor. Si também o autor for domiciliado e residente em território estrangeiro, a ação poderá ser proposta perante qualquer juízo.*

¹⁹¹ LIEBMAN, E. T. *Os Limites da Jurisdição Brasileira*. Revista Forense, nº 92, 1942, p. 647.

¹⁹² MARQUES, Frederico. *Op. cit.*, p. 290.

¹⁹³ MIRANDA, Pontes de. *Op. cit.* p. 185

Daí que não se pode simplesmente afastar a possibilidade de a residência ser considerada como critério de determinação de competência internacional.¹⁹⁴ É preciso analisar o caso concreto, sem se olvidar das novas diretrizes hermenêuticas. Os princípios do acesso à justiça, *forum necessitatis* e da proximidade razoável permitem uma aplicação flexível do dispositivo a possibilitar uma amplitude interpretativa, conduta abalizada pela força normativa dos princípios.

Ademais, não se pode esquecer que as recentes convenções sobre jurisdição internacional apontam a residência como fator de conexão processual, mostrando-se coerente permitir, em certos casos, a interpretação mais ampla.

A discussão travada na doutrina sobre se a mera residência é elemento indicador da competência brasileira prevista no inciso I do art. 88 não chega a ser debatida na jurisprudência.

A jurisprudência manifesta-se no sentido de que, sendo o réu domiciliado no Brasil, é competente a autoridade judiciária brasileira, a teor do art. 88, I do CPC, mesmo que outras circunstâncias possam ser suscitadas, como o fato de a ação aqui proposta impedir o chamamento ao processo de outros devedores solidários, já que basta um dos réus ser domiciliado no Brasil para estabelecer-se a competência brasileira.¹⁹⁵

Tal entendimento jurisprudencial permite-nos concluir que houve e há uma preocupação dos Tribunais de evitar a denegação de justiça, caso mantida a incompetência do judiciário brasileiro em relação à causa evidentemente conectada com a jurisdição pátria e cuja decisão deveria ser efetivada no Brasil. Os julgadores concluíram, ademais, que a circunstância de o ajuizamento da ação no Brasil impedir o chamamento ao processo de devedores solidários domiciliados no exterior não afasta a aplicabilidade ao caso da norma do inciso I do art. 88, prevalecendo a competência do judiciário nacional em virtude de serem os réus domiciliados no País. Um caso típico de aplicação, implícita, dos princípios do acesso à justiça e da jurisdição razoável a permitir uma ampliação da competência brasileira.

¹⁹⁴ Um caso interessante foi ação de divórcio ajuizada no Brasil, de casamento celebrado na Argentina, em que o autor era de nacionalidade argentina, mas domiciliado no Brasil e a parte ré, também argentina, mas sem qualquer domicílio ou residência no Brasil. O Superior Tribunal de Justiça fixou a competência internacional com base no art. 7º da Lei de Introdução ao Código Civil que dispõe: “A lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, e capacidade e os direitos de família.” E, fixou a competência interna com base no artigo 94, § 3º do CPC. STJ, REsp n. 27483/SP, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, julgado em 04.03.1997, DJ 07.04.1997.

¹⁹⁵ STJ, AgRg, no AI n. 9794, Min. CLAUDIO SANTOS, DJ 26.08.1991; Ag.Rg no AI n. 9795, Min. CLAUDIO SANTOS, DJ 26.08.1991.

3.1.1 Ressalva quanto à aplicação da parte final do art. 94, § 3º: “em qualquer foro”

Em situações fáticas excepcionais, a partir da aplicação de princípios que ampliem o campo de incidência da jurisdição nacional, é possível, como visto, a utilização da primeira parte do dispositivo legal, art. 94, § 3º, que fixa a residência ao lado de domicílio, como critério delimitador de competência internacional. Contudo, importante ressaltar que, nem excepcionalmente, será possível a aplicação da parte final do referido dispositivo que estipula: “*Se este também residir fora do Brasil, a ação será proposta em qualquer foro*”.

JATAHY ensina que a expressão ‘em qualquer foro’ amplia, de forma demasiada, o âmbito de incidência das normas nacionais sobre competência internacional, o que traduz um contra-senso à diretriz adotada pelo legislador de 1973, a de modelo direta de determinação de competência internacional:

Se atentarmos para a parte final do dispositivo em exame, que permite seja a ação proposta em qualquer foro, na hipótese de o autor também residir fora do Brasil, chegaremos à conclusão de que a sua aplicação no campo das relações internacionais ampliaria exageradamente a competência concorrente da justiça brasileira, dificultando o reconhecimento de decisões estrangeiras em nosso país. E, seria um contra-senso à diretriz adotada pelo legislador de 73, que optou pelo sistema de regras diretas de delimitação da jurisdição. A conclusão, portanto, é de que o juiz, ao verificar conter a lide um elemento de estraneidade, deverá primeiramente examinar se a hipótese pode ser enquadrada numa daquelas de que tratam os arts. 88 e 89. Existindo a competência internacional, como no caso de o objeto da lide constituir-se na inexecução de obrigação cujo local de cumprimento é o Brasil, pelo fato de não ter o réu domicílio ou residência no território nacional, a competência interna será determinada nos termos do que preceitua o § 3º do art. 94. A jurisdição é a brasileira, e o foro competente fica sendo o do domicílio do autor ou qualquer outro, se este nem mesmo reside no país. Se, contudo, o juiz verificar a incoerência de qualquer das situações previstas naqueles dispositivos, e em não sendo o caso de aplicação dos princípios que supletivamente permitem o reconhecimento extraordinário da jurisdição do país, impõe-se a extinção do feito, sem julgamento de mérito. Portanto, o art. 94, § 3º, é aplicável apenas para determinar a competência interna depois de firmada a jurisdição brasileira.¹⁹⁶

Assim, se o juiz não verificar a ocorrência de qualquer das situações previstas nos artigos 88 e 89 do CPC, e em não sendo o caso de aplicação dos princípios que permitam o reconhecimento extraordinário da jurisdição do país, impõe-se a denegação da jurisdição, não sendo possível aplicar a regra da parte final do art. 94 § 3º “*será proposto em qualquer foro*” sob pena de se contradizer o próprio sistema adotado pelo Código, de regras diretas de delimitação da competência internacional.

¹⁹⁶ JATAHY, *Op. cit.*, p. 80.

3.1.2 Domicílio de pessoa jurídica: § único do art. 88

Quando o réu for pessoa jurídica, o parágrafo único do artigo 88 do CPC preceitua que será considerada domiciliada no Brasil aquela que aqui tiver agência, filial ou sucursal. Agência, filial ou sucursal têm em comum o fato de serem estabelecimentos ligados ao estabelecimento principal de uma sociedade comercial, dita matriz. A par das distinções entre as três figuras, que não ganham grande relevo no ordenamento jurídico pátrio, o que interessa para o tema aqui debatido é a característica comum de representarem instrumentos de atuação da pessoa jurídica à qual são ligadas. Tratando-se de agência, filial ou sucursal de pessoa jurídica estrangeira, é como se a própria multinacional estivesse agindo diretamente no país.

A identidade de características entre agência, filial e sucursal é definida por DE PLÁCIDO:

Em geral, na linguagem vulgar, os estabelecimentos fundados sob dependência e direção geral de outro, dizem-se agências, filiais e sucursais. Em verdade, todos eles resultam numa ramificação do estabelecimento principal, ou matriz, que se estabelece em localidade diferente daquela em que a matriz se encontra.¹⁹⁷

Para DONALDO ARMELIN, o parágrafo único do art. 88 do CPC trata de domicílio legal ou ficto, eis que o legislador estendeu o conceito estrito de domicílio nessa hipótese específica para facilitar a propositura de ações no Brasil contra pessoa jurídica estrangeira que aqui atue através de agência, filial ou sucursal.¹⁹⁸

De fato, o parágrafo único deve ser interpretado como sendo aplicável apenas no tocante aos negócios firmados pela agência, filial ou sucursal da pessoa jurídica estrangeira que se localizem no Brasil. BARBI argumenta “Do contrário uma canadense residente em seu país natal poderia vir acionar aqui uma empresa norte-americana por questões surgidas nos Estados Unidos e sem qualquer ligação com o nosso país, apenas porque a ré tem agência no nosso país.”¹⁹⁹ Esse entendimento fundamenta-se no princípio da jurisdição razoável ou da vedação à jurisdição exorbitante e, portanto, à limitação a causas conectadas com o ordenamento nacional.²⁰⁰

¹⁹⁷ SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, v. IV, p. 1497.

¹⁹⁸ ARMELIN, Donaldo. *Competência Internacional*, Revista de Processo, n. 2, São Paulo: Saraiva, p. 149.

¹⁹⁹ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1998, v. I, p. 296.

²⁰⁰ ARRUDA acrescenta que, mesmo quando se tratar de agência, filial ou sucursal irregulares, ainda assim prevalece a competência concorrente da autoridade judiciária brasileira para julgar as ações envolvendo-as diretamente, com base no artigo 12, § 2º, do Código de Processo Civil. O autor também invoca o § 3º do citado artigo 12, através do qual se estabelece que o gerente, o representante ou o administrador das agências, filiais ou sucursais representam a pessoa jurídica estrangeira. ARRUDA, Alvim. *Op. cit.*, p. 28

No campo jurisprudencial, contudo, não há decisões paradigmáticas sobre o assunto. Menciona-se, pelo valor histórico, antigo acórdão do STF que reconheceu a sucursal como elemento indicador da competência brasileira mesmo antes do advento do CPC de 1973, apesar de a LICC não conter normas semelhantes ao atual § único do art. 88 do CPC. Evento que já comprova a aplicação, ainda que implicitamente, do princípio da jurisdição razoável.²⁰¹

3.1.3 Pluralidade de réus

Na hipótese de haver pluralidade de réus e terem estes domicílios diversos, SERPA LOPES defende a aplicação do art. 134 § 2º do CPC antigo, parcialmente reproduzido pelo § 4º do artigo 94 do CPC de 1973, podendo o autor escolher em qual foro ajuizar a demanda.²⁰²

JATAHY sintetiza sua opinião da seguinte maneira:

Na hipótese de pluralidade de réus, quando apenas um tem o domicílio em território nacional, persiste, ainda assim, a competência internacional da justiça brasileira. Vigora o princípio da prevenção, aceito universalmente, que aí se manifesta. Prepondera o domicílio brasileiro, ainda como consequência da aplicação da *lex fori* às questões de natureza processual, fazendo incidir, subsidiária e excepcionalmente, a norma processual prevista no art. 94, § 4º. Nem mesmo é considerado o fato de existirem devedores solidários, com domicílio no exterior, dificultando ou impedindo o seu chamamento ao processo.^{203 204}

Pela própria redação do artigo 88, I, do CPC, é possível chegar-se à mesma conclusão, sem ser necessário recorrer-se à norma de competência interna. Basta que um dos réus seja domiciliado no Brasil para se estabelecer a competência do judiciário nacional, a teor do dispositivo em questão. A competência do foro do domicílio dos demais réus será admitida como concorrente.

Os julgadores concluíram, ademais, que a circunstância de o ajuizamento da ação no Brasil impedir o chamamento ao processo de devedores solidários domiciliados no exterior não afasta a

²⁰¹ STF, RE n. 53795, Min. HERMES LIMA, 25.06.1963, RSTJ 30/187.

²⁰² CPC 1939 – Art. 134 § 2º - “*Havendo mais de um réu e sendo diferentes seus domicílios, poderão ser demandados no foro de qualquer deles, se houver conexão quanto ao objeto da demanda ou quanto ao título ou fato que lhe sirva de fundamento.*”

CPC 1973 – Art. 94, § 4º - “*Havendo dois ou mais réus, com domicílios diferentes, serão demandados no foro de qualquer deles, à escolha do autor.*”

²⁰³ JATAHY, *Op. cit.*, p. 76.

²⁰⁴ OSCAR sustenta que se o pólo passivo da lide for composto por dois ou mais réus e apenas um deles tiver domicílio no Brasil, determina-se a competência pelo princípio da prevenção. TENÓRIO, Oscar. *Op. cit.*, p. 359. A crítica que se faz a esse entendimento é que não se pode confundir regras de competência interna com as de competência internacional. Ademais, esse entendimento esbarra na norma do art. 90 CPC, que dispõe sobre não ocorrer litispendência quando a mesma ação é proposta contra um juiz estrangeiro, em hipótese de competência concorrente.

aplicabilidade ao caso da norma do inciso I do art. 88, prevalecendo a competência do judiciário nacional em virtude de serem os réus domiciliados no País. Um caso típico de aplicação dos princípios do acesso à justiça e da jurisdição razoável a permitir uma ampliação da competência brasileira.

3.2 A Regra *Actor Sequitur Forum Executionis*: Art. 88, II

O inciso II, do art. 88, do CPC estabelece a competência concorrente dos tribunais brasileiros em relação às ações que envolvam obrigação a ser cumprida no Brasil, o que não comporta muitas divergências. Não importa a nacionalidade das partes, seu domicílio ou o fato de o contrato ter sido firmado no estrangeiro. Para que incidam as normas em questão, basta que a obrigação tenha que ser cumprida no Brasil, sendo irrelevante também a natureza da ação em causa.²⁰⁵

HELIO TORNAGHI afirma que o ato de liberalidade do devedor que pagou no Brasil parte da obrigação, apesar de o local de cumprimento ser em outro país, não autoriza o credor a ajuizar ação no Brasil para receber o restante de seu crédito. O referido autor também entende que não basta existir no contrato a previsão de cumprimento de uma obrigação no Brasil, sendo necessário que aquela obrigação específica, objeto da lide, que foi descumprida, tivesse de ser aqui prestada.²⁰⁶

A questão adquire outra complexidade, nos casos em que o local do cumprimento da obrigação é indeterminado. JATAHY faz uma análise do assunto:

A regra de competência do art. 88, II, que já vem do art. 12 da Lei nº 4.657, adota o critério objetivo, considerando a relação controvertida em si e por si e não em relação às partes. Como tal, ainda que nenhum dos litigantes tenha domicílio no território nacional, desde que neste deva ser satisfeita a obrigação, fica a demanda sujeita à jurisdição brasileira. Firmada esta, já para efeito de competência interna, cuida-se da aplicação da norma contida no art. 94, § 3º. Não importa, no caso, o lugar onde a obrigação foi contraída, mas sim que o Brasil seja o *locus destinatae solutionis*, isto é, importa a convenção para que aqui ela seja cumprida. Por outro lado, se o devedor vier a saldar parte da dívida no território nacional, embora lugar não previsto para a solução do

²⁰⁵ “Com ressalva do disposto no art. 89, II, que alude a processo com objeto especificamente discriminado, tampouco importa, para a determinação da competência internacional, a natureza da ação em que se tem vista. P. ex.: que se trata de obrigação a ser cumprida no Brasil, não interessa que o autor queira instaurar processo de conhecimento, de execução ou cautelar; nem, no primeiro caso, que o procedimento adequado seja o ordinário ou qualquer outro. Também é indiferente que se pleiteie a condenação do réu a cumprir a obrigação (ou alguma prestação devida em razão do descumprimento), ou se pretenda obter sentença que altere de qualquer forma o conteúdo daquela, ou que simplesmente lhe declare a existência ou a inexistência.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, p. 145.

²⁰⁶ TORNAGHI, Helio. *Op. cit.*, p. 306.

contrato, a liberalidade não autoriza, por si só, que o credor venha a acionar a justiça brasileira para haver o restante da dívida.²⁰⁷

O escólio de HELIO TORNAGHI é no sentido de que o lugar do cumprimento da obrigação não prorroga competência internacional para decidir sobre a validade do contrato do qual a mesma resulta. Não basta também que alguma obrigação contratual deva ser cumprida no Brasil. É necessário que o objeto da ação seja a obrigação específica a ser cumprida em nosso território.²⁰⁸

Não se pode olvidar que, quanto à qualificação do lugar do pagamento, deve-se aplicar a lei brasileira do processo, *lex fori*. E, nos termos do art. 950 do CC, considera-se este o domicílio do devedor, salvo se outro for estipulado por vontade expressa das partes ou presumida em função do caso concreto.

JATAHY afirma que “A regra do art. 88, II, pode ter interpretação extensiva em homenagem ao princípio da preferência pela jurisdição nacional, especialmente aplicado nas lides envolvendo o direito de família.”²⁰⁹

Na verdade, o dispositivo deve ser interpretado, no caso concreto, com base no arcabouço principiológico que embasa a matéria, devendo-se, nos casos omissos envolvendo o artigo 88, II do CPC, buscar-se elementos de conexão, sem, contudo, perder a perspectiva dos princípios da competência internacional, para se estabelecer a competência.

O inciso em cotejo, por seu turno, não tem gerado tanto debate na jurisprudência, que se restringe, normalmente, a reconhecer a concorrência de competência quando a obrigação tem de ser cumprida no Brasil.

Vale mencionar, contudo, dois entendimentos interessantes dos tribunais superiores sobre o contrato acessório de fiança. No primeiro caso, fixou-se o entendimento de que se no Brasil deve ser cumprida a obrigação consubstanciada no contrato principal, o contrato de fiança, acessório, ainda que firmado alhures por empresas estrangeiras, poderá ser executado no Brasil, com base

²⁰⁷ JATAHY. *Op. cit.*, p. 89.

²⁰⁸ TORNAGHI, Hélio. *Op. cit.*, p. 305-306. Já BATALHA preceitua que se a obrigação tiver de ser cumprida no Brasil distingue-se a hipótese de o réu ter ou não domicílio ou residência no Brasil. Na primeira hipótese, o juiz competente internamente será o da localidade onde ele é domiciliado ou reside; no segundo caso, mantém-se a competência internacional brasileira em virtude de a obrigação ter que ser cumprida no país, mas o que vai determinar internamente a competência especial é o local onde o autor tem domicílio ou residência. Por fim, se nem autor e réu forem domiciliados ou residentes no Brasil, mas incidir a parte final do art. 12 da LICC (e o inciso II do art. 88 do CPC), a ação pode ser proposta internamente perante qualquer juiz brasileiro, preferindo-se o do local do cumprimento da obrigação. BATALHA, Wilson. *Op. cit.* p. 294

²⁰⁹ JATAHY. *Op. cit.* p. 90.

no art. 88, II do CPC.²¹⁰ O segundo julgado selecionado, ainda sobre contrato de fiança, estipulou que:

[...] de nada importa que o contrato principal tenha sido ajustado, em outro país, por pessoas jurídicas estrangeiras; ainda que lá assumida, a fiança dada em garantia do respectivo cumprimento por brasileiros aqui residentes, com bens situados no território nacional, pode ser executada perante o judiciário brasileiro.”²¹¹

Ou seja, se o contrato de fiança for celebrado por empresas estrangeiras, mas o contrato principal tiver de ser cumprido no Brasil, competente a jurisdição nacional para executar o contrato de fiança (o acessório segue o principal) e, se o contrato de fiança for prestado por uma empresa domiciliada no Brasil, ainda que afiançando um contrato principal firmado alhures, também terá competência concorrente a jurisdição nacional. Aqui, levou-se em consideração o princípio da proximidade razoável e da efetividade da decisão.

3.3 Fato ocorrido ou ato praticado no Brasil: Art. 88, III

O primeiro ponto interessante diz respeito aos termos *ato* e *fato* previstos no enunciado do artigo 88, inciso III. PONTES DE MIRANDA interpreta os termos da forma mais ampla possível, possibilitando, na prática, que a autoridade judiciária brasileira seja competente sempre que ocorrer no Brasil qualquer ato ou fato, lícito ou ilícito, que entre no mundo jurídico e do qual se irradie responsabilidade.²¹² HELIO, contudo, ressalva que o importante para se fixar a competência judiciária brasileira, à luz desse inciso, é ter a causa de pedir ocorrida no Brasil.²¹³

214

²¹⁰. O acórdão tem a seguinte ementa: "COMPETÊNCIA INTERNACIONAL. CONTRATO DE CONVERSÃO DE NAVIO PETROLEIRO EM UNIDADE FLUTUANTE. GARANTIA REPRESENTADA POR 'PERFORMANCE BOND' EMITIDO POR EMPRESAS ESTRANGEIRAS. CARÁTER ACESSÓRIO DESTES ÚLTIMO. JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL BRASILEIRO EM FACE DA DENOMINADA COMPETÊNCIA CONCORRENTE (ART.88, INC.II, DO CPC). - O 'Performance bond' emitido pelas empresas garantidoras é acessório em relação ao contrato de execução de serviços para a adaptação de navio petroleiro em unidade flutuante de tratamento, armazenamento e escoamento de óleo e gás.- Caso em que, empresas, as garantidas se sujeitam à jurisdição brasileira, nos termos do disposto no art. 88, inc. II do CPC, pois no Brasil é que deveria ser cumprida a obrigação principal. Competência internacional concorrente da autoridade judiciária brasileira, que não é suscetível de ser arredada pela vontade das partes.À justiça brasileira é indiferente que se tenha ajuizado ação em país estrangeiro, que seja idêntica a outra que aqui tramite. Incidência na espécie do art. 90 do CPC. Recurso especial não conhecido, prejudicada a medida cautelar." STJ, REsp 251438/RJ, Min. Relator BARROS MONTEIRO, 4ª T, DJ 02.10.2000.

²¹¹ STJ, REsp 861248/RJ, Min. Relator ARI PARGENDLER, 3ª T, DJ 12.12.2006.

²¹² MIRANDA, Pontes de. *Op. cit.* p. 193/194.

²¹³ TORNAGHI, Hélio. *Op. cit.* p. 306

²¹⁴ ARRUDA, por outro lado, aduz que, no tocante aos atos ilícitos, a competência internacional decorre não apenas do inciso III do art. 88 do CPC, mas também do juízo em cujo foro o fato ocorreu, a teor do art. 100, V, a do CPC. É o que o autor denomina de coincidência entre as normas de competência internacional e interna. ARRUDA, Alvim. *Op. cit.* p. 28

Mais uma vez, entende-se que o dispositivo deva ser interpretado a partir dos valores e princípios próprios que substanciam a matéria ‘competência internacional’. Não se deve interpretá-los de forma hermética ou restritiva, como por exemplo, limitando o fato à causa de pedir. Tal interpretação não apresenta nenhuma preocupação com elementos de conexão com a Jurisdição nacional, o que pode levar a uma Jurisdição exorbitante, o que não se coaduna com os princípios da competência internacional.

Da mesma forma que o inciso II, o inciso III do artigo 88 não tem sido muito debatido na jurisprudência, firmando-se o entendimento de que, no caso de ato praticado ou fato ocorrido no Brasil, a competência da autoridade judiciária brasileira é meramente concorrente.²¹⁵ Contudo, há um interessante acórdão do STJ em que se analisa os incisos II e III do artigo 88 para determinar a competência nacional.²¹⁶

Jucelino Nóbrega da Luz ajuizou, no Brasil, ação ordinária, em face dos Estados Unidos da América, objetivando o recebimento a título de recompensa, da quantia de US\$ 25.000.000,00 (vinte e cinco milhões de dólares), publicamente prometidos pelo Estado réu, nos idos de 2003, ao informante do paradeiro do ex-ditador iraquiano Saddam Hussein, finalmente capturado em quatorze de dezembro do mesmo ano.

O autor da demanda alegava prognosticar eventos futuros em sonhos premonitórios. Narrou que, desde antes da deflagração do conflito bélico entre EUA e Iraque, havia endereçado missivas a diversas autoridades norte-americanas, nas quais indicava precisamente o esconderijo de Saddam Hussein.

O juiz federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, que recebeu este processo, o extinguiu sem julgamento de mérito, por entender que a causa extrapolava os limites da jurisdição pátria, haja vista não se enquadrar a pretensão deduzida nas hipóteses de competência internacional previstas nos arts. 88 e 89 do CPC. Ademais, com fulcro no art. 9º, *caput*, e § 2º, da LICC²¹⁷, rechaçou a incidência da legislação material pátria, porquanto, em se tratando de ato unilateral de vontade (promessa de recompensa), aplica-se a lei vigente no país onde constituída a obrigação, ou seja, a lei norte-americana.

²¹⁵ Conf. STJ, RO 19/BA, Relator Min. CESAR ASFOR ROCHA, DJ 13.10.2003; RO 37/RS, Relator Min. JOSE DELGADO, 1ª T, DJ 13.06.2005 e STF, SE n. 4415, Relator Min. FRANCISCO REZEK, PLENO, DJ 11.12.1996.

²¹⁶ STJ, RO 39/MG, Relator Min. JORGE SCARTEZZINI, 4ª T, DJ 06.03.2006.

²¹⁷ Art. 9º. *Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. (...)§ 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente."*

Irresignado, interpôs o autor Recurso Ordinário (art. 105, II, "c", da CF/88), sob alegação de que compete à Justiça brasileira julgar litígios que envolvam obrigações cujo cumprimento deva ocorrer em território nacional. Desta feita, argüia que, sendo domiciliado no Brasil o credor da promessa efetuada, bem como daqui remetidas as cartas indicativas do paradeiro de Saddam Hussein, também no Brasil haveria de ser efetivado o pagamento do numerário prometido.

Em primeiro lugar, o ministro relator SCARTEZZINI, de forma acertada, afastou o entendimento equivocado do magistrado de piso, no que concerne à legislação material aplicada ao caso concreto e sua relação com a competência internacional brasileira. Como já demonstrado neste trabalho, uma lei estrangeira pode ser perfeitamente aplicada, em um caso concreto, por um juiz nacional. Ou seja, o mero fato de se incidir legislação estrangeira no caso não exclui, por si só, a competência nacional. Transcreve-se trecho de seu voto:

Assim, na hipótese do art. 9º, *caput*, da LICC, infere-se, quanto à *qualificação da questão jurídica*, cuidar-se de *constituição de obrigação*, cuja *sede jurídica ou elemento de conexão* consiste no *local ou país em que configurado o ato jurídico*, sendo o *direito material deste país* o regulador da situação. Ora, *in casu*, à luz dos mecanismos específicos da promessa de recompensa, constituída, conforme explicitado, no momento em que manifestada unilateralmente a vontade pelo Estado promitente, tem-se como elemento conector entre as legislações pátria e norte-americana o país em configurada a obrigação, qual seja, os EUA e, pois, como exata a incidência da respectiva legislação, segundo disposto pelo d. Juízo *a quo*. Todavia, ao revés do preconizado pelo d. Magistrado singular, o tão-só fato de a hipótese concretamente reger-se por normas estrangeiras é insuficiente a elidir, em princípio, a competência das autoridades judiciárias pátrias, de modo que, restando a mesma eventualmente caracterizada, apenas cumprirá à parte que se valer da legislação adventícia provar-lhe "o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz" (art. 337 do CPC).²¹⁸

Prosseguindo, o Ministro relator passou a analisar o segundo argumento do magistrado *a quo* no sentido de que como a obrigação reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente, no caso os Estados Unidos da América (art. 9º, § 2º da LICC), portanto lá que deveria ser cumprida a obrigação, exegese que torna incabível o art. 88, inciso II do CPC. Nesse ponto, concordou o Ministro relator, uma vez que, *obrigação de fazer* oriunda da promessa de recompensa, acha-se constituída no instante em que se torna pública a oferta de gratificação ao executor de determinado ato ou serviço e, no nosso ordenamento, a regra é a de que o pagamento se dá no domicílio do devedor (*dívida quérable*).²¹⁹

²¹⁸ STJ, RO 39/MG, Relator Min. JORGE SCARTEZZINI, 4ª T, DJ 06.03.2006.

²¹⁹ Destaca-se o seguinte trecho da decisão: "Desta feita, nos termos do art. 88, II, do CPC, é dizer, em decorrência do lugar de cumprimento da obrigação de fazer o pagamento da gratificação prometida, não resta caracterizada a competência das autoridades judiciárias pátrias, mas, sim, dos órgãos jurisdicionais norte-americanos. Aliás, como bem salientado pelo i. membro do *Parquet* Federal, o recorrente, ao defender a competência nacional com base no art. 88, II, do CPC, "confunde cumprimento da obrigação com eventual nascimento do direito subjetivo à recompensa, que poderia sim ter ocorrido no Brasil, ou em qualquer outro lugar, se eventualmente tivessem sido cumpridas as condições impostas pelo proponente."

Conquanto o local do cumprimento da obrigação de fazer - pagamento da gratificação prometida - não seja o Brasil, portanto, não sirva à determinação da competência judiciária nacional, art. 88, inciso II do CPC, a execução do ato ou da condição estipulados na promessa dá origem, sim, à pretensão concernente ao recebimento da recompensa, ou seja, a ação judicial em cotejo origina-se de um fato supostamente praticado no Brasil: a remessa de cartas contendo a informação almejada pelo promitente, Estados Unidos. O que se encaixa na hipótese de incidência prevista no art. 88, inciso III do CPC.²²⁰

Assim, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, reconheceu a competência concorrente da autoridade judiciária brasileira, nos termos do art. 88, inciso III do CPC, sendo que, simultaneamente, reconheceu também a imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro, o que levou ao deferimento da citação dos Estados Unidos a fim de que exercesse o direito à imunidade jurisdicional ou se submetesse, voluntariamente, à jurisdição pátria.

4 COMPETÊNCIA EXCLUSIVA – Art. 89

Competência exclusiva significa que naquelas situações enumeradas no art. 89 do CPC, o Brasil só conhecerá de sentenças proferidas pelas autoridades judiciárias brasileiras. Assim, se proposta ação no exterior, a sentença lá prolatada não terá eficácia no Brasil.

O artigo 89 do CPC assim dispõe:

- Artigo 89 – Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra:
 - I – conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil.
 - II – proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional.

²²⁰ O seguinte enxerto da decisão resume bem a questão: “Em conclusão, conquanto o local de constituição/cumprimento da obrigação unilateral decorrente da promessa de recompensa não sirva à determinação da competência judiciária nacional (art. 88, II, do CPC), o local em que supostamente praticado o fato do qual deriva a presente ação, é dizer, o território brasileiro, mediante a qual se busca justamente provar o adimplemento das condições impostas pelo Estado ofertante, a fim de que lá se possa buscar a recompensa prometida, configura a competência das autoridades judiciárias pátrias (art. 88, III, do CPC), não obstante, como assinalado, em concorrência à competência das autoridades jurisdicionais norte-americanas.”

Como já mencionado anteriormente, com base nos ensinamentos de GAETANO MORELLI²²¹, a expressão ‘competência exclusiva’ é passível de críticas, haja vista que sendo uma norma unilateral, não pode o Brasil estabelecer o que é ou não da alçada das jurisdições alienígenas conhecer. Cada Estado é livre para estabelecer suas regras de competência internacional, não sendo possível afirmar que a competência do Brasil é exclusiva sobre qualquer caso.

Assim, em vez de ‘excluir’ as demais justiças para as situações ali elencadas, seria mais plausível afirmar que a sentença estrangeira que tratar de matéria constante deste dispositivo não será, pela nossa Justiça, reconhecida.

Outra questão de especial relevo refere-se a serem as hipóteses constantes deste artigo 89 do CPC exemplificativas ou taxativas. A questão é saber se o rol previsto nos artigos do CPC é ou não exaustivo.

Para MADRUGA, o sentido das normas sobre competência internacional é negativo, pois visa limitar o âmbito de atuação jurisdicional do Estado Brasileiro, de modo que os casos não incluídos na lei seriam de incompetência do juiz brasileiro.²²²

Para BOTELHO, a enumeração dos artigos sobre competência internacional não é exaustiva, contudo, aduz que a regra é que, em relação às causas não incluídas nos arts. 88 e 89 do CPC, o magistrado deve se declarar internacionalmente incompetente e exclusivamente competentes as autoridades judiciárias estrangeiras. Mas, em função dos princípios, a regra comporta exceções. Portanto, o rol não é exaustivo.²²³

BARBOSA MOREIRA aduz que, em decorrência da possibilidade de absurdos, o rol não pode ser exaustivo, sob pena de denegação de justiça. Cita, o autor, como exemplo, casos de jurisdição voluntária em que não há réu nem ação – separação consensual; arrecadação de bens de ausentes, interdição de alienados mentais etc.²²⁴

²²¹ “Las normas sobre la competencia internacional, como normas pertenientes al ordenamiento jurídico de un determinado Estado, pueden determinar y determinan los límites de la jurisdicción del Estado a cuyo ordenamiento pertenecen; pero no determinan (ni podrían hacerlo) los límites de la jurisdicción de los Estados extranjeros, límites que están, por el contrario, exclusivamente fijados por los respectivos ordenamientos” MORELLI, Gaetano. *Op. cit.* p. 87

²²² MADRUGA, Antenor. *Renúncia à Imunidade de Jurisdição pelo Estado Brasileiro*. Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2003.p. 86.

²²³ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Da competência internacional e dos princípios que a informam*. Revista de Processo, n. 50, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 51-71

²²⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Problemas relativos a Litígios Internacionais*. In Temas de Direito Processual Civil. 5ª série, Rio de Janeiro. Forense.p. 144. Nesse sentido conferir RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito*

Uma solução comum apresentada pela doutrina é a utilização, por analogia, dos critérios para delimitação da competência interna. Essa solução, contudo, não parece ser a mais acertada, tendo em vista a natureza completamente distinta e autônoma das normas sobre competência internacional.

Como já mencionado, as normas que delimitam internamente o poder jurisdicional do Estado são estruturadas segundo determinados critérios objetivos ou subjetivos, absolutamente independentes e autônomos em relação aos critérios utilizados para determinar o poder jurisdicional internacional. Não seria, portanto, tecnicamente aceitável a utilização subsidiária de tais normas para a determinação da competência internacional.²²⁵

Assim, se por princípio não se mostra adequada a integração analógica, é, entretanto, possível a interpretação extensiva do dispositivo, para que, guardados os limites dos próprios elementos de conexão ali contidos, se possa ter uma leitura mais abrangente deles.

MARCELO DE NARDI sustenta que basta haver um elemento de fixação de competência para que o magistrado nacional reconheça sua jurisdição para a demanda, ainda que determinada situação não esteja prevista no ordenamento jurídico.²²⁶

A solução mais comum, contudo, é sem dúvida a baliza do princípio da efetividade da decisão como critério determinador da competência internacional do juiz nacional. Ou seja, basta que a sentença prolatada pelo juiz do País seja eficazmente executada, para autorizar a jurisdição daquele, ainda que na hipótese não haja nenhuma previsão legal para a competência internacional.²²⁷

Internacional Privado. São Paulo: Saraiva, 1996 e GRECO, Leonardo. *A competência internacional da justiça brasileira*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goitacases, n. 7, p. 169-194, 2005.

²²⁵ Nesse sentido: “O sistema de independência entre as normas de competência internacional e de competência interna vem se firmando com a conscientização da diversidade de seus objetivos. Não se confundem as causas de delimitação da jurisdição do Estado, cujas normas devem ser observadas na hipótese de lide envolvendo um elemento de estraneidade, com as que determinam a competência interna. Enquanto esta competência é fixada em função de interesses nacionais que devem ser conciliados, a razão da delimitação da competência internacional se origina em outros interesses, relacionados com a convivência harmônica entre os Estados e o sentimento de justiça que leva a respeitar o direito emanado da sentença estrangeira destinada a produzir efeitos em outra jurisdição. A diversidade justifica a opção pela sistemática independente, que predomina nas legislações mais modernas.” JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do conflito de jurisdições: a Competência Internacional da Justiça Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.32.

²²⁶ DE NARDI, Marcelo. *A lei e o Foro de Eleição em Contratos Internacionais: Um visão Brasileira*. In RODAS, João Grandino (Coord.). *Contratos Internacionais*, 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 122-194.

²²⁷ Nesse sentido ver CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competências*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997. Ainda, MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1995.

O trabalho concorda que o princípio da efetividade, assim como também o da submissão, ambos consagrados pela doutrina e jurisprudência, exercem a função de limitar ou ampliar o alcance das normas sobre competência internacional, mas discorda que sejam apenas esses dois princípios existentes sobre a matéria.

O que se preconiza é que existem outros princípios que tratam da matéria ‘competência internacional’, e que devem ser levados em consideração. O exercício da jurisdição encontra limites não só no princípio da efetividade, como em alguns outros que se extraem do ordenamento, em especial, da Constituição da República (derrogação). Além ainda da possibilidade de se estender a competência, o que determina uma flexibilização do sistema existente; sempre com os olhos voltados para a solução global do problema (prorrogação).²²⁸

4.1 Ações Relativas a Imóveis Situados no Brasil - A Regra *Forum Rei Sitae*: Art. 89, I

Esse inciso trata das ações relativas a imóveis situados no Brasil, repetindo a regra do parágrafo 1º do artigo 12 da L.I.C.C, consagrando assim, o princípio quase universal da *forum rei sitae*.

SILVA NETO, Orlando Celso da. *Direito Processual Civil Internacional Brasileiro*. São Paulo: LTr, 2003. BARROSO, ao analisar acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que negou jurisdição em ação de inventário de bens situados fora do Brasil, com fundamento de que competiria à jurisdição nacional apenas inventariar bens situados no País, assim se manifestou: “A presente decisão interpreta esse dispositivo (CPC, art. 89, II) no sentido de que se o bem a inventariar e partilhar não estiver situado no Brasil, então não cabe à Justiça brasileira fazê-lo, mas sim à alienígena, do local onde está situado o bem. Sabe-se que os arts. 88 e 89 do CPC contêm normas de direito processual internacional, pois determinam em que hipóteses a autoridade judiciária brasileira será competente para conhecer de um litígio que tenha um elemento estrangeiro. Tais regras são diretas, pois estabelecem de plano, sem remeter à legislação alienígena, as situações em que o juiz brasileiro tem competência internacional; e unilaterais, pois só fixam a competência internacional da autoridade judiciária brasileira, não da estrangeira. Em matéria de direito processual – ramo do direito público – não se aplica a Lei de outro país; logo, não devem ser bilateralizadas as normas processuais. A bilateralização das regras dos dispositivos citados criaria hipóteses de competência da justiça alienígena, o que somente a legislação estrangeira pode fazer, pois a atividade jurisdicional é uma função ligada à soberania do Estado. Observe-se, entretanto, que esta posição do TJSP, embora tecnicamente incorreta, não é isolada: nossos tribunais tem bilateralizado normas sobre competência internacional, recusando-se a conhecer de litígios envolvendo sobretudo bens imóveis situados no exterior, com base numa errônea interpretação a contrario sensu do art. 89, I. O juiz brasileiro pode eventualmente recusar-se a conhecer de um litígio que envolva imóveis no exterior – mesmo quando o réu tem domicílio no Brasil (art. 88, I) – com base no princípio da efetividade, caso constate que sua decisão não será exequível no outro país; nesta hipótese, não julgará o litígio – mas o fundamento dessa recusa não é o art. 89, I (que só deve ser aplicado para fixar a competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira), e sim aquele princípio, cujo corolário determina que não se deve proferir uma decisão que não possa ser executada. BARROSO, Luis Roberto. Boletim de Direito Internacional, n. 6, jul. 2000 APUD SILVA NETO, Orlando Celso da. *Direito Processual Civil Internacional Brasileiro*. São Paulo: LTr, 2003. p. 127.

²²⁸ O STF possui decisão ampliando as hipóteses de competência absoluta, nesse sentido conf. SEC n. 7420/RFA, TRIBUNAL PLENO, Min. Relator NELSON JOBIM, julgado em 19.08.2004, DJ 16.12.2005.

OSCAR TENÓRIO ao comentar o retro citado artigo da L.I.C.C, ensina que:

Pensamos que se trata de uma norma originariamente consuetudinária internacional, cuja vitalidade tem resultado de disposições internas uniformes. Na ausência mesmo de regra escrita, deve ser aplicada a que estabelece a competência do foro da situação do imóvel.²²⁹

No mesmo sentido HÉLIO TORNAGHI observa que:

O foro da situação da coisa (*forum rei sitae*) pode considerar-se universalmente adotado. É norma consuetudinária para o Direito Internacional Público, e norma interna aceita nas legislações, para o Direito Internacional Privado. Em outras palavras: Direito interno e Direito Internacional coincidem neste ponto.

A adoção do *forum rei sitae* decorre de razão de ordem prática, a da quase inutilidade do processo movido fora do país em que o imóvel esteja situado, pois a execução da sentença teria sempre de operar-se nele, e após a necessária homologação...Não seria possível a um Estado admitir a competência de outro para decidir questões relativas a imóveis sem abrir mão da própria soberania.²³⁰

Essa exclusividade deriva, portanto, da soberania de cada Estado, uma vez que os imóveis são parte de seus territórios, só reconhecendo assim, as sentenças sobre eles, quando proferidas pelas autoridades judiciárias nacionais, sendo irrelevantes as decisões alienígenas.

Uma questão que merece atenção, diz respeito à divergência de entendimento sobre a amplitude da norma, alcançaria ações obrigacionais? Como entender sua abrangência? A doutrina diverge.

Para PONTES DE MIRANDA somente as ações reais sobre imóveis seriam exclusivas:

Surgem, porém, alguns problemas: o dono do bem imóvel situado no Brasil, o doou ou o vendeu a alguém, no estrangeiro; e foi proposta no estrangeiro, ação de invalidade do negócio jurídico, e foi decretada a invalidade, ou a validade. Basta a homologação da sentença estrangeira? Sim, o art. 89, I, falou de ações relativas a imóveis situados no Brasil e havemos de entender de ações reais relativas a imóveis situados no Brasil.²³¹

No mesmo sentido, TORNAGHI afirma que “por ações relativas a imóveis devem aqui entender-se as que se referem a direitos reais ou à posse. Não basta, portanto, que o litígio verse sobre a matéria relacionada com imóveis.”²³²

Contudo, defendendo tese oposta, CELSO BARBI explica:

O texto é amplo, não se restringindo a ações reais, isto é, fundadas em algum direito real; a lei abrange qualquer ação relativa a bem imóvel, vale dizer também as fundadas em direito obrigacional como, v.g., a locação, a promessa de venda e outros casos semelhantes. Não se importa o tipo de ação, isto é, o ser ela condenatória, declaratória

²²⁹ TENORIO, Oscar. *Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 2ª ed., 1955, p. 389.

²³⁰ TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. I. São Paulo: 1974, p. 308.

²³¹ MIRANDA, Pontes. *Op. cit.* p. 225.

²³² TORNAGHI, Hélio. *Op. cit.* p. 308.

ou constitutiva; o que prevalece é a relação entre o direito alegado e um imóvel. Existindo essa vinculação, a competência da justiça brasileira afasta qualquer outra.²³³

Para a professora MARIA HELENA DINIZ, a interpretação deve ser a mais abrangente, tendo em vista o que dispõe o Código de Bustamante, em seu art. 325, no sentido de que "*para o exercício de ações reais sobre bens imóveis e para o das ações mistas de limites e divisão de bens comuns, será competente o da situação dos bens*".²³⁴

SERPA LOPES sustenta que a expressão "*relativa a imóveis*" deve ser compreendida num sentido racional, nem muito amplo, nem muito restrito. Considera aí incluídas todas as ações possessórias por perseguirem a execução no lugar da situação da coisa, o que se coaduna com as razões determinantes da regra de competência internacional, excluindo as ações relativas ao direito obrigacional.²³⁵

Em matéria de imóveis situados no Brasil, a jurisprudência consagrada no STF é no sentido de que a competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira abrange não apenas as ações reais, mas todo o tipo de ação.

Nesse sentido, destaca-se o acórdão proferido pelo Pleno do STF no agravo regimental interposto contra decisão do Ministro XAVIER ALBUQUERQUE, que confirmou a negativa de homologação à sentença estrangeira n. 2.492, proveniente da Alemanha. Um dos fundamentos para se negar a homologação foi o de que toda e qualquer ação, inclusive de falência, relativa à imóvel situado no Brasil, é da competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra, nos termos do art. 89, inciso I do CPC.²³⁶

Outro entendimento rechaçado pelo STF é o desenvolvido por alguns tribunais no sentido de se possibilitar a aplicação a *contrario sensu* do art. 89, inciso I do CPC para derogar a competência nacional. Ou seja, alguns tribunais entendiam que se o imóvel, objeto da demanda, se localizasse em território estrangeiro estaria afastada a jurisdição nacional. Como visto, as normas sobre competência internacional são unilaterais. O Brasil não pode determinar os limites e a extensão

²³³ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1998, v. I, p. 243. Neste mesmo sentido, BARBOSA sustenta que: "*a questão é controvertida: alguns adotam aquele mesmo entendimento, outros sustentam, ao nosso ver com maior acerto, que o dispositivo abrange quaisquer ações.*" MOREIRA, Barbosa José Carlos. *Op. cit.* p. 147.

²³⁴ DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 314

²³⁵ LOPES, Serpa. *Op. cit.* p. 121 a 124.

²³⁶ STF, SE n. 2.492 AgRg/Alemanha, Min. Relator XAVIER DE ALBUQUERQUE, Pleno, DJ 03.03.1982.

da jurisdição de países estrangeiros, sob pena de violar a soberania dos mesmos.²³⁷ De modo que o art. 89, I do CPC não se trata de norma derogatória de competência e sim, de norma atributiva de jurisdição.

4.2 Ações Relativas a Inventários e Partilhas de bens situados no Brasil: Art. 89, II

Nesse inciso II do artigo 89 do CPC está presente a regra de que a autoridade judiciária brasileira terá competência exclusiva para conhecer das ações referentes a inventário e partilha de bens situados no Brasil. A parte final do dispositivo prevê que a regra é aplicável independentemente da nacionalidade do *de cuius*, ou ainda que este tenha residido fora do território nacional.

Preliminarmente, cabe registrar que o artigo 44, inciso III do Código Civil²³⁸ define o direito à sucessão aberta como imóveis para efeitos legais, levando ARRUDA ALVIM a considerar uma quase identidade de princípios entre as regras dos incisos I e II do artigo 89 do CPC.

Desde logo, cumpre considerar que, os bens objeto de inventário constituem por definição legal, direito real imobiliário, pois assim se considera a herança ou, o direito à sucessão aberta (art. 44, III, do Código Civil brasileiro). Segue-se, portanto, que existe uma quase identidade de princípios informadores das regras dos ns. I e II do art. 89 do CPC. O direito sobre bem imóvel, seja pela natureza (n.I), seja por definição legal (n. II), constituem-se em hipóteses de jurisdição = competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira.²³⁹

HÉLIO TORNAGHI também é desse entendimento, ensinando, sucintamente, em sua obra que: “...as razões que fundamentam o inciso I, e já mostradas, também servem de base ao II. O *situs rei* dentro do território nacional ou, melhor ainda, a circunstância de o imóvel ser território do Brasil leva à adoção da regra.”²⁴⁰

DONALDO ARMELIN comenta acerca da parte final do dispositivo, em que o modo e o tempo verbal empregados são criticados pela doutrina:

²³⁷ STF, RE n. 90961/PR, 2ª T, Rel. Min. DÉRCIO MIRANDA, DJ 29.05.1979

²³⁸ Revogado pelo atual artigo 80, II do CC de 2002 que manteve a sucessão aberta como bem imóvel.

²³⁹ ALVIM, Arruda. *Op. cit.*, p. 32.

²⁴⁰ E continua o autor: “*De qualquer modo, ainda que nacionalidade e residência fossem relevantes para a determinação da competência ou incompetência internacional do Brasil, a importância de tais fatores estaria excluída quando se tratasse de inventário e partilha de bens aqui situados, pois então não haveria dúvida quanto à solução afirmativa...note-se que, entanto o inciso I se refere apenas aos bens imóveis, este inciso II não faz qualquer discriminação; menciona os bens em geral, de qualquer natureza.*” TORNAGHI, Hélio. *Op. cit.*, p. 308-309

A parte final do item II do art. 89 cria algumas dificuldades exegéticas. Ao dispor que a competência internacional dos órgãos judicantes nacionais é exclusiva para o inventário e partilha de bens situados no Brasil, explicitou que essa exclusividade remanesce ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional. A ressalva, que teve por escopo eliminar dúvidas quanto à sucessão do estrangeiro com bens situados neste país, provocou, em contrapartida, uma questão quanto ao domicílio ou residência do mesmo. Realmente, o modo e tempo do verbo ali empregado, 'tenha residido', perfeito do subjuntivo, indica uma situação já superada no tempo, de tal sorte que, a *contrario sensu*, poder-se-ia entender que, por ocasião do óbito, o autor da herança, que já não mais residia no exterior, estaria residindo no Brasil. Ou ainda, considerando que a residência é um conceito mais amplo do que o de domicílio, que aquele estaria domiciliado no Brasil. Ocorre, porém, que o elemento determinante da competência internacional, no caso em exame, é somente a situação dos bens sujeitos à sucessão. Nada mais. O domicílio e a residência não foram tidos, em hipótese alguma, no capítulo da competência internacional como elementos de conexão implícitos. Atribuir, na espécie ora versada, ao domicílio ou à residência do autor da herança a função de complementador da hipótese legal de competência internacional exclusiva instituída por lei, será esvaziá-la de seu conteúdo. Se domiciliado aqui o *de cuius* e estando seus bens localizados no país, não haveria porque explicitar tal exclusividade que, dificilmente, seria contestada, face ao princípio da efetividade, por qualquer outra jurisdição. Consequentemente, no sentido de evitar a ocorrência de palavras supérfluas na lei, parece que aquela expressão 'tenha residido fora do território nacional' serve para esclarecer e deixar patente que, mesmo em face da legislação alienígena, que der à residência do *de cuius* o sentido de tornar competentes os órgãos judicantes inseridos naquele ordenamento jurídico, sempre será atuante a jurisdição nacional.²⁴¹

Contudo, não há dúvida que o campo de atuação do dispositivo é a grande controvérsia, posto que uma corrente entende ser esta parte final do dispositivo apenas explicativa para os casos de inventário e partilha *causa mortis*, pelo que a regra também seria aplicável aos inventários e partilhas *inter vivos*, ao passo que para outra corrente, a regra é aplicável somente aos inventários e partilhas *causa mortis*.

O entendimento que parece prevalecer, e concordamos, é no sentido de aplicação da regra deste inciso II também aos inventários e partilhas *inter vivos*. Nesse sentido, FREDERICO MARQUES: "...bens situados no Brasil, móveis ou imóveis, somente serão partilhados em *actio familiae erciscundae* proposta perante juizes brasileiros (Código de Processo Civil, art. 89, II). Partilha feita *aliunde* não poderá vigorar, nem ser homologada."²⁴²

BEAT RECHSTEINER segue no mesmo sentido ao afirmar que:

Ainda que o direito brasileiro em geral se mostre complacente em reconhecer o foro estrangeiro na matéria de divórcio, existe uma ressalva no tocante à partilha dos bens dos cônjuges se estes forem proprietários de bens móveis ou imóveis situados no Brasil. Neste caso, o juiz brasileiro não só é competente, com exclusão de qualquer outro, se a partilha de bens resulta do falecimento do autor da herança, como prevê expressamente o art. 89, II do CPC, mas também se aquele é a consequência da dissolução da sociedade conjugal.²⁴³

²⁴¹ ARMELIN, Donaldo. Competência Internacional. *Op. cit.* p. 152

²⁴² MIRANDA, Pontes de. *Manual de Direito Processual Civil*. Saraiva, 6ª ed., 1978. p. 193

²⁴³ RECHSTEINER, Beat. A homologação de Sentença Estrangeira de Divórcio no Brasil. In *Revista Forense* 289/157. p. 160

Contudo, cabe registrar a tese oposta, capitaneada por BARBOSA MOREIRA para quem: “a expressão inventário e partilha de bens, no art. 89, II, relaciona-se com a sucessão *mortis causa*, como ressalta da alusão, pouco adiante, a *autor da herança*.” Adiante o autor conclui, comentando um julgado: “(...) Coerentemente, admitiu a Corte ser homologável, para produzir efeitos no Brasil, sentença estrangeira sobre partilha dos bens do casal, ainda que situados em nosso país.”²⁴⁴

No campo jurisprudencial, a orientação que prevalece, atualmente, é a ampliativa, no sentido de se estender a regra do art. 89, inciso II aos inventários e partilhas *inter vivos*.²⁴⁵ Assim sentenças estrangeiras de divórcio que tratem também de bens aqui situados não são, em regra, homologadas.

Sobre o tema não se pode deixar de citar antiga decisão do Supremo²⁴⁶ que, de acordo com JACOB DOLINGER, “constitui um exemplo sobre o qual os tribunais do mundo inteiro deveriam meditar.”²⁴⁷ O STF consagrou a teoria da universalidade ou unidade sucessória, segundo a qual a unidade de patrimônio exige unidade de sucessão. No caso julgado, o STF homologou sentença proveniente do Chile que havia partilhado imóveis situados no Brasil.

DOLINGER explica que a decisão foi acertada e deveria ser repetida mesmo com o advento do art. 88, inciso I do CPC que incompatibiliza eventual pedido de homologação de decisões estrangeiras sobre imóveis aqui situados. O autor explica que não deveria haver atração do direito substantivo pelo direito adjetivo, não devendo a competência processual atrair a aplicação da lei substantiva do foro ao caso concreto. O fato de se estabelecer primeiro o foro competente para somente depois se perquirir qual a lei substantiva aplicável não significa, de modo algum, deva a competência processual acarretar a imediata vinculação da matéria em discussão às leis substantivas do foro. As normas de direito internacional privado do foro é que vão delimitar qual a lei aplicável ao caso, não devendo o juiz, por mera comodidade, aplicar sua própria lei.

Contudo, com a entrada em vigor do CPC de 1973 e do art. 89, inciso II, o STF mudou seu entendimento no sentido de que se o imóvel está situado no Brasil, não é possível homologar sentença estrangeira que tenha efeitos sobre bens imóveis aqui situados, ainda que as partes

²⁴⁴ MOREIRA, Barbosa José Carlos. Problemas Relativos a Litígios Internacionais. In *Revista de Processo* n. 65/144. p. 147.

²⁴⁵ STJ, SEC n.1039/US, Min. Relator CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Corte Especial, DJ 05.09.2005.

²⁴⁶ SE n. 2211/Chile, Rel. Min. THOMPSON FLORES, DJ 05.12.1973.

²⁴⁷ DOLINGER, Jacob. O STF e a Universalidade do Direito Sucessório, *O Estado de São Paulo*, 27.04.1975.

envolvidas sejam estrangeiras e não tenham domicílio no Brasil. O STF manteve esse entendimento que é seguido pelo Superior Tribunal de Justiça, atual órgão competente para homologar sentença estrangeira.²⁴⁸

Vale ressaltar, contudo, o entendimento de que é possível homologar sentença estrangeira que disponha sobre partilha de bens imóveis situados no Brasil, quando não houver litigiosidade, ou seja, quando a sentença estrangeira provier de jurisdição voluntária. Muito embora a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal registre julgados no sentido de que compete exclusivamente à Justiça brasileira decidir sobre a partilha de bens imóveis situados no Brasil, tanto a Corte Suprema quanto o Superior Tribunal de Justiça já se manifestaram pela ausência de ofensa à soberania nacional e à ordem pública na sentença estrangeira que dispõe acerca de bem localizado no território brasileiro, sobre o qual tenha havido acordo entre as partes, e que tão somente ratifica o que restou pactuado.²⁴⁹

Perceba que os tribunais aplicaram uma interpretação aberta, em consonância com os princípios do acesso à justiça, proximidade razoável da jurisdição e da efetividade da decisão.

²⁴⁸ STF, SE n. 2446/Paraguai, Ministro Relator ANTONIO NEDER, DJ 19.11.1979, SE n. 2883/US, Min. Relator XAVIER DE ALBUQUERQUE, DJ 06.04.1982

²⁴⁹ Nesse sentido decisões do STJ: SEC 421/BO, Corte especial, Min. FELIX FISCHER, DJ 03.09.2007, SEC 878/EX, Corte Especial, Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ. 27/6/2005; SEC 979/EX, Corte Especial, Min. FERNANDO GONÇALVES, DJ. 29/8/2005; e do STF: SEC 7146/EU, Tribunal Pleno, Rel. Ministro ILMAR GALVÃO, DJ de 02/08/2002; SE 3408, Tribunal Pleno, Rel. Ministro RAFAEL MAYER, DJ de 31/10/1985; SE 2738, Rel. Ministro ANTONIO NEDER, DJ de 19/02/1981

CAPÍTULO III

QUESTÕES POLÊMICAS E TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL

1 DOUTRINA DO *FORUM NON CONVENIENS* NO BRASIL?

1.1 *Forum Non Conveniens*

RENÉ DAVID²⁵⁰ chama a atenção para a importância do conhecimento da lei dos outros países como forma de melhor se conhecer a própria lei, uma vez que isso ajuda na tarefa de interpretá-la e aperfeiçoá-la.

²⁵⁰ DAVID, René et al. *Major Legal Systems in the World Today, An Introduction to the comparative study of law*, Londres, The Free Press, 1878, p.4.

A identificação das alterações processadas permite evidenciar a necessidade de se rever algumas regras que permanecem em nossa legislação, em dissonância com o movimento de integração e cooperação jurisdicional internacional a que o Brasil se propõe.

As normas delimitadoras do poder jurisdicional têm, na lei interna, sua fonte primeira. A comparação de algumas legislações tomadas como referência, interpretadas pela jurisprudência dos respectivos tribunais, permite identificar dois principais sistemas de estruturação: o primeiro, utiliza o critério de delimitação a partir das normas de repartição da competência interna; o segundo, distingue com regras autônomas, as hipóteses de competência internacional.

Contudo, a preferência pelo segundo critério - o de regras autônomas - vem se fazendo sentir ao longo do processo de evolução, determinado, sobretudo pela necessidade de adaptação das leis nacionais às regras gerais consagradas nos tratados e convenções. Outra constante que pode ser percebida nas legislações mais recentemente revisadas é a referência expressa no texto legal aos princípios que informam as soluções do conflito de jurisdições. Dentre esses, como reflexo da crescente valorização das liberdades individuais em todos os setores da atividade humana, aparece com destaque o princípio da autonomia da vontade levado ao foro de eleição. Há uma nítida preocupação dos legisladores em editar normas que permitem incluí-lo como regra expressa de atribuição de competência internacional concorrente, e em alguns casos, até mesmo de exclusividade, contribuindo, desse modo, para a facilitação do reconhecimento das sentenças estrangeiras.

Dentro do modelo de cooperação e respeito à jurisdição estrangeira vêm sendo contempladas regras que permitem reconhecer os efeitos da litispendência internacional. A nova sistemática é vista como um esforço dos Estados visando conciliar o interesse público de cada um deles separadamente. Nesse sentido, fundamental o estudo da doutrina do *forum non conveniens*.

Forum non conveniens é o nome com o qual se denomina a doutrina que permite a uma Corte declinar sua competência por considerar que os interesses da parte e da justiça estariam melhores atendidos em outro foro. Trata-se de uma técnica processual cujo propósito é fornecer subsídios para o julgador decidir, dentre as cortes competentes, qual a mais adequada a resolver uma controvérsia.²⁵¹

²⁵¹ FRIEDENTHAL, Jack H. KANE, Mary Kay & MILLER, Arthur R. *Civil Procedure*. St. Paul, Minnesota, West Publishing Co. 1985. p.91

A doutrina do *forum non conveniens* não é uma regra de fixação da jurisdição, mas de sua correção. Ao contrário, pressupõe, de antemão, que a jurisdição exista, visto que a conexão entre o litígio e o foro é por si suficiente para tanto. O que se passa é que, em vista de determinados aspectos que melhor situam outro foro, entende-se por questão de *justiça e equidade*, que a possibilidade de exercício da jurisdição nacional seja declinada em favor dessa autoridade estrangeira; quase uma transposição da jurisdição em lugar de uma simples denegação.

Essa doutrina surgiu, originalmente, nas cortes escocesas e atualmente é adotada em vários países que seguem a tradição jurídica da *common law*. Sua origem remonta ao século XVI, configurada pelo *forum arrestment* como critério exorbitante de atribuição de competência a tribunais escoceses. No século XVII, se criou um corretivo para se afastar as nefastas consequências do *forum arresti*: a teoria do *forum non competens*, cuja evolução levou ao *forum non conveniens*, tendo como marco a sentença do caso de *Clements v. Macaulay* (1866), apesar de que o termo *forum non conveniens* não seria utilizado até a sentença de *Macadam v. Macadam*, em 1873. Contudo, foi com a sentença de *Sim v. Robinow*, (1892), que se iniciou a possibilidade de extensão do *forum non conveniens* a outros foros de atribuição de competência. Por último, foi a sentença de *Société du Gaz du Paris v. Armateurs Françaises*, (1926), que firmou jurisprudência (*ruling case*). Assim, a formulação dessa doutrina permitia aos tribunais escoceses declinar de suas competências em favor de tribunais estrangeiros, que pudessem conhecer do litígio, de forma mais conveniente, para o interesse das partes e os objetivos da justiça.²⁵²

O Brasil não adotou expressamente essa doutrina, contudo, não há incompatibilidade com o sistema normativo nacional. O princípio pode ser efetivado através da suspensão do processo em deferência ao tribunal do outro país mais apropriado para o julgamento do caso.²⁵³ Evitar-se-ia o julgamento de uma lide por um Tribunal totalmente desconectado com a causa ou sem condições de acesso a elementos de prova. Tal solução pode ser aplicada por todos os países de *civil law*.

Antes, contudo, mister o estudo abreviado do instituto no sistema norte americano. Atualmente, a doutrina do *forum non conveniens* apresenta uma formulação diferente nos Estados Unidos e na Inglaterra²⁵⁴. O propósito pretendido no trabalho é demonstrar que, na verdade, a doutrina do

²⁵² BERNASCONI, C.; GERBER, A. *La théorie du forum non conveniens – un regard suisse*. IPRrax, 1994, p. 4.

²⁵³ ALI/UNIDROIT. *Principles of Transnational Civil Procedure*. Cambridge University Press, 2004.

²⁵⁴ Na Inglaterra a doutrina do *forum non conveniens*, até recentemente, estava associada, sobretudo, à prática de abuso processual por parte do autor na escolha do foro inglês. Assim, ao réu cabe provar que o autor, na propositura da ação perante um tribunal inglês, não tem qualquer outra intenção senão a de lhe impor um ônus indevido, procedendo, para tanto, em duas etapas: na primeira, o réu prova que existe outro foro estrangeiro mais apropriado, assim como o abuso na escolha do foro inglês (oppressive and vexatious); na segunda, o autor demonstra que, por

forum non conveniens, no Brasil, apesar de incompatível nos moldes norte-americano, em função do alto grau de discricionariedade, traz uma importante influência: a necessidade de, em determinados casos concretos, haver flexibilização das normas de competência internacional, sob pena de menoscabo dos princípios constitucionais como do acesso à justiça, da igualdade e da Justa e efetiva tutela jurisdicional.

A teoria do *forum non conveniens* nasceu para fazer frente a foros exorbitantes, de modo que, levando em consideração seus aspectos originais, não seria equivocada entender se tratar de uma expressão anglosaxônica do princípio da proximidade ou jurisdição razoável.

2 FORUM NON CONVENIENS NO SISTEMA NORTE-AMERICANO

2.1 - 1º CASO PARADIGMÁTICO: *Gulf Oil v. Gilbert*

Uma vez ajuizada uma demanda em uma corte norte-americana, seja federal ou estadual, cabe à parte passiva, o ônus de alegar e demonstrar a inconveniência daquele determinado foro para julgar a controvérsia. Primeiro, é preciso demonstrar que existe uma outra corte disponível, alternativa, também competente, para só então, convencer a corte de que o desaforamento é a melhor atitude para o interesse das partes e da justiça.²⁵⁵

A primeira decisão importante a sistematizar a aplicação da doutrina do *forum non conveniens* ocorreu em 1947, quando a Suprema Corte norte-americana resolveu o caso *Gulf Oil v. Gilbert*. Nessa ocasião, a Suprema Corte deixou claro que “uma corte competente não tem sempre a obrigação de resolver uma controvérsia apresentada a ela.”²⁵⁶

razões de justiça, tal foro não deve ser tido como o mais apropriado. FAWCETT. *Op.cit.* p. 11. A formulação atual do *forum non conveniens* inglês, contida na sentença da Câmara dos Lordes de 19 de novembro de 1986, *the spiliada* se expressou nos seguintes termos: para que o tribunal suspenda o procedimento, sob a exceção de *forum non conveniens*, deve estar convencido de que existe outro foro, igualmente competente, que é o foro mais apropriado para o assunto, ou seja, o litígio será resolvido de forma mais adequada de acordo com os interesses das partes e dos objetivos da justiça. GÂNDARA, Rocío Caro. *Forum non conveniens y convenio de Bruselas: quiebras de un modelo de atribucion de competencia judicial internacional*. Revista Espanhola de Derecho Internacional. Vol. XLVII, 1995. p. 55-80.

²⁵⁵ FRIEDENTHAL, Jack H. KANE, Mary Kay & MILLER, Arthur R. *Civil Procedure*. St. Paul, Minnesota, West Publishing Co. 1985. p.91.

²⁵⁶ *Gulf Oil V. Gilbert* 330 US 501 (1947).

No direito brasileiro, também existem hipóteses em que é possível declinar a competência. Contudo essas hipóteses estão especificamente delimitadas na lei e a decisão judicial acerca do assunto nunca é discricionária do juiz, ao contrário da aplicação da doutrina do *forum non conveniens*.

No caso citado, Gilbert, um morador da cidade de Virginia, ajuizou uma demanda em face da corporação de petróleo Gulf, na corte federal de Nova Iorque, lugar onde a demandada possuía sede, alegando danos materiais em seu depósito, situado em Virginia, em função da negligência da demandada ao entregar gasolina. Pelas regras processuais, a corte de Nova Iorque era competente para conhecer da demanda, contudo, a Suprema Corte analisou além da regra técnica de competência e percebeu que o fato danoso havia ocorrido em Virginia, o depósito ficava em Virgínia e todas as potenciais testemunhas viviam em Virginia. Portanto, não havia nenhuma conexão entre Nova Iorque e os fatos alegados pelo demandante.

Assim, a corte, mesmo sendo tecnicamente competente para julgar a lide, decidiu declinar sua competência diante da excepcionalidade do caso concreto. O Tribunal afirmou que "o princípio do *forum non conveniens* significa, simplesmente, que um tribunal pode resistir à imposição da sua competência, mesmo quando a competência é autorizada pelo estatuto processual."²⁵⁷ Ou seja, a doutrina só pode ser efetivada em se tratando de competência concorrente.

O Tribunal reconheceu que, devido à generalidade dos dispositivos que tratam de competência territorial, ao requerente era dado uma possibilidade de escolha de fóruns que, muitas vezes, podia levar a uma escolha não pautada na procura da justiça, mas como estratégia para forçar o foro mais inconveniente para o demandado.²⁵⁸

A Suprema Corte também constatou que, sabiamente, até então, nenhuma corte havia tentado catalogar as circunstâncias que poderiam justificar a concessão ou recusa do pedido de desaforamento com base no *forum non conveniens*. Nesse sentido, a Corte manteve o entendimento de que as circunstâncias em que tal requerimento deveria ser concedido ou denegado teriam que continuar a critério do Tribunal em cada caso concreto. Contudo, a Corte

²⁵⁷ *Gilbert*, 330 US at 507

²⁵⁸ KLEIN, Andrew R. *Foreign plaintiffs, forum non conveniens and consistency*. Disponível no sítio <http://ssrn.com/abstract=1006073>

fez uma lista dos interesses ‘públicos’ e ‘privados’ que deveriam ser considerados relevantes para análise do *forum non conveniens*.²⁵⁹

O propósito de se considerar os interesses privados é evitar o abuso do direito do demandante de escolher a competência territorial para o ajuizamento de sua demanda, de modo a prejudicar o demandado, impondo-lhe desnecessários gastos econômicos ou outros tipos de problemas práticos.

O interesse privado está relacionado com o interesse das partes e significa, por exemplo, preservar a todos os problemas de ordem prática que tornam um processo mais eficiente, célere e menos custoso. Além disso, deve ainda analisar se será possível executar a sentença emitida pela corte que conheceu da demanda.

No que diz respeito ao interesse público, a corte enumerou alguns fatores que devem ser considerados como: o nível de congestionamento das cortes; a necessidade de que as controvérsias sejam resolvidas pelas cortes das comunidades que serão mais afetadas pelo resultado do litígio, evitando-se assim, as dificuldades que surgem quando um juiz é obrigado a aplicar leis de outros estados.

Importante consignar, contudo, que o Tribunal, ao final, concluiu que "a menos que o equilíbrio seja fortemente a favor do arguido, a escolha de foro do demandante, raramente, deve ser perturbada."²⁶⁰

2.2 - PREVISÃO NO ORDENAMENTO PROCESSUAL NORTE-AMERICANO: § 1404 do USCA

Em 1948, ano seguinte à supra analisada decisão, o Congresso norte-americano promulgou a regra na Seção 28 (Judiciary and Judicial Procedure), § 1404 do USCA (United States Code Annotated), que dispõe:

§ 1404. Change of venue

(a) For the convenience of parties and witnesses, in the interest of justice, a district court may transfer any civil action to any other district or division where it might have

²⁵⁹ MARDIROSIAN, Helen E. *Forum non conveniens*. 37 Loyola of Los Angeles Law Review. 1643 1684. 2004 school.

²⁶⁰ *Gilbert*, 330 US at 507.

been brought.

(b) Upon motion, consent or stipulation of all parties, any action, suit or proceeding of a civil nature or any motion or hearing thereof, may be transferred, in the discretion of the court, from the division in which pending to any other division in the same district. Transfer of proceedings in rem brought by or on behalf of the United States may be transferred under this section without the consent of the United States where all other parties request transfer.

(c) A district court may order any civil action to be tried at any place within the division in which it is pending.

(d) As used in this section, the term 'district court' includes the District Court of Guam, The District Court for the Northern Mariana Islands, and the District Court of the Virgin Islands, and the term 'district' includes the territorial jurisdiction of each such court.²⁶¹

O professor Nelson Nery traduziu, *in verbis*:

§ 1404. Modificação da competência territorial

(a) Para a conveniência das partes e testemunhas, no interesse da justiça, um tribunal de distrito pode transferir qualquer ação civil para qualquer outro foro ou divisão onde poderia ter sido ajuizada.

(b) A requerimento, consentimento ou estipulação das partes, qualquer ação, termo ou procedimento de natureza civil ou qualquer requerimento ou audiência que a eles diga respeito pode ser transferido, de acordo com decisão discricionária do tribunal, do foro onde se encontra pendente a lide para qualquer outro foro no mesmo distrito. Os processos em caso de ação real (in rem), trazidos por ou em nome dos Estados Unidos, podem ser transferidos com base nesta Seção sem o consentimento dos Estados Unidos, onde todas as outras partes devem requerer dita transferência.

(c) Um tribunal de distrito pode ordenar que seja processada qualquer ação civil em qualquer lugar dentro da divisão na qual está pendente.

(d) Para os efeitos desta Seção, o termo 'tribunal de distrito' inclui o Tribunal de Distrito de Guam, o Tribunal de Distrito das Ilhas Mariana do Norte e o Tribunal de Distrito das Ilhas Virgens, e o termo 'distrito' inclui a jurisdição territorial de cada um dos referidos tribunais.²⁶²

A estrutura federal dos Estados Unidos tem uma dualidade original de ordens jurisdicionais. Segundo a emenda X à Constituição dos Estados Unidos de 1791, a competência legislativa dos Estados é de direito comum e a do Estado federal é a exceção. Assim cada Estado, de acordo com a matéria, tem ampla liberdade de legislar, desde que a Constituição não reserve a competência para o Estado federal, quando, nesses casos os Estados federados só terão uma competência residual.²⁶³

Não existe *common law* geral (federal) válida em todos os Estados federados, não havendo, portanto, uniformidade judiciária. Apesar disso, mesmo sem *common law* federal, comum a

²⁶¹ Federal civil judicial procedure and rules. St. Paul: West Group, 1998. p. 879.

²⁶² NERY JUNIOR, Nelson. *Competência no Processo Civil norte-americano: o instituto do fórum non conveniens*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

²⁶³ SEROUSSI, Roland. *Introdução ao direito inglês e norte-americano*. Trad. Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo. Landy Editora, 2006. p 87.

todos os Estados, as *common laws* dos diferentes Estados são muito parecidas. No processo civil, não é diferente.²⁶⁴

Assim, o dispositivo acima transcrito do estatuto processual federal não tem aplicação nos Estados federados. A organização judiciária é dual, ou seja, cada Estado possui sua própria organização judiciária, independente da jurisdição federal, dominada pela toda poderosa Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Cada Estado pode regular autonomamente acerca da competência.

Ainda quanto ao artigo transcrito, no processo civil brasileiro, em função da regra *perpetuatio jurisdictionis*, não há figura semelhante. As causas de modificação da competência relativa são apenas a conexão e continência, segundo estabelece o art. 102 do CPC. Circunstâncias de fato ou de direito não alteraram a competência. Contudo, é possível a modificação convencional da competência territorial, através da vontade das partes, inteligência do art. 111 do CPC, cláusula de eleição de foro que se analisá mais detidamente a seguir.

Cabe mencionar, no entanto, que, no ordenamento nacional, existe instituto semelhante, o desaforamento do processo penal, previsto no art. 424 do CPP, situação em que há mudança de competência através da transferência do juízo originalmente competente para outro, que por motivo de interesse à ordem pública, quer porque há dúvida quanto à imparcialidade do juízo, originalmente, competente ou à segurança do réu ou, ainda, pela não realização do julgamento no período de um ano, a contar do recebimento do libelo-crime acusatório, desde que para a referida demora não haja concorrido o réu nem a sua defesa.²⁶⁵

Tanto o caso *Gulf Oil v. Gilbert* como o dispositivo processual § 1404 da USCA tratam da aplicação da doutrina do *forum non conveniens* entre demandantes nacionais. Somente em 1981, no caso *Piper aircraft Co. v. Reyno* se analisou a aplicação da doutrina, envolvendo litigantes transnacionais, em que o foro competente alternativo era estrangeiro. Oportunidade em que a doutrina *forum non conveniens* foi aprimorada.

2.3 - 2º CASO PARADIGMÁTICO: *Piper aircraft Co. v. Reyno*

²⁶⁴ Ibidem, p. 90.

²⁶⁵ MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. São Paulo: Saraiva, n.1. 1953. p. 280.

A necessidade de equilibrar todos os fatores que influenciam a conveniência ou não de um foro foi reforçada no caso, *Piper aircraft Co. v. Reyno*²⁶⁶ em que, em decorrência de um acidente de avião na Escócia, o piloto e cinco passageiros morreram no acidente. Os descendentes dos falecidos, todos escoceses residentes na Escócia, ajuizaram a demanda na Califórnia(EUA), onde ficava a sede da fábrica do avião. A ação foi removida para uma corte federal na Pensilvânia, através de um requerimento da defesa. Em seguida, os demandados conseguiram o 'desaforamento', aplicando a doutrina do *forum non conveniens*.

Pela análise dos interesses privados e públicos elencados no caso *Gulf Oil v. Gilbert*, como acesso aos meios de prova, a possíveis testemunhas, local do acidente, etc, a corte da Pensilvânia concedeu o pedido de desaforamento, tendo em vista a inconveniência de se julgar nos EUA, controvérsia cuja causa de pedir baseava-se em fato ocorrido no estrangeiro.

Gaynell Reyno, representante legal dos descendentes das vítimas no processo ajuizado nos EUA, arguiu que o desaforamento era injusto uma vez que as leis escocesas eram desfavoráveis no que dizia respeito à matéria de responsabilidade civil. A corte da Pensilvânia rejeitou a arguição sob o fundamento de que "*the possibility that dismissal might lead to an unfavorable change in law did not deserve significant weight; any deficiency in the foreign law was a matter to be dealt with in the foreign forum*".²⁶⁷

A decisão tinha como propósito limitar a aplicação da doutrina do *forum non conveniens*, uma vez que as cortes americanas já eram excessivamente atraentes para os querelantes estrangeiros. Incluir a análise das leis aplicáveis nos foros concorrentes só prejudicaria ainda mais as já congestionadas cortes americanas.

Contudo, a Suprema Corte reverteu a supra decisão aduzindo que "if the remedy provided by the alternative forum is so clearly inadequate or unsatisfactory that it is no remedy at all, the unfavorable change in law may be given substantial weight...." De modo que, em *Piper aircraft Co. v. Reyno*, a Suprema Corte ampliou a doutrina do *fórum non onveniens* para incluir a análise das leis envolvidas nas cortes concorrentes, como um fator relevante na matéria.

²⁶⁶ *Piper Aircraft Co. v. Reyno* 454 US 235 (1981).

²⁶⁷ *Piper*, 454 US at 244 (quoting *Reyno*, 479 F.Supp. at 758). Disponível em http://www.state.gov/legal_affaris.us. Acessado em 08.02.2008.

O Tribunal, por fim, estipulou que, quando o domicílio do autor for o foro escolhido, é razoável presumir que esta escolha seja conveniente. Contudo, quando o autor for estrangeiro e escolhe o foro estadunidense, então, a escolha não merece o mesmo respeito (*deference*). *In verbis*:

[A] plaintiff's choice of forum is entitled to greater deference when the plaintiff has chosen the home forum. When the home forum has been chosen, it is reasonable to assume that this choice is convenient. When the plaintiff is foreign, however, this assumption is much less reasonable. Because the central purpose of any forum non conveniens inquiry is to ensure that the trial is convenient, a foreign plaintiff's choice deserves less deference.²⁶⁸

O nosso ordenamento jurídico nacional, ao tratar de competência internacional preestabeleceu o que é conveniente ou não, ou seja, é o legislador quem estabelece as situações em que um foro nacional pode ser competente. O art. 89 do CPC arrola as matérias de competência exclusiva e o art. 88 do CPC, as matérias de competência concorrente.

Nesse sentido, CELSO BARBI:

[...] o juiz, na sua função de examinar a questão de competência, deve, em primeiro lugar, recorrer às normas do capítulo sobre competência internacional. Se a causa não estiver entre aquelas ali mencionadas, ele não poderá conhecer dela.²⁶⁹

Portanto, caso uma corte norte-americana acolha uma arguição de *forum non conveniens* em uma determinada controvérsia internacional, determinando o Brasil como corte conveniente, isso por si só, não teria nenhuma relevância ou força vinculante perante o judiciário nacional, tendo em vista a soberania.²⁷⁰

2.4 CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO NO SISTEMA NORTE-AMERICANO

*The Bremen v. Zapata Off-Shore Co*²⁷¹ e *Bonny v. Society of Lloyd's*²⁷² representam divisores de águas no tratamento norte americano relativo à validade das cláusulas de eleição de foro. Previamente a tais decisões, as cortes relutavam em aceitar essas cláusulas.

²⁶⁸ *Piper*, 454 US at 255-56

²⁶⁹ BARBI, Celso A. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense. 1999, p. 294

²⁷⁰ Nesse sentido, ver MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Jurisdição internacional – Ajuizamento de Ação no Brasil por força da aplicação da teoria do fórum non conveniens por parte da Justiça Americana – Hipótese que não se enquadra nos arts. 88e 89 do CPC – Inexistência de jurisdição no Brasil – Indeferimento de inicial – inocorrência de citação e de composição da lide – Falta de legítimo interesse dos pretensos réus para recorrer – Parecer. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos: Divisão Jurídica. Instituição Toledo de Ensino de Bauru. N.1. São Paulo, 1996.*

²⁷¹ 407 U.S. 1 (1972)..

²⁷² 3 F.3d 156 (7th Cir. 1993)..

No caso de *Bremen v. Zapata*, a empresa americana, sediada em Houston, Zapata Off-Shore Co, promoveu uma licitação com o propósito de celebrar contrato cujo objeto era o reboque de uma plataforma de petróleo (denominada chaparral) de Louisiana-EUA para a Itália, tendo como foro competente, conforme previsão contratual, o de Londres.

Entretanto, na execução das atividades contratadas, especificamente no transcorrer do reboque, em função de complicações técnicas, a plataforma sofreu avarias ficando fortemente danificada. Em decorrência, Zapata Off-Shore Co ajuizou, nos Estados Unidos – EUA, demanda requerendo reparação material pelo prejuízo causado pela empresa vencedora da licitação.

A empresa contratada, contudo, através de recurso próprio, excepciona a competência do tribunal norte-americano em virtude de uma cláusula contratual que elegia o foro de Londres para solução de eventuais litígios. Concomitantemente, a mesma sociedade, deu início a um processo judicial em Londres, em face da contratante que igualmente excepcionou a jurisdição do foro londrino. Uma terceira ação foi, então, proposta pela empresa rebocadora, em solo norte-americano, visando limitar a responsabilidade em virtude do acidente.

A Suprema Corte dos EUA, diante das várias ações concomitantes, acatou a cláusula de eleição de foro e decidiu que, exceto em casos de demonstração cabal de inconveniência do foro acordado, a cláusula deve ser respeitada, ainda que em detrimento da sua própria jurisdição.²⁷³

Nesse importante julgado, a Suprema Corte americana estabeleceu que, se a parte norte-americana provasse em instâncias inferiores que o foro eleito não seria conveniente por razões importantes e fundamentais, então se poderia admitir a jurisdição americana e ignorar a cláusula de eleição de foro.²⁷⁴

No caso *Bremen*, a Corte considerou a eleição do foro bastante razoável, uma vez que pela perspectiva da segurança jurídica, o respeito à escolha do foro pelas partes traria maior certeza às transações internacionais e como o foro de Londres não estava diretamente envolvido no episódio, classificou-se como foro neutro, além de ser especializado no assunto. Ademais, ressaltou-se que todos os elementos apresentados na tentativa de afastar o foro escolhido eram previsíveis ao tempo da constituição do contrato.

²⁷³ *Bremen v. Zapata* 407 US 1 (1972).

²⁷⁴ Nesse sentido ver TIBURCIO, Carmen. *Temas de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 90.

A partir de então, as cortes norte-americanas começaram a aplicar as cláusulas de eleição de foro com grande frequência, até chegarem no importante caso de *Bonny v. Society of Lloyd's*, no qual foram aprofundadas as hipóteses de exceções para a aplicação das cláusulas de eleição de foro.

Dessa forma, apesar de a primeira decisão ter previsto a hipótese de se excetuar a cláusula de eleição de foro, não se estabeleceu quais circunstâncias seriam necessárias para tal exceção. Somente no caso *Bonny v. Society of Lloyd's* é que se discriminou as situações possíveis para o afastamento das cláusulas eletivas.

Nesse sentido, ficou decidido que, em caso de cláusula de eleição de foro, a corte poderá declará-la nula nas seguintes situações: (a) que a cláusula tenha sido incluída no contrato como resultado de lesão ou fraude; (b) que a aplicação da cláusula resulte em uma inconveniência tão grave que a parte afetada seja privada de seu direito de acesso à justiça (*day in court*); (c) que a aplicação da cláusula resulte injusta ou irrazoável segundo as circunstâncias do caso concreto.²⁷⁵

As situações (b) e (c) do caso *Bonny v. Society of Lloyd's* caracterizam a chamada doutrina do *forum non conveniens*, nome com o qual se denomina a possibilidade de uma corte declinar sua competência para julgar uma demanda por considerar que os interesses da parte e da justiça estariam melhores atendidos em outro foro alternativo²⁷⁶.

2.5 CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO & *FORUM NON CONVENIENS*

A regra geral é a de que se respeitem a eleição do foro acordada pelas partes. Contudo, e tendo como paradigma a doutrina norte-americana, há uma considerável carga subjetiva na análise da conveniência do foro. O juiz deve analisar os fatores que tornam o processo mais eficiente, mais célere e menos custoso; a influência que o resultado do litígio causará na comunidade do próprio foro, além de outros elementos eminentemente subjetivos.

²⁷⁵BRAND, Ronald. *Forum Selection and Forum Rejection in US Courts: One Rationale for a Global Choice of Court Convention in Reform and Development of Private International Law: Festschrift for Sir Peter North*, James Fawcett, ed., Oxford University Press, 2002.

²⁷⁶ FRIEDENTHAL, Jack H. KANE, Mary Kay & MILLER, Arthur R. *Civil Procedure*. St. Paul, Minnesota, West Publishing Co. 1985. Na perspectiva da utilização do instituto na América-latina, GARRO, Alejandro M., "Forum non conveniens: disponibilidad y adecuación en los foros latinoamericanos desde una perspectiva comparada". *De Cita, direito do comércio internacional tem de atualidades*, 04.2005, p.175.

O caráter discricionário da conveniência do foro é característica inerente da doutrina do *forum non conveniens* cuja verificação dos requisitos para aplicação deve se dar em cada caso concreto. A liberdade do juiz se fundamenta na finalidade teleológica do instituto de se preocupar principalmente com o julgamento justo.²⁷⁷

No caso do sistema jurídico norte-americano, é possível que as cortes estadunidenses declinem de suas competências com base na doutrina do *forum non conveniens*, ainda que haja cláusula eletiva de foro²⁷⁸, a depender dos elementos do caso concreto. O ordenamento estadual de Nova York limitou a facultatividade de as cortes estaduais aplicarem a doutrina do *forum non conveniens*, proibindo-as de invocar a doutrina quando: (i) as partes tenham se submetido expressamente à competência das cortes de Nova York; (ii) no contrato tenha se elegido como lei aplicável, a lei de Nova York e (iii) o valor do contrato exceda um milhão de dólares²⁷⁹.

Conquanto não exista regramento equivalente no ordenamento jurídico brasileiro, não se pode deixar de destacar, prática antiga pela nossa jurisprudência, de afastar cláusula eletiva de foro em contratos envolvendo relação de consumo, em que, de certa forma, aplica-se a idéia do foro mais conveniente para o consumidor, que é a do seu domicílio.

Nesse sentido, observa-se no processo de reforma das regras processuais brasileiras, o parágrafo único do artigo 112 do Código de Processo Civil Brasileiro²⁸⁰, pelo qual “A nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, pode ser declarada de ofício pelo juiz, que declinará de competência para juízo de domicílio do réu”.

Apesar da existência da cláusula indicando que as partes, exercendo a autonomia da vontade, tenham concordado em litigar em determinado foro, especificado no contrato, é possível a oposição da exceção do *forum non conveniens* no intuito de desaforar o processo para um foro alternativo.

A cláusula de eleição de foro, ainda que vinculante, não retira da esfera de atribuições a possibilidade de análise do próprio Tribunal de sua competência. Ou seja, nas situações em que a

²⁷⁷ COUND, John J. et al. *Civil procedure, cases and material*. 6 ed. St. Paul, Minn., West Publishing Co, 1993.

²⁷⁸ RIVAS, Eugenia G. *La doctrina de “fórum non conveniens”*. disponível em <http://www.bma.org.mx/publicaciones/elforo/2002/2-Semestre/doctrina%20forum.doc>. Acessado em 01.08.2008.

²⁷⁹ NYCPLR s327 (McKinney’s 1987 supp) (1984 NY Laws, Ch 421, NY Gen Oblig Law s 5-401).

²⁸⁰ Incluído pela Lei nº 11.280 de 16 de fevereiro de 2006.

aplicação da cláusula se mostre irracional e injusta ou decorra de fraude ou lesão, a cláusula de eleição de foro será afastada²⁸¹.

2.6 FORUM NON CONVENIENS E LIS ALIBI PENDENS

Mecanismos que previnam decisões contraditórias são importantes para a segurança e equilíbrio de um ordenamento jurídico. Para evitar essas situações indesejadas, países de *common law* usualmente adotam uma técnica processual diferente da dos países de *civil law*.

Nosso ordenamento jurídico, por exemplo, de tradição romana, não fugiu à regra e adotou a doutrina comum para países dessa tradição, a chamada doutrina da *lis alibi pendens*. De acordo com essa doutrina, não é permitido iniciar um novo procedimento se um litígio entre as mesmas partes, envolvendo a mesma disputa, já estiver pendente.²⁸²

Lis alibi pendens significa que uma vez ajuizada uma lide (*lis*) em determinado lugar, encontrando-se, portanto pendente (*pendens*), não se poderá ajuizá-la em outro lugar, uma vez que o primeiro juízo a receber a ação se tornara prevento. É chamada, pelo ordenamento brasileiro, de litispendência.

²⁸¹No próprio sistema norte-americano que algumas cortes (circuits) não aplicam a doutrina do *forum non conveniens* quando a cláusula de eleição de foro é do tipo vinculante ou obrigatórias (mandatory). No caso *AAR International, Inc. v. Nimelias Enterprises S.A AAR Int'l*, 250 F.3d at 525–26.281, a corte entendeu no sentido de que a parte que acorda com a cláusula vinculante de eleição de foro (“mandatory forum selection agreement”) renuncia a todas as objeções e exceções relacionadas ao foro escolhido. Na doutrina brasileira, Barbosa Moreira, José Carlos, *Temas de Direito Processual*, 5ª série, op.cit. p. 146.

²⁸² BRAND, Robert. Community Competence for Matters of Judicial Cooperation at the Hague Conference on Private International Law: A View from the United States. (August, 09 2008). *Journal of Law and Commerce*, Vol. 21, pp. 191-208, 2002 . Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1214563>> Acessado em 15 out. 2008.

De outra banda, a doutrina do *forum non conveniens* se caracteriza por ser uma técnica processual cujo propósito é fornecer subsídios para o julgador decidir, dentre as cortes concorrentes, quem deve resolver uma controvérsia.

Caracteriza-se basicamente pela discricionariedade do juízo em sopesar os interesses públicos e privados envolvidos em cada caso concreto, no intuito de encontrar o foro mais adequado a fornecer um julgado justo.²⁸³

Desse modo, a abordagem do *lis pendens* enfatiza a eleição de foro pelo querelante quando há foros concorrentes, prevalecendo o foro em que é primeiro apresentado a demanda, não havendo nenhuma relevância à adequação de um foro para o deslinde da demanda.

2.7 LIS ALIBI PENDENS: Aspectos positivos e negativos

Uma das principais características da referida doutrina é a regra *first-come, first-served* (primeiro a chegar, primeiro a ser servido), que significa uma prioridade exclusiva em relação à primeira corte que recebe uma demanda. Assim, trata-se de um critério objetivo e usualmente devidamente positivado no ordenamento jurídico de cada país adotante.²⁸⁴

Apesar dessa nítida segurança jurídica proporcionada pela normatização da regra de competência e pelos critérios eminentemente objetivos, a doutrina não se exime de críticas. O primeiro efeito colateral que se pode perceber é o incentivo a uma corrida à corte para tornar o juízo preventivo. O prêmio para os que chegam primeiro à corte é justamente determinar a corte que será competente para julgar determinada controvérsia.

O problema é que, em muitos casos, essa escolha é determinada por uma estratégia negativa cujo único propósito é causar prejuízo à outra parte, forçando-a a litigar em cortes inapropriadas para o deslinde do caso concreto, ou porque são distantes dos fatos ou porque estão totalmente sobrecarregadas de demandas. Trata-se de um problema comum aos sistemas que adotam o princípio da *lis alibi pendens*.

²⁸³ COUND, John J. et al. *Civil procedure, cases and material*. 6 ed. St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1993

²⁸⁴ EISENGRAEBER, J. Lis Alibi Pendens Under the Brussels I Regulation How to Minimise 'Torpedo Litigation' and other Unwanted Effects of the 'First-Come, First-Served' Rule. *Centre for European Legal Studies, Exeter Papers in European Law* No. 16, at 5. Disponível em: <http://www.law.ex.ac.uk>. Acessado em 09 out. 2008.

Outro efeito colateral indesejado surgido pela aplicação maliciosa do instituto é o fenômeno chamado *the italian torpedo*.

The italian torpedo é uma expressão que consubstancia uma prática, inicialmente desenvolvida nas cortes italianas, caracterizada pelo ajuizamento de meras ações declaratórias negativas de relação jurídica ou de nulidades como meio para, simplesmente tornar uma corte, notadamente menos conveniente, competente para o julgamento de uma controvérsia.²⁸⁵

Percebeu-se a prática quando supostos responsáveis por danos ‘lançavam’(launches) ações declaratórias negativas da infração em jurisdições caracterizadas pela lentidão de seus processos, justamente para impedir que o detentor do direito de indenização ajuizasse sua demanda em uma corte mais conveniente para a causa. Caracterizando-se como um interessante caso de abuso de direito de ação.

Outro ponto negativo é a rigidez dessa doutrina que, em muitas situações, em virtude da desconsideração por completo das peculiaridades do caso concreto leva a severas injustiças, permitindo que cortes sem qualquer conexão com a contenda tornem-se competentes para julgar, impedindo cortes mais adequadas de conhecer da demanda.

Portanto, apesar do fato de os sistemas que adotam esse princípio apresentarem o mérito de proporcionar uma eficaz técnica de evitar o mal da inconsistência e insegurança de decisões inconciliáveis, a doutrina apresenta vários efeitos colaterais que a tornam vulneráveis à injustiça das decisões em alguns casos, o que pode ser agravado quando se trata de direitos coletivos e difusos.

2.8 FORUM NON CONVENIENS: aspectos positivos e negativos

²⁸⁵ Ibidem.

Como visto, a grande maioria dos países de *civil law* adotam a doutrina da *lis alibi pendens*, caracterizada pelo foco na escolha do Autor, em relação ao foro, diferentemente do *forum non conveniens* cuja ênfase reside na adequabilidade do foro.²⁸⁶

Basicamente, duas decisões delineiam o perfil da doutrina no sistema norte-americano, a *Gulf Oil v. Gilbert e a Piper aircraft Co. v. Reyno*. Nas referidas decisões, a Suprema Corte norte-americana reconheceu que, devido à generalidade dos dispositivos que tratam de competência territorial, ao requerente era dado uma possibilidade de escolha de fóruns que, muitas vezes, podia levar a uma escolha não pautada na procura da justiça, mas como estratégia para forçar o foro mais inconveniente para o demandado.

O propósito de se considerar os interesses privados é evitar o abuso do direito do demandante de escolher a competência territorial para o ajuizamento de sua demanda, de modo a prejudicar o demandado, impondo-lhe desnecessários gastos econômicos ou outros tipos de problemas práticos.

O interesse privado está relacionado com o interesse das partes e significa, por exemplo, preservar a todos os problemas de ordem prática que tornam um processo mais eficiente, célere e menos custoso. Além disso, deve ainda analisar se será possível executar a sentença emitida pela corte que conheceu da demanda.²⁸⁷

No que diz respeito ao interesse público, a corte enumerou alguns fatores que devem ser considerados como: o nível de congestionamento das cortes, a necessidade de que as controvérsias sejam resolvidas pelas cortes das comunidades que serão mais afetadas pelo resultado do litígio, evitando-se, assim, as dificuldades que surgem quando um juiz é obrigado a aplicar leis de outros estados.

Importante consignar, contudo que o Tribunal, ao final, concluiu que "a menos que o equilíbrio seja fortemente a favor do arguido, a escolha de foro do demandante, raramente, deve ser perturbada."²⁸⁸

²⁸⁶ BRAND, Ronald A. The New Hague Convention on Choice of Court Agreements. *The American Society of International Law, ASIL*. Disponível em <<http://www.asil.org/insights/2005/07/insights.html>>. Acessado em 12 out. 2008

²⁸⁷ FRIEDENTHAL, Jack H. KANE, Mary Kay & MILLER, Arthur R. *Civil Procedure*. St. Paul, Minnesota, West Publishing Co. 1985.

²⁸⁸ *Gilbert*, 330 US at 507.

No caso *Piper aircraft Co. v. Reyno*, a Suprema Corte não só fortificou a doutrina do *forum non conveniens* como também a ampliou para incluir a análise das leis e procedimentos envolvidos nas cortes concorrentes, como um fator relevante na matéria.

Assim, a doutrina não se limita a analisar aspectos como proximidade das provas, testemunhas e influência da decisão na comunidade da corte, mas também a lei e a efetividade da decisão na corte concorrente, significando uma ampla liberdade discricionária e ao mesmo tempo vinculada de escolha da corte pelo judiciário.

A crítica que o princípio recebe da doutrina e jurisprudência reside justamente nesse amplo poder discricionário dado ao magistrado. HU ZHENJIE, analisando a aplicação da doutrina em âmbito internacional asseverou:

In international litigation, it is very easy for the defendant to claim that the trial of his case in a certain forum is 'oppressive' or 'vexatious' to him... If the defendant is not sued in his home forum, he may argue that the plaintiff wants to vex or oppress him by issuing in a distant foreign court, about whose culture, procedural and language he has little knowledge. He may further argue that the forum is not well placed for the trial of the case or it is not impartial. In these circumstances, the judges may be quite easily convinced that the requirement of abuse of process is met.²⁸⁹

Outros pontos críticos usualmente levantados pela doutrina estão na falta de uniformidade de aplicação do princípio, no atraso que causa no processo e a prática do *case-shopping*. *Case-shopping* é a aplicação discriminatória da doutrina pelos países envolvidos, numa forma de beneficiar o querelante residente no país onde a demanda está sendo processada, beneficiando-o.²⁹⁰

Portanto, como se pode observar, ambas as doutrinas apresentam aspectos positivos e negativos. Contudo, diante dos problemas apresentados pela nossa doutrina, será possível, em situações específicas, o juiz brasileiro derrogar sua competência nacional com base na doutrina do *forum non conveniens*?

2.9 É POSSÍVEL DERROGAR COMPETÊNCIA INTERNACIONAL COM BASE NA DOUTRINA DO *FORUM NON CONVENIENS* NO BRASIL?

²⁸⁹ ZHENJIE, 2001, apud SVANTESSON, D. J. B. *In defence of the doctrine of fórum non conveniens*. Faculty of law. Bond University. Disponível em http://epublications.bond.edu.au/law_pubs/62. Acesso em 15 out. 2008.

²⁹⁰ SVANTESSON, D. J. B. *In defence of the doctrine of fórum non conveniens*. Faculty of law. Bond University. Disponível em http://epublications.bond.edu.au/law_pubs/62. Acesso em 15 out. 2008.

O legislador nacional, em termos de técnica legislativa, adotou um modelo de normas rígidas sobre competência, caracterizado pelo reduzido espaço criativo ao aplicador do direito. Pretende-se que o juiz subsuma o caso ao preceito normativo e extraia, quase mecanicamente, a conclusão. O valor protegido nesses modelos é, sem dúvida, a segurança jurídica.

Esse fenômeno está intrinsecamente relacionado com as raízes históricas dos países que adotaram o sistema de *civil law*. São países que se formaram a partir da doutrina da separação estrita entre os poderes, com a concepção dogmática de que o direito se restringe ao produto do Legislativo, ancorada na ideologia da revolução francesa, refletindo, de forma utópica, que o juiz apenas atuaria a vontade da lei, supondo-se que, em virtude da certeza jurídica que daí decorreria, o cidadão teria segurança e previsibilidade no trato das relações sociais.

Buscou-se, no racionalismo, através de teorias dedutivas, a moldura da atuação do juiz, um mero aplicador do direito, autorizado a agir apenas como se fosse a “boca da lei” (*bouche de la loi*). Entendia-se que o juiz não podia interpretar os textos legais, devendo-se limitar a aplicá-los aos casos, pois o que se temia é que, pela via interpretativa, pudesse ser distorcido o texto da lei.²⁹¹ Essa concepção rígida era, parcialmente, decorrente de uma profunda desconfiança nutrida pela burguesia em relação aos juízes.²⁹²

Com o passar do tempo, as mudanças da sociedade moderna impuseram profundas alterações nessas características inicialmente idealizadas, como o aumento considerável da complexidade dos casos trazidos ao Judiciário. Isso resultou na percepção de que o texto da lei tinha se tornado um instrumento insuficiente para resolver todos os problemas levados ao Judiciário, uma vez que multifacetadas feições das sociedades contemporâneas, somadas ao fato de o Judiciário ter-se tornado mais acessível, acabou por obrigar o juiz a decidir de acordo com as particularidades de cada caso. Isso significa que, de algum modo, deve haver *flexibilidade*.

²⁹¹ FERRAZ Jr., Tercio S. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1991.

²⁹² Antes da revolução francesa, os membros do Judiciário Francês constituíam uma classe aristocrática não apenas sem qualquer compromisso com os valores da igualdade, da fraternidade e da liberdade, como mantinham laços visíveis e espúrios com outras classes, especialmente com a aristocracia feudal. Montesquieu elaborou sua tese de que não poderia haver liberdade para julgar pautado em experiência pessoal. Montesquieu nasceu Charles Louis de Secondat em uma família de magistrados, tendo herdado do seu tio não apenas o cargo de *Président à mortier* no *Parlement de Bordeaux*, com o nome de “Montesquieu.” O jovem Montesquieu, sem se deixar seduzir pelas facilidades da sua posição social, renunciou ao cargo de magistrado e teve a coragem de denunciar as relações espúrias dos juízes com o poder, idealizando a teoria da separação dos poderes. (CAPPELLETTI, Mauro. *Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional*. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 20, p. 269.)

A professora TERESA ARRUDA demonstra, através de um estudo comparado, elaborado na Universidade de Cambridge, em 2008, que, tanto nos sistemas de *civil law*, quanto nos de *common law*, o Direito nasceu e existe com o objetivo predominante de criar *estabilidade e previsibilidade*²⁹³.

Na busca desses mesmos objetivos, os sistemas vêm, ao longo dos anos, se aproximando. Forte indício desse fenômeno são as influências recíprocas de ambas tradições. Países adeptos do padrão continental implementaram medidas típicas do processo da *common law*, adotando, entre outras providências, os precedentes judiciais como fonte primária do Direito, por exemplo, a súmula vinculante (art. 103-A da CF/88 e Lei 11.417/2006) e a súmula impeditiva de recursos (art. 518, § 1º, do CPC).²⁹⁴ De outra banda, os sistemas anglo-saxônicos também cederam ao Direito escrito, como o recente Código de Processo Civil da Inglaterra, de 26.04.1999.²⁹⁵

Nesse mesmo sentido, demonstrando, através de um método histórico-crítico, a aproximação entre as jurisdições do *civil law* e *common law*, MARINONI afirmou que “*a tradição do civil law foi completamente descaracterizada com o passar do tempo, muito se aproximando com o juiz do common law.*”²⁹⁶

GAJARDONI concluiu “*não mais se conservam, de maneira geral, modelos puros, resistentes à saudável influência recíproca dos outros sistemas*”, e, adiante continua afirmando ser uma tendência universal a aproximação entre os sistemas adversariais e inquisitoriais, prevendo, em um futuro não muito distante, que as diferenças entre os sistemas só restarão como reminiscência histórica.²⁹⁷

²⁹³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. *Revista de Processo*, n. 172, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 123-174

²⁹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil brasileiro entre dois mundos. In *Temas de direito processual*: 8ª série, p. 41-52.

²⁹⁵ ANDREWS, Neil. A new civil procedural code for England: party control ‘going, going, gone’. *Civil Justice Quarterly*, Londres, v. 19, 2000. p.19-38.

²⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*, n. 172, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 175-232. O professor BARBOSA aponta que “*os modelos não costumam se reproduzir na realidade como substâncias quimicamente puras e que a inclusão de dado ordenamento em uma das categorias se inspira no critério da predominância das características, e não da exclusividade.*” MOREIRA, José Carlos Barbosa. Duelo e processo. *Temas de direito processual*: 8ª série, p. 214. ALFÉREZ aduz que “*En la realidad jurídica ninguno de los dos modelos aparece em Estado puro, sino como resultado de una especie de trade off entre ambos.*” ALFÉREZ, Francisco Garciamartin. Caben reducciones teleológicas o abuso de derecho en las normas sobre competencia judicial internacional? *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. XLVII, Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

²⁹⁷ Denomina-se adversarial system o modelo que se caracteriza pela predominância das partes na determinação da marcha do processo e na produção das provas. No inquisitorial system, ao revés, as mencionadas atividades recaem de preferência sobre o juiz, embora possa também ser inteiramente disciplinadas em lei. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*.

Essa crescente convergência entre as tradições demanda uma adaptação funcional dos institutos originários de uma tradição em outra, reflexo das complexidades dos fenômenos sociais e o dever de tutelar esses novos direitos. Para alcançar esse desiderato, fundamental que os sistemas se valham do que há de melhor em cada um, para se evitar que, em um determinado sistema, uma pessoa alcance a devida tutela e em outro não. De modo que a idéia, por exemplo, de tipicidade dos remédios, própria do *civil law*, pode conduzir a situações de perplexidade, o que deve ser evitado. Como bem aponta YARSHELL “atipicidade do sistema da *common law* pode e deve servir de inspiração para impedir que exista posição jurídica de vantagem sem um remédio apto a torná-la efetiva”.²⁹⁸

Não se pretende, contudo, propor uma aplicação indiscriminada da técnica do *forum non conveniens*, nos moldes norte-americano, no sistema nacional. Não se pode desconsiderar que as normas sobre competência internacional no Brasil foram formuladas em termos estritos e restritos.

O modelo nacional de regulamentação de competência internacional é abstrato e geral. O legislador considera qual a solução mais adequada em casos típicos, e estende essa solução para os demais casos atípicos. Os critérios de conexão são escolhidos pelo legislador. A segurança jurídica é garantida à custa da justiça de certos casos, atípicos.

Diante desse modelo rígido, a despeito da aproximação cada vez maior das tradições, o juiz nacional não pode derogar sua competência apenas com base na técnica do *forum non conveniens* norte-americano, utilizando o critério desenvolvido lá, de conveniência do foro estrangeiro. Como visto, essa conveniência é apurada em razão de fatores eminentemente relacionados à proximidade entre o litígio e o foro, tais como: domicílio das partes, local onde exercem seus negócios e atividades, ou ainda, à instrução e desenvolvimento do processo, como a localização das provas e testemunhas, averiguando-se a possibilidade que outro foro concorra com o nacional em melhores condições quanto a esses quesitos. Nos EUA, a esses fatores somam-se também considerações de ordem pública como, por exemplo, o próprio interesse local

São Paulo: Atlas, 2008. Ver ainda ZANETI JÚNIOR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. *Revista de Processo*, 116, São Paulo, jul.-ago.2004.

²⁹⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 180.

em se julgar uma causa com elementos de estraneidade com todos os custos e ônus envolvidos para o judiciário local.²⁹⁹

É preciso ter em vista que, reserva-se às autoridades judiciárias estadunidenses enorme liberdade tanto no que se refere à aplicação quanto à própria criação de direito específico para o caso concreto. Liberdade inclusive para estabelecer com certa dose de discricionariedade critérios para fixação de suas próprias competências no plano internacional.³⁰⁰

Desse modo, a adoção pura e simples do mecanismo do *forum non conveniens*, nos moldes norte americano, em países que à semelhança do Brasil seguem o sistema romano-germânico, não parece possível.

Contudo, por outro lado, a possibilidade de derrogar a competência nacional em determinadas situações lacunosas na lei, que consubstanciam exorbitância do foro nacional, ante à inexistência ou pouquíssima proximidade com a causa, parece atender de forma mais efetiva princípios e valores constitucionais como acesso à justiça, princípio da razoabilidade e devida tutela jurisdicional.

Pretende-se fixar o entendimento que é perfeitamente possível, ao magistrado, flexibilizar as normas de competência internacional em determinadas situações concretas, evitando-se normas rígidas que sejam exorbitantes. A teoria do *forum non conveniens* nasceu para fazer frente a foros exorbitantes, de modo que não é equivocado entender se tratar de uma expressão anglosaxônica do princípio da proximidade ou jurisdição razoável.

É perfeitamente possível que o juiz se depare com situações fáticas atípicas, que a despeito de se subsumirem nas hipóteses legais do CPC, não guardam proximidade ou conexão com o foro nacional. Nesses casos, o magistrado deverá exercer uma interpretação que materialize os valores constitucionais, através das válvulas de escape do sistema, no caso, os princípios elencados no trabalho, os quais informam a competência internacional.

²⁹⁹ Na Inglaterra, tais considerações não são levadas em conta, salvo no que se refere à lei aplicável ao caso. O entendimento é um benefício para o país firmar-se como um centro de contencioso internacional.

³⁰⁰ MERRYMAN afirma que as cláusulas abertas como a de boa fé dão ao juiz grande porção de poder equitativo indefinido, deixando-lhe quase que sem responsabilidade diante da formulação legislativa. MERRYMANN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, R. *The civil law tradition*. Stanford: Stanford University, 2007, p. 53.

As principais críticas à possibilidade de uma *flexibilização* das normas de competência judicial internacional a permitir que um juiz admita a derrogação ou prorrogação de seu foro são: (i) violar ao princípio constitucional do juiz natural; (ii) sacrificar a segurança jurídica e a previsibilidade que são valores consagrados pelos sistemas rígidos e (iii) criar meios protelatórios da demanda, ou seja, litigar sobre o lugar onde litigar.

Quanto à primeira crítica, o princípio do juiz natural representa uma das principais garantias decorrentes da cláusula do devido processo legal. O conteúdo do princípio pode ser resumido no direito de uma pessoa a um juízo predeterminado por lei.³⁰¹ Tal garantia não visa evitar flexibilidade das normas sobre competência judicial e sim, assegurar que o órgão judicial chamado para conhecer da lide haja sido criado previamente pela lei, investido de jurisdição e competência antes do fato que motive sua atuação e, finalmente, que seu regime orgânico e processual não permita qualificá-lo como órgão especial ou excepcional. Nesse sentido, ROZAS e SANCHEZ afirmam: “*que el derecho a un juez ordinario predeterminado por la ley no impide el juego de cláusulas de flexibilización como el forum non conveniens que es admitido por la doctrina alemana.*”³⁰²

No que concerne à segurança jurídica e previsibilidade, convém citar o caso Harrods, companhia que se registrou na Inglaterra em 1913, mas logo depois mudou-se para a Argentina, onde realizava toda sua atividade comercial e sediava seus órgãos de controle e administração. As ações da companhia Harrods tinham como titular duas firmas suíças que tampouco apresentavam qualquer vínculo com a Inglaterra. Contudo, a demanda, para a surpresa das partes, acabou sendo proposta e conhecida na Inglaterra, em decorrência de uma aplicação rígida das normas de competência internacional.

Em geral, antes de realizar determinados atos, o previsível é que, em caso de eventuais litígios, o foro competente para dirimi-los seja o mais próximo da causa. Contudo, a aplicação rígida das normas de competência pode conduzir a foros imprevistos.³⁰³ Para alguns autores, a ideia de

³⁰¹ O principio designa o direito do cidadão a um processo não prejudicado por uma escolha do juiz posterior ao delito e, portanto destinada a um resultado determinado. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria geral do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 472.

³⁰² ROZAS, Fernandez; SANCHEZ, Lorenzo. *Op. cit.* p. 129.

³⁰³ “*El forum shopping sólo se practica una vez que se há desencadenado el conflicto, pero no antes de su nacimiento (o dicho de otra forma, el forum shopping lo practican los abogados, no los particulares); por consiguiente, la aplicación rígida de las normas de competencia puede conducir a foros imprevistos en el momento de tomar una decisión que, luego, ha degenerado en un litigio (o, dicho de otra forma, las normas rígidas garantiza seguridad jurídica desde el momento en que se acude a los abogados, no antes: normalmente los particulares no toman decisiones sabiendo el régimen de competencia judicial internacional de todos los Estados vinculados).*” ALFÉREZ, Francisco Garciamartin. Caben reducciones teleológicas o abuso de derecho en las normas sobre

segurança jurídica³⁰⁴ não implica somente previsibilidade do resultado, mas também a justiça do resultado, o que se alcança com maior efetividade no foro com maior proximidade da causa.

Nesse sentido:

En un Estado de Derecho, con un sistema jurídico muy complejo, los particulares presuponen que las consecuencias de sus actos se van a ajustar a la idea de justicia. En la medida en que la flexibilización de las normas garantiza esta Idea de justicia, garantiza igualmente la seguridad jurídica.³⁰⁵

Finalmente, quanto ao argumento invocado no sentido de que a flexibilização poderia criar meios protelatórios da demanda, ou seja, facilitar estratégias dilatórias, deve-se adotar uma perspectiva mais global, do processo como um todo. Aplicação rígida de normas de competência poderá levar a tribunais com escassa vinculação com a causa, o que dilatará substancialmente a duração do processo na medida em que os custos de informação fática e jurídica, se multipliquem. A distância exigirá numerosas notificações e atos de instrução no estrangeiro, traduções e legalizações, informações sobre ordenamentos de outros Estados, etc.

Assim sendo, denegar a flexibilização das normas de competência poderá implicar uma maior dilação do processo e, por conseguinte, um incremento na possibilidade de estratégias dilatórias. Dito de outro modo, a dilação processual que normas de competência flexíveis podem implicar são amplamente compensadas pela redução da duração do processo em relação a um processo patrocinado em tribunal que não apresente proximidade com a causa.

Sobre a possibilidade de flexibilizar as normas de competência internacional, vale citar ALFÉREZ que comentando as normas de competência internacional do sistema espanhol, que assim como o Brasil segue a tradição romano-germânica, aduz pela plena possibilidade de flexibilização dessas regras através dos expedientes como os cânones hermenêuticos (princípios, como o da proximidade razoável), cláusulas de boa fé, abuso de direito, equidade, fraude à lei (quando se manipulam os critérios de conexão, *forum shopping* ilegítimo) válidos para todo o ordenamento, inclusive competência internacional.

Ahora bien, que las normas sobre competencia internacional sean normas rígidas (abstracto-generales) no impede el juego de los mecanismos de flexibilización que con carácter global valen para todo el ordenamiento. Si los cânones hermenêuticos, las cláusulas de buena fe, abuso de derecho o equidad em la aplicación de la norma se

competencia judicial internacional? *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. XLVII, Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

³⁰⁴ Muito expressivas as ponderações de HADFIELD para quem: “*La seguridad jurídica no puede convertirse en valor absoluto, porque ello daría lugar a la congelación del ordenamiento jurídico, cuya función consiste en regular relaciones de convivencia, debiendo responder cada día como instrumento de perfeccionamiento y progreso*” HADFIELD. Weighing the value of vagueness: An Economic Perspective on Precision in the Law. *Colum L. Rev.* 1994, p. 541.

³⁰⁵ *Ibidem*. p.128.

proyectan sobre todo el ordenamiento, adecuándose a las peculiaridades de cada sector, también lo hacen en el sector normativo que disciplina la competencia judicial internacional.

O legislador, ao formular as normas de competência judicial internacional como normas abstrato-gerais, não pretendeu impedir nenhuma flexibilização em sua aplicação. Na verdade, o que se sucedeu foi que essa flexibilidade não é tão intensa como permitiria uma cláusula de escape expressa de *forum non conveniens*, porém uma flexibilidade atenuada é perfeitamente possível, pois provém do manejo de expedientes gerais, poros que funcionam no sistema continental como mecanismos substitutos de referida cláusula.

Uma aplicação rígida dos critérios gerais e abstratos previamente estabelecidos na lei, para casos típicos, leva a injustiças em casos atípicos. Portanto, nos casos atípicos, o presente trabalho entende ser possível derrogar a competência a outros foros mais “convenientes”, com base no princípio da proximidade razoável.

Em conclusão, não há argumentos definitivos para justificar a exclusão radical de uma possível flexibilização de normas de competência internacional. A flexibilização conduz a um foro mais próximo, no qual se garante melhor o objetivo de todo o Direito processual: um resultado justo, ao menor custo possível, depois de um devido processo legal.

A flexibilização será possível através dos princípios analisados no trabalho, principalmente o da proximidade razoável. A derrogação ou prorrogação da competência internacional dependerá do caso concreto e da ponderação do magistrado, em conjunto com as partes, dos princípios que informam a matéria, competência internacional.

3 CLÁUSULAS DE ELEIÇÃO DE FORO

Outra situação que causa bastante polêmica sobre a matéria é, sem dúvida, a cláusula de eleição de foro. Lembra AMARAL SANTOS que:

entre os romanos havia além do *forum domicilii* o *forum contractus*, ou foro da convenção, instituto este que tomou grande impulso na Idade Média como decorrência do grande desenvolvimento do comércio. As relações comerciais entre povos de diferentes regiões, regidos por leis diferentes, aconselhavam as partes contratantes a estabelecerem um foro por cuja lei se regulasse o contrato e por onde respondessem os

contratantes. A manifesta conveniência do instituto fê-lo consagrado na doutrina e nas mais diversas legislações, entre as quais a brasileira, que sempre o admitiu.³⁰⁶

A questão reside em analisar a possibilidade de as partes estipularem a jurisdição de sua preferência, excluindo³⁰⁷ outra jurisdição concorrentemente “competente”. Nesse sentido, eleger foro significa indicar dentre as jurisdições competentes qual será adotada pelos envolvidos em negócio jurídico para a solução das controvérsias que dele venham emergir.

A cláusula de eleição de foro visa a evitar uma duplicidade de procedimentos e de resoluções contraditórias, sendo que o critério para evitar que tal ocorra é a análise das partes envolvidas e do objeto da controvérsia. A autonomia da vontade, exercitável através das chamadas cláusulas de eleição de foro, para escolher quais das jurisdições concorrentes decidirá a lide esbarra em um ponto crucial, qual seja, a possibilidade ou não de se afastar a jurisdição preterida na cláusula.

Importante, contudo ressaltar que a escolha de foro não se confunde com a escolha da lei aplicável ao caso. FRANCESCHINI bem demonstra a diferença:

No Direito Internacional Privado brasileiro vigente, embora ainda haja certa confusão entre lei aplicável e foro, notadamente face a uma quase irresistível tendência em favor da aplicação da lei do foro aos contratos internacionais, fenômeno aliás também freqüente entre juizes alemães e ingleses, como relembra Olé Lando, seja em face da complexidade e dificuldades práticas que se antepõem a aplicação do Direito Privado estrangeiro, seja em decorrência da relativamente pouca tradição dos tribunais e juizes brasileiros no trato de questões de Direito Internacional Privado em sede de contratos internacionais, os dois temas são absolutamente distintos um do outro.³⁰⁸

De forma que o tema ‘eleição de foro’ é essencialmente de Direito Processual, de competência, não se relacionando com as questões de lugar dos negócios jurídicos ou de sua execução. A legislação codificada civil admite no artigo 42³⁰⁹ disposição acerca do domicílio do negócio jurídico. Contudo, não se confunde com cláusula de eleição de foro. Nesse sentido, PONTES DE MIRANDA: “Não se pode falar de foro de eleição e de foro de contrato (da feitura ou da execução) como sendo o mesmo.” E mais adiante conclui: “Quando os juristas encambulham os

³⁰⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, vol. I, p. 206.

³⁰⁷ Excluir no sentido de não se atribuir, no País, qualquer eficácia à sentença estrangeira.

³⁰⁸ E conclui que: “*não admitindo o Direito brasileiro que uma cláusula de eleição de foro implique em automática ou indiciária aplicabilidade da lex fori para reger um determinado contrato, os tribunais estrangeiros não devem inferir que pela eleição dos tribunais brasileiros (ou de arbitragem no Brasil) para dirimir questões oriundas de um acordo, tiveram as partes a intenção de eleger a lei brasileira como lei aplicável à avença.*” FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. A lei e o foro de eleição em tema de contratos internacionais. In RODAS, João Grandino (coord). *Contratos internacionais*. 2 ed. ver. E ampl. São Paulo: RT, 1995.

³⁰⁹ Art. 42. *Nos contratos escritos poderão os contraentes especificar domicílio onde se exercitem e cumpram os direitos e obrigações deles resultantes.*

dois conceitos, nenhuma confiança podem ter na conclusão dos seus raciocínios. A mistura do direito processual com o direito material é, então, de lastimáveis consequências.”³¹⁰

As hipóteses - em que as partes se submetem, por livre e espontânea vontade, de forma implícita, sem cláusula de eleição de foro, à jurisdição estrangeira³¹¹ - poderão, desde que não sejam de competência exclusiva do Brasil, ser homologadas no País³¹², bastando que preencham os requisitos da Lei de Introdução ao Código Civil, como não violar a ordem pública nacional e provir de juiz competente internacionalmente.³¹³

Em outras palavras, situações de competência concorrente, a questão deve ser examinada à luz do princípio da submissão, segundo o qual o tribunal prolator será competente se a parte se houver a ele submetido, em conjunto com o exame de outros requisitos indispensáveis para a homologação, os dos artigos 15 e 17 da Lei de Introdução ao Código Civil, ressalvados casos de nulidade da cláusula.

³¹⁰ E, adiante continua: “Uma coisa é o lugar da execução, conceito de direito material, e outra, o foro de eleição, que pode ser o do lugar da execução ou outro. O foro de eleição, havendo-o, pode recair: no lugar do contrato (*forum contractus + forum electionis*); no lugar da execução (*forum destinatae solutionis + forum electionis*); em qualquer lugar (*forum electionis indeterminado*); em certo lugar que não seja o da conclusão do contrato, nem o da execução (*forum electionis, certo, porém não coincide com o do contrato ou com o da execução*); no lugar em que se achar (*forum electionis determinável pelas [sic] estada*)”. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. ver. Ampl. e aum., com atualização legislativa de Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1998. t. II. p.318 - 320.

³¹¹ Segundo o Código de Bustamante:

Art. 321. Entender-se-á por submissão expressa a que for feita pelos interessados com renúncia clara e terminante do seu foro próprio e a designação precisa do juiz a quem se submeter.

Art. 322. Entender-se-á que existe a submissão tácita do autor quando este comparece em juízo para propor a demanda, e a do réu quando este pratica, depois de chamado a juízo, qualquer ato que não seja a apresentação formal de declinatória. Não se entenderá que há submissão tácita se o processo correr à revelia.

³¹² Nesse sentido, interessante caso de 1944 citado por VALLADÃO em que para homologação de uma sentença inglesa, discutia-se a competência. Uma firma brasileira havia sido acionada em Londres, lá compareceu e se defendeu só que, tendo em vista sentença desfavorável, quando da homologação, alegou a incompetência inglesa. No parecer do Procurador Geral da República sobre o caso, restou consignado: “não há razão para ser encorajada a deslealdade de um litigante que, proferida a sentença (a que se submeteu sem protestos) em sentido a ele desfavorável, vá refugiar-se à sombra dos tribunais de seu domicílio para buscar uma proteção que ele foi o primeiro a repudiar.” De modo que a decisão foi homologada no Brasil. VALADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. 5.ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1978. v. III. P. 137.

³¹³ Art. 15. Será executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro, que reúna os seguintes requisitos:

- a) haver sido proferida por juiz competente;
- b) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado à revelia;
- c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida;
- d) estar traduzida por intérprete autorizado;
- e) ter sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal (leia-se Superior Tribunal de Justiça)

Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

Consigna-se que atualmente, é interpretação predominante aquela segundo a qual o juiz de delibação deve restringir-se ao exame da competência geral, sem indagar da competência interna, que deve ser presumida.

DE NARDI amplia esse raciocínio afirmando que a submissão tácita de ambas as partes ao Juízo escolhido, ainda que não corresponda ao previamente eleito por cláusula, não trará nenhuma nulidade, devendo ser homologada no Brasil.³¹⁴

Contudo, em casos de eleição de foro, a questão se complica quando uma das partes contratantes nega a cláusula contratada. Nesses casos, uma das partes poderia ser obrigada a se submeter a uma jurisdição estrangeira, competente em decorrência de uma cláusula de eleição de foro? Obviamente que as cláusulas de eleição de foro, repita-se, só serão possíveis em hipóteses de competência concorrente. Mas, ainda assim, nessas ocasiões, o Brasil poderia afastar sua jurisdição, tendo em vista uma disposição de vontade das partes?

A ausência de dispositivos expressos na legislação vigente regulamentando a sua aplicação traz como consequência o surgimento de decisões divergentes.

A professora NADIA expõe da seguinte maneira o problema:

O problema surge quando há uma cláusula de eleição do foro estrangeiro e é competente a justiça brasileira, por força das disposições do art. 88 do CPC. Se a ação for proposta no Brasil, e a parte ré opuser uma exceção de competência, por força da cláusula de eleição de foro, o julgamento poderá ter desfecho imprevisível.³¹⁵

Nessa situação, não há disposição expressa no ordenamento jurídico que resolva a questão, o que impõe a atividade hermenêutica do magistrado e da doutrina.³¹⁶ Os dispositivos que tratam sobre

³¹⁴ Para o autor, a questão da competência deve ser examinada pelo juiz como de competência relativa, sendo possível a prorrogação. Ele faz duas afirmações categóricas: “1.A competência internacional concorrente é essencialmente derogável por vontade das partes em tema de contratos internacionais, e depende do reconhecimento pelo Juízo provocado dos elementos de fixação de competência internacional pertinentes. 2. A eleição de foro em contrato internacional introduz elemento de fixação de competência internacional plenamente válido, ressalvadas as exceções próprias. DE NARDI, Marcelo. *A lei e o Foro de Eleição em Contratos Internacionais: Um visão Brasileira*. In RODAS, João Grandino (Coord.). *Contratos Internacionais*, 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 122-194.

³¹⁵ ARAÚJO, Nadia de. *Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira: Lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro*. In RODAS, João Grandino (Coord.). *Contratos Internacionais*, 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 195-229.

³¹⁶ Quanto aos efeitos da cláusula de eleição de foro, RECHSTEINER esclarece a diferença entre derrogação e prorrogação: “Fala-se em derrogação quando as partes elegem um foro no estrangeiro, para dirimir suas controvérsias, que não seria internacionalmente competente, conforme a *lex fori*, se as partes não tivessem celebrado o acordo sobre a sua eleição. A questão, nesse caso, é determinar se o foro nacional, que segundo a lei é competente, foi validamente excluído ou derogado mediante a cláusula de eleição do foro, ou se a lei não atribui essa força a tal cláusula. Diz-se prorrogação quando as partes elegem um foro que, segundo a *lex fori*, não seria internacionalmente competente se as partes não tivessem celebrado o acordo sobre a eleição do foro. A questão nesse caso é se a *lex fori* aceita a prorrogação.” RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado*. São Paulo: Saraiva, 1996. Em sentido diverso, Botelho Mesquita, aceitando a autonomia da vontade, discorda da terminologia empregada, por entender que não se configura a modificação da competência por prorrogação ou derrogação. Isto porque, sendo atribuição do Estado, por força de sua soberania, determinar os limites de sua jurisdição, nada impede inclua entre os pontos de conexão selecionados a submissão voluntária das partes ou a eleição do foro do país. MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Da competência internacional e dos princípios que a informam*. Revista de Processo, n. 50, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 51-71.

a possibilidade de se derogar competência no ordenamento nacional estão nos artigos 111 e 95 do CPC,³¹⁷ o direito interno não dá qualquer outro efeito à vontade contratual ou unilateral, no sentido de derogar ou prorrogar a competência judiciária fixada, taxativamente, em lei, por se tratar de matéria de ordem pública.³¹⁸

Contudo, os princípios e normas que regem a competência interna, como já dito, não se aplicam àquelas questões que envolvem o exame de competência internacional, pois são matérias absolutamente distintas.

Trabalhando o sistema espanhol, ROZAS e LORENZO afirmam que: “*La derogatio fori consiste en la exclusión por las partes de la competencia de los Tribunales españoles, a través de un acuerdo en el que establecen la competencia de un Tribunal extranjero*”.³¹⁹

Assim como no sistema brasileiro, salientam, ainda, os referidos autores que

Si, posteriormente, una de las partes somete el litigio a un Tribunal español y la otra se somete tácitamente, por ejemplo contestando a la demanda, no se plantea problema alguno, dado que la sumisión ulterior de las partes a un Tribunal español deroga y se superpone al acuerdo anterior en que se sometían a un Tribunal extranjero. El verdadero problema surge cuando la otra parte interpone en firme la declinatoria por considerar que los Tribunales españoles carecen de competencia con base en el acuerdo (...) La cuestión consiste en determina si un Tribunal español debe declinar su competencia judicial internacional en caso de derogatio fori.³²⁰

Afastar o exercício da função jurisdicional quando haveria, em princípio, um interesse do Estado em exercer a sua jurisdição é um tema conturbado não só no Brasil. Isso significa que, não obstante a cláusula de eleição de foro internacional sempre ter sido aceita, com razoável tranquilidade em âmbito nacional, seus efeitos, contudo, não o são³²¹.

³¹⁷ Art. 111. A competência em razão da matéria e da hierarquia é inderrogável por convenção das partes: mas estas podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações.

§ 1º O acordo, porém, só produz efeito, quando constar de contrato escrito e aludir expressamente a determinado negócio jurídico.

§ 2º O foro contratual obriga os herdeiros e sucessores das partes.

Art. 95. Nas ações fundadas em direito real sobre imóveis é competente o foro da situação da coisa. Pode o autor, entretanto, optar pelo foro do domicílio ou de eleição, não recaindo o litígio sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova.

³¹⁸ SOARES, Guido Fernando Silva. *A competência internacional do Judiciário brasileiro e a questão da autonomia da vontade das partes*. In: Baptista, Luiz Olavo, HUCK, Hermes Marcelo e CASELLA, Paulo Borba (coords.). *Direito e comércio internacional: estudos em homenagem a Irineu Strenger*. São Paulo: LTr, 1994, p.292.

³¹⁹ ROZAS, José Carlos Fernández e LORENZO, Sixto Sánchez. *Derecho Internacional Privado*, Madrid: Civitas, 1999, p.140.

³²⁰ ROZAS, José Carlos Fernández e LORENZO, Sixto Sánchez. *Derecho Internacional Privado*, Madrid: Civitas, 1999, p.140.

³²¹ Vide, dentre outros: BUENO, Pimenta. *Direito Internacional Privado e Aplicação de seus Princípios*, Rio de Janeiro, J. Villeneuve, 1863, p. 129; ESPÍNOLA e Filho, *Tratado de Direito Civil*, VIII C, 1959 e *Lei de Introdução ao Código Civil Comentada*, III, pp. 282 e ss.; LOPES, Serpa. *Comentários...*, pp. 106 e ss.; TENÓRIO, Oscar.

Para CARMEN “...quando as partes fixam um foro diverso daquele previsto em lei, é como se ambas, sabendo que pode surgir uma controvérsia, renunciassem a esse benefício.”³²²

Outro representante dessa forma de pensar é o professor SERPA LOPES que desenvolve:

Se a atuação da lei é, em si, função do Estado ao qual interessam sumamente o modo e os efeitos de seu exercício, a correspondência da própria atividade ao seu escopo, não é menos certo que no andamento do processo e em seu resultado no caso concreto estão principalmente interessadas as partes que aspiram, através da atuação da lei, a um bem de vida. Em consequência, a lei processual atende também à vontade das partes: vale dizer, as normas processuais nem sempre são absolutas ou cogentes, mas eventualmente dispositivas, seja porque, por vezes, a lei pode ter em vista o interesse individual, como no caso em que a derrogação de tais normas se afigure como a renúncia a um benefício, seja porque a lei pode, outras vezes, ter em conta o conhecimento, pelas partes, das circunstâncias concretas da lide para deixá-las regular alguns pontos na relação processual.³²³

RECHSTEINER, por outro lado, defende que:

Se for proposta pelo autor uma ação perante o juízo do domicílio do réu no Brasil ou aqui deveria ser cumprida a obrigação principal, diverso do foro alienígena eleito pelas partes, deve prevalecer a competência do juiz brasileiro, não sendo possível, nesse caso, que a cláusula de eleição de foro, embora válida, afaste a jurisdição nacional. O direito brasileiro se distingue neste sentido de ordenamentos jurídicos estrangeiros que estão prevendo basicamente a exclusividade do foro contratual ou uma presunção de sua exclusividade no contexto internacional³²⁴

Nos ensinamentos do professor GUIDO SOARES:

Deve-se notar, de imediato, que em nenhum dispositivo do direito brasileiro há qualquer menção à possibilidade de derrogação do foro nacional, seja por vontade afirmativa das partes (o que não impede a propositura de ações em foros estrangeiros, por força de cláusulas contratuais de eleição de foro estrangeiro, mas que previne qualquer alegação de incompetência do juiz brasileiro, seja por litispendência, seja pela eleição contratual de foro estrangeiro), seja pela negativa de uma das partes em se submeter ao foro nacional (com idênticas alegações de litispendência, por ocorrer idêntica ação no exterior, ou da existência de um foro estrangeiro contratual)³²⁵.

Direito Internacional Privado, vol. II, pp. 359 e ss.; BATALHA, Wilson. Tratado Elementar de Direito Internacional Privado, São Paulo, Ed. RT, 1961, vol. II, p. 312; DIAS DA SILVA, Agostinho Fernandes. Direito Processual Internacional, 1971, pp. 86 e ss.; ARAGÃO, Paulo Cesar. Comentários ao Código de Processo Civil, Revista dos Tribunais, 1975, vol. V, pp. 218; CASTRO, Amilcar de. Direito Internacional Privado, Rio de Janeiro, Forense, 1977, pp. 510 e ss.; VALLADÃO. Direito Internacional Privado, vol. III, 1977, pp. 139 e ss; DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada, 5ª ed., 1999, p. 313. WALD, Arnoldo. ‘Validade das Convenções sobre Foro de Eleição’, in Estudos e Pareceres de Direito Comercial, São Paulo, Ed. RT, 1972, p. 267; STRENGER, Irineu. Contratos Internacionais do Comércio, São Paulo, Editora RT, 1998, p. 254; BAPTISTA, Luiz Olavo. Dos Contratos Internacionais do Comércio (uma visão teórica e prática), Rio de Janeiro, Saraiva, 1994, p. 112.

³²² TIBURCIO, Carmen. *Temas de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 86.

³²³ LOPES, Serpa. *Op. cit.*, p. 162.

³²⁴ RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado*. São Paulo, Saraiva, 2003. p. 235-6.

³²⁵ SOARES, Guido Fernando Silva. *A competência internacional do Judiciário brasileiro e a questão da autonomia da vontade das partes*. In: Baptista, Luiz Olavo, HUCK, Hermes Marcelo e CASELLA, Paulo Borba (coords.). *Direito e comércio internacional: estudos em homenagem a Irineu Strenger*. São Paulo: LTr, 1994, p.292.

Nesse mesmo sentido, BOTELHO afirma que: “As normas que definem a extensão da jurisdição de um Estado são normas fundadas na soberania nacional e, por isso, não se acham submetidas à vontade das partes interessadas.” Ressalva, contudo, apenas o princípio da efetividade, no sentido de que, se o País não puder efetivar sua sentença, não haveria interesse em exercer a Jurisdição, mas isso não significaria que as partes pudessem afastar a Jurisdição nacional. Em suas palavras: “Como disse Chiovenda, é ‘evidente que a jurisdição que o Estado se arroga inspirando-se em supremos interesses nacionais, não pode representar objeto de disposição das partes litigantes’”³²⁶.

Diante dessas correntes doutrinárias, a construção dos entendimentos relativos à validade das cláusulas de eleição de foro vem sendo realizada, a partir da análise do caso concreto. Como leciona BARBOSA MOREIRA:

Com certa freqüência, as partes de contrato com elementos internacionais fazem inserir no respectivo instrumento uma 'cláusula' (na verdade, negócio jurídico distinto) em que se elege a Justiça de determinado país como o foro próprio para o Julgamento de quaisquer litígios porventura oriundos do contrato. O direito brasileiro admite, em princípio, pactos deste gênero, seja quando designam a Justiça brasileira em hipótese não prevista legalmente como de sua competência, seja quando indicam alguma Justiça estrangeira, em hipótese incluída na competência (não exclusiva!) da Justiça brasileira. Examina-se, naturalmente, a validade do pacto de eleição, no caso concreto.³²⁷

De modo que, o magistrado precisa analisar cada caso concreto, com base nos princípios que informam e estruturam a competência internacional, para decidir. A partir dos princípios, poder-se-á encontrar a solução mais justa.

Trata-se de uma nova racionalidade prática procedimental, caracterizada pelo retorno ao juízo na teoria do discurso e os princípios exercem papel fundamental nessa construção dialética do processo.

Como reflexo de uma nova fase, desenvolve-se uma preocupação com a realização dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho não patrimonial, buscando-se não só a declaração,

³²⁶ Continua o autor, afirmando que “*Os limites da jurisdição nacional não podem, por isso, ser ampliados, nem restringidos, por vontade das partes. As partes podem modificar a competência dos tribunais, mas não podem modificar a extensão da jurisdição nacional. Assim, a propositura da ação perante juiz internacionalmente incompetente, mesmo sem oposição do réu, não prorroga a competência internacional desse juiz; do mesmo modo, a propositura de ação perante autoridade judiciária de um Estado internacionalmente competente para a causa não previne a jurisdição deste contra a autoridade de outro Estado que pelas leis do primeiro, também seja (concorrentemente) competente para a mesma causa. Salvo convenção em contrário, é inoperante a litispendência estrangeira (CPC, art. 90), de modo que a mesma causa pode ser simultaneamente proposta perante as autoridades judiciárias de dois Estados diferentes. As normas de competência internacional são, pois, normas de ordem pública. Por isso mesmo, não se aplica à competência internacional a conhecida classificação da competência interna que a divide em competência absoluta e relativa.*” MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Da competência internacional e dos princípios que a informam*. Revista de Processo, n. 50, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 51-71.

³²⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*, 5ª série, *op.cit.*, p. 146.

mas a efetividade e efetivação desses direitos. Para isso, mister que os aplicadores do direito funcionem como instâncias de ajustamento entre normas e fatos, redutoras do descompasso entre os problemas sociais e as respectivas soluções legislativas. RIGAUX afirma que, por múltiplas razões, o juiz é coagido a fazer obra criadora – a dobrar a lei – e os tribunais, mais do que o legislador, estão aptos a seguir passo a passo as alterações da sociedade e estabelecer conexões até então despercebidas.³²⁸

Uma aplicação das normas de competência internacional, aos olhos do novo paradigma constitucionalista do direito, demandará uma interpretação daqueles dispositivos com base nos valores constitucionais, na nova realidade política, econômica e social. Só assim, será possível desvendar-se seu real alcance.

Impõe-se, portanto, uma adequação de institutos tradicionalmente formais, a partir de princípios voltados à justiça, não se admitindo mais interpretações restritivas de dispositivos jurídicos a limitar suas aplicações práticas.

Importante, contudo, antes de se passar para a análise dos referidos princípios, fixar uma premissa: a presente dissertação não concorda com as correntes que defendem a tese da inafastabilidade da competência concorrente, como regra.

3.1 Da Regra da Inafastabilidade da Competência Concorrente do Brasil: (*right not to be sued abroad*)

Frente à realidade dual da doutrina brasileira, tem-se observado, certo recrudescimento das decisões judiciárias nacionais no sentido de se restringir a autonomia da vontade na escolha do foro competente, nos supostos da competência concorrente da Justiça nacional³²⁹.

A aceitação da cláusula de eleição de foro estrangeiro como válida é pacífica, mas sua implementação fica conturbada quando está em jogo a competência da justiça nacional. Quando a eleição de foro estrangeiro implica declarar incompetente a justiça brasileira, os tribunais

³²⁸ RIGAUX, François. *A lei dos juizes*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 185.

³²⁹ Como chama atenção ALMEIDA. Ricardo R. ,“ Breves Reflexões sobre a eleição de foro estrangeiro e a competência concorrente do judiciário brasileiro” , *Contratos Internacionais/* Coordenador João Grandino Rodas, 3.ed., São Paulo:Revista dos Tribunais, 2002, p.297 e ss.

analisam, de forma mais restritiva, prestigiando-se, em detrimento dos tribunais estrangeiros, ainda que estes tenham sido escolhidos contratualmente como únicos competentes. Esse fenômeno parece indicar que os tribunais brasileiros não desejam impedir as partes de ter acesso à sua jurisdição, o que acarretaria, afinal, em denegação de justiça, ante à incerteza de que, fechada a porta do tribunal brasileiro, não houvesse, efetivamente, a possibilidade de as partes recorrerem à justiça estrangeira.

Essa corrente acaba dando caráter de exclusividade não só à competência exclusiva do art. 89 do CPC, mas também à competência concorrente do art. 88 do CPC, tornando inócua a distinção entre uma e outra espécie de competência internacional.

BARBOSA MOREIRA expõe essa realidade da seguinte forma:

Ocorrendo qualquer das hipóteses do art. 88, de acordo com a jurisprudência do STF – ao menos como vem sendo entendida –, a sentença estrangeira apenas será homologável se as partes tiverem acordado em eleger o foro do outro Estado, ou se, ali proposta a ação, o réu se houver submetido à respectiva jurisdição, apresentando defesa perante o juiz estrangeiro. Em tal perspectiva, não se afigura inteiramente apropriada a expressão ‘competência concorrente’, no que tange à Justiça estrangeira: no fundo, para o Brasil, a brasileira é que seria a única competente em princípio, ao passo que alguma outra unicamente pode vir a tornar-se competente, em virtude de ato da parte, anterior ao processo ou praticado nele.³³⁰

De fato, para a corrente da inafastabilidade da jurisdição, ainda que o autor, inicialmente, proponha a ação no exterior e o réu aceite a jurisdição estrangeira, essa mesma ação somente estará definitivamente subtraída à competência nacional, independentemente de eventual cláusula de eleição de foro, se, e somente se, o autor ou o réu não propuserem, no Brasil, ação conexa ou a mesma ação³³¹.

Trata-se de uma preferência abstrata e automática pela competência brasileira materializada na corrente ora repudiada e em jurisprudência do antigo órgão competente para homologação de sentença estrangeira, o STF - que afirmava que a parte domiciliada no Brasil não é obrigada a defender-se no exterior, podendo optar por exercer seu direito à atuação do Judiciário nacional.³³² Na hipótese, o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo tratar-se de uma forma de

³³⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Problemas relativos a Litígios Internacionais*. In Temas de Direito Processual Civil. 5ª série, Rio de Janeiro. Forense.p. 145.

³³¹ Art. 90 do CPC: “A ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas.”

³³² Essa posição do STF sofreu alteração quando do julgamento da SE 4.415-5-EUA, de 11.12.1996 que tratava de pedido de homologação de sentença de tribunal americano que havia condenado vários réus, inclusive conhecido investidor domiciliado no Brasil. A defesa acreditava na jurisprudência pacificada no sentido de nenhuma parte aqui domiciliada ser obrigada a se defender no exterior, podendo optar pela jurisdição nacional. Contudo, o Min. Rezek discriminou três casos em que se dará a submissão da parte domiciliada no Brasil ao tribunal estrangeiro. A

competência concorrente, pelo que a preferência é pela jurisdição brasileira acionada, mormente se outras circunstâncias da lide favorecerem esse entendimento.³³³

Um recente caso, analisado pelo STJ, envolvendo *RS Componets Limited* e *RS do Brasil Comércio Importação e Exportação Ltda*, discutiu se a cláusula de eleição de foro avençada pelas partes em um contrato de representação comercial seria suficiente para afastar a competência prevista nos dispositivos do artigo 88 do CPC.³³⁴

A professora VALESCA RAIZER, comentando o referido julgado, afirmou:

Em relação à derrogação da justiça brasileira quando ocorra algum dos pressupostos estabelecidos no artigo 88 do CPC, a Corte, se posicionou também favorável à decisão monocrática, da seguinte forma: “*É cabível a jurisdição nacional porque aqui deveria ser cumprida a obrigação*”.

O artigo 88, como mencionado com anterioridade, estabelece em seu inciso segundo que será competente a justiça brasileira quando aqui tiver que ser cumprida obrigação. Entendendo que a competência a que trata o artigo supra referido é cumulativa, claro seria a afirmação de serem válidas as cláusulas de eleição de autoridades administrativas estrangeiras para o processamento e decisão de eventual controvérsia entre as partes contratantes.

A validade de escolha da jurisdição brasileira não deveria, por conseguinte, estar baseada na alegação de ser no território brasileiro o cumprimento da obrigação, pressuposto do inciso segundo, do artigo 88, sob pena de transformar de “concorrente” à “exclusiva” a competência na lei aludida. Além de desprestigiar a autonomia das partes na escolha do foro competente para julgar eventuais demandas porventura existentes em suas relações.

Dessa forma, o julgado fortalece o pensamento de que nos casos cujos elementos fáticos se enquadrem em um ou mais supostos do artigo 88 não poderá ser derogada a jurisdição brasileira pela vontade das partes, dando *caráter de exclusividade não só a competência descrita no artigo 89 do CPC, mas, também, à competência concorrente*.³³⁵

submissão poderá ser aleatória, quando a parte espontaneamente comparecer ao juízo estrangeiro e não se limitar, em sua defesa, à *declinatoria fori*. Poderá, ainda, ser caso de submissão necessária, quando resulta de um contrato, quando resulta de uma forma de atividade desenvolvida pela pessoa domiciliada no Brasil, no domínio espacial de uma soberania estrangeira, incluída a hipótese de responsabilidade por ato ilícito. Resulte então de um contrato ou, à margem de contrato expresso, resulte de uma atividade desenvolvida pela parte domiciliada no Brasil no Estado estrangeiro, a submissão será necessária. Acórdão publicado na íntegra na *Revista de Direito Renovar* 11/100 e ss.; maio – ago./1998.

³³³ Não se pode deixar de consignar, contudo, decisão do STJ, de 2005, que envolvia a PETROBRÁS, quando manifestou ser válida a cláusula de eleição de foro, exceto quando a lide envolvesse interesses públicos. *EMENTA. RECURSO ESPECIAL – PREQUESTIONAMENTO – SÚMULAS 282/STF e 211/STJ – REEXAME DE PROVAS E INTERPRETAÇÃO CONTRATUAL – SÚMULAS 5 E 7 – JURISDIÇÃO INTERNACIONAL CONCORRENTE – ELEIÇÃO DE FORO ESTRANGEIRO – AUSÊNCIA DE QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA – VALIDADE – DIVERGÊNCIA NÃO CONFIGURADA. 1. Em recurso especial não se reexaminam provas e nem interpretam cláusulas contratuais (súmulas 5 e 7), 2. A eleição de foro estrangeiro é válida, exceto quando a lide envolver interesses públicos. 3. Para a configuração de divergência jurisprudencial, é necessário demonstrar analiticamente a simetria entre os arestos confrontados. Simples transcrição de ementa de súmula não basta. RESP 242.383, STJ, DJ. 21.03.2005., disponível em www.stj.gov.br.*

³³⁴ *Recurso Especial nº 804.306-SP.*

³³⁵ E, adiante, a autora conclui: “Não obstante a inserção cada vez mais notória do Estado brasileiro nos processos de internacionalização e da conseqüente integração de seu território à mobilidade das relações jurídicas internacionais e regionais, o sistema de regras definidoras de sua competência internacional é escasso e ainda não coaduna com as tendências contemporâneas relativas à matéria.” MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. *Derogatio fori, possibilidades e limites no sistema brasileiro, contornos atualizados com a recente decisão do STJ prolatada no Resp nº 804.306-SP.* Pesquisa enriquecida com uma breve análise comparada do instituto no sistema norte-americano de *Common Law*. Artigo inédito.

Após uma análise pormenorizada dos argumentos da tese de inafastabilidade da competência concorrente, pode-se resumir em dois, os principais fundamentos: o fato de serem normas de ordem pública e a denegação de acesso à justiça.

O fato de as normas sobre competência internacional possuírem a natureza de ordem pública, não significa, necessariamente, que não possam ser dispositivas. Muitas são as oportunidades, no curso de um processo, de os atores da relação jurídico processual ajustarem a aplicação das normas processuais a seus interesses privados. Nas palavras dos professores CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO: “a natureza de direito público da norma processual não importa em dizer que ela seja necessariamente cogente (...)Têm-se, no caso, as normas processuais dispositivas.”³³⁶

Ademais, os tratados internacionais que o Brasil vem promulgando internamente são no sentido de respeitar a autonomia da vontade, ou seja, preservar a cláusula de eleição de foro. Com efeito, o entendimento aqui repudiado não está pautado por essa visão mais internacionalista. É preciso uma sintonia com a modernidade, afinada com o que vem traduzido na nova regulamentação encontrada no direito comparado e nas fontes internacionais, a transparecer o fim daquela postura mais dogmática, ainda presa à antiga tradição do rígido critério preferencial pela jurisdição brasileira.

Quanto ao argumento de que se deve sempre dar preferência à jurisdição nacional (*a right not to be sued abroad*)³³⁷, mesmo em face de uma cláusula de eleição de foro, sob pena de se denegar o acesso à justiça, interessante é o entendimento de ALMEIDA, no sentido de que as partes, ao firmarem uma cláusula de eleição de foro, devem respeitá-la, sob pena de praticarem um ilícito contratual. E, a tutela jurisdicional específica, nesses casos, seria a declaração de incompetência internacional da Jurisdição preterida pela cláusula de eleição de foro. Afirma o autor:

Tratando-se do inadimplemento de uma cláusula de eleição de foro, sua composição dispensa completamente essa referência a um sucedâneo imperfeito e subsidiário – a

³³⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, e DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1994, § 39, p. 88.

³³⁷ Afirmando que não existir o ‘*right not to be sued abroad*’ no sistema espanhol, SORIANO e ALFÉREZ, concluem: “*No existe, como tal, un derecho constitucional ‘a no ser demandado en el extranjero (a right not to be sued abroad); es más, de los parámetros constitucionales se podría derivar, cuando la CJI de los tribunales extranjeros sea razonable, un fundamento constitucional a la carga de comparecer como demandado ante un tribunal extranjero*” (vid., STC 43/1986). SORIANO, M. Virgos e ALFÉREZ, F. Garciamartin. *Derecho Procesal Civil Internacional: litigación internacional*. 2º ed. Madrid: CIVITAS, 2007, p. 59.

apuração de perdas e danos -. Podendo ser integral e absolutamente satisfeita com a simples declinação judicial da competência.³³⁸

Importante, contudo, ressaltar que não acreditamos em regras certas e inflexíveis para a aplicação da matéria; isso decorre da mudança de paradigma do processo civil, da principialização do direito, fenômeno que marca o fim do paradigma 'legalista', marcado pela prevalência absoluta da lei como fonte no Estado de Direito.

Nas exatas palavras do professor HERMES ZANETI: “Essa mudança implica o abandono da lógica jurídica apodíctica-dedutiva (lei como vértice) e a busca por lógicas mais afeitas ao complexo problema atual da aplicação do direito.” E adiante, acrescenta:

O direito se constitucionalizou, no conhecido movimento do pós positivismo, com a principialização da Constituição (positivação dos princípios de direito natural: direito à vida, à dignidade, ao devido processo legal etc.) e a sua renovada postura de elemento unificador da ordem normativa: todo o direito hoje ou é direito constitucional (conforme à Constituição) ou não é direito. Essa unidade não está mais vazada nos termos das lógicas matemáticas, mas sim das lógicas discursivas e da hermenêutica, que substituíram os antigos juízos de certeza e completude das sistemas codificados.³³⁹

Trata-se de uma revalorização da dialética por meio do método tópico-retórico, focado no caso concreto. A coexistência de vários princípios sobre o assunto demanda uma vinculação ao problema concreto, como a única maneira de garantir a mobilidade tópica desses princípios, permitindo, assim, uma solução justa ao problema.³⁴⁰

A correta exegese deve-se dar em cada caso concreto, ponderando-se os vários princípios e valores constitucionais que informam e estruturam a matéria: competência internacional.

SORIANO e ALFÉREZ explicam que, quando o legislador elabora o sistema de competência internacional delimita o alcance internacional da tutela judicial que seus tribunais vão oferecer. Essa delimitação apresenta dois efeitos: um positivo, caracterizado pela afirmação de competência em um certo número de litígios internacionais (*sometimiento a la jurisdicción*). O efeito negativo, por outro lado, é caracterizado pela negativa de competência dos tribunais nacionais a certos litígios internacionais (*imposibilidad de acceso*). É possível, portanto, na

³³⁸ ALMEIDA. Ricardo R. , “ Breves Reflexões sobre a eleição de foro estrangeiro e a competência concorrente do judiciário brasileiro” , *Contratos Internacionais*/ Coordenador João Grandino Rodas, 3.ed., São Paulo:Revista dos Tribunais, 2002, p.297 e SS.

³³⁹ ZANETI Jr. Hermes. *Processo Constitucional. O modelo constitucional do Processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris. 2007.

³⁴⁰ O professor HERMES sintetiza: “trata-se, portanto, do predomínio da racionalidade prática procedimental em desfavor da racionalidade prática material exarcebada e da racionalidade abstrata puramente teórica” ZANETI Jr. Hermes. *Processo Constitucional. O modelo constitucional do Processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris. 2007.p. 71.

aplicação destas leis, incorrer em inconstitucionalidade tanto por excesso, efeito positivo, como por deficiência (efeito negativo). Assim, ficaria a cargo dos princípios e valores constitucionais a delimitação das normas sobre competência internacional, ou seja, a imposição de limites máximos e mínimos. Em relação ao efeito positivo, a exegese será no sentido de evitar o conhecimento de demandas que imponham ao demandado uma carga processual arbitrária ou manifestamente irrazoável. Em relação ao efeito negativo, a exegese constitucional deverá ser no sentido de evitar denegações de justiça, por vedações irrazoáveis ao acesso aos tribunais.³⁴¹

De forma que, as normas sobre competência internacional precisam ser analisadas em cada caso concreto, a partir dos princípios próprios da matéria. É, portanto, perfeitamente possível que se atribua plena eficácia a uma cláusula de eleição de foro, proporcionando segurança jurídica e previsibilidade das decisões às partes vinculadas, permitindo-lhes conhecer os exatos custos e consequências de eventual inadimplemento contratual.

Contudo, se houver o risco, claramente demonstrado, de uma das partes não conseguir recorrer à jurisdição eleita, deverá o magistrado afastar a cláusula de eleição de foro, uma vez que impõe ônus excessivo a uma das partes e impede a tutela jurisdicional. Nesses casos, a solução será identificar a impossibilidade de acesso ao juiz eleito e desconhecer eficácia à avença sobre foro, assumindo o juiz nacional a competência para a lide, de modo a afastar o princípio da autonomia da vontade em razão de outro princípio, o da não denegação da justiça.

A despeito de a cláusula de eleição de foro representar a tese que melhor se afina com os novos rumos do direito processual internacional, direcionada para a cooperação entre os Estados soberanos, com a finalidade de melhor atender à celeridade, segurança e boa-fé dos negócios multiconectados, o trabalho acredita que não se possa afirmar, peremptoriamente, que essa solução será, sempre, a mais justa. É possível que para se favorecer o acesso à Justiça efetiva, o

³⁴¹ “En cuanto al efecto positivo de las normas de CJL, la Constitución impondría un límite de máximos en el sentido de que el legislador español no puede afirmar la CJI de nuestros tribunales cuando ello suponga someter al demandado a una carga procesal arbitraria o manifestamente irrazoable. (vid., STC 61/2000: al hilo de esa doble exigencia constitucional a las normas de CJI, señala que ‘A nadie puede exigirse una diligencia irrazonable o cargas excesivas para poder ejercitar su derecho de defensa en juicio; de modo que el demandado en proceso civil sólo podrá ser sometido a costes desproporcionados’). Dicho en otros términos, se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva cuando se impone a una persona la carga de comparecer ante nuestros tribunales como demandado sin que puedan ofrecerse un mínimo de razones sustantivas para ello. En cuanto al efecto negativo de las normas de CIJ, el artículo 24 CE impondría un límite de mínimos en el sentido de que el legislador español incurriría en denegación de justicia si impide irrazonablemente el acceso a nuestros tribunales o, aun existiendo en abstracto motivos para negarlo, el actor no goce de una vía alternativa razonable para satisfacer sus derechos e intereses legítimos (STC 61/2000: De otra parte, desde el punto de vista procesalmente activo, es preciso asegurar una posibilidad razonable, según las circunstancias, de accionar ante al Justicia).” SORIANO, M. Virgos e ALFÉREZ, F. Garciamartin. *Derecho Procesal Civil internacional: litigación internacional*. 2º ed. Madrid: CIVITAS, 2007, p. 59.

Estado denegue sua Jurisdição, fazendo uma remissão implícita a outro tribunal estrangeiro mais apropriado.

Como dito, é fundamental a análise do caso concreto, com base nos princípios que informam e estruturam a competência internacional. A conveniência legislativa, no estabelecimento de normas de fixação da jurisdição internacional, não pode ir contra o direito internacional e valores e princípios constitucionais que informam a matéria ‘competência internacional’. Apesar de na legislação brasileira não existir uma cláusula geral de exceção que permita ao juiz a apreciação da pertinência da jurisdição nacional fixada pela norma positiva para a situação concreta, não se pode deixar de levar em consideração, paralelamente, sua obrigação de dar efetividade e aplicação às normas constitucionais, ou, antes de tudo, de impedir a violação delas. Essa obrigação é fundamental e insuperável e os princípios são instrumentos inseparáveis para tal escopo.

CONCLUSÃO

No mundo contemporâneo, em que o acesso à justiça é alçado à categoria de direito fundamental, a doutrina clássica e tradicional da competência internacional, fundada simplesmente na localização de pessoas e bens no território dos Estados ou na nacionalidade dos indivíduos, não mais se justifica.

Reflexo de um novo paradigma do direito - marcado pela aproximação do direito a valores constitucionais - é a perspectiva de um processo como meio de efetivação de direitos fundamentais, como um direito fundamental em si, impondo uma adequação de institutos tradicionalmente formais, a partir de princípios voltados à justiça, não se admitindo mais interpretações restritivas de dispositivos jurídicos a limitar suas aplicações práticas.

É inquestionável que não mais prevalece a visão do direito como uma ciência absolutamente hermética. O direito é um fenômeno social, um meio de pacificação, disciplina a organização da vida em sociedade. Como tal, suas normas e princípios devem estar sempre atualizados e orientados pelas necessidades atuais e concretas daquela sociedade de onde e para a qual exsurge, sob pena de se tornar um conjunto de regras desprovidas de eficácia social.

O que se implementa é a possibilidade de uma flexibilização da determinação da competência internacional a partir de valores e princípios constitucionais e infraconstitucionais. O juiz nacional deve levar em consideração a metodologia hermenêutica do novo paradigma da ciência jurídica para decidir se exercerá ou não jurisdição sobre determinado caso concreto, tendo em vista princípios e valores constitucionais em jogo.

A aplicação restrita das normas de competência internacional deve ceder lugar ao fim máximo do processo, que é a prestação da tutela jurisdicional, evitando que questões de ordem meramente formal acarretem a denegação de justiça. Identifica-se com a própria finalidade da jurisdição, indicando quando é indispensável o exercício da jurisdição para que uma determinada situação litigiosa não fique sem solução, ou quando, paradoxalmente, o seu exercício injustificado possa consistir em uma violação desse mesmo fim, representando um ônus insuperável para a parte, privando-a da adequada e justa resolução de um conflito.

A determinação da jurisdição internacional, hoje, é feita a partir, basicamente das disposições do artigos 88 e 89 do CPC, LICC e alguns tratados internacionais. Esses dispositivos estabelecem genérica e abstratamente aqueles elementos que firmam a conexão de determinada causa com o país. Contudo, por se tratarem de normas abstratas, nem sempre será possível que se tenha, em toda e qualquer hipótese concreta, o atendimento às normas legais sem comprometer princípios e valores constitucionais.

Entende-se que não existe um critério genérico que comporte uma afirmação peremptória, seja para determinar a simples exclusão ou mesmo a inclusão na atividade da autoridade judiciária

brasileira das questões não alcançadas pelos artigos 88 e 89 do CPC. É preciso uma ponderação dos diversos princípios que regulam a matéria, consagrados pelo ordenamento constitucional que, sob certas circunstâncias, devem impor-se eficazmente sobre os referidos dispositivos legais.

Caberá assim, ao órgão jurisdicional, proceder à sua necessária adequação, conforme o caso, estendendo (ou prorrogando) a jurisdição nacional àqueles casos, que à luz dos princípios expostos, exigem seu exercício, e afastando-a (ou derogando-a) quando, pela mesma razão, seu exercício não deve se verificar. Nessa atividade, o juiz não estará agindo discricionariamente, mas, ao contrário, tornando o ordenamento jurídico efetivo em toda sua amplitude.

De modo que sempre que ameaçada qualquer garantia constitucional, como o acesso à justiça, o devido processo legal, ampla defesa decorrentes de uma falta de jurisdição internacional brasileira *razoável* para o conhecimento da causa, deverá o magistrado analisar e ponderar, prevalecendo o princípio que proteja o bem jurídico de maior relevância no caso concreto. Assim, portanto, podem os órgãos jurisdicionais, sem qualquer contrariedade ao ordenamento jurídico, julgar fora das hipóteses previstas nos artigos 88 e 89 do CPC, para apreciar litígios que não possuam nenhum dos elementos de conexão ali estabelecidos ou mesmo para deixar de julgar aqueles que efetivamente atendam aos requisitos ali estabelecidos. Tais situações não caracterizam contrariedade à lei, inovação pela via judicial, nem nenhuma usurpação de competência legislativa e sim, devida tutela jurisdicional, a partir dos princípios que informam a matéria.

Não existem regras perfeitas e acabadas para a fixação da jurisdição internacional. A abstração e generalidade das normas positivas nunca serão capazes de assegurar com certeza que, em todo e qualquer caso concreto em que a jurisdição seja firmada pela presença de um elemento de conexão, estarão respeitados os princípios e garantias antes mencionados. De forma que, ao magistrado caberá a *flexibilização* das normas de competência internacional, promovendo a correção e ajuste das hipóteses positivas de exercício da jurisdição, sempre que cumprimento mecânico represente um desrespeito aos princípios integrantes do ordenamento jurídico os quais delineiam os contornos da jurisdição internacional, dando-lhes indispensável aplicação imediata.

5 BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALFÉREZ, Francisco Garciamartin. Caben reducciones teleológicas o abuso de derecho en las normas sobre competencia judicial internacional? *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. XLVII, Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

ALL, Paula Maria. *Las normas de jurisdicción internacional en el sistema argentino de fuente interna*. Revista Decita n. 04. Fundação Boiteux. 2005.

ALMEIDA, Ricardo R. “Breves Reflexões sobre a eleição de foro estrangeiro e a competência concorrente do judiciário brasileiro”, *Contratos Internacionais/* Coordenador João Grandino Rodas, 3.ed., São Paulo:Revista dos Tribunais, 2002.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2. Ed.rev. e acrescida de apêndice. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVIM, J. M. Arruda. Competência Internacional. *Revista de Processo*, Rio de Janeiro. n. 7/8, jul./dez. 1977.

ANDREWS, Neil. A new civil procedural code for England: party control ‘going, going, gone’. *Civil Justice Quartely*, Londres, v. 19, 2000.

ARAGÃO, Paulo Cesar. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Revista dos Tribunais, 1975, vol. V.

ARMELIN, Donaldo. *Competência Internacional*, Revista de Processo, n. 2, São Paulo: Saraiva.

ARROYO, Veáse Fernandez. Competencia internacional exclusiva y exorbitante de los jueces de los Estados miembros de la Unión Europea. ¿Hasta quando? *Jurídica*, num. 34, 2004.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos Contratos Internacionais do Comércio (uma visão teórica e prática)*, Rio de Janeiro, Saraiva, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASSO, Maristela e CARVALHO, Patrícia Luciane de (orgs). *Lições de Direito Internacional. Estudos e pareceres de Luiz Olavo Baptista*. Curitiba: Juruá, 2008.

BATALHA, Wilson. *Tratado Elementar de Direito Internacional Privado*, São Paulo, Ed. RT, 1961, vol. II.

BELL, John. Judiciaries within Europe: a comparative review. *Cambridge Studies, International and comparative law. CSICL*. Nova York: Cambridge University, 2006.

BELTRANE, Adriana. Cooperação Jurídica Internacional. *Revista de Processo*. Rio de Janeiro. n.162, 2008.

BERNASCONI, C.; GERBER, A. *La théorie du forum non conveniens – un regard suisse*. IPRrax, 1994.

BOGGIANO, A. *Curso de Derecho internacional privado, derecho de las relaciones privadas internacionales*. Argentina, Abeledo-Perrot, 2001.

BOUTIN I. G. *Derecho internacional privado*, Mizrachi & Pujol, Panamá, 2002.

BRAND, Ronald. *Forum Selection and Forum Rejection in US Courts: One Rationale for a Global Choice of Court Convention in Reform and Development of Private International Law: Festschrift for Sir Peter North*, James Fawcett, ed., Oxford University Press, 2002.

BUENO, Cássio Scarpinella. Os Princípios do Processo Civil Transnacional e o Código de Processo Civil Brasileiro: uma primeira aproximação. *Revista de Processo*, n. 122, São Paulo: Saraiva, 2000.

BUENO, Pimenta. *Direito Internacional Privado e Aplicação de seus Princípios*, Rio de Janeiro, J. Villeneuve, 1863.

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 7. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994.
CÂMARA, Alexandre Freitas. *Escritos de direito processual*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Processo e constituição – estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. Luiz Fux, Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.) São Paulo: RT, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 20.

CARAVACA, Alfonso Luis Calvo e GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. *Competência judicial internacional: régimen de producción interna en Derecho internacional privado español*. Revista Decita n. 04. Fundação Boiteux. 2005.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

CARNELUTTI, F. *Limiti della giurisdizione del giudice italiano*, in *Revista di Diritto Processuale Civile*, vol. 8, II, 1931.

CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CORTES, Valentin. *Derecho Procesal Civil Internacional (ordenamiento español)*. Madrid: Edersa, 1981.

DAVID, René et al. *Major Legal Systems in the World Today, An Introduction to the comparative study of law*, Londres, The Free Press, 1878.

DE NARDI, Marcelo. *A lei e o Foro de Eleição em Contratos Internacionais: Um visão Brasileira*. In RODAS, João Grandino (Coord.). *Contratos Internacionais*, 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

DIAS DA SILVA, Agostinho Fernandes. *Direito Processual Internacional, efeitos internacionais da jurisdição brasileira e reconhecimento da jurisdição estrangeira no Brasil*. Rio de Janeiro: Villani, 1971.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado – Parte Geral*. 6ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2001.

DOLINGER, Jacob Dolinger; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: Vade Mécum*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DOLINGER, Jacob. *In Defense of the General part principles in International Conflicts of Laws for the Third Millenium*. New York: Transnational Publishers, 2001.

DOMINGUEZ, Valentin Cortes. *Derecho procesal civil internacional (ordenamiento español)*. Madrid : Editoriales de Derecho Reunidas, 1981.

FAWCETT, James J. Gerenal Report, In: *Declining Jurisdiction in private international law*. Oxford: Clarendon Press, 1955.

FERRAZ Jr., Tercio S. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1991.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria geral do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales, in *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trota, 2001.

FERNÁNDEZ, Rodolfo Dávalos. El conflicto de jurisdicciones o de competencia judicial internacional. *Revista Cubana de Derecho*. La Habana: Editorial de Ciências Sociais (ciências jurídicas). n. 2. jun. 1991.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. A lei e o foro de eleição em tema de contratos internacionais. In RODAS, João Grandino (coord). *Contratos internacionais*. 2 ed. ver. E ampl. São Paulo: RT, 1995.

FRAGISTAS, Charlambos M. La Compétence Internationale en Droit Privé, *Recueil des Cours*, 1961, vol. 104, III.

FRIEDENTHAL, Jack H. KANE, Mary Kay & MILLER, Arthur R. *Civil Procedure*. St. Paul, Minnesota, West Publishing Co. 1985.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008.

GÂNDARA, Rocío Caro. Forun non conveniens y convenio de Bruselas: quiebras de un modelo de atribucion de competencia judicial internacional. *Revista Espanhola de Derecho Internacional*. Vol. XLVII. Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

GLENN, H. Patrick. The ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure as Global Standards for Adjudication? *Revista Decita* n. 04. Fundação Boiteux. 2005.

GIDI, Antonio. Normas Transnacionais de Processo Civil. *Revista de Processo*, n. 102, São Paulo: Saraiva, 2001.

GRECO, Leonardo. *A competência internacional da justiça brasileira*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goitacazes, n. 7, p. 169-194, 2005.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. El neoprocesalismo. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Instituto Ibero-americano de Direito Processual, 2006, ano VI, n. 9.

GUILLOT Staelens. Conflicto de jurisdicción. In Gómez Robledo Verduzco A. e WITKER, J. *Diccionario de Derecho internacional*, México, Porrúa-UNAM, 2001.

HADFIELD. Weighing the value of vagueness: An Economic Perspective on Precision in the Law. *Colum L. Rev.* 1994.

JAYME, Erik. *Direito Internacional Privado e Integração: as Convenções Européias*. In *Integração Jurídica Interamericana*, org. CASELLA, Paulo Borba e ARAUJO, Nadia, São Paulo, LTr, 1998.

JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do Conflito de Jurisdições: a Competência Internacional da Justiça Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

KLOR, Adriana Dreyzin de. Algunas reflexiones sobre la cooperación jurisdiccional internacional en torno a la calidad del derecho de la integración. In LABRANO, Roberto Ruiz Diaz (Org.) *Mercosur – Unión Europea: cooperación jurídica internacional, sentencias y laudos extranjeros, exhortos – medidas cautelares, derecho comunitario, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. Asunción: Intercontinental, 2001.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2º ed. Lisboa: Fundação Galouste Gulbenkian, 1989.

LIEBMAN, E. T. *Os limites da jurisdição brasileira*. In *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. Saraiva, 1947.

LUPOI, Michele Angelo. *Conflitti transnazionali di giurisdizioni. Tomo I. Policies, metodi, criteri di collegamento*. Milano, 2002.

MAGALHÃES, José Carlos de. Fatores de limitação da jurisdição do Estado. In: *Revista dos Tribunais*, ano 88, v. 767, set. 1999.

MARDIROSIAN, Helen E. *Forum non conveniens*. 37 *Loyola of Los Angeles Law Review*. 1643 1684. 2004, school.

MARQUES, Claudia Lima. Direito Internacional Privado: solucionando conflitos de cultura: os divórcios no Japão e seu reconhecimento no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, n. 162, abr.-jun. Brasília: Editora do Congresso, 2004.

MADRUGA, Antenor. *Renúncia à Imunidade de Jurisdição pelo Estado Brasileiro*. Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*, n. 172, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. IDP e Ed. Brasília Jurídica, 2000.

MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, R. *The civil law tradition*. Stanford: Stanford University, 2007.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Da competência internacional e dos princípios que a informam*. Revista de Processo, n. 50, São Paulo: Saraiva, 1988.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. Tese de doutoramento. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2007.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1995.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. ver. Ampl. e aum., com atualização legislativa de Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1998. t. II.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Problemas relativos a litígios internacionais. In: *Temas de direito processual*. 5ª série. São Paulo: Saraiva, 1994.

MOREIRA, J. C. Barbosa. *Direito Aplicado (Acórdãos e Votos)*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil brasileiro entre dois mundos. In *Temas de direito processual*: 8ª série.

MORELLI, Gaetano. *Derecho Procesal Civil Internacional*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1953.

MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. *Derogatio fori, possibilidades e limites no sistema brasileiro, contornos atualizados com a recente decisão do STJ prolatada no Resp nº 804.306-SP. Pesquisa enriquecida com uma breve análise comparada do instituto no sistema norte-americano de Common Law*. Artigo inédito.

MUELA, Miaja de la. *Derecho Internacional privado, t. II: parte especial*, 3ª ed. Madrid, 1963.

MUÑOS, Maria Dolores Adam. *El proceso civil con elemento extranjero y la cooperación judicial internacional*. Pamplona: Aranzadi, 1995.

PATAUT, Étienne. *Principe de Souveraineté et Conflits de Jurisdictionis* (Étude de Droit International Prive). Paris: L.G.D.J., 1999.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado*. 12 ed. rev. e atual. São Paulo. Saraiva, 2009.

RIGAUX, François. *A lei dos juizes*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RIGAUX, François. *Derecho Internacional Privado. Parte Geral*. Traducción por Alegria Borrás Rodrigues. Madrid. Editorial CIVITAS, 1985.

ROZAS, José Carlos Fernández e LORENZO, Sixto Sánchez. *Derecho Internacional Privado*, Madrid: Civitas, 1999.

SAMPAIO Jr., José Herval. *Processo constitucional – nova concepção de jurisdição*. São Paulo: Método, 2008.

SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras Linhas de direito processual civil*. 18 ed. São Paulo. Saraiva, 1995.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SEROUSSI, Roland. *Introdução ao direito inglês e norte-americano*. Trad. Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo. Landy Editora, 2006.

SILVA NETO, Orlando Celso. *Direito Processual Civil Internacional Brasileiro*. São Paulo: LTr, 2003.

SOARES, Guido. A Competência Internacional do Judiciário Brasileiro e a Questão da Autonomia da Vontade das Partes. *In Direito e Comércio Internacional: Tendências e Perspectivas*. São Paulo: LTr, 1994.

SORIANO, M. Virgos e ALFÉREZ, F. Garciamartin. *Derecho Procesal Civil Internacional*, CIVITAS, Madrid, 2000.

STOCO, Rui. Protocolo de San Luis: responsabilidade civil decorrente de acidentes de trânsito ocorridos nos países integrantes do Mercosul. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 741, jul. 1997.

STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*; parte geral. 2 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais. 198.

TARUFFO, Michele e HAZARD Jr., Geoffrey. *Normas Transnacionais de Processo Civil*. n. 102, São Paulo: Saraiva, 2001.

TENÓRIO, Oscar. *Direito Internacional Privado*. 11ª ed., revista e atualizada por Jacob Dolinger, Freitas Bastos, s/d, v. 2.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2ª ed. rev. e atualizada, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TORNAGHI, Helio. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975, v.1.

VALADÃO, Haroldo. *Estudos de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1947.

VALADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. 5.ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1980. v.1.

VESCOVI, Eduardo. *Derecho Procesal Civil Internacional*. Ed. Idea, Montevidéo, 2000.

WALD, Arnoldo. 'Validade das Convenções sobre Foro de Eleição', in *Estudos e Pareceres de Direito Comercial*, São Paulo, Ed. RT, 1972.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. *Revista de Processo*, n. 172, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999.

ZANETI Jr. Hermes. *Processo Constitucional. O modelo constitucional do Processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris. 2007.

ZANETI Jr. Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. *Revista de Processo*, 116, São Paulo, jul.-ago.2004.