

a evitar a denegação de justiça em seu território.¹⁰⁵ Embora o Brasil tenha assinado a Convenção em 24.05.1984, até o momento não houve a sua ratificação.

Esse princípio está cada vez mais presente nos ordenamentos de tradição romano-germânicos, sempre em caráter extraordinário e subsidiário, havendo pouca margem para discricionariedade do julgador.¹⁰⁶

Porém, como será visto com mais vagar oportunamente, nos Estados de tradição do *common law*, os julgadores possuem larga margem de discricionariedade no exercício de sua própria jurisdição internacional, de maneira que o princípio do *forum necessitatis* se dá posteriormente à aplicação do princípio do *forum non conveniens*,¹⁰⁷ ou seja, após a confirmação do conflito negativo de jurisdições.

Por outro lado, existem situações em que as regras de competência internacional de um Estado são tão amplas que bastam que o réu tenha alguma propriedade (inclusive de coisa móvel) no foro para que surja a jurisdição desse Estado. Esse fenômeno foi metaforicamente chamado na doutrina europeia de “guarda-chuva sueco”,¹⁰⁸ pois seria suficiente a uma parte estrangeira esquecer um guarda-chuva na Suécia para que a Justiça local se considerasse competente para julgar uma ação de cobrança movida contra ele,¹⁰⁹ mesmo que a dívida tivesse sido contraída

¹⁰⁵ “Artículo 2: Se considerará también satisfecho el requisito de la competencia en la esfera internacional si, a criterio del órgano jurisdiccional del Estado Parte donde deba surtir efectos, el órgano jurisdiccional que pronunció la sentencia asumió competencia para evitar denegación de justicia por no existir órgano jurisdiccional competente.”

¹⁰⁶ Inclusive, sobre o tema *denegação da justiça*, o Tratado Bilateral – Acordo de Garantia de Investimentos entre Brasil e EUA, promulgado pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 69, de 1965, prevê em seu artigo 2º o conceito de *denegação de justiça*: “2. Resalva-se que por denegação de justiça, nos termos do art. VI, § 3º, se entende a inexistência de tribunais regulares, ou de vias normais de acesso à justiça; a recusa de julgar, de parte da autoridade competente; o retardamento injustificável da decisão judicial, com violação da lei processual interna.”

¹⁰⁷ CHALLAS, Christelle. *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*. Aix-en-Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 2000. v. 1, p. 129.

¹⁰⁸ SMIT, Hans, The terms jurisdiction and competence in comparative law, cit., p. 166.

¹⁰⁹ Swedish Code of Judicial Procedure, Chapter 10, Section 3: “In disputes concerning
residence in the Realm may be sued where

no exterior e envolvesse um credor também estrangeiro.¹¹⁰ Tal hipótese pode ser considerada um “foro exorbitante” e se afasta da ideia de acesso à Justiça presente no princípio do *forum necessitatis*.

1.4.1.3 Princípio da *plenitudo jurisdictionis*

Este princípio define que o Estado é soberano para definir sua própria jurisdição sobre determinada lide, seja pelo fundamento de suas regras internas ou a partir dos tratados que tenha firmado. Dessa forma, tendo o Estado fixado jurisdição sobre a matéria, aplica-se o princípio da *plenitudo jurisdictionis*, fazendo com que os aspectos processuais e procedimentais sejam regidos exclusivamente pela *lex fori*.

As normas de processo civil, mesmo que relacionadas a elementos estrangeiros, são normas imperativas nacionais, não sendo possível que Estados terceiros interfiram e imponham regras processuais a outros Estados, a não ser nos casos previstos em tratados internacionais.¹¹¹

No século XIII, Balduinus lançou a regra de que o processo devia ser regido pelo *ius fori*, não importando a nacionalidade dos litigantes, enquanto as questões de fundo poderiam ser regidas por regras de outro direito.¹¹²

Pimenta Bueno, em 1863, lembrava que as formalidades da Justiça, as competências, os termos do procedimento, enfim, todas as determi-

property he owns is located. In disputes involving movable property, he may be sued where the property is located.”

¹¹⁰ GINSBURG, Ruth Bader; BRUZELIUS, Anders. *Civil procedure in Sweden*. Haia: Martinus Nijhoff, 1965. p. 160. Os autores são claros: “Because of the extensive reach of the rule, Swedish jurists sometimes refer to it as the ‘umbrella rule’ – the theory being that a non-resident debtor can subject himself to suit in Sweden if he injudiciously leaves an umbrella behind when he departs from Sweden.”

¹¹¹ DÁVALOS FERNÁNDEZ, Rodolfo. El conflicto de jurisdicciones o de competencia judicial internacional. *Revista Cubana de Derecho*, Havana, Unión Nacional de Juristas de Cuba, v. 30, nº 0, p. 62-87, dic. 2007.

¹¹² CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*, cit., v. 1, p. 508. O autor lembra ainda que o artigo 10 das disposições preliminares do Código Civil italiano de 1865 determinava que a “competência e as formas processuais são reguladas pela lei do lugar onde sobrevém a sentença”, servindo de inspiração para o artigo 15 da Lei de Introdução de 1916.

nações *ordinatoriae litis* são regidas pela lei do Estado em que a demanda ou processo seja formado.¹¹³

Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho afirmam “que sempre se entendeu que a cada Estado cabe organizar a sua Justiça, definir a atribuição de seus tribunais, regular a forma e os termos do processo, a execução das respectivas sentenças e os recursos contra as mesmas”.¹¹⁴ Esses autores lembram que o Instituto de Direito Internacional, na sessão de Zurique de 1877, a partir da proposta do jurista holandês Tobias Michael Carel Asser, aprovou regras internacionais para prevenir os conflitos de leis quanto às formas processuais, determinando que os atos ordinatórios da instrução e do processo, desde a citação até a extinção da instância, deviam se submeter à lei do lugar em que corre o litígio.

No Código Bustamante, o princípio foi consagrado em termos explícitos: “Art. 314. A lei de cada Estado contratante determina a competência dos tribunais, assim como sua organização, as formas do processo e de execução das sentenças, e os recursos contra as suas decisões.” O artigo 315 proibiu o funcionamento de tribunais especiais para julgamento de estrangeiros, nacionais de outros Estados signatários daquela convenção. E para assegurar a igualdade de tratamento processual entre nacionais e estrangeiros, o artigo 317 determinou que a competência *ratione materiae* e *ratione personae* não deveriam basear-se, para os súditos dos Estados contratantes, na condição de nacionais ou estrangeiros, em prejuízo destes.

Rineu Strenger dividiu as formas de procedimento em formas ordinatórias e decisórias. As ordinatórias são as formas relativas à marcha do processo, sem que tenham a ver com o fundo do problema (*rectius*: mérito da lide), tais quais os atos processuais e o procedimento. Já as formas decisórias, que resolvem os pontos controvertidos da demanda, devem aplicar a lei que rege a matéria, a partir da aplicação do método

¹¹³ SÃO VICENTE, José Antonio Pimenta Bueno, Marquês de. *Direito Internacional Privado e aplicação de seus princípios com referência às leis particulares do Brasil*, cit., p. 128.

¹¹⁴ ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Do Direito Internacional Privado brasileiro. In: _____. *Tratado de direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos,

de Direito Internacional Privado. Portanto, as formas ordinatórias sujeitam-se sempre à *lex fori*.¹¹⁵

O princípio da *plenitudo jurisdictionis*, enquanto ligado à soberania do Estado, está restrito aos seus limites territoriais, razão pela qual Cintra, Grinover e Dinamarco denominam tal fenômeno como o princípio da aderência ao território.¹¹⁶

Arruda Alvim considerava ser “rigorosamente inócuo” ao Estado nacional pretender disciplinar os problemas atinentes à jurisdição ou competência de outros Estados, posto que essa disciplina e sua efetividade decorrem do pressuposto da soberania.¹¹⁷

Exemplificativamente, quando do não enquadramento de uma lide nas hipóteses previstas de jurisdição internacional de um determinado Estado, este não poderia promover a *remessa* do caso para julgamento para outro Estado, justamente pela afronta que isso significaria à soberania desse último.¹¹⁸ A ação, nessa hipótese, deveria ser julgada extinta.

Por isso, a norma delimitadora da jurisdição é unilateral e exclusiva. A decisão de afastar a jurisdição de seu Estado, entendendo pela jurisdição de outro, implica em usurpação da competência do segundo Estado.¹¹⁹

Assim, a pergunta a ser feita não é “qual a jurisdição competente”, mas “se existe jurisdição do Estado acionado para decidir determinado caso concreto”.¹²⁰

¹¹⁵ STRENGER, Rineu. *Direito processual internacional*. São Paulo: LTR, 2003. p. 29.

¹¹⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria geral do processo*, cit., p. 131.

¹¹⁷ ARRUDA ALVIM, José Manual de. Competência internacional, cit., p. 15.

¹¹⁸ De fato, de acordo com o direito internacional público, o relacionamento entre Estados nacionais não se dá diretamente por meio de seus Poderes Judiciários, a não ser nas hipóteses de terem sido celebrados acordos de cooperação jurídica internacional que prevejam tal intercâmbio, como são os tratados do Mercosul ou da União Europeia. Caso contrário, o Estado nacional é tido como um ente unitário, representado internamente pelo seu órgão de relações exteriores (MELLO, Celso D. Albuquerque de. *Direito internacional público*. 15. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1, p. 138).

¹¹⁹ CORREIA, Antônio de Arruda Ferrer. Reflexões sobre competência internacional indífera. In: _____. *Estudos vários de direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1982. p. 194.

¹²⁰ JATAHY, Vera Maria Barreira. Do conflito de jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira, cit., p. 25.

Este princípio é importante quando se analisa o instituto da *anti-suit injunction*, oriundo do *common law*, e que visa a promover tutelas inibitórias contra uma das partes, com o propósito de que esta deixe de promover ou desista da promoção de medidas no estrangeiro, sob o argumento de que a jurisdição do foro seria a única competente. Esse instituto, manifestamente violador do princípio da *plenitudo jurisdictionis*, será abordado com mais vagar oportunamente.

1.4.1.4 Princípio da *committas gentium*

Trata-se de um princípio de direito que visa a regular as regras de jurisdição internacional pelo reconhecimento de sentenças estrangeiras, o respeito às imunidades diplomáticas e à cooperação jurídica internacional.

O exercício da jurisdição internacional pelo Estado, no dizer de José Carlos de Magalhães, deve atender às aspirações da comunidade internacional.¹²¹

O dever de cooperação entre os Estados está no próprio artigo I da Carta das Nações Unidas e, no Brasil, situa-se no artigo 4º, inciso IX, da Constituição Federal. O NCCPC trouxe no capítulo II diversas disposições sobre a cooperação jurídica internacional (arts. 26 a 41), incorporando inclusive as disposições relativas à homologação de sentença estrangeira, antes dispostas na Resolução nº 9 do STJ.

No âmbito europeu, o sistema de cooperação judicial é bastante desenvolvido. Antes do Tratado de Maastricht conceber o espaço judiciário europeu, a Convenção de Bruxelas, de 24 de setembro de 1968, denominada “Bruxelas I”, já tratava da competência judiciária e da execução de decisões em matéria civil e comercial, entre os seis Estados fundadores da Comunidade Econômica Europeia. Essa Convenção sofreu modificações por quatro convenções de adesão, por conta da entrada de novos Estados-membros na Comunidade.¹²²

¹²¹ MAGALHÃES, José Carlos de. Fatores de limitação da jurisdição do Estado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, nº 767, p. 52, set. 1999.

¹²² A primeira delas foi a Convenção de 9 de outubro de 1978, relativa à adesão da Dinamarca, da Irlanda e do Reino Unido; a segunda foi a Convenção de 25 de outubro de 1982, relativa à adesão da Grécia; a terceira foi a Convenção de 26 de maio de 1989, assinada em San Sebastian, relativa à adesão de Espanha e de Portugal; e a última foi a

Posteriormente, a Convenção de Lugano, de 16 de setembro de 1988, foi celebrada com o propósito de promover a extensão dos princípios consagrados na Convenção de Bruxelas aos Estados que ainda não faziam parte da União Europeia.¹²³

Como consequência dos objetivos previstos tanto no Tratado de Amsterdã de 1999 como no Tratado de Lisboa de 2007, os instrumentos voltados à cooperação judiciária em matéria civil e comercial, que antes eram disciplinados pelas convenções, passaram a ser regidos pelos regulamentos e diretivas.¹²⁴

Assim, com o Regulamento (CE) 44/2001, deu-se a transformação e o aperfeiçoamento da Convenção de Bruxelas de 1968, porém mantendo a denominação “Bruxelas I”. Com a entrada em vigor do Regulamento (CE) 44/2001, a Convenção de Bruxelas de 1968 apenas continuou a ser aplicada ao Reino da Dinamarca, por força do protocolo relativo à posição desse Estado, anexo ao tratado de adesão respectivo e ao tratado que instituiu a União Europeia (arts. 1º e 2º), mas apenas até 2007, porque, a partir daquele ano, a Dinamarca também se submeteu ao Regulamento (CE) 44/2001.¹²⁵

Posteriormente, o Regulamento (CE) 1.215/2012 substituiu o Regulamento (CE) 44/2001, mantendo basicamente as mesmas regras que vinham vigorando desde o estabelecimento do denominado Regime de Bruxelas de 1968 (também denominado Regime de Bruxelas-Lugano).

Convenção de 29 de novembro de 1996, relativa à adesão da Áustria, Finlândia e Suécia. A Convenção de Bruxelas foi ainda completada pelo protocolo relativo à interpretação pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 30 de junho de 1971, cujo texto sofreu alterações com as convenções de adesão de novos Estados, nomeadamente em 1978, 1982, 1989 e 1996. A íntegra dos textos mencionados, como dos demais mencionados neste artigo, está disponível em: <<http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-civil-comercial/uniao-europeia.html>>. Acesso em: 27 out. 2013.

¹²³ Mas que faziam parte da Associação Europeia de Livre Comércio. Atualmente, essa associação é constituída unicamente pela Islândia, Noruega e Suíça. Em 2007, essa convenção foi substituída pela Nova Convenção de Lugano ou Lugano II.

¹²⁴ RAMOS, Rui Manuel Gens de Moura. Previsão normativa e modelação judicial nas convenções comunitárias relativas ao Direito Internacional Privado. In: _____. *Estudos de Direito Internacional Privado e de direito processual civil internacional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 211.

¹²⁵ Decisão do Conselho 2005/790/CE, de 20 de setembro de 2005.

No âmbito do Mercosul, embora de maneira ainda inicial, vêm se desenvolvendo instrumentos de processo civil internacional em comum, a partir de uma série de acordos, sendo que um dos objetivos do Tratado de Assunção, em seu artigo 1º, foi o compromisso dos Estados-partes de harmonizar suas legislações, visando ao fortalecimento do processo de integração regional. Dentre os acordos já celebrados, estão: o Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Contratual, de 1994; a Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias, de 1975; a Convenção Interamericana sobre Prova e Informação acerca do Direito Estrangeiro, de 1979; o Protocolo de Medidas Cauteles (Protocolo de Ouro Preto), de 1994; a Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros, de 1979; e o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista, Administrativa (Protocolo de Las Leñas), de 1996.

Os acordos internacionais firmados sob a égide do princípio do *committas gentium* muitas vezes têm propiciado uma utilização abusiva do *forum shopping*, justamente como um efeito colateral da facilitação dos processos transnacionais. Isso será analisado quando do exame dos *torpedos italianos*, inicialmente com relação ao Regime de Bruxelas, e potencialmente com o Protocolo de Las Leñas.

1.4.1.5 Princípio da autonomia da vontade

A escolha do juízo por convenção particular entre contratantes é plenamente factível no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da cláusula denominada “eleição de foro”.

Consideradas as hipóteses de competência relativa da Justiça brasileira, previstas nos artigos 21 e 22 do NCPG, são todas elas derogáveis por livre convenção das partes.

Morelli propôs que a validade dessa espécie de convenção se baseia exclusivamente nesse critério, ou seja, excluindo-se os casos de competência absoluta (determináveis em cada Estado), as demais hipóteses seriam passíveis de convenção.¹²⁶

¹²⁶ MORELLI, Gaetano. *Trattato di diritto internazionale*. Padova: CEDAM, 1938. v. 7, p. 198.

Segundo Moacyr Amaral Santos, desde os antigos romanos se previa o *forum contractus* como uma possibilidade de delimitação da competência, ao lado do *forum domicilii*.¹²⁷

No Brasil, a questão é bastante polêmica com relação ao direito material,¹²⁸ isto é, a possibilidade de as partes escolherem consensualmente o direito aplicado à controvérsia posta perante as cortes brasileiras. Com relação à eleição de foro, o NCPG, no artigo 22, III, expressamente admitiu a eleição de foro brasileiro para julgamento de demandas internacionais. E o artigo 25 determina o não conhecimento de demandas propostas no Brasil, oriundas de contrato com eleição de foro estrangeiro.¹²⁹

Quanto à escolha do direito material, as controvérsias são vividas. Embora Dolinger e Haroldo Valladão tenham demonstrado em inúmeras ocasiões que nosso direito manteve a autonomia da vontade no campo da lei aplicável às obrigações contratuais, ainda há forte resistência na doutrina à autonomia da vontade na escolha da lei aplicável.¹³⁰

¹²⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 1, p. 206. Segundo o autor, o instituto da eleição de foro tomou grande impulso na Idade Média, como decorrência do desenvolvimento do comércio.

¹²⁸ Quanto às regras de direito material, a aplicação do direito estrangeiro pelas cortes brasileiras não depende de ser invocada por uma das partes, na medida que as regras de Direito Internacional Privado contidas na LINDB são imperativas: “A lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos da família” (art. 7º); “para qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes aplicar-se-á a lei do país em que estiverem situados” (art. 8º); “para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem” (art. 9º); “a sucessão por morte ou por ausência obedece à lei do país em que se constituírem” (art. 10); “quando, nos termos dos artigos procedentes, se houver de aplicar a lei estrangeira, ter-se-á em vista a disposição desta sem considerar-se qualquer remissão por ela feita a outra lei” (art. 16).

¹²⁹ Gustavo Monaco lembra que as partes podiam transcrever a lei material estrangeira no contrato, ou mesmo prever a aplicação da lei estrangeira quando tiverem escolhido a arbitragem como forma de resolução das futuras controvérsias, como duas modalidades de se efetivar a autonomia da vontade na escolha da lei aplicável. (MONACO, Gustavo Ferraz de Campos, *Le droit applicable par la Cour: une question de droit international public ou de droit international privé harmonisé?*, cit.).

¹³⁰ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: contratos e obrigações no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 456. Valladão é contundente nesse sentido: “Insistiremos mais uma vez no princípio da autonomia da vontade,

Diversos tratados internacionais têm sido celebrados no sentido de reconhecer a autonomia da vontade na escolha da lei aplicável, tais como a Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, a Convenção de Haia sobre os Contratos de Compra e Venda de 1980, a Convenção de Haia sobre os Contratos de Venda Internacional de Mercadorias (CISG), de 1980, a Convenção de Haia Internacional de Mercadorias (CIDIP V), de 1994. Tendo o Brasil ratificado Contratos Internacionais (CIDIP V), de 1994. Tendo o Brasil ratificado a CISG (em 2013), há que se admitir que a escolha da lei aplicável nos contratos internacionais está reconhecida no ordenamento brasileiro, ao menos no que diz respeito à compra e venda internacional de mercadorias entre os países signatários dessa convenção.

Até o advento do Novo Código de Processo Civil, promulgado em 16 de março de 2015 e em *vacatio legis* por um ano, a possibilidade de escolha de foro pelos contratantes sempre gerou muita incerteza, diante da jurisprudência vacilante dos tribunais brasileiros.

Em síntese, discutia-se a possibilidade de se conferir eficácia à eleição de um foro estrangeiro quando o Judiciário brasileiro também era competente para julgar a causa, nas hipóteses de competência concorrente do artigo 88 do CPC. A questão era saber se a vontade das partes poderia afastar a jurisdição brasileira quando tivessem escolhido um tribunal estrangeiro para, com exclusividade, apreciar a disputa.

De um modo geral, a doutrina se posicionou a favor da liberdade de escolha das partes quanto à eleição de um tribunal estrangeiro, nas hipóteses de competência concorrente da Justiça brasileira.¹³¹

¹³¹ para não dizer, simplisiticamente, que apesar de secular vigência no direito brasileiro já estava prevista no Reg. 737 de 1850, em Freitas, Esboço, art. 32, e todos os Projetos e na Introdução, art. 8º, *fine* e 13) teria desaparecido porque a ele não se referia, categoricamente, o art. 9º, *caput*, da Lei de Introdução" (VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983. v. 1, p. 185). No mesmo sentido: STRENGER, Iineu, *Autonomia da vontade em Direito Internacional Privado*, cit. Em sentido contrário: CASTRO, Amílcar de, *Direito Internacional Privado*, cit., v. 1, p. 444.

¹³² ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 4. ed., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 223; TIBURCIO, Carmen. A eleição de foro estrangeiro e o judiciário brasileiro. *Revista de Direito de Estado*, nº 12, p. 379, out./dez. 2008; e CARNEIRO, Athos Gusmão, *Jurisdição e competência: exposição doutrinária*. Área do direito processual civil, cit., p. 50.

Na União Europeia, o Regulamento (EU) 1.215/2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, em seu artigo 25, deu plena liberdade às partes para que escolhessem de comum acordo o tribunal competente para apreciar suas demandas, desde que não se trate das hipóteses de competência exclusiva de algum outro tribunal. Do mesmo modo, no âmbito do Mercosul, o Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdição internacional em matéria contratual, em seu artigo 4º, reconheceu às partes o mesmo direito.¹³²

A jurisprudência brasileira, ao contrário, titubeou no reconhecimento da autonomia da vontade na eleição de foro em contratos internacionais.

Em 2011, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no EDEDREsp nº 1.1597.896/PE, entendeu que "a cláusula de eleição de foro não afasta a competência internacional concorrente da autoridade brasileira, nas hipóteses em que a obrigação deva ser cumprida no Brasil (art. 88, II, do CPC)". No mesmo ano, a 4ª Turma do mesmo tribunal, no REsp nº 1.168.547/RJ, considerou que: "[...] a cláusula de eleição de foro existente em contrato de prestação de serviços no exterior, portanto, não afasta a jurisdição brasileira". Um curioso voto vista proferido nesse acórdão afirmou que

tem competência concorrente a Justiça Brasileira para julgar ação de indenização por uso indevido de imagem na hipótese em que brasileira alega que empresa espanhola, após o término de contrato temporário celebrado fora do Brasil para realização de shows no exterior, divulgou fotos suas sem prévia autorização em site da Espanha, e ainda que o contrato tenha previsto este país como o foro de eleição para eventual controvérsia entre as partes, pois o direito fundamental à dignidade da pessoa humana, que inclui o direito à imagem, prevalece sobre qualquer outro direito, e porque a autora reside no Brasil, aplicando-se o artigo 88 do CPC.

Em sentido contrário, em 2010, a 3ª Turma desse mesmo tribunal, no REsp nº 1.177.915/RJ, entendeu que "a eleição de foro estrangeiro é

¹³² Interessante notar que o artigo 1º desse Protocolo, alínea "b", *in fine*, coloca uma condição que em princípio poderia limitar a validade da cláusula de eleição de foro: "e [desde que] exista uma conexão razoável segundo as normas de jurisdição deste Protocolo". Possivelmente essa asserção relaciona-se ao princípio do jurisdição exorbitante.

válida, exceto quando a lide envolver interesses públicos”, citando o precedente de 2005 daquela Turma (REsp nº 242.383/SP).

A posição conflituosa da jurisprudência do STJ tornou-se ainda mais decrépita, na medida que a Lei de Arbitragem, em vigor no Brasil desde 1996, foi reconhecida como constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em sua integralidade. Dessa forma, podiam as partes escolher a lei e a corte arbitral que desejassem, mas não o foro estrangeiro. Essa posição foi classificada por Carmen Tiburcio como “incoerente”¹³³, e por Paulo Casella como “curiosa”.¹³⁴

Em boa hora, portanto, os artigos 22, III, e 25, do NCCP.¹³⁵

1.4.2 Princípios negativos de incidência e reconhecimento da jurisdição internacional

1.4.2.1 Princípio da imunidade de jurisdição

Este princípio afasta a jurisdição de um determinado Estado em razão da qualidade do réu. Sendo os Estados iguais entre si, não haveria como um julgar o outro sem que violassem reciprocamente suas respectivas soberanias. Consequentemente, o chefe de Estado detém imunidade, na medida que representa seu Estado, assim como sua equipe de diplomatas, embaixadores e demais integrantes do aparato estatal.¹³⁶

O princípio decorre do antigo adágio medieval *par in parem non habet imperium*, invocado por senhores feudais e adaptado no século XVIII aos

¹³³ TIBURCIO, Carmen, A eleição de foro estrangeiro e o judiciário brasileiro, cit., p. 383.

¹³⁴ CASELLA, Paulo Borba. Autonomia da vontade, arbitragem comercial internacional e direito brasileiro. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luis Roberto. *O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 743.

¹³⁵ Como dito por Gustavo Monaco, ao não reconhecer expressamente a validade da cláusula de eleição de foro estrangeiro, o CPC de 1973 criou o risco de ocorrência de julgamentos contraditórios, pela possibilidade de ocorrer a lispendência internacional (MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Le droit applicable par la Cour: une question de droit international public ou de droit international privé harmonisé?*, cit.).

¹³⁶ SOARES, Guido Fernando Silva. *Das imunidades de jurisdição e de execução*. Rio de Janeiro: Elsevier, 1984. p. 41.

novos Estados soberanos, já pela regra atualizada *par in par non habet iudicium*.¹³⁷

A extensão atribuída à imunidade se reduz a uma alternativa simples: ou será afirmada como absoluta, excluindo-se qualquer intervenção do juiz ou da autoridade administrativa de um Estado, em qualquer controvérsia, ou será relativa, comportando exclusões, com a necessidade de se determinar o conteúdo e a extensão dessas exclusões.

No Brasil, a partir do julgamento da AC nº 9.696-3/SP (caso “Genny”), o STF passou a restringir a imunidade de Estados estrangeiros para casos que não sejam negociais, mantida a imunidade nos atos de império. Assim, em casos de dívidas trabalhistas, por exemplo, ou condominiais, não haveria imunidade.

O STF, no AGRRE nº 222.368-4, decidiu que o privilégio resultante da imunidade não inibiria a Justiça brasileira de exercer jurisdição nos processos de conhecimento instaurados contra Estados estrangeiros, mesmo nos casos de atos de *imperium*, não cabendo, porém, o cumprimento das sentenças contra esses mesmos Estados no Brasil. Isso abriria a hipótese de remessa da coisa julgada para execução no território estrangeiro, com a homologação da sentença brasileira alhures.

Seria uma hipótese de exceção ao princípio da imunidade de jurisdição, pela possível submissão voluntária do Estado-réu. Tanto no caso Agr RE nº 222.368-4 mencionado acima, que envolve o pedido de condenação dos Estados Unidos ao pagamento da recompensa de US\$ 25 milhões pela suposta indicação do esconderijo de Saddam Hussein por um vidente brasileiro, como no caso do RO nº 64/SP (STJ), em que um francês naturalizado brasileiro propôs uma ação de indenização contra a Alemanha, por danos infringidos a ele pelo regime nacional-socialista em solo francês, abriu-se a possibilidade de os Estados estrangeiros – voluntariamente – submeterem-se à jurisdição brasileira. É o chamado princípio da submissão, claramente uma exceção ao princípio da imunidade.

Como ficou consignado no RO nº 64/SP, em 2008:

¹³⁷ ACCIOLY Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. 19. ed. *Manual de direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 378.

[...] a imunidade de jurisdição não representa uma regra que automaticamente deva ser aplicada aos processos judiciais movidos contra um Estado Estrangeiro. Trata-se de um direito que pode, ou não, ser exercido por esse Estado. Assim, não há motivos para que, de plano, seja extinta a presente ação. Justifica-se a citação do Estado Estrangeiro para que, querendo, alegue seu interesse de não se submeter à jurisdição brasileira, demonstrando se tratar, a hipótese, de prática de atos de império que autorizariam a invocação desse princípio.

É interessante mencionar que, no passado, houve um intenso debate no STF sobre a possibilidade de uma parte brasileira afastar a homologação de sentença estrangeira proferida contra si, baseada no fato de que ela não teria “aceitado” a jurisdição alienígena, justamente pelo princípio da submissão.

Esse debate se deu na SEC nº 4.415-5/EUA, em que a empresa mineradora peruana Minpeco S/A requereu a homologação de uma sentença estrangeira oriunda dos Estados Unidos, em que obteve a condenação do empresário Nají Robert Nahas ao pagamento de mais de US\$ 300 milhões, por suposta manipulação do mercado internacional da prata. A controvérsia cingiu-se à competência jurisdicional dos Estados Unidos, pelo fato de o réu Nají Nahas ter domicílio no Brasil e haver expressamente recusado a jurisdição estrangeira¹³⁸ perante o corte americana. Em outras palavras, a defesa de Nají Hahas invocou o princípio da imunidade de jurisdição, pelo fato de expressamente ter-se recusado a se submeter a uma corte alienígena.

Nají Nahas baseou-se no precedente da SE nº 2.114/EUA, julgada pelo plenário do STF, em que se aplicou o princípio da submissão de maneira ampla: entendeu a corte constitucional, naquela oportunidade, que somente seriam homologadas sentenças estrangeiras, desde que a parte brasileira tivesse voluntariamente se submetida à jurisdição estrangeira. Via de consequência, bastaria a manifestação da parte brasileira de que não aceitava a jurisdição estrangeira quando de sua defesa no exterior, que a futura sentença não seria homologada no Brasil. Essa

posição acabou sendo revista na SEC nº 4.415-5/EUA, e confirmou-se a homologação da sentença condenatória proferida nos Estados Unidos contra Nají Nahas, não mais havendo o que se falar em submissão voluntária como uma das formas de se excluir a eficácia da jurisdição internacional no Brasil.

1.4.2.2 Princípio da efetividade

Segundo Athos Gusmão Carneiro, o exercício da jurisdição encontra limites no princípio da *efetividade*, ou seja, o juiz brasileiro somente deveria atuar naquelas causas em que houvesse possibilidade de se tornar efetiva (fazer-se cumprir) sua sentença.¹³⁹

Vera Jatahy vai no mesmo sentido, definindo o princípio da efetividade pelo aspecto negativo, na medida que o Estado deve abster-se de julgar a demanda, caso a sentença que vier a produzir não tenha como ser reconhecida onde deveria produzir seus efeitos. Assim, segundo a autora, o fundamento do princípio encontra-se na inutilidade de um julgamento prolatado em tais circunstâncias.¹⁴⁰

No HC nº 102.041/SP, proposto por Boris Berezovsky perante o STF, foi requerida uma tutela inibitória contra a missão diplomática da Federação Russa no Brasil, para que ela fosse impedida de entregar ao Ministério Público russo (“Prokuratura”) peças e elementos probatórios que tinham sido retirados do paciente. E caso a embaixada russa tivesse remetido o material para a “Prokuratura”, requereu Boris Berezovsky que o material fosse devolvido à Embaixada russa no Brasil, devendo lá permanecer. O STF denegou a ordem, dentre outras razões, pelo princípio da efetividade: eventual tutela não seria *exequível* contra o corpo consular russo. Porém, pela natureza do pedido, o fator impeditivo parece ter sido o princípio da imunidade de jurisdição, como visto anteriormente, e não o princípio da efetividade. A consideração de que a busca dos *hardwares* de Berezovsky pudesse ser considerada, à luz do

138

Outro ponto curioso do recurso, que não guarda relação com o presente trabalho, foi a alegação de que a sentença cível estrangeira violava a ordem pública brasileira, por ausência de motivação, na medida que fora ela proferida por um júri cível. O STF não atendeu o pleito, considerando se tratar de matéria de fundo.

¹³⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão, *Jurisdição e competência*: exposição didática, área do direito processual civil, cit., p. 65.

¹⁴⁰ JATAHY, Vera Maria Barrera, *Do conflito de jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira*, cit., p. 38. Trata-se de uma interpretação *a contrario sensu* dos artigos 89 do CPC de 1973 e 23 do NCCP.

direito brasileiro, ilegal, poderia em tese anular eventual prova contra o paciente no âmbito da Federação Russa, pelo princípio dos frutos da árvore envenenada, fato esse não enfrentado pela corte brasileira.

Segundo José Ignácio Botelho de Mesquita, o princípio da efetividade atua para definir as hipóteses em que, a despeito de estar a causa incluída no rol que admite a competência concorrente da Justiça brasileira, a autoridade judiciária deverá se declarar internacionalmente incompetente para dela conhecer. Isso ocorre porque à soberania nacional somente interessam: (a) as causas cuja decisão demande a aplicação do direito material do foro, independentemente do Estado onde se devam produzir os efeitos da sentença; (b) as causas cujas sentenças devam produzir efeitos no foro, independentemente da nacionalidade do direito aplicável na sua decisão; e (c) os processos de execução de sentença ou títulos executivos extrajudiciais que demandem a prática de atos executórios sobre pessoas ou bens que, por estarem no foro, se acham submetidos ao ordenamento jurídico nacional.¹⁴¹

O princípio da efetividade, dentro do contexto da jurisdição internacional, parece estar ligado à própria condição da ação: o interesse de agir em um litúgio envolvendo parte ou partes estrangeiras.

O interesse de agir relaciona-se à utilidade do provimento jurisdicional, indicada pela necessidade e adequação, aliada à existência de uma pretensão objetivamente razoável, que possa trazer proveito do fato de se propor ou contestar uma ação, assegurando-se ou restabelecendo-se uma relação jurídica.

Em tempos em que se busca dar maior efetividade ao processo, enfatizando sua instrumentalidade, deve-se evitar e impedir que o processo inviável exista.

Nas palavras de José Roberto dos Santos Bedaque, a eficácia do sistema processual é medida em função de sua utilidade para o ordenamento jurídico material e para a pacificação social. Não interessa, portanto, uma ciência processual conceitualmente perfeita, mas que não consiga

atingir os resultados a que se propõe. “Menos tecnicismo e mais justiça, é o que se pretende”.¹⁴²

Dessa forma, numa situação em que a futura sentença tenha que ser executada no estrangeiro, cabe perguntar se ela será passível de lá ser executada, já no momento da própria propositura da ação.

Como exemplo, as sentenças condenatórias inglesas baseadas em leis antidifamatórias (*libel tourism*) deixaram de ser reconhecidas em Nova York, por supostamente violarem a 1^ª Emenda à Constituição Americana (*right to free speech*).¹⁴³ Esse assunto será retomado oportunamente.

Outro exemplo é a recusa dos tribunais alemães em reconhecer as sentenças cíveis condenatórias americanas baseadas na doutrina dos danos punitivos (*punitive damages*), posto que tal doutrina viola a ordem pública alemã.¹⁴⁴

Ambas as demandas poderiam ser indeferidas na origem, isto é, na Inglaterra ou nos Estados Unidos, na medida em que o princípio da efetividade se apresenta consolidado respectivamente na jurisprudência nova-iorquina (*libel tourism*) e alemã (*punitive damages*). Isso porque uma eventual ação de indenização proposta na Inglaterra, e baseada no *libel tourism*, cuja execução tivesse que se dar em Nova York, poderia ser julgada extinta na Inglaterra, posto que a sentença não seria reconhecida em Nova York. Do mesmo modo, uma ação de indenização proposta nos Estados Unidos, baseada no pedido de *punitive damages*, e cuja futura execução tenha que ser proposta na Alemanha, seria igualmente inútil. Pelo princípio da efetividade, as ações poderiam ser julgadas extintas prematuramente, já que ausente o interesse de agir do demandante.

O princípio da efetividade parece ser uma importante válvula de controle de processos transnacionais, evitando-se eventuais dilações

¹⁴² BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*, cit., p. 16.

¹⁴³ STAVELEY-O'CARROLL, Sarah. Libel tourism laws: spoiling the holiday ad saving the First Amendment? *New York University Journal of Law & Liberty*, v. 4, n.º 3, p. 252-264, Feb. 2009.

¹⁴⁴ BEHR, Volker. Punitive damages in America and German Law: tendencies towards approximation of apparently irreconcilable concepts. *Chicago-Kent Law Review*, Chicago, v. 78, n.º 1, p. 107. Jan. 2003.

¹⁴¹ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Da competência internacional e dos princípios que a informam. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 13, n.º 50, n. 51, abr./jun. 1988.

indevidas, embora não pareça haver um controle tão sistematizado de sua incidência na tradição brasileira.

Com grande repercussão no *common law*, este princípio costuma servir como base da doutrina do *forum non conveniens*, como será tratado oportunamente.

1.4.2.3 Princípio da jurisdição exorbitante

Trata-se de um princípio controvertido, derivado do *common law*. Basicamente, a doutrina internacional considera *razoável* que um foro aprecie uma lide, na hipótese em que o caso analisado apresente uma vinculação *suficiente* com o Estado a que pertençam os tribunais vinculados ao julgamento. Por tanto, em sentido oposto, os foros exorbitantes seriam aqueles que se caracterizaram por acumular um grande volume de jurisdição internacional, com o propósito de beneficiar *exageradamente* seus nacionais.¹⁴⁵

No âmbito interno dos Estados Unidos, cada um de seus entes federativos tem a prerrogativa de reconhecer as sentenças estrangeiras que lhe sejam apresentadas, havendo entre todos eles um consenso quanto ao não reconhecimento, quando a sentença estrangeira tenha sido obtida em “*unreasonable jurisdictional basis*”, isto é, em jurisdição exorbitante.¹⁴⁶

A razoabilidade de um foro, segundo a tradição do *common law*, é aferida pela *proximidade* ou *conexão substancial* da causa com o respectivo foro. Significa que para o desiderato de determinar se um tribunal possui jurisdição sobre a matéria, deve-se verificar a existência de um mínimo de contato *razoável* entre o caso analisado e a sede do tribunal. Assim,

¹⁴⁵ GUERRA, Marcel Vitor de Magalhães; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. Processo civil transnacional: a caminho de uma sistematização dos princípios de competência internacional: reflexos de um novo paradigma axiológico face à crise metodológica positivista. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPED: as dimensões da personalidade na contemporaneidade, 18., 2009, Maringá, PR. Anais... Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 4797-4816.

¹⁴⁶ VON MEHREN, Arthur Taylor. Recognition and enforcement of foreign judgments: a new approach for the Hague Conference? *Law and Contemporary Problems*, Durham, NC, v. 57, nº 3, p. 272, Summer 1994.

apresentam eles um elemento de proximidade e neutralidade genérica que não aparece nas jurisdições tidas como exorbitantes.¹⁴⁷

Tal controle permite ao tribunal rechaçar jurisdições consideradas abusivas ou exorbitantes.

Muito embora tais definições pareçam, à primeira vista, subjetivas em demasia, é forçoso reconhecer que algumas regras de jurisdição internacional possam de fato proteger uma das partes exageradamente, muito embora não violem as regras de competência do Estado em que se pretenderá fazer uso da sentença ali obtida.

Especificamente no caso brasileiro, as regras dos artigos 22 e 23 do NCCPC preveem, sem qualquer limitação, a homologação de sentenças estrangeiras nas situações ali previstas. No âmbito do direito internacional público, no caso Lótus, a Corte Internacional de Justiça reconheceu em 1927 que o Estado tem a plena prerrogativa de definir sua própria competência, sem limitações,¹⁴⁸ decisão merecedora de diversas críticas.¹⁴⁹

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, parece necessário que exista uma genuína e substancial conexão entre o caso e o tribunal.

Embora essa discussão tenha por base a doutrina do *forum non conveniens*, em que há grande discricionariedade do julgador em não conhecer de demandas com elementos internacionais, é possível que o princípio do fórum exorbitante possa ser aplicado pelo julgador como uma razão válida para não se homologar uma sentença estrangeira.

Doutrinadores oriundos da tradição do *common law* têm apontado como principais critérios definidores de um fórum exorbitante: (1) a

¹⁴⁷ RUSSELL, Kathryn A. Exorbitant jurisdiction and enforcement of judgments: the Brussels system as an impetus for the United States action. *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, v. 19, p. 2, Spring, 1993.

¹⁴⁸ Corte Internacional de Justiça, Série A, nº 10, de 1927.

¹⁴⁹ HANDEYSIDE, Hugh. The lotus principle in [CJ] jurisprudence: was the ship ever afloat? *Michigan Journal of International Law*, Ann Arbor, Mich., University of Michigan Law School, v. 29, nº 1, p. 71-94, Fall 2007.

nacionalidade; (2) a existência de bens do demandado no território do foro; e (3) a existência de “negócios” do demandado no foro.¹⁵⁰

*A competência internacional baseada exclusivamente na nacionalidade, sem levar em conta o domicílio das partes, pode ser encontrada no artigo 14 do Código Civil francês.*¹⁵¹ Esse artigo permite aos cidadãos franceses a possibilidade de ingressar nas cortes nacionais mesmo quando a lide não tenha qualquer relação com a França e as partes nunca tenham sequer pisado em solo francês.

Assim, um francês pode processar um brasileiro em Paris por conta de uma agressão sofrida na cidade do Rio de Janeiro ou em Ulan Bator, na Mongólia. E o artigo 15 do Código Civil francês define tal competência como “exclusiva”, fazendo com que eventuais sentenças condenatórias proferidas em jurisdições outras que não a França não sejam passíveis de serem homologadas, por conta de tal competência exclusiva.¹⁵²

A competência internacional baseada na existência de bens do demandado no foro, além da Suécia (já mencionado como o “guarda-chuva sueco”), também é encontrada na Alemanha. O Código de Processo Civil alemão, em seu artigo 23, prevê que os tribunais alemães terão competência

¹⁵⁰ CLERMONT, Kevin M.; PALMER, John R. B. Exorbitant jurisdiction. *Maine Law Review*, v. 58, nº 2, p. 474-505, 2006; DEKKER, Bart. Exorbitant jurisdiction: law as an off-track 4by4. *Comparative Civil Procedural Law Paper*, v. 2, p. 2, 2013; e MOSS, Giuditta Cordero. Between private and public international law: exorbitant jurisdiction as illustrated by the Yukos Case. *Review of Central and East European Law*, Dordrecht; Boston: Martinus Nijhoff Publishers, v. 32, p. 11, 2007.

¹⁵¹ “Article 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.”

¹⁵² “Article 15. Un Français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger”. Esse dispositivo foi interpretado em 2006 pela Cour de Cassation como uma hipótese de competência concorrente (e não obrigatória) da Justiça francesa, a não ser na hipótese de que a escolha do tribunal estrangeiro tenha se dado por fraude à lei (*Bull.*, 2006, I, nº 254, pourvoi nº 04-12.777, *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2006, p. 463. Fiche Pédagogique Virtuelle, Seance nº 10, les articles 14 et 15 du Code Civil, 10/12/2006, Faculté de Droit de Lyon. Disponível em: <http://www.facedroit-lyon3.com>. Acesso em: 21 jun. 2015.

internacional sobre qualquer réu que possua ativos na Alemanha, independentemente de seus valores.¹⁵³

Como no caso francês, o critério definidor da competência internacional alemã não leva em conta o domicílio de quaisquer das partes, ou a existência de vinculação entre a relação jurídica tratada na demanda e o território alemão. Assim, em tese, um brasileiro que tenha esquecido o território alemão ou um pandeiro em Düsseldorf durante uma conexão de voo poderá ser demandado nos tribunais alemães, por conta de um acidente de carro ocorrido em Osasco.

No âmbito do direito empresarial, sendo factível que qualquer grande empresa transnacional detenha algum ativo na Alemanha, as cortes alemãs possuem uma verdadeira jurisdição universal.

O NCPC, no artigo 22, inciso I, alínea “b”, prevê a competência das cortes brasileiras para processar e julgar ações de alimentos, nos casos em que “o réu mantiver vínculos no Brasil, tais como posse ou propriedade de bens, recebimento de renda ou obtenção de benefícios econômicos”. A locução “tais como”, prevista na alínea “b” do referido artigo, leva à ideia de que a existência de quaisquer bens (sejam eles móveis ou imóveis, corpóreos ou incorpóreos, divisíveis ou indivisíveis etc.) promove a competência da Justiça brasileira para cobrança de alimentos contra o réu. Parece ser o caso de um critério de competência “guarda-chuva”, seguindo a mesma disposição contida no artigo 8º da Convenção Interamericana sobre Obrigações Alimentares, em vigor no Brasil desde 1989.¹⁵⁴

¹⁵³ “Section 23. Specific jurisdiction of assets and of an object. For complainants under property law brought against a person who has no place of residence in Germany, that court shall be competent in the jurisdiction of which assets belonging to that person are located, or in the jurisdiction of which the object being laid claim to under the action is located. Where claims are concerned, the debtor’s place of residence and, in cases in which an object is liable for the claims as collateral, the place at which the object is located shall be deemed to be the location at which the assets are located.”

¹⁵⁴ Sem dúvida, a existência de bens do devedor de alimentos no foro é um critério que facilita a efetividade o provimento jurisdicional. A Convenção de Nova York sobre Prestação de Alimentos no Estrangeiro, em vigor no Brasil desde 1958, previa apenas o domicílio do demandante ou do demandado como hipóteses de jurisdição internacional. Curiosa é a situação dos alimentos civis (que servem à manutenção do mesmo padrão de vida que desfrutava o alimentado em momento anterior), reconhecidos pelo

Por fim, a *competência internacional baseada na existência de “negócios” do demandado no foro*, sem que tais negócios tenham qualquer relação com a demanda, é encontrada em certos Estados federativos dos Estados Unidos, em regras denominadas “*long arm statutes*”. A partir dessas regras, tais Estados exercem a jurisdição internacional sobre demandas em que o réu tenha qualquer atividade econômica no foro, mesmo que tais atividades não tenham qualquer relação com a causa.¹⁵⁵

No caso *Bryant v. Finnish National Airlines*, bastante citado pela doutrina americana, um autor nova-iorquino propôs uma ação condenatória contra a companhia aérea finlandesa em Nova York, baseado em prejuízos sofridos em Paris, pelo fato de a companhia possuir uma sala comercial e meia em Nova York, onde alguns funcionários se ocupavam de tarefas de publicidade. Até então, nunca houvera antes qualquer voo daquela companhia aérea para os Estados Unidos.¹⁵⁶

direito brasileiro, em detrimento dos alimentos naturais (que servem à subsistência do alimentado): a eventual sentença brasileira que condenar o alimentante ao pagamento dos alimentos civis pode deixar de ser reconhecida em outras jurisdições que primem pela igualdade de gêneros, pelo filtro da ordem pública (MONACCO, Gustavo Ferraz de Campos, *Le droit applicable par la Cour: une question de droit international public ou de droit international privé harmonisé?*, cit.).

¹⁵⁵ Num primeiro momento, pode-se considerar que esse critério de fixação da competência internacional “exagerado” encontra paralelo no Brasil, o que não é verdade. Em se tratando de pessoas jurídicas de direito privado, o domicílio corresponde ao local em que funcionarem as respectivas diretorias e administrações, ou no qual tiverem elas eleito domicílio especial na forma do estatuto ou atos constitutivos (art. 75, IV, do CC). E, por mais que a administração ou diretoria tenha sua sede no estrangeiro, o local de seu subestabelecimento no Brasil, na forma de sua filial, agência ou sucursal, é considerado o domicílio da pessoa jurídica estrangeira (arts. 75, § 2º, do CC e 12 da LINDB), especificamente “no tocante às obrigações contraiadas por suas agências”. Isso significa que a redação do parágrafo único do artigo 88 do CPC de 1973, que trata do domicílio da pessoa jurídica estrangeira que tenha representação no Brasil, reconhece a competência internacional da Justiça brasileira, desde que a demanda tenha relação direta com atos ou fatos relacionados diretamente a essa mesma representação no país. Dessa forma, muito embora a citação da pessoa jurídica com sede no exterior possa ser realizada no Brasil, na pessoa de seus representantes aqui situados (art. 12, VIII, do CPC de 1973), a competência internacional da Justiça brasileira não decorre da mera existência de tais representantes, mas sim do preenchimento das hipóteses previstas no artigo 88 do CPC 1973.

¹⁵⁶ “1965, 15 *New York*, 2nd 426, 432, 260 *N.Y.S.* 2nd 625, 629, 208 *N.E.* 2nd 439, 441 (1965)” (STRUYVEN, Olívia. *Exorbitant jurisdiction in the Brussels Convention*. *Jura Faldonis*. Leuven. Bélgica. Katholieke Universiteit Leuven. v. 35, n.º 4, p. 522, 1998).

Desde 1962 a Conferência da Haia, por meio de sucessivas tentativas de sistematizar a colaboração dos Estados no reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras, tem apontado ainda as seguintes situações que configurariam jurisdições exorbitantes:¹⁵⁷

- a) domicílio habitual ou esporádico do autor, exceto em casos específicos;
- b) o local onde o réu recebeu a notificação, intimação ou citação, estando ali apenas de passagem;
- c) quando o credor preenche a jurisdição competente em faturas ou documentos de cobrança, unilateralmente;
- d) presença accidental de produtos fabricados pelo réu em jurisdições não previstas ou não buscadas por ele, e que supostamente tenham causado dano ao reclamante;
- e) a concessão de medidas cautelares que, por sua vez, preveniriam a jurisdição para a lide principal;
- f) a homologação de sentenças estrangeiras ou o início da execução de títulos executivos estrangeiros, que por sua vez preveniriam a jurisdição para outras lides.

Todas essas hipóteses discutidas no âmbito das convenções da Haia parecem ter em comum o fato de favorecerem os autores em demasia.

Porém, a convenção nunca entrou em vigor, pois apenas Chipre, Holanda, Portugal e Albânia assinaram seu texto.¹⁵⁸

¹⁵⁷ KESSEDIAN, Catherine. *International jurisdiction and foreign judgments and commercial matters*. Preliminary Document n.º 7 of April 1997 for the attention of the Special Commission of June 1997 on the question of jurisdiction, and recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters. Disponível em: <http://www.hech.net/upload/wop/jdgm_pdl7.pdf>. Acesso em: 25 maio 2014.

¹⁵⁸ Ver: INFORMATION concerning The Hague Conventions on Private International Law. *Netherlands International Law Review*, Dordrecht, Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, v. 36, n.º 2, p. 204-205, Aug. 1989; RODAS, João Grandino; MONACCO, Gustavo Ferraz de Campos. *Condição da Haia de Direito Internacional Privado: a participação do Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007. p. 282.

1.5 FORUM GAME: A TEORIA DOS JOGOS E A RACIONALIDADE NA ESCOLHA DA JURISDIÇÃO MAIS FAVORÁVEL

Uma vez estabelecidas as premissas sobre a jurisdição internacional e os princípios que a informam, parece importante compreender as razões que levariam as partes a preferir uma jurisdição estrangeira, ao invés da nacional.¹⁵⁹

Embora tal análise fuja do campo estritamente jurídico, a escolha da jurisdição do conflito irá desempenhar uma série de consequências sobre a relação jurídica processual estabelecida entre as partes.

Há diferenças entre as jurisdições, assim como há entre seus povos, suas economias e suas estruturas estatais. Se nasce um conflito, e há possibilidade de discuti-lo em mais de uma jurisdição, parece natural que se sopesem as possibilidades. Quando uma parte vence uma disputa, isso significa uma perda de poder da outra parte. O poder representa, portanto, um fenômeno relacional, no qual há a chance de impor a própria vontade, mesmo contra oposições.¹⁶⁰

Segundo as regras civilizadas de resolução de conflitos privados por meio da jurisdição estatal ou arbitral, há o processo civil. Já em 1959, Calamandrei¹⁶¹ estudava o processo “*come giuoco*”, e estabelecia diversos parâmetros de utilização da dinâmica processual como forma explícita de se obter vantagens de per si, não obstante a solução jurídica final:

È vero che le leggi processuali sono dettate nell'interesse pubblico della giustizia: lo scopo supremo che lo Stato idealmente pone come meta ad ogni litigante, e in generale a tutte le persone che in una veste o in un'altra partecipano al processo o vi collaborano, è l'osservanza del diritto, il trionfo della verità, la vittoria della ragione. Ma in concreto, se si può sperare che *nella massima parte dei casi questo scopo sia effettivamente raggiunto, ciò avviene non perché tutti i personaggi che prendono parte al processo lo vogliono raggiungere nello stesso*

modo: in realtà, se si esclude il giudice, nel quale dovrebbe concretamente personificarsi questo superiore interesse della giustizia che è proprio dello Stato, tutti gli altri soggetti perseguono nel processo scopi più limitati e più gretatamente egoistici, talvolta in contrasto (se pur non confessato) con quello scopo superiore. Dipende dalla somma algebrica di questi sforzi contrastanti (delle azioni e delle omissioni, delle astuzie o delle sviste, delle mosse indovinate e di quelle sbagliate) se alla fine il processo, come sintesi, riesce a raggiungere un risultato che veramente corrisponda alla giustizia; ma per le due parti in contrasto (tesi e antitesi) spesso accade che quel che conta non è tanto la giustizia quanto la vittoria: sicché, per esse, il processo diventa nient'altro che un giuoco per vincere.

Barbosa Moreira, em instigante ensaio, investigou o chamando “*duelo judiciário*” e suas raízes medievais, analisando o advogado forense norte-americano e seu treinamento destinado aos “*embates do trial*”. Seria esse o momento por excelência do exercício da combatividade e da astúcia,¹⁶² valores também apontados há décadas por Calamandrei.

De fato, houve um tempo em que as guerras eram consideradas um jogo entre cavaleiros e os padrões de conduta dos jogos prevaleciam na maneira de conduzir as agressões. Certas posições eram consideradas *indefensáveis* e quando os exércitos se encontravam em tais posições, rendiam-se. Se nenhum dos dois lados conseguia obter uma vantagem, iniciavam-se negociações, que às vezes terminavam em aceitação do *statu quo* por ambos os lados.¹⁶³

A economia tem tentado estabelecer fórmulas de análise dos fenômenos jurídicos, por meio de diversas ferramentas, tais como a *jurimetria*¹⁶⁴ e a teoria dos jogos.¹⁶⁵

Especificamente quanto à teoria dos jogos, vem ela ganhando importância crescente na formulação de raciocínios econômicos e jurídicos,

¹⁶² MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Duelo e processo*, cit., p. 115-125.

¹⁶³ RAPOPORT, Anatól. *Lutas, jogos e debates*. Tradução de Sergio Duarte. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1980. p. 117.

¹⁶⁴ POSNER, Richard A. *A economia da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

¹⁶⁵ PICKER, Randall C. *An introduction to game theory and the law*. Chicago: University of Chicago Law School, 1994. (Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper, nº 22).

¹⁵⁹ Evidentemente, exclui-se na presente análise as intenções de fraude à lei ou as exceções de ordem pública. Ver: BAPTISTA, Luiz Olavo. Aplicação do direito estrangeiro pelo juiz brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, nº 142, p. 270, abr./jun. 1999.

¹⁶⁰ HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*, cit., p. 315.

¹⁶¹ CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. cit., p. 23.

especificando maneiras de se lidar com a cooperação e o conflito, e estudando as decisões tomadas em situações nas quais os jogadores (ou litigantes) interagem. Para tanto, a teoria estuda a escolha de estratégias quando os custos e os benefícios de cada opção dependem de escolhas feitas pelos adversários, e pressupõe a aplicação de regras lógicas ao processo de tomada de decisões.

A teoria usa os seguintes elementos básicos principais: jogos, jogadores, jogadas, estratégias e resultados. O jogo é a situação na qual há dois ou mais jogadores, em que as decisões de um podem interferir nas decisões dos demais. Jogador é o participante, cujo propósito é obter determinado resultado. Jogada é a forma como o jogo progride, por meio de estágios. Resultado é a vitória, o empate ou a derrota, obtida ao final do jogo. Estratégias são as ações que o jogador pode adotar nos momentos em que deve jogar, dependendo dos conjuntos de informação que estiverem disponíveis naquele estágio.¹⁶⁶

A moderna teoria dos jogos teve início com os trabalhos dos matemáticos Zermelo, Borel e von Neumann, nas décadas de 1910 e 1920, consolidando-se efetivamente a partir da obra fundamental de John von Neumann e Oskar Morgenstern denominada *The theory of games and economic behavior*, de 1944, e das pesquisas de John Nash, nos anos 1950. Um primeiro impulso ao seu desenvolvimento foram as pesquisas estimuladas pela Segunda Guerra Mundial e pela Guerra Fria, nas áreas militares e de estratégia. Progressivamente, deu-se o desenvolvimento da teoria em outras áreas, inclusive, o direito.¹⁶⁷

Em um mundo onde praticamente todos os aspectos da vida humana são progressivamente globalizados, parece natural que os litígios também se internacionalizem. Esse fenômeno tem sido notado a partir da segunda metade do século XX, quando os demandantes privados iniciaram uma progressiva utilização de cortes localizadas além de sua própria

jurisdição, objetivando com isso alguma vantagem.¹⁶⁸ Essa vantagem desdobra-se em três pontos principais: duração do processo, aspectos jurídicos propriamente ditos (direito material) e custo, decorrente não só dos honorários profissionais que se demandarão na jurisdição escolhida, como também das custas judiciais e despesas. A combinação desses fatores (ditas “variáveis”) pode significar uma maior vantagem competitiva em favor de um dos litigantes, que por seu turno significará um melhor resultado.

Exemplificativamente, serão trazidos a seguir os dados do último relatório divulgado em 2014 pela Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça (CEPEJ), referente ao ano de 2012, no qual se consolidou uma série de informações sobre a administração judiciária dos membros que compõe o Conselho da Europa.¹⁶⁹

a) Duração dos processos em diversas jurisdições

Generalizou-se nas últimas décadas o entendimento de que o direito ao acesso à Justiça compreende, além do abrigo da ordem jurídica justa, a resolução dos conflitos num tempo razoável¹⁷⁰, tudo dentro

¹⁶⁶ GUTHRIE, Neil. “A good place to shop”: choice of forum and the conflict of laws. *Olawa Law Review*, v. 27, p. 203-231, 1995.

¹⁶⁹ Esses dados foram obtidos da Albânia, Andorra, Armênia, Áustria, Azerbaijão, Bélgica, Bósnia e Herzegovina, Bulgária, Croácia, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estônia, Finlândia, França, Geórgia, Alemanha, Grécia, Hungria, Islândia, Irlanda do Sul, Itália, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Moldávia, Mônaco, Montenegro, Holanda, Noruega, Polónia, Portugal, Romênia, Rússia, Sérvia, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Suécia, Suíça, Macedônia, Turquia, Ucrânia e Reino Unido. Apenas Liechtenstein e São Marino não enviaram as informações ao órgão (EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (CEPEJ). *Report on “European judicial systems – Edition 2014 (2012 data): efficiency and quality of justice”*. p. 8. Disponível em: <http://www.coe.int/t/dgh/cooperation/cepej/evaluation/2014/Rapport_2014_en.pdf>. Acesso em: 15 maio 2015).

¹⁷⁰ Na França, Jehanne Collard denunciou o sistema processual francês da década de 90. Escreveu ele: “Pode parecer espantoso, mas são problemas com a máquina de escrever que bloqueiam a Justiça francesa. No Tribunal de Bordeaux, fevereiro de 1996, 1.126 julgamentos estavam à espera de datilografia, a despeito da contratação de 10 novos funcionários. A asfixia do sistema é tamanha que mesmo os procedimentos de urgência estão saturados e perdem todo o seu sentido” (*Victimes: les oubliés de la justice*, apud TUCCL, José Rogério Cruz, *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*, cit., p. 93).

¹⁶⁶ RADINSKY, Maria. Retaliation: the genesis of a law and the evolution toward international cooperation: an application of game theory to modern international conflicts. *George Mason University Law Review*, v. 2, nº 53, p. 54-75, Fall 1994; COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. Boston: Pearson Addison Wesley, 2007.

¹⁶⁷ MYERSON, Roger B. *Game theory: analysis of conflict*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1997. p. 2.

do arcabouço da força expansiva dos direitos humanos, o que levou o Conselho da Europa, por intermédio da CEPEJ, a mapear a duração dos litígios que tramitam no seu âmbito, buscando melhorar a eficiência e o funcionamento da Justiça.

Segundo o relatório mencionado, os países com menor índice de resolução de demandas cíveis e comerciais em 2012 foram Andorra, Bósnia e Herzegovina, Croácia, Portugal e Eslováquia. Com um alerta sobre uma possível piora no futuro caso não fossem tomadas medidas específicas, estavam a Grécia e a Polónia. no caso dos processos litigiosos, e a Bósnia Herzegovina, para os casos não litigiosos.¹⁷¹

No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) disponibiliza uma série de informações sobre o volume de processos, produtividade de tribunais e tempo médio de duração das demandas.¹⁷²

Deve-se somar a esse prazo o eventual interregno necessário à homologação da sentença estrangeira que, no Brasil, é de competência do STJ, desde a Emenda Constitucional nº 45/2004.

b) Custas judiciais, taxas e honorários de sucumbência

Na maioria dos Estados membros do Conselho da Europa, a isenção de custas judiciais é destinada a casos específicos, tais como a alguns procedimentos cíveis (Albânia), a procedimentos relacionados à defesa de direitos e valores constitucionais (Portugal), direito administrativo (Bulgária, Estónia), direito do trabalho ou previdenciário (Azerbaijão, Bósnia e Herzegovina, Bulgária, Croácia, Estónia, Itália, Lituânia, Moldávia, Polónia, Romênia, Eslováquia, Eslovênia, Suíça), direito de família ou de menores (Finlândia, Irlanda, Itália, Lituânia, Moldávia, Noruega, Espanha, Polónia, Portugal, Romênia), estado civil (Espanha), agricultura (Itália), impostos (Portugal), eleitoral (Romênia) ou locação

¹⁷¹ EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (CEPEJ), *Report on "European judicial systems – Edition 2014 (2012 data): efficiency and quality of justice"*, cit., p. 264.

¹⁷² A última informação disponível é de 2014, referente ao ano base de 2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/Resumo_Justica_em_Numeros_2014_ano-base_2013.pdf>. Acesso em: 15 maio 2015.

de residências (Suíça). Alguns Estados exigem que as custas judiciais devam ser pagas apenas no final do processo (Finlândia).¹⁷³

Os custos de um processo judicial não consistem apenas em despesas de representação em juízo, assessoria jurídica, custas e emolumentos, mas também podem incluir os honorários de sucumbência. As custas judiciais devem geralmente ser reembolsadas pela parte vencedora, ou quando o tribunal criminal decide que a parte não é culpada. Apenas dois Estados não cobram custas judiciais (França e Luxemburgo). Em matéria criminal, existe a cobrança de custas para os casos em que não foi deferida a justiça gratuita (Croácia, Chipre, Grécia, Mônaco, Montenegro, Portugal, Sérvia e Suíça).¹⁷⁴

c) Direito material mais favorável

Habitualmente, a doutrina internacional tem analisado o *forum shopping* muito mais pelo direito material que será aplicado ao caso concreto, à vista de uma jurisdição cuidadosamente pínçada pelo *shopper*.

A escolha da jurisdição pode estar relacionada à forma com que aquele sistema jurídico resolve, em tese, o caso concreto que terá, muito provavelmente, elementos estrangeiros. Como ensina Ferrer Correia, enquanto não chega à era de uma codificação geral de Direito Internacional Privado, cada legislador nacional pode suprir por sua própria iniciativa, dentro da esfera em que é soberano, essa falta de regras de conflito universalmente válidas.¹⁷⁵

Ferrer Correia aponta que, a partir do século XIX, como consequência da legislação não uniforme sobre os conflitos de leis, muitos Estados regulamentaram o "estatuto pessoal" pela *lex patriae*, enquanto noutros o assunto foi regido pela *lex domicilii*. E ainda, em outros tantos, pela lei da residência habitual da pessoa natural. São também muitas as divergências quanto à esfera de competência da *lex rei sitae*. Existem Estados que reconhecem tal princípio na regulamentação das sucessões por morte

¹⁷³ EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (CEPEJ), *Report on "European judicial systems – Edition 2014 (2012 data): efficiency and quality of justice"*, cit., p. 75.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 83.

¹⁷⁵ CORREIA, Antonio de Arruda Ferrer. *Lições de Direito Internacional Privado*. Lisboa: Almedina, 2010. v. 1, p. 129.

(quanto à herança constituída por bens imóveis), embora em outros essa matéria seja tratada no âmbito do estatuto pessoal. Mesmo quanto às formalidades dos atos e negócios jurídicos, se via de regra se admite a competência da *lex loci*, prevalece hoje em dia a doutrina da regra *locus regit actum*. Além disso, relativamente às condições de validade intrínseca dos negócios jurídicos e aos respectivos efeitos, existem muitas divergências sobre os critérios.¹⁷⁶

De uma forma geral, a relação jurídica controversada passível de ser apreciada em diferentes jurisdições pode ter resultados absolutamente díspares, pela aplicação não só da lei material do foro, como pela lei estrangeira, no caso de emprego das regras locais de Direito Internacional Privado.

Esse resultado diferenciado ainda sofre modulações, em virtude de ocorrências endoprocessuais, tais como a litispendência internacional, prevista no âmbito da União Europeia e do Mercosul, respectivamente pelo Regulamento (CE) 1.215/2012 e do Protocolo de Las Leñas, na segunda parte do artigo 22.

d) Teoria dos jogos e *forum shopping*

Não é o escopo do presente trabalho discorrer sobre os fundamentos da teoria dos jogos, porém, fazem-se necessárias algumas conceituações de ordem econômica. Segundo Neumann e Morgenstern, jogo é qualquer interação entre agentes, governada por um conjunto de regras que especificam os possíveis movimentos de cada participante e por um conjunto de resultados para cada combinação possível de movimentos.¹⁷⁷

Estratégia pode ser definida como a arte de aplicar com eficácia os recursos de que se dispõe ou de explorar as condições favoráveis de que porventura se desfrute, visando ao alcance de determinados objetivos.¹⁷⁸

¹⁷⁶ *Ibidem*, v. 1, p. 130.

¹⁷⁷ NEUMANN, John; MORGENSTER, Oskar. *Theory of games and economic behaviour*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2007. p. 3.

¹⁷⁸ O Dicionário Houaiss, também inclui os seguintes outros significados: "arte de coordenar a ação das forças militares, políticas, econômicas e morais implicadas na condução de um conflito ou na preparação da defesa de uma nação ou comunidade de nações" e "parte da arte militar que trata das operações e movimentos de um exército, visando à obtenção da vantagem estratégica, à obtenção da iniciativa" ou ainda "arte de aplicar

Os modelos matemáticos são construídos segundo a concepção de que os jogadores são *racionais* e buscam *maximizar* os resultados, em *seu próprio interesse*.¹⁷⁹ As escolhas dos jogadores se baseiam em estratégias, porém serão influenciadas pelas jogadas do adversário. A teoria dos jogos busca justamente estudar as possíveis intenções dos jogadores, baseada no fato de que ambos são *racionais* e buscam o melhor resultado para si, determinando quais serão as mais prováveis jogadas de cada um.¹⁸⁰

Jogos de xadrez usam suas peças em sequências de movimento; estratégias militares utilizam tropas, armas e propaganda de guerra. Em cada modalidade de disputa, a primeira função do estrategista é compreender os jogadores, reunir as informações disponíveis e combinar as variáveis que podem incidir no desfecho. Segundo Lopucki e Weirauch, estratégias jurídicas trabalham com tomadores de decisões, fatos, culturas jurídicas e normas. Tomadores de decisões são os juízes, os júris, árbitros, administradores, advogados e as próprias partes. Os fatos são os eventos, tanto os passados quanto os futuros, que vão compor as provas e influenciar as decisões judiciais. Culturas jurídicas são os conjuntos de práticas, percepções e expectativas que cada foro ou jurisdição possui. Por fim, normas são as regras de direito material e processual que serão aplicadas pelo foro.¹⁸¹

No litígio judicial, as partes executam sua estratégia num ambiente em que as regras são o mais das vezes complexas, no sentido de que sua compreensão nem sempre é a mesma para todos os jogadores. Isto é, a não ser nas hipóteses de abuso do direito, em que as partes concordam sobre o resultado do litígio, é possível que os jogadores, na

com eficácia os recursos de que se dispõe ou de explorar as condições favoráveis de que porventura se desfrute, visando ao alcance de determinados objetivos". (HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009).

¹⁷⁹ POSNER, Richard A., *A economia da justiça*, cit., p. 4.

¹⁸⁰ A teoria dos jogos é eficiente ao analisar as interações de dois ou mais jogadores, em que cada um deles possui duas ou mais alternativas de ação (ADLER, Barry E. *A re-examination of near-bankruptcy investment incentives*. *University of Chicago Law Review*, v. 62, nº 2, p. 580, Spring, 1995).

¹⁸¹ LOPUCKI, Lynn M.; WEIRAUCH, Walter O. A theory of legal strategy. *Duke Law Journal*, v. 49, n. 1, 2000.

maioria das vezes, tenham um entendimento divergente sobre as próprias regras que incidem no jogo.¹⁸²

Num potencial litígio internacional, a primeira hipótese que as partes deverão analisar é se tomarão a iniciativa do contencioso, isto é, se cada uma aguardará (como réu) a iniciativa da outra parte, ou se irão tomar a iniciativa do contencioso. Essa decisão é importante e levará em conta as jurisdições passíveis de serem escolhidas (*forum shopping*). Nesse aspecto, diversas jurisdições consideram a primeira demanda proposta como o centro de gravidade de todas as demandas conexas futuras (como é o caso do Regime de Bruxelas-Lugano). Do mesmo modo, em sendo o caso de se tomar a iniciativa do contencioso, é possível que, ao invés da demanda condenatória, a parte decida por um *forum shopping reverso*, na modalidade de uma ação declaratória (como é o caso do *torpedo*, que será comentado com mais vagar oportunamente). Por outro lado, é possível que a parte se decida por não iniciar o litígio e aguardar a iniciativa da outra parte, visando com isso a estabelecer uma linha defensiva.¹⁸³

Essa escolha deve levar em conta o custo do litígio em cada uma das jurisdições analisadas, o lapso que decorrerá em cada uma das hipóteses (se a parte tomará a iniciativa do contencioso ou se aguardará o movimento inicial da outra parte) e o direito que será potencialmente aplicado em cada jurisdição pelo juiz do foro.¹⁸⁴

Capítulo 2

FUNDAMENTOS DO FORUM SHOPPING NO COMMON LAW

Segundo Friedrich Junger, o termo *forum shopping* foi utilizado em juízo pela primeira vez nos Estados Unidos, em 1952. Porém, ele alerta que a expressão já teria sido usada em aulas de direito internacional em faculdades americanas já em 1927, ou até mesmo antes.¹ Desde então, a prática do *forum shopping* passou a ser considerada pelo juiz Skelly Wright “o passatempo jurídico nacional” dos americanos.²

Em 1945, no caso *International Shoe v. Washington*, a Suprema Corte dos Estados Unidos – dentre outros fundamentos – considerou o *forum shopping* como parte do devido processo legal, pela expansão da competência dos Estados por meio dos *long-arm statutes*,³ que por sua vez permitem que um ou mais Estados americanos detenham competência para julgar o réu que tenha algum “contato mínimo” com o foro. Essa competência alargada, no dizer da corte distrital da Virgínia, autorizou *alguns graus legítimos de forum shopping* no sistema norte americano.⁴

¹⁸² GILSON, Ronald J.; MNOOKIN, Robert H. Disputing through agents: cooperation and conflict between lawyers in litigation. *Columbia Law Review*, v. 94, p. 509, 1994.

¹⁸³ LOWENFELD, Andreas. Forum shopping, antisuit injunctions, negative declarations, and related tools of international litigation. Editorial comment. *American Journal of International Law*, v. 91, nº 2, p. 320, 1997.

¹⁸⁴ VON MEHREN, Arthur T. Theory and practice of adjudicatory authority. *Recueil*

¹ JUENGER, Friedrich K. Forum shopping, domestic and international. *Tulane Law Review*, v. 63, p. 553, 1988-1989.

² WRIGHT, Skelly. The federal courts and the nature and quality of state law. *Wayne Law Review*, v. 13, p. 317-333, 1967.

³ 326 US 310 (1945); JUENGER, Friedrich K., op. cit., p. 554; SIMOWITZ, Aaron, A U.S. perspective on forum shopping, ethical obligations, and international commercial arbitration, cit., p. 24.

⁴ SIMOWITZ, Aaron, cit., p. 27.