

DIREITO INTERNACIONAL E COMPARADO: TRAJETÓRIA E PERSPECTIVAS

HOMENAGEM AOS 70 ANOS DO PROFESSOR CATEDRÁTICO

RUI MANUEL MOURA RAMOS

VOLUME I

**ESTUDOS DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO
E DIREITO PRIVADO COMPARADO**

QUARTIER LATIN

GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS MONACO; MARIA ROSA LOULA (Orgs.).
Direito Internacional e Comparado: Trajetória e Perspectivas – Homenagem aos 70 anos do Professor Catedrático Rui Manuel Moura Ramos – Volume I – Estudos de Direito Internacional Privado e Direito Privado Comparado

São Paulo: Quartier Latin, 2021.

ISBN 978-65-5575-048-5

1. Direito Internacional. 2. Direito Comparado. 3. Direito Internacional Privado.
4. Direito Privado Comparado

I. Título

Editor

Vinícius Vieira

Produção editorial

José Ubiratan Ferraz Bueno

Diagramação

Antonio Marcos Cavalleiro

Revisão gramatical

Ronaldo Santos Soares

Capa

Anderson Santos

EDITORA QUARTIER LATIN DO BRASIL

Rua General Flores, 508

Bom Retiro – São Paulo

CEP 01129-010

Telefones: +55 11 3222-2423; +55 11 3222-2815

Whatsapp: +55 11 9 9431 1922

Email: quartierlatin@globo.com

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal), com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

17. O PACTO DE JURISDIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO: CONSIDERAÇÕES A PARTIR DO INTERESSE DAS PARTES E DA COMPARAÇÃO COM O DIREITO PORTUGUÊS

José Augusto Fontoura Costa

INTRODUÇÃO

Mirar os mesmos fenômenos a partir de diferentes perspectivas pode ser revelador. Ainda mais em um campo do saber jurídico dominado pelo *princípio de contraditório* e pela percepção da verdade dos autos suplantando a verdade real, aceitável sempre que se garanta a paridade de armas; afinal *res judicata facit de albo nigrum*. A proposta desse capítulo é a de analisar e avaliar o regime do pacto de jurisdição no Direito brasileiro a partir do Direito comparado, com ênfase na legislação portuguesa e europeia, e da análise econômica dos efeitos da escolha da jurisdição em vista dos interesses das partes em um contrato.

Observa-se, na temática dos limites da jurisdição, ser mais corrente aquela abordagem processualista centrada nas noções de soberania e prevalência dos interesses públicos. Isso, hipoteticamente, levaria ao direcionamento do estabelecimento dos limites jurisdicionais do Estado por uma lógica de atenção ao interesse público; daí os argumentos em torno de um princípio da efetividade. Aqui se propõe, porém, uma análise alternativa, pautada pela descrição dos vetores econômicos reveladores dos interesses e incentivos das potenciais partes no processo; ou seja, adota-se o ponto de vista do jurisdicionado para compreender, explicar e, eventualmente, criticar a sistemática de estabelecimento dos âmbitos da jurisdição.

Não se discute, porém, toda a problemática da delimitação internacional da jurisdição. Foca-se o problema específico do *pacto de jurisdição* no Direito brasileiro e, conseqüentemente, as temáticas da *prorrogação* e da *derrogação* da jurisdição estatal (CPC, Art. 22, III e Art. 25, respectivamente). Embora a análise econômica da posição das partes no contrato e no processo ajude a explicar a sistemática adotada de modo consistente, não se discute a eventual extrapolação para os outros aspectos da jurisdição internacional, menos ainda de todo processo civil. A impressão deste autor, porém, é de que esse modelo de análise, caracterizado pela adoção da perspectiva do jurisdicionado e utilização de noções econômicas, pode lançar luz sobre muitas outras áreas desta disciplina.

1. IMPORTÂNCIA E SENTIDO DO PACTO DE JURISDIÇÃO

Várias incertezas e temores rondam as operações econômicas internacionais. Do ponto de vista jurídico, porém, esses se concentram em três aspectos:

(1) a identificação do juízo competente, (2) a identificação do Direito aplicável e (3) a eficácia das decisões obtidas em um juízo nos tribunais de outros países. A definição da jurisdição competente para a causa é o ponto de partida para abordar essas três questões e, portanto, ofertar a referência básica para qualquer outro passo a ser dado. Por isso a escolha da jurisdição gera importantes efeitos econômicos, os quais devem ser avaliados para uma análise clara e racional.

É possível, inicialmente, identificar dois efeitos econômicos da escolha de jurisdição: (1) eficiência geral, implicando menos custos para a operação econômica subjacente e (2) efeitos distributivos, gerando maiores ou menores ônus para cada parte, conforme o foro escolhido. Cada um desses efeitos permite diferentes análises. Opta-se, aqui, por (3) observar as expectativas sobre o comportamento futuro das partes como um elemento importante para a determinação da jurisdição incidente sobre a causa.

Do ponto de vista jurídico, as cláusulas mediante as quais as partes voluntariamente indicam (aspecto positivo) e, eventualmente, excluem (aspecto negativo) a jurisdição dos Estados não é, exatamente, a de escolha de jurisdição. Como se observará, partindo do pressuposto de que cada Estado, de modo unilateral, estabelece os limites territoriais, subjetivos e materiais de sua própria jurisdição, a determinação do alcance de seus tribunais cabe a seu Ordenamento interno. A vontade de vincular uma relação jurídica à jurisdição de um Estado associada ou não à de afastá-lo da de outro, não é propriamente uma escolha, realizada em face de normas dispositivas. É um elemento fático capaz de provocar a incidência de norma constitutiva do vínculo jurisdicional; isso só pode ser feito pelo Direito interno permitir e nos limites dessa permissão.

Por essa razão, desde logo, se preferiu falar em “vinculação voluntária” em substituição ao termo mais comum, “escolha” da jurisdição: pode-se admitir a escolha de um foro dentre os idôneos em um dado país, sempre que a lei atribua tais efeitos à autonomia privada. É de escasso significado técnico, portanto, a ideia de que, nas questões de jurisdição internacional, uma norma estabelece alguma forma de liberdade de escolha.

1.1. EFICIÊNCIA GERAL

É possível, em princípio, presumir a escolha de sistemas jurisdicionais mais eficientes por partes interessadas no bom andamento de suas relações contratuais. É uma opção voltada a reduzir os custos de litigância e garantir melhores resultados, normalmente associados ao menor grau possível de variação entre as decisões. Um bom ambiente jurisdicional reduz a chance de descumprimento de obrigações culposos e dolosos passarem incólumes, assim como o indevido afastamento

daquilo que foi contratado, de maneira a assegurar um maior compromisso das partes com aquilo que foi avençado.

A eficiência pode ser avaliada a partir de uma análise prospectiva de custos de litigância e da qualidade das decisões. É possível estabelecer várias metodologias para essa avaliação, o que, *grosso modo*, pode incluir (1) custos de acesso ao tribunal, (2) custos da advocacia, (3) tempo e (4) qualidade da decisão em termos de previsibilidade (pouca variação entre decisões em casos similares) e fidelidade ao conteúdo contratado. É, pelo menos hipoteticamente, possível traduzir a qualidade da decisão em expressões de custo, de maneira a facilitar a avaliação comparativa das jurisdições.

Os custos de litigância estabelecem, ainda que de modo informal, as dimensões mínimas de uma causa que valha a pena levar às barras dos tribunais. Para uma parte racional, não faz sentido empenhar tempo e recursos sem uma recompensa suficiente para cobrir os gastos e indenizar o tempo perdido. A escolha de uma boa jurisdição pode refletir na possibilidade econômica de recorrer à justiça, uma jurisdição ineficiente, poderá representar uma barreira incontornável.

É importante, também, chamar atenção para o fato da relação inversa entre o custo de litigância e os incentivos para resolver mediante negociação. Para utilizar a feliz expressão de Robert H. Mnookin e Lewis Kornhauser, as partes calculam e negociam sob a *sombra do Direito*,¹ ou seja, tendo em conta os possíveis custos e resultados do procedimento e as alternativas. Em outros termos, a expectativa econômica sobre o litígio funciona como a *BATNA* de Roger Fisher e William Ury: a melhor alternativa a um acordo negociado ("better alternative to a negotiated agreement" – *BATNA*) indica o melhor resultado que uma parte pode obter sem se envolver em negociações com a outra parte.

Nesse sentido, o cálculo do resultado possível de um litígio ajuizado corresponde a uma possível *BATNA*. Seu valor envolve, ao menos, o montante no evento de êxito multiplicado pela probabilidade de êxito; deste resultado devem ser subtraídos os custos estimados de litigância. Ora, quanto maiores os custos estimados do litígio, menor a *BATNA*; por conseguinte, menor o incentivo para litigar. A ineficiência do sistema judicial em termos de relação entre custos e benefícios implica um incentivo para o emprego de métodos alternativos

Deste modo, pode-se afirmar que a escolha de uma jurisdição mais eficiente favorece sua utilização e, portanto, cria alternativas e oportunidades de busca de soluções judiciais para eventuais querelas contratuais, pois (1) expande a gama de casos para os quais é racional entrar em litígio e (2) implica uma

sombra do Direito menos estendida, incentivando o empenho da parte nas negociações em razão da melhor definição da sombra do Direito.

Por outro lado, a busca da maior eficiência geral sugeriria uma preferência pelo juízo do país onde se executem as obrigações mais sensíveis e complexas. Supondo a escolha entre duas jurisdições igualmente eficientes, v. g., do comprador e outra do vendedor; o lugar da entrega da mercadoria onde se cumpre a obrigação mais complicada, já que a avaliação da condição dos bens entregues é incomparavelmente mais difícil do que a avaliação do recebimento do preço.

Nesse caso, seria razoável fixar o foro mais próximo ao local da disputa, pois (a) a probabilidade de haver disputa sobre a mercadoria é maior do que sobre o preço e, portanto, se estaria escolhendo a jurisdição mais eficiente, isto é, que tende a gerar um desincentivo ao descumprimento e (b) o custo de eventuais procedimentos probatórios (oitiva de testemunhas, perícias, vistorias, tomada e análise de amostras, etc.) é bem mais baixo quando próximo ao local da disputa ou ato do qual nasce o litígio.

Nem sempre, porém, é fácil identificar qual seria a melhor jurisdição. Em primeiro lugar, decorre de uma óbvia falta de informação suficiente para uma decisão integralmente informada, ou seja, a decisão a respeito do melhor sistema judicial de solução de controvérsias tende a se dar em condições de racionalidade limitada (*bounded rationality*).² Além disso, é razoável que os responsáveis pela indicação das melhores jurisdições não sejam os negociantes, mas seus advogados e consultores. Essa situação, independentemente se estes atuam como profissionais liberais ou empregados, revela um problema de agência ou, em outros termos, uma situação em que o interessado (principal) não compartilha os mesmos interesses e benefícios com seu preposto (agente), tornando possível, provável até, que este último tome decisões em favor do próprio e detrimento do interessado.³

1.2. EFEITOS DISTRIBUTIVOS

Operações internacionais envolvem, em suas versões mais claras, parte com estabelecimentos em países diversos e algum trânsito transfronteiriço de valores. Admitindo alguma rara exceção, o normal é, evidentemente, que a parte prefira litigar no país de sua sede.

² SIMON, Herbert A. *The sciences of the artificial*, 3ª ed. Cambridge (MA): MIT Press, 1996. P. 53.
³ Como bem apontam LAFFONT, Jean-Jacques; MARTIMORT, David. *The theory of incentives in principal-agent model*. Princeton: Princeton University Press, 2002. P. 3: "The starting point of incentive theory corresponds to the problem of delegating a task to an agent with private information. This private information can be of two types: either the agent has some unobserved by the principal, the case of *moral hazard* or *hidden action*; or the case of *adverse selection* or *hidden knowledge*. Incentive theory considers when this private information is a problem for the principal, and what is the optimal way for the principal to cope with it."

É possível, de plano, identificar dois fatores capazes de provocar essa preferência: (1) na hipótese de partes pouco habituadas a operações internacionais, é relevante o maior grau de certeza no Judiciário local em detrimento de um sistema que não se conhece, ou do qual se conhece muito pouco. (2) Em decorrência de já contar com uma estrutura administrativa no país, bem como profissionais jurídicos habituados a atuar em seu favor, a empresa pode preferir não indicar jurisdições estrangeiras em razão do custo.

Esses problemas, porém, poderiam ser resolvidos por meio de informação adequada e, havendo redução das assimetrias de informação, as partes poderiam convergir para a escolha do foro mais conveniente. Ainda assim, a preferência pelo foro mais próximo tende a persistir, pois, conforme as circunstâncias, a assimetria dos custos pode ser mais importante que a eficiência.

É presumível que a parte com sede no país do foro disponha de melhor informação e estrutura, internalizada ou relacional, de acesso às estruturas jurisdicionais. A outra parte, porém, tenderá a enfrentar um ambiente menos conhecido. Por menos que se justifique o temor de um viés favorável à parte de nacionalidade do juiz, a assimetria de informação e os custos de transação referentes à identificação e contratação de serviços jurídicos no país do foro podem ser bastante significativos, conforme o valor da demanda.

A assimetria enfrentada sempre que se opta por fixar o foro no país da sede de uma das partes, o que é de longe a opção mais comum, implica haver interesses contrapostos na negociação da escolha de foro, o que pode obliterar o foco na descoberta da jurisdição mais eficiente. Há, portanto, uma tensão entre a busca da eficiência geral e a de benefícios relativos por e para cada uma das partes.

1.3. IMPACTOS SOBRE O COMPORTAMENTO DAS PARTES E BENEFÍCIOS DO PACTO DE JURISDIÇÃO

Conforme se observou nos tópicos anteriores, as partes se defrontam com duas questões ao discutir uma cláusula de vinculação jurisdicional e escolha de foro. Por um lado, a dimensão da *sombra do Direito* determina o espaço de negociação; vale dizer: quanto mais eficientes (custos mais baixos e decisões em prazos mais curtos) e previsíveis (estimativas de êxito mais precisas), ⁴ maior será o incentivo ao cumprimento dos deveres e, ao mesmo tempo, menor será o âmbito para negociações. Assim, a escolha da melhor jurisdição e do foro mais conveniente, conforme parâmetros de eficiência e previsibilidade, serve à finalidade

⁴ KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. Unpacking the court. *Yale Law Journal*, v. 96, 1986. P. 82-117. Os autores apresentam um interessante conjunto de indicadores de performance de decisores jurídicos: (1) precisão (tendência a obter resultados corretos); (2) autenticidade (capacidade de refletir as preferências dos tomadores de decisão); (3) adequação (tendência a gerar os mesmos resultados do grupo de controle); (4) confiabilidade (ausência de surpresas ruins) e (5) aparência (tendência a inspirar a crença de que a decisão foi correta).

básica dos contratos, qual seja a de reduzir o rico moral (*moral hazard*).⁵ Nesse sentido, entende-se ser correta a aceitação pelos sistemas jurídicos da eficácia das escolhas voluntárias de jurisdição.

Por outro lado, a possibilidade de utilizar a escolha de jurisdição para a submissão a um juízo mais favorável para uma das partes, em detrimento da outra, enseja maiores discussões. Decerto, em um mundo onde tudo fosse calculável, todas as preferências precificáveis e todos os agentes igualmente fortes, o fato de ser muito provável que um pacto de jurisdição favoreça uma parte em detrimento da outra não geraria maiores preocupações, posto que isso estaria precificado. Pode ser, efetivamente, o caso de algumas relações negociais, certamente não é em outras. Quando, mais adiante, for discutida a assimetria entre a *prorrogação* e a *derrogação* da jurisdição em virtude da autonomia das partes, o vulto da assimetria dos benefícios da escolha estará necessariamente presente.

2. TRATAMENTO JURÍDICO DA JURISDIÇÃO INTERNACIONAL

A jurisdição pode ser entendida, para utilizar a definição de Enrico Tullio Liebman,⁶ como “atividade dos órgãos do Estado destinada a formular e aplicar praticamente a regra jurídica concreta que, segundo o direito vigente, disciplina a determinada situação jurídica.” Dessa perspectiva, evidencia-se sua condição de expressão dos poderes soberanos do Estado. Esse, nas mais das vezes, é o ponto de vista da teoria processualista, ou seja, parte-se da soberania estatal e da ausência de limites à extensão da jurisdição no Direito internacional para afirmar, corretamente, a existência de amplíssimas possibilidades de expansão das jurisdições estatais.

Essa análise, porém, não chega a verificar a conveniência da escolha de jurisdição do ponto de vista das partes; especialmente em termos de vantagens econômicas. Daí a importância de uma primeira aproximação ao tema pela perspectiva da tensão entre (1) identificar e escolher o sistema mais eficiente e (2) batalhar pela opção por uma jurisdição preferencial para a partes em razão *i.a.*, do domínio técnico dos advogados da empresa para aquele país específico e da proximidade territorial. A dualidade, às vezes tensa, desses efeitos práticos das cláusulas de jurisdição é importante para compreender a estrutura dos regimes jurídicos do estabelecimento de limites à autonomia.

5 Veja-se ARROW, Kenneth J. Uncertainty and the welfare economics of medical care. *Rev. American Economic Review*, v. 53, n. 5. 1963. P. 941-973, BROUSSEAU, Éric; GLACHANT, Jean-Michel. *New institutional economics: a guidebook*. Cambridge: CUP, 2008. P. 8-10. LAFFONT, Jean-Jacques; MARTIMORT, David. *The theory of incentives: the principal-agent model*. Princeton: Princeton University Press, 2002. P. 145-184.

6 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, v. I, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. [1980]. P. 23.

2.1. LIMITES E SISTEMAS DE DETERMINAÇÃO DA JURISDIÇÃO ESTATAL: BASES PARA A COMPARAÇÃO DOS DIREITOS BRASILEIRO E PORTUGUÊS

Não há autoridade internacional capaz de regular a jurisdição dos Estados. O Direito internacional não vai além do princípio da igualdade soberana, da proibição da intervenção e da universalidade do *jus cogens*. Resta, portanto, amplíssima área para a extensão jurisdicional, conforme a conveniência de cada Estado.⁷

Em princípio, portanto, a jurisdição pode ser *universal*, ou seja, alcançar todas as causas do mundo, possibilitando o uso do sistema jurisdicional estatal a qualquer interessado, independentemente de sua nacionalidade, domicílio ou outra forma de vinculação fática ou jurídica ao Estado. As regras tradicionais inglesas, anteriores à adesão ao Regulamento de Bruxelas I, em 1987, eram bastante inclusivas, deixando ampla margem para considerações da corte, particularmente a possibilidade do *non liquet* embasado na regra do *forum non conveniens*⁸. Apenas para recordar, esse princípio deixa ao juiz a possibilidade de, em face das circunstâncias concretas do caso, declinar do efetivo exercício da jurisdição, sobretudo se não houver possibilidade real de uma eventual sentença vir a ser eficaz. Assim, a amplitude de uma jurisdição pouquíssimo limitada é contrabalançada pela possibilidade de o juízo declinar da jurisdição em face do caso.⁹

Nos sistemas de tradição romano-germânica, porém, é disseminada a aversão à possibilidade de o juiz decidir se vai, ou não, julgar uma determinada causa. Deste modo, a limitação da jurisdição estatal termina por ser estabelecida *in abstracto* pela legislação interna e não pode ser objeto de juízos de oportunidade dos magistrados. É o entendimento bem assentado no Brasil, tanto

⁷ BARBI, Celso Agrícola; SOUZA, Bernardo Pimentel. *Comentários ao Código de Processo Civil*: Lei n. 5.869, de 11 de Janeiro de 1973, 14ª ed, V. I. Rio de Janeiro: Forense, 2010. P. 300: "O sistema de um país pode pretender julgar quaisquer causas que sejam propostas perante os seus juízes, sem se importar com a nacionalidade ou domicílio dos demandantes, a natureza do direito discutido, o local onde está o objeto da demanda, o lugar onde ocorreram os fatos que a originaram ou aquele em que vai ser executada a obrigação."

⁸ BRIGGS, Adrian. *The conflict of laws*, 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2013. Pp. 51-55. Em particular, p. 53: "As a matter of common law the jurisdiction of the High Court is inherent, which is to say, its power to try claims is (...) unrestricted by the nature of the claim or the identity of the defendant; and second, that as a matter of common law, a court has inherent power to regulate its own procedure, including the procedural power to not exercise a jurisdiction which it has."

⁹ *Airbus Industrie v Patel* [1999]: "There is, so to speak, a jungle of separate, broadly based, jurisdictions all over the world. In England, for example, jurisdiction is founded on the presence of the defendant within the jurisdiction, and in certain specified (but widely drawn) circumstances on a power to serve the defendant with process outside the jurisdiction. But the potential excesses of common-law jurisdictions are generally curtailed by the adoption of the principle of *forum non conveniens* - a self-denying ordinance under which the court will stay (or dismiss) proceedings in favour of another clearly more appropriate forum." Disponível em <https://publications.parliament.uk/pa/ld199798/ldjudgmt/jd980402/patel01.htm>, consultado aos 20 de maio de 2020.

doutrinária¹⁰ quanto jurisprudencialmente (veja-se STJ REsp 1.633.275-56 e STJ MC 15389 - RJ). Nos países de tradição romano-germânica, em geral, a lei determina a abrangência da jurisdição, cabendo ao magistrado sua interpretação e aplicação, sem realizar qualquer juízo de conveniência.

Nesse contexto, há dois sistemas de delimitação da jurisdição internacional: o *direto*, com regras específicas sobre o tema, e o *indireto*, dependente de uma dedução lógica a partir de considerações sobre as regras internas de distribuição das competências. Em outros termos: o sistema *direto* se configura nos casos em que o Ordenamento estatal positivo *estabelece as hipóteses nas quais os tribunais deverão conhecer das ações, deixando de fora tudo o que não tenha sido especificado*.¹¹ No sistema indireto, em crescente desuso em razão do incremento da consciência da importância do tema da jurisdição internacional, verifica-se o âmbito das competências internamente delimitadas e, não havendo cobertura para a questão em tela, presume-se a incompetência do juiz estatal.¹²

Cabe destacar que ambos os sistemas *presumem* a falta de jurisdição na ausência de indicação expressa do alcance do poder de julgar estatal (forma direta), ou da distribuição interna das competências dos tribunais (forma indireta). Não se presume, portanto, uma abrangência universal, mas, recatadamente, a cobertura daquilo que foi expressamente posto pelo legislador. Nessa sistemática, vale repetir, o juiz não avalia a oportunidade de conhecer e julgar a ação; limita-se a aplicar a regra legal que lhe atribui, ou não, poder sobre o caso.

Tanto o sistema brasileiro, quanto o português, optam pela delimitação direta da jurisdição internacional; ambos, também, são avessos às possibilidades de estender ou restringir seu alcance por meio de juízos de oportunidade dos magistrados. Essa proximidade estrutural é importante para uma abordagem comparada. Com efeito, há o compartilhamento de ao menos dois aspectos: (1) o pertencimento à tradição romano-germânica e (2) a presunção de que a jurisdição não pode ser estendida para além dos limites legalmente estabelecidos.

- 10 Posição isolada a de BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Da competência internacional e dos princípios que a informam. *Revista de Processo*, v. 50. 1988. P. 51-71. O autor defende, na vigência do CPC de 1973, a possibilidade de o juiz tanto rejeitar quanto prorrogar a jurisdição em razão de elementos de ordem prática. Em particular, § 12: "Resumindo, podemos dizer que, por força do princípio da efetividade, apesar de estar a causa compreendida em alguma das hipóteses do art. 88 do CPC, deverá o juiz dar-se por (internacionalmente) incompetente a) quando verificar que, em relação a ela, o Estado brasileiro é juridicamente indiferente e b) quando verificar que, em razão dos limites impostos à jurisdição nacional, não se possa garantir ao réu a observância do princípio da isonomia na aplicação das leis processuais."
- 11 LIEBMAN, Enrico Tullio. Os limites da jurisdição brasileira. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bestbooks, 2004. P. 12: "Pode-se, por exemplo, fazer uma determinação direta da extensão da jurisdição do próprio país, dispondo expressamente quais são as causas a elas sujeitas, excluindo, portanto, implicitamente, todas as outras." Nesse sentido, também BARBI, Celso Agrícola; SOUZA, Bernardo Pimentel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Lei n. 5.869, de 11 de Janeiro de 1973, 14ª ed, V. I. Rio de Janeiro: Forense, 2010. P. 301.
- 12 LIEBMAN, Enrico Tullio. Os limites da jurisdição brasileira. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bestbooks, 2004. P. 12: "[Quando] não [se] consigna qualquer disposição expressa sobre a matéria (...) os limites da jurisdição se deduzem mediatamente dos dispositivos legais sobre a competência territorial de cada um dos órgãos judiciários internos."

As diferenças das regras específicas, portanto, se evidenciam com maior clareza. Em termos metodológicos, isso facilita a verificação da hipótese da influência dos aspectos juseconômicos envolvidos no estabelecimento do regime dos pactos de jurisdição.

2.2. A DELIMITAÇÃO BRASILEIRA E PORTUGUESA DA JURISDIÇÃO INTERNACIONAL

É possível comparar os conjuntos normativos brasileiro e português a partir de três categorias gerais: (1) o estabelecimento do âmbito geral da jurisdição, (2) as hipóteses de jurisdição exclusiva e (3) as regras sobre litispendência internacional. Essa estrutura segue, *grosso modo*, a disposição do tema nos art. 88 a 90 do CPC brasileiro de 1973, praticamente inalterada no CPC vigente.

Tal análise prévia é importante para o tratamento dos pactos de jurisdição em virtude da identificação: (1) dos dispositivos que admitem a prorrogação da competência estatal em razão da vontade das partes, (2) das regras sobre a possibilidade de derrogar a jurisdição estatal e (3) das hipóteses gerais de competência, contra as quais a escolha pode se opor.

As regras sobre o *âmbito internacional da jurisdição estatal* se encontram nos Arts. 21, 22 e 23 do CPC brasileiro e Arts. 62 e 63 do CPC português. Optou-se, aqui, por incluir as regras sobre competência exclusiva em razão dessas terem, ao menos, dois efeitos: o de determinar positivamente a jurisdição sobre certas matérias e, ao mesmo tempo, impedir a eficácia no país do foro daquelas decisões estrangeiras no mesmo campo.

O Art. 62 do CPC português inicia o tratamento da matéria pela consagração de critérios similares ao da sistemática indireta, ao assentar a jurisdição nas "regras de competência territorial estabelecidas na lei portuguesa." No entendimento de Rui Moura Ramos:¹³

A jurisdição dos tribunais portugueses se poderá exercer, nas relações plurilocalizadas, quando se verificarem, em relação a Portugal, em cada uma das situações neles previstas, os vários elementos de conexão referidos nos artigos 70º a 81º do mesmo Código

Não é tecnicamente correto, porém, afirmar que a Lei portuguesa opte pela sistemática indireta: com efeito, a regulação se dá em dispositivo específico sobre a competência internacional e, portanto, afirma a extensão da jurisdição portuguesa sobre um conjunto de hipóteses, uma das quais não se refere a um elemento fatural diretamente identificado, mas encontrado mediante a avaliação do conjunto normativo referente à distribuição interna da competência

¹³ MOURA RAMOS, Rui Manuel. O Direito Processual Civil internacional nas recentes codificações portuguesa e brasileira. *Boletim da Faculdade de Direito*, v. 93, t. 2. 2017. P. 57-110. P. 66.

cia territorial. É, portanto, direta a delimitação da jurisdição internacional em Portugal. Inexiste, no Ordenamento brasileiro, regra similar.

A segunda hipótese do Art. 62 do CPC português aponta para a ocorrência em território português de fato que integre a ação. É semelhante à determinação do inciso III do Art. 21 do CPC brasileiro. São normas que reconhecem a importância da jurisdição onde ocorreu fato relevante para a ação, o que pode ter grande impacto no campo probatório, facilitando o delineamento dos fatos sem a necessidade de às vezes bastante complicada tarefa de produzir provas no exterior.

O Art. 62, c, por fim, indica duas hipóteses nas quais se abrem as portas para a apreciação pelo juiz da possibilidade de prorrogar a competência em razão (1) da impossibilidade de uma decisão obtida em juízo estrangeiro se tornar eficaz ou (2) houver dificuldade excessiva para a propositura no exterior. Em ambos os casos deve haver “um elemento ponderoso de conexão, pessoal ou real.” Trata-se da aceitação de um princípio da *necessidade* (*forum necessitatis*) avaliada, na primeira hipótese, com referência às normas estrangeiras sobre jurisdição e, na segunda, em face das circunstâncias concretas do autor da ação.¹⁴ Tal disposição não tem paralelo no CPC brasileiro, embora possa ser construída a partir da aplicação do Art. 5º. XXXV, da CF, conforme o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

As hipóteses dos incisos I e II do Art. 21 do CPC brasileiro não têm um correspondente na lei portuguesa, embora o primeiro caso, referente ao réu domiciliado no Brasil, seja amplamente coberto pela referência às normas de competência territorial interna feita pelo Art. 62, a.

No Brasil há, ainda, o conjunto de regras do Art. 22 do CPC, referentes a casos específicos de extensão da jurisdição brasileira. Para as ações de alimentos, facilitou o acesso do credor residente no Brasil aos tribunais locais, até em razão de sua vulnerabilidade, e buscou dar mais agilidade e eficácia às sentenças, aceitando a propositura no Brasil quando o réu for proprietário de bens ou titular de renda no país. Para relações de consumo, estendeu a jurisdição para que os consumidores domiciliados ou residentes no Brasil possam utilizar os tribunais locais em busca da concreção de seus direitos. Embora não exista tal limitação no texto do dispositivo legal, entendo não ser aplicável tal regra para relações jurídicas em que a oferta aceita pelo consumidor não foi feita no Brasil, pois não se configuraria, aí, base territorial para a extensão do regime consumerista brasileiro e, portanto, não haveria “relação de consumo” no sentido legal.¹⁵ Tratar-se-á a terceira hipótese do Art. 22 mais adiante, quando

¹⁴ MOURARAMOS, Rui Manuel. O Direito Processual Civil internacional nas recentes codificações portuguesa e brasileira. *Boletim da Faculdade de Direito*, v. 93, t. 2. 2017. P. 57-110. P. 67.

¹⁵ Nesse sentido, observe-se que há regulação legal da extraterritorialidade (1) ao caracterizar o estrangeiro como fornecedor (Art. 3º, caput) e (2) ao estabelecer a responsabilidade por fato do

se avaliar a possibilidade de prorrogar a jurisdição brasileira em razão da vontade das partes.

Dada a finalidade do capítulo, tratar dos pactos de jurisdição, optou-se por menção apenas breve às hipóteses de competência exclusiva. Estão, em Portugal, descritas no Art. 53 e se refere a (1) imóveis no país, (2) validade ou dissolução de pessoas jurídicas, (3) validade de inscrição nos registros realizados em Portugal, (4) execução de imóveis no território português e (5) insolvência e recuperação judicial de pessoas domiciliadas ou sediadas no país. As hipóteses do CPC brasileiro, Art. 23, são mais limitadas: (1) imóveis no país, (2) inventário e partilha em sucessão para os bens no Brasil e (3) divórcio, separação ou dissolução de união estável para partilha de bens no país.

Como bem se sabe, a *exclusividade* da jurisdição tem como principal consequência a vedação da produção de efeitos de sentenças estrangeiras no território e por meio dos tribunais estatais; eventualmente podem ser empregadas para a configuração do *forum necessitatis*. Além disso, nessas matérias não se admitirá a eficácia dos pactos derogatórios de jurisdição.

Por fim, Brasil e Portugal (Arts. 24 e 580º dos respectivos CPCs) não admitem a litispendência internacional ou, em outros termos, que a propositura de ação no exterior possa implicar o afastamento da jurisdição estatal. Excetuam-se, em ambos os Direitos, as disposições existentes em tratados internacionais. O Art. 980 do CPC português aponta, porém, para a possibilidade de invocar litispendência em ação de homologação de sentença estrangeira, a menos que a ação tenha se iniciado no tribunal estrangeiro antes do que em Portugal; há, assim, regime bastante diverso do brasileiro.

No caso brasileiro, é relevante o Código Bustamante, cujo Art. 394 estabelece a possibilidade de invocar litispendência para as causas cíveis.¹⁶ Há, aí, necessidade de duas observações técnicas: (1) o Código Bustamante produz efeitos apenas para os Estados Contratantes e, portanto, não se aplica à maior parte das operações internacionais brasileiras, e (2) a litispendência internacional se caracteriza se a sentença estrangeira puder ter força de coisa julgada no país o que, nos termos do próprio tratado, se refere às partes não executáveis das sentenças proferidas nos Estados Contratantes (Arts. 174 e 431).

No âmbito do Mercosul o Art. 22 do Protocolo de Las Leñas (Dec. 6.891/2009) prevê a denegação de execução a sentença estrangeira se houver, no país requerido, ação *pendente* entre as *mesmas partes*, sobre o *mesmo objeto* e que tenha sido iniciada antes da ação cuja sentença se deseja tornar eficaz; não im-

produto e serviço (Art. 12, *caput*). Como excepcionais à aplicação no território nacional, devem ser interpretadas restritivamente e, portanto, para fins da caracterização da imputabilidade e da responsabilidade apenas se e quando o fornecedor estrangeiro estiver na cadeia de oferta de bem ou serviço no mercado nacional.

16 BARBI, Celso Agrícola; SOUZA, Bernardo Pimentel. *Comentários ao Código de Processo Civil*: Lei n. 5.869, de 11 de Janeiro de 1973, 14ª ed, V. I. Rio de Janeiro: Forense, 2010. P. 307.

plica a oponibilidade de exceção de litispendência, mas cassa os efeitos de eventual procedimento estrangeiro iniciado posteriormente. O Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual (Dec. 2.095/1996) tampouco dispõe especificamente sobre a litispendência internacional.

Para Portugal o conjunto normativo de uniformização do processo civil é, sem dúvida, o Regulamento de Bruxelas I *bis*, válido para todos os Estados Membros da União Europeia. A temática da litispendência é regulada na Seção 9, Arts. 29º a 34º. A regra básica é a da prevalência do tribunal onde por primeiro se iniciou a ação, prevendo-se a suspensão do processo no tribunal posteriormente acionado até que se decida a respeito da competência do anterior; se a decisão for positiva, declara-se incompetente o segundo tribunal (At. 29º).

2.3. A PRORROGAÇÃO E A DERROGAÇÃO DA JURISDIÇÃO EM DECORRÊNCIA DO ASSENTIMENTO DAS PARTES: ANÁLISE COMPARATIVA

Para alguns Direitos a intenção das partes pode servir como elemento conectivo suficiente para pôr a causa sob o alcance de sua jurisdição. Também há os Ordenamentos atributivos do condão de, voluntariamente, derrogar a jurisdição nacional. Brasil e Portugal admitem ambos esses efeitos da vontade das partes sobre jurisdição: (1) um *positivo*, capaz de provocar a prorrogação da jurisdição e (2) um *negativo*, capaz de a derrogar. Observa-se no Direito brasileiro uma assimetria entre as hipóteses de prorrogação e derrogação da jurisdição, enquanto em Portugal se optou por tratar do mesmo modo os pactos atributivos e privativos de jurisdição.

No CPC brasileiro os efeitos positivos são regulados no Art. 22, III. Estabelece-se, aí, a possibilidade de submissão expressa ou tácita da causa à jurisdição brasileira. É regra bastante ampla e, em princípio, admite (1) ações sem qualquer vinculação com o Brasil, senão a vontade de submeter o caso a sua jurisdição e (2) ações sem qualquer elemento de plurilocalização. Embora não se trate de uma presunção de universalidade da jurisdição, admite-se, em tese, que qualquer causa cível do mundo possa ser levada aos tribunais brasileiros. Mais do que isso, ausente qualquer poder de apreciação da conveniência de conhecer do litígio mediante a adoção da regra de *forum non conveniens*, resta ao juiz apenas verificar se houve consentimento.

O consentimento pode ser expresso ou tácito. A primeira modalidade não enseja maiores dificuldades; pode ser consubstanciada em cláusula contratual ou em pacto separado; tampouco há qualquer exigência formal. A modalidade tácita é imaginada para situação do réu que contesta a ação sem atacar a eventual exceção do juízo, entendendo-se haver aceitação do foro,¹⁷ de modo si-

¹⁷ Nesse sentido, MOURA RAMOS, Rui Manuel. O Direito Processual Civil internacional nas recentes codificações portuguesa e brasileira. *Boletim da Faculdade de Direito*, v. 93, t. 2. 2017. P. 57-110. P. 75: "Revela[-se] aqui igualmente o princípio da autonomia da vontade, quer expressa

...AUSTO FORTALEZA C... 339

semelhante ao regulado no Art. 26 do Regulamento de Bruxelas I *bis*. A revelia não pode ser equiparada a aceitação tácita, até porque aí não há qualquer ato de vontade, como, já em 1974, foi deixado claro pelo STF.¹⁸

Por seu turno, o Art. 25 do CPC brasileiro estabelece a hipótese da possível derrogação da jurisdição. Trata-se de transformação legislativa recente, pois o regime do CPC de 1973 não atribuía ao consentimento das partes do contrato tais efeitos.¹⁹

A prorrogação da jurisdição brasileira era normalmente aceita, inclusive com fundamento na Súmula 335 do STF, *in verbis*: “é válida a cláusula de eleição do foro para os processos oriundos do contrato”. Anterior ao próprio CPC de 1973 e voltada à problemática da competência territorial interna, terminou por ser a panaceia dos contratos internacionais. Construiu-se, porém, jurisprudência sólida do STJ no sentido da impossibilidade de geração de efeitos derogatórios, como no voto da Min. Nancy Andrighi no REsp n. 498.835-SP (2003/0012233-9):

É vedado às partes, por vontade expressa em contrato, dispor sobre competência concorrente do juiz brasileiro.

Da mesma pena, nos EDcl nos EDcl no REsp n. 1.159.796-PE (2009/0203571-7):

A cláusula de eleição de foro estrangeiro 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 RO 114/DF (2011/0027483-8), decidido em junho de 2015, o Min. Raul Araújo aponta a soberania como razão e afirma:

A jurisdição, como exercício da soberania do Estado, é inderrogável e inafastável e, ainda que válidas, como na presente hipótese de competência internacional concorrente, as cláusulas que elegem foro alienígena em contratos internacionais não têm o poder de afastar a jurisdição brasileira. Entender de forma diversa, apenas porque as partes assim o pactuaram, significaria, em última análise, afronta ao postulado da soberania nacional.

¹⁸ (quando esta última se manifesta através de uma cláusula de eleição de foro) quer tácita (quando resulta da comprorência em juízo para contestar o mérito da pretensão do autor), que vemos ser objeto de amplo acolhimento no direito comparado. “STF, Homologação de Sentença Estrangeira n. 2114 – Estados Unidos da América. 4 de abril de 1974. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docIP=AC&docID=205445> consultado em 30 de abril de 2020.

¹⁹ Em decisão de novembro de 2015, já sob a vigência do CPC atual, mas tratando de contrato celebrado sob a lei de 1973, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu pela impossibilidade de derrogação da jurisdição brasileira com base no argumento da soberania nacional, *in verbis* (ementa): “É ineficaz a cláusula que exclui a jurisdição brasileira para julgar ação fundada em contrato cuja execução se deu no Brasil e as partes aqui são domiciliadas, porque a soberania nacional não pode ser objeto de convenção entre particulares, e há de se preservar a função social do contrato.” Decisão disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-111-soberania-nacional.pdf>, consultada aos 20 de maio de 2020.

Apesar de válida a cláusula de eleição de foro territorial para a causa originada de contrato entabulado entre sociedade empresária brasileira e o Estado estrangeiro, isso, por si só, não exclui a jurisdição brasileira concorrente para o conhecimento e julgamento de causa aqui aforada para discussão do contrato. A escolha contratual de um foro estrangeiro para dirimir o conflito decorrente do contrato não impede que seja também ajuizada a ação no Brasil, nos casos de competência concorrente.

O ambiente jurisprudencial brasileiro não era propriamente amistoso à ideia de que, sem previsão legal explícita, fosse possível derrogar a jurisdição brasileira.

Ora, o CPC vigente instituiu tal norma e, conseqüentemente, atribuiu à vontade das partes nos contratos a possibilidade de prever a exclusão dos tribunais brasileiros. Não obstante, trata-se de regra limitada (1) aos contratos internacionais (2) nos quais exista cláusula de eleição de foro estrangeiro (3) havendo exclusão expressa do foro brasileiro, ainda que pela expressão "qualquer outro foro" e para quando (4) a incompetência for arguida pelo réu na contestação. A interpretação meramente gramatical leva a crer que a revelia do réu implicaria a prorrogação da jurisdição brasileira, não sendo possível a verificação *ex officio* da derrogação.

O Direito português trata dos pactos atributivos e privativos da jurisdição no mesmo dispositivo, o Art. 94 do CPC. Exige-se, em primeiro lugar, a plurilocalização da relação jurídica controversa (n. 1), além de cinco requisitos cumulativos (n. 2): (a) ser sobre direitos disponíveis, (b) ser a causa aceita pela lei do tribunal indicado, (c) ser justificada por um interesse sério das partes, (d) não recair sobre matéria de competência exclusiva das cortes portuguesas e (e) estiver revestido de forma escrita. Admite-se tanto o pacto *exclusivo*, no qual se afastam os tribunais diversos do escolhido, quanto o *alternativo*, no qual não se afasta a jurisdição portuguesa; se houver dúvida, presume-se exclusiva a competência.

É importante observar o regime do Regulamento de Bruxelas I *bis*, que em sua Seção 7 (Arts. 25º e 26º) regula a extensão da competência em razão do consentimento das partes. No Art. 25º trata-se do pacto de jurisdição. Afirmam-se, aí, seus efeitos positivo e negativo, presumindo-se a exclusividade, salvo se expressamente afastada. Tal escolha da jurisdição pode ser afastada se o pacto for *substantivamente nulo* nos termos da lei do Estado cuja jurisdição foi prorrogada. Exige-se forma escrita, admitindo-se outra forma se consistente com a prática das partes ou, no comércio internacional, usos do setor. O pacto de jurisdição é autônomo, sendo tratado como "acordo independente" e cuja "validade (...) não pode ser contestada apenas com o fundamento de que o contrato não é válido." O Art. 26º trata do comparecimento do réu como hipótese

de prorrogação, exceto se este for às barras tendo "como único objetivo arguir a incompetência" ou houver competência exclusiva de outra corte.

A possibilidade de prorrogar a competência a partir do comparecimento ao foro é comum ao Direito Brasileiro e ao Regulamento de Bruxelas I *bis*; no CPC português não consta da hipótese geral do Art. 94°. Dado o regime relativamente restritivo da prorrogação da competência territorial interna, exigindo-se "convenção expressa" (Art. 95°), tampouco pode ser facilmente importada por meio da sistemática do Art. 62°, que emprega as regras de competência territorial interna como critério para a delimitação da jurisdição internacional.

Vistos esses aspectos, é possível organizar a análise da prorrogação e derrogação da competência mediante pacto entre as partes em torno de três elementos: (1) a exigência de a relação ser plurilocalizada, (2) o condicionamento da validade dos pactos à existência de vínculos substantivos com o foro e (3) a presunção da exclusividade do pacto.

Nem o Direito brasileiro, nem o Regulamento de Bruxelas I *bis*, exigem a plurilocalização da relação de fundo como pressuposto da possibilidade de prorrogação da jurisdição, ao contrário do Direito português, sendo a prorrogação condicionada a que "a relação controvertida tenha conexão com mais de uma ordem jurídica" (Art. 94°, 1). O Direito brasileiro, porém, exige a plurilocalização para possibilitar a geração dos efeitos derogatórios do pacto. Exige-se a *internacionalidade* do contrato e, apesar da indesejada imprecisão da expressão utilizada,²⁰ é indubitável a necessidade de, ao menos, um mínimo de plurilocalização para preencher a hipótese normativa. Nesse particular, lembrando que os regimes português e europeu são simétricos, a revogabilidade da competência no Brasil é condicionada à plurilocalização para o primeiro, mas não para o segundo.

Portugal condiciona a validade dos pactos de jurisdição à existência de relação com o foro escolhido por meio da presença de "interesse sério de ambas as partes." Não que se exija alguma conexão substantiva com o foro, sendo justificável, por exemplo, a busca de um juízo mais especializado. No Brasil, bem como no Regulamento de Bruxelas I *bis*, não existe tal exigência para quaisquer efeitos, positivo ou negativo.

Por fim, o Direito brasileiro, ao contrário do português e do europeu, não presume a exclusividade do pacto de jurisdição. É, decerto, posição pouco consistente com o que se possa esperar da vontade das partes, pois não é razoável supor que estas busquem preservar a insegurança de não saber em qual foro será proposta ação.

²⁰ COSTA, José Augusto Fontoura; SANTOS, Ramon Alberto dos. Contratos internacionais e a eleição de foro estrangeiro no Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 253. 2016.

3. DISCUSSÃO DOS REGIMES DE PACTO DE JURISDIÇÃO À LUZ DAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O INTERESSE DAS PARTES

A temática dos pactos de jurisdição se põe em uma linha de tensão entre as prerrogativas dos Estados soberanos e os benefícios da autonomia privada. Ao contrário das discussões nos campos do Direito Civil e Direito Comercial, eivados da autonomia privada e regidos por um amplo princípio da legalidade, a seara processual tende a se ater ao exercício do poder jurisdicional, um dos pilares essenciais da própria existência do Estado. Aí, portanto, reinam o poder e os interesses do ente soberano e qualquer concessão às picuinhas dos particulares decorre da vontade estatal, considerada sua própria conveniência.

Sobretudo em uma temática tão próxima da política, como a manifestação internacional das faculdades nacionais por meio da delimitação do campo de exercício do poder de julgar, a estrutura dos interesses dos particulares tende a ser desprezada. Ela poderá ser contrabalançada, decerto, pela prudência daqueles tarimbados na prática diuturna da advocacia ou da magistratura àqueles cuja visão das partes se debatendo em meio inúmeras dificuldades artimanhas dá ao processo uma dimensão mais humana e menos monumental. Desse ponto de vista, a importância dos pactos de jurisdição aflora com aspecto preferencial para discutir a relação entre os interesses privados e a fixação dos limites do poder estatal.

Interessante, nesse ponto, a reflexão de Enrico Tullio Liebman:²¹

O Estado não pode deixar de levar em conta a existência de outros Estados, que também têm seus órgãos jurisdicionais; e, além disso, não há razão alguma para que se interesse pelas controvérsias surgidas fora do âmbito de sua soberania, nem para submetê-las aos seus juízes, quando elas não dizem respeito à vida concreta e efetiva do país.

Adota-se, aqui, a perspectiva da conveniência do Estado, cujo eventual ímpeto de estender universalmente sua jurisdição encontra obstáculo no bom senso e na autocontenção. Em primeiro lugar, estão os outros Estados, cuja presença enseja tanto um eventual temor de ver as decisões desmoralizadas por ineficácia, quanto o respeito mútuo. Além disso, há o questionamento de qual seria o interesse de abranger causas sem vínculo substantivo com o campo de exercício de sua soberania e da vida concreta no país. Aí está expressa a conveniência e o interesse dos Estados.

E qual seria a relevância do interesse das partes expressamente manifestado em pacto de jurisdição?

O sistema brasileiro já foi bastante resistente à matéria. Embora aceite a prorrogação da sua própria jurisdição seguindo regras similares às da c

²¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, v. I, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, [1980]. P. 36.

petência interna, possivelmente como um resquício técnico da sistemática de determinação indireta, sempre foi algo mais restrito ao aceitar a revogação. Tal postura, outrora mais suave, se radicalizou no STJ e culminou com algumas decisões com o teor já transcrito. A postura de uma defesa radical e, por que não o dizer, excessiva da soberania nacional parece ter guarida em uma concepção relativamente segmentada do Direito, em que a palavra “jurisdição” soa muito alto, a ponto de não se ouvir os reclamos das práticas negociais concretas. Com a promulgação do novo CPC o pêndulo oscilou pelas mãos do Legislador e de alguma voz às partes.

Há críticas técnicas necessárias. Seria melhor, por exemplo, tratar dos efeitos de prorrogação da jurisdição em razão da vontade das partes em artigo separado, não como inciso do Art. 22, cujas duas primeiras hipóteses – ações de alimentos e de consumidores – se referem a tema completamente diverso, o ajuste das regras de jurisdição para acolher vulneráveis. Também beneficiária a clareza tratar separadamente da questão dos *pactos de jurisdição* e da *prorrogação por submissão voluntária*, essa por meio do comparecimento ao processo para contestar, sem excepcionar o juízo. Abordar especificamente cada hipótese se possibilitaria esclarecer legalmente o *status* do pacto de jurisdição, cuja natureza de disposição autônoma pode ser ameaçada por interpretações menos favoráveis à autonomia privada.

O tratamento da derrogação da jurisdição brasileira, no Art. 25, poderia ser melhorado. A menção a contratos internacionais é muito restritiva, sobretudo em face do amplíssimo campo de incidência da regra sobre prorrogação: por que apenas direitos *contratuais* e não outros *disponíveis*? Em particular, surge a questão da delimitação do âmbito das questões cobertas pelo pacto de jurisdição, pois é possível aludir em tal dispositivo não apenas matéria contratual, mas temas relacionados ao contrato, como elementos da responsabilidade pré ou pós-contratual, como, por exemplo, a discussão da natureza da *culpa in contrahendo*²² e a apuração da responsabilidade pelos danos decorrentes de um acidente provocado em razão do defeito do serviço contratado. Pela sistemática do CPC brasileiro, ao que parece, em tais temas não haveria eficácia derogatória por não se tratar de assuntos contratuais.²³

Além disso, a presunção de ser o pacto *alternativo* e não *exclusivo*, por seu turno, é manifestamente contraintuitivo e desconforme às diretrizes do Direito comparado e dos instrumentos internacionais de uniformização, como se observou em relação à lei portuguesa e ao Regulamento de Bruxelas I *bis*; do mes-

²² Sobre essa temática específica, veja-se MOURA VICENTE, Dário. *Culpa in contrahendo and the Brussels I bis Regulation*. MANKOWSKI, Peter (Org.). Londres: Elgar, 2020.

²³ Uma interessante discussão do assunto no Direito europeu em WINKLER, Matteo. Understanding claim proximity in the EU regime of jurisdiction agreements. *ICIQ*, v. 69. Abril de 2020. P. 431-449.

mo modo, a Convenção sobre Pactos de Escolha de Foro²⁴ (2005) esclarece que “um pacto de escolha de foro (...) deve ser considerada exclusiva a menos que as partes tenham disposto em contrário” (Art. 3, b).

No entanto, visto da perspectiva da Lei anterior, o reposicionamento brasileiro sobre os pactos de jurisdição e a prorrogação por submissão voluntária é indicativo de uma significativa aproximação às tendências mundiais e, sobretudo, ao reconhecimento da conveniência em se aceitar a vontade das partes. Como se observou na primeira parte deste capítulo, é de se esperar que partes racionais e interessadas no pleno cumprimento de seus contratos busquem identificar e escolher o foro mais adequado para solucionar suas controvérsias. Essa busca de adequação se pauta pela aferição dos custos de litigância e da qualidade das decisões, assim como pela óbvia vantagem de saber, desde o início, a qual corte serão submetidas eventuais controvérsias. São objetivos a serem protegidos e práticas a serem incentivadas em benefício tanto dos interesses privados, quanto do público.

Pressupõe-se, como discutido acima, a busca das partes pela maximização dos próprios benefícios e pela eficiência de suas transações. Por isso, na seara da autonomia privada, deixa-se ao alvedrio dos sujeitos a tomada das decisões e a realização das escolhas. A opção do Direito estatal por maximizar a liberdade das partes pode ser vista, desde a perspectiva econômica, como consistente com os objetivos públicos de incrementar a produtividade e, contanto, a riqueza. Não é, vista daí, uma escolha orientada por direitos naturais pressupostos, mas de objetivos bastante pragmáticos: promover uma vida mais farta ao mesmo tempo em que se aumenta a pujança e o poder do Estado. Ainda que marginalmente, a liberdade para escolher a jurisdição tende a gerar eficiência, inclusive incentivando a melhora dos serviços jurisdicionais públicos.

Há, porém, um limite importante. Considerando as assimetrias decorrentes da opção por uma jurisdição estatal – excessivamente cara para uma das partes – a própria eficiência se dilui em favor do maior poder de uma das partes, seja ele decorrente da força, da robustez econômica ou da habilidade de enganar. Ai faz sentido o eventual controle da abusividade. *O risco é confundir a proteção da eficiência e da justiça com a defesa da soberania nacional.* Argumentos em torno do poder do Estado facilita, a resistência excessiva em favor da jurisdição estatal.

Essa pode, inclusive, aparecer na forma de proibições e limitações vinculadas a hipóteses objetivas que *podem* conter o germe da iniquidade, mas igualmente albergam inúmeras escolhas legítimas e eficientes. Porque o pacto exclusivo só pode abranger matéria contratual? Porque precisa ser alegado na contestação? Não bastaria a revelia? Por que tão ampla assimetria entre a

²⁴ Disponível em <https://www.hcch.net/en/instruments/specialised-sections/choice-of-court>, consultada aos 21 de maio de 2020. A convenção está em vigor para 35 países, pertencentes a ambas tradições jurídicas ocidentais e distribuídos por América, Ásia e Europa.

hipótese de prorrogação (qualquer matéria, sem exigência formal e sem exigência de plurilocalização) e a de derrogação (só para matéria contratual, exigida forma escrita, presumida a alternatividade e exigida a plurilocalização)?

CONCLUSÃO

Não se deve esperar qualquer alteração da legislação em matéria de jurisdição internacional, inclusive sobre os pactos de jurisdição, em um futuro próximo no Direito brasileiro. Virá, agora, o período da formação da jurisprudência. Impossível prever quais serão os resultados, mas não deverá causar qualquer surpresa uma abordagem ainda conservadora, calcada na soberania e na defesa ferrenha da jurisdição brasileira; uma jurisprudência que busca até as menores brechas para afirmar uma visão de mundo claramente diversa da expressa pelo legislador. Precedentes recentes, contando na data da conclusão deste capítulo aproximadamente cinco anos de prolação, indicam esse caminho.

Não obstante, tampouco deveria ser surpreendente uma consagração de espaços mais amplos para a autonomia privada em matéria de escolha da jurisdição. Talvez juízes resolvam acelerar o movimento do pêndulo. Talvez a Fortuna resolva girar a roda da distribuição em outro sentido. Os esforços da advocacia, sem detrimento do dever de defender as partes representadas, tenderão a favorecer a liberdade das partes.

Os exemplos do Direito comparado, nomeadamente, aqui, o português e o europeu, facilitam divisar soluções diversas das adotadas pelo legislador. Abrem, também, aos olhos muitas perspectivas de observação capazes de mitigar excessos soberanistas; e fazer isso no próprio benefício do interesse público.

Destarte busca-se oferecer esta pequena homenagem, na forma de breves reflexões, ao grande Professor Rui Manuel Moura Ramos, cuja dedicação ao Processo Internacional gerou tantas contribuições inestimáveis para o Direito nos dois lados do Atlântico.

REFERÊNCIAS

- ARROW, Kenneth J. Uncertainty and the welfare economics of medical care. *The American Economic Review*, v. 53, n. 5. 1963
- BARBI, Celso Agrícola; SOUZA, Bernardo Pimentel. *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei n. 5.869, de 11 de Janeiro de 1973*, 14ª ed, V. I. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Da competência internacional e dos princípios que a informam. *Revista de Processo*, v. 50. 1988.
- BRIGGS, Adrian. *The conflict of laws*, 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- BROUSSEAU, Éric; GLACHANT, Jean-Michel. *New institutional economics: a guidebook*. Cambridge: CUP, 2008.
- COSTA, José Augusto Fontoura; SANTOS, Ramon Alberto dos. Contratos internacionais e a eleição de foro estrangeiro no Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 253. 2016.

- KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. Unpacking the court. *Yale Law Journal*, v. 96, 1986.
- LAFFONT, Jean-Jacques; MARTIMORT, David. *The theory of incentives: the principal-agent model*. Princeton: Princeton University Press, 2002.
- LAFFONT, Jean-Jacques; MARTIMORT, David. *The theory of incentives: the principal-agent model*. Princeton: Princeton University Press, 2002.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, v. I, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005 [1980].
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Os limites da jurisdição brasileira. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bestbooks, 2004.
- MNOOKIN, R. H; KORNHAUSER, Lewis. Bargaining in the shadow of law: the case of divorce. *The Yale Law Journal*, v. 88, n. 5, 1979.
- MOURA RAMOS, Rui Manuel. O Direito Processual Civil internacional nas recentes codificações portuguesa e brasileira. *Boletim da Faculdade de Direito*, v. 93, t. 2, p. 57-110, 2017.
- MOURA VICENTE, Dário. *Culpa in contrahendo* and the Brussels I bis Regulation. MANKOWSKI, Peter (Org.). Londres: Elgar, 2020.
- SIMON, Herbert A. *The sciences of the artificial*, 3ª ed. Cambridge (MA): MIT Press, 1996.
- WINKLER, Matteo. Understanding claim proximity in the EU regime of jurisdiction agreements. *ICLQ*, v. 69. Abril de 2020.