

FORUM SHOPPING:

A ESCOLHA DA JURISDIÇÃO MAIS FAVORÁVEL

SOLANO DE CAMARGO

telecto

potestativo do autor) ou em sua temeridade (como abuso processual), a escolha da jurisdição parece interligar-se com a teoria dos jogos, ao levar em conta a opção estratégica – ou tática – que melhor potencialize o resultado pretendido pelo autor,²⁷ este sim, de cunho econômico. Porém, para maximizar esse mesmo resultado, o demandante deverá levar em conta as decisões que podem ser tomadas pela outra parte, dentro de um contexto estratégico de modelos complexos,²⁸ que passará pela possível escolha de uma jurisdição²⁹ por qualquer dos litigantes. Dessa maneira, uma breve análise da teoria nos jogos pode auxiliar na compreensão do fenômeno do *forum shopping*.

Por fim, analisaremos alguns exemplos *forum shopping* reconhecidos na doutrina e na jurisprudência estrangeiras, buscando entender as razões que levaram à escolha daquele foro.

²⁷ Nicholas Mercurio e Steven Medema afirmam que as relações jurídicas governam a sociedade e afetam diretamente o resultado econômico, alterando a estrutura de incentivos (MERCURIO, Nicholas; MEDEMA Steven G. *Economics and the Law*. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 21).

²⁸ DIXIT, Avinash K.; SKEATH, Susan. *Games of strategy*. 2. ed. New York: W. W. Norton, 2004, p. 20.

²⁹ BASSETT, Debra Lynn. The forum game. *North Carolina Law Review*, Chapel Hill, NC, v. 84, p. 373, 2006.

CONSIDERAÇÕES GERAIS

A sociedade contemporânea tem pressa e clama por resultados imediatos, instantâneos e perceptíveis. O Direito Internacional Privado evolui sob solavancos, colidindo entre as regras de conflito estatais, o desenvolvimento humano e o comércio internacional.¹

Da realidade social contemporânea emergem enormes desafios. Considerando-se a economia, a ciência, a medicina e a cultura, além de outros fatores como as correntes migratórias, os problemas ambientais e até mesmo o terrorismo, percebe-se a necessidade de ações que não se atêm às fronteiras entre os Estados.²

A criatividade humana, individual ou coletiva, e suas respectivas crises episódicas, tem impulsionado a sociedade em avanços significativos.

Em 1861, Savigny saudava que quanto mais numerosas e ativas fossem as relações entre os povos, menos poderia se impor aos juízes de um Estado que aplicassem exclusivamente seu próprio direito nacional. Todos deveriam ser iguais perante os tribunais do foro, sejam as partes nacionais e estrangeiras. E sendo concretizada essa, não só a justiça seria acessível a todos, indistintamente, mas também nos conflitos de leis “a

¹ JAYME, Erik. Formação progressiva do Direito Internacional Privado por parte dos juízes: a experiência americana e alemã até 1986. *Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito – PPGDir/UFRRGS*, v. 1, nº 1, p. 69-93, mar. 2003.

² HÖFFE, Olífrid. *A democracia no mundo de hoje*, cit., p. 7.

decisão tomada sobre a relação jurídica seria sempre a mesma, qualquer que fosse o Estado em que a sentença tivesse sido pronunciada”.³

Embora a profecia de Savigny ainda pareça distante, é bem verdade que grande parte dos sistemas jurídicos tem dado guarida às pretensões processuais dos estrangeiros. E dentro desse arcabouço, os juristas também estabelecer os mecanismos mínimos para que as especificidades de cada sistema jurídico sejam respeitadas ou readaptadas à evolução da sociedade, dentro da gradação valorativa denominada ordem pública universal.⁴

Se a sociedade contemporânea tem pressa, do ponto de vista jurídico, a premência de resultados traduz-se na busca da efetividade dos mecanismos judiciais. São as tendências voltadas à instrumentalidade do processo que traduzem sua efetividade.⁵

Como em várias outras situações da vida cotidiana, a efetividade processual pode, num determinado momento, assunto ou circunstância, estar no estrangeiro. E toda a decorrência jurídica que deriva dessa escolha pertine ao estudo do direito internacional.⁶

Forum shopping foi a nomenclatura utilizada pelos juristas do *common law* para definir a escolha, dentre várias jurisdições passíveis de serem exercitadas, aquela de preferência do demandante, levando-se em conta as mais diversas premissas.

A escolha da melhor jurisdição, conforme aponta a doutrina estrangeira, não parece ser uma espécie de zona desmilitarizada (ou neutra), mas, ao contrário, parece compor um palco de grandes paixões, quer em defesa, quer em condenação ao *forum shopping*.⁷

³ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema do direito romano atual*. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 49.

⁴ DOLLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1979. p. 13.

⁵ Ver, por todos: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

⁶ GOLDSCHMIDT, Werner. *Sistema e filosofia del derecho internacional privado*. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952. v. 3, p. 68.

⁷ OPESKIN, Brian. The price of forum shopping: a reply to Professor Juenger. *Sydney Law Review*, v. 16, nº 1, p. 14-27, Mar. 1994.

O tema da escolha da jurisdição mais favorável e as questões que o circundam têm sido debatidas há várias décadas no exterior, muitas vezes de maneira eloquente, não tendo merecido o mesmo tratamento pela doutrina brasileira, carecendo de uma sistematização.

Essa é a proposta do presente trabalho.

De início, entendemos adequado inserir o *forum shopping* no âmbito da jurisdição ao invés da competência,⁸ na medida que a aplicação do instituto se refere, o mais das vezes, à propositura de demandas em jurisdições outras que não a de uma das partes, bem como os efeitos daí decorrentes (como a litispendência, conexão, coisa julgada internacional e o processo de recepção de seus efeitos no estrangeiro).

De uma forma diversa da utilizada nos Estados do *common law* e da União Europeia, parte expressiva da jurisprudência brasileira tem usado o termo *forum shopping* para as hipóteses em que um demandante tenha duas ou mais opções geográficas a sua disposição, dentro do território brasileiro, como possíveis foros competentes. Especificamente, a jurisprudência nacional⁹ tem apontado como exercício de *forum shopping* as opções entre diversos foros nacionais potencialmente competentes, como, por exemplo, nos casos envolvendo relações de consumo.¹⁰

⁸ MALLOY, Richard. *Forum shopping? What's wrong with that?*, cit., p. 25-62; CHUAN, Chester S., *Offensive venue: the curious use of declaratory judgment to forum shop in patent litigation*, cit., p. 1.065-1.114; ZYWICKI, Todd J., *Is Forum shopping corrupting America's Bankruptcy Courts?*, cit., p. 1.141-1.195; JUENGER, Friedrich K., *What's wrong with forum shopping?*, cit., p. 5-13; CLERMONT, Kevin M.; EISENBERG, Theodore, *Exorcising the evil of forum shopping*, cit., p. 1507-1535; e ALGERO, Mary Garvey, *In defense of forum shopping: a realistic look at selecting a venue*, cit., p. 79-112.

⁹ Por exemplo: AI nº 70054370028 (TJRS). Nesse e em mais de 1.000 precedentes encontrados apenas na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, encontra-se o excerto: “Por outro lado, ainda mais importante, a escolha do Estado da Federação em que ajuizar a demanda poderá refletir burla do princípio do juiz natural, pois, conhecendo o advogado a orientação jurisprudencial dos juízes e desembargadores de um determinado Estado, poderia ele estar inclinado a escolher o foro mais conveniente para o ajuizamento da demanda (fenômeno esse que, nos Estados de *Common Law*, é conhecido pela expressão *forum shopping*)”. Também em análoga posição: AGR nº 7.166 (TJMS); AI nº 912.335-7 (TJPR); etc.

¹⁰ Por ser considerada a parte hipossuficiente da relação jurídica de consumo, o consumidor tem a faculdade de escolher o foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o

Porém, nesse caso específico, tratam-se de escolhas de competência, e não de jurisdição.

Jurisdição, para Chiovenda, é a função estatal cujo propósito é a atuação da vontade concreta da lei, onde se substitui a atividade de particulares ou de órgãos públicos, pela atividade de outros órgãos, sejam eles estatais ou arbitrais, “já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la praticamente efetiva”.¹¹ Dinamarco aponta que o conceito moderno de jurisdição é uma expressão do poder estatal, uno e indivisível; é a capacidade de *decidir e impor decisões*.¹²

Todos os juízes exercem a jurisdição, mas a exercem numa certa medida, dentro de determinados limites. No dizer de Athos Gusmão Carneiro, tais juízes são “competentes” somente para processar e julgar determinadas causas. A competência, assim, é a medida da jurisdição.¹³ Liebman se referiu à competência como a quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão, ou seja, a “medida de jurisdição”.¹⁴ A competência determina em que casos e com relação a que controvérsias tem cada órgão em particular o poder de emitir provimentos, ao mesmo tempo que delimita abstratamente o conjunto de controvérsias que lhe são atribuídas.¹⁵

Dessa forma, ao optar por propor uma ação no Brasil, ao invés da França ou do Japão, na hipótese em que tenha tal prerrogativa, o deman-

dano, ou do seu próprio domicílio, conforme a norma jurídica disposta nos artigos 93, I, e 101, I, do CDC.

¹¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução da 2.ª edição italiana por J. Guimarães Menegale; acompanhada de notas pelo prof. Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1943. v. 1, p. 15.

¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litiscôngrio*. 5.ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 41.

¹³ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*: exposição didática, área do direito processual civil, cit., p. 61.

¹⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 55.

¹⁵ José Roberto dos Santos Bedaque afirma que os órgãos jurisdicionais são dotados de idênticos poderes para o pleno exercício da função que lhes foi atribuída, de maneira que a competência não representa a quantidade de jurisdição conferida a cada órgão, mas sim os limites impostos ao exercício válido e regular do poder jurisdicional. A competência legítima o poder, pelo órgão jurisdicional, em processo concretamente considerado (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Competência: aspectos teóricos e práticos. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, v. 25, nº 84, p. 91, dez. 2005).

dante estará optando pela jurisdição brasileira, ao invés da jurisdição francesa ou japonesa, e tal prerrogativa (e seus efeitos) interessa ao Direito Internacional Privado. Via de consequência, tendo escolhido qualquer dessas jurisdições, e lhe sendo possível optar por dois ou mais juízos internos (tais como a paulista ou a carioca, no caso brasileiro; de Paris ou Lyon, no caso francês; ou de Tóquio ou Yokohama, no caso japonês), estará o demandante optando pelo foro dentro de diversas competências internas (e não de jurisdição, que é uma em cada um dos Estados), cujo escopo está no âmbito do processo civil interno de cada Estado.

Qualquer confusão entre essas atividades (jurisdição e competência) desaparece quando se coloca a questão pela ótica do poder do Estado, como faz Cândido Dinamarco. Inerente à própria existência do Estado, esse poder representa a capacidade de impor suas decisões, sendo exercida em conformidade com os objetivos específicos que pretenda alcançar. Destarte, a jurisdição, a administração e a legislação representam as diversas expressões desse mesmo poder, diferenciando-se, pois, não ontologicamente, mas apenas em razão das funções exercidas pelo Estado. Em outras palavras, a diferença reside na variedade de funções “que o Estado tem por suas e que projetam reflexos de suas próprias peculiaridades na forma, características e disciplina positiva do exercício do poder enquanto voltado a cada uma delas”.¹⁶

O Estado, antes de transferir o poder jurisdicional¹⁷ aos órgãos que irão exercê-lo, define seus contornos, o conteúdo e a extensão desse mesmo poder, que muitas vezes se chocam com o de outros Estados que compõem a comunidade internacional.¹⁸

O Novo Código de Processo Civil regula, em seus artigos 21 a 25, a denominada jurisdição internacional. Arruda Alvim, ao tratar dos artigos 88 e 89 do Código de Processo Civil de 1973 (em vigor até 16 de março de 2015), esclareceu que o Estado busca “definir o poder, da jurisdição

¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, cit., p. 160.

¹⁷ MARCATO, Antonio Carlos. Breves considerações sobre jurisdição e competência. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, nº 56, 1 abr. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2923>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

¹⁸ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; JUBILUT, Lilliana Lyra. *Direito Internacional Privado*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 50.

nacional, e congruentemente a dos estrangeiros, no sentido de saber se uma dada causa está ou não submetida à jurisdição nacional; e, em caso positivo, se há jurisdição concorrente das jurisdições estrangeiras, ou se é exclusiva a da jurisdição nacional”.¹⁹

A dificuldade em se distinguir jurisdição de competência agrava-se justamente na conceituação de “competência internacional”, terminologia que se deve, na visão de Hélio Tornaghi, a uma “convenção tácita” entre os autores de Direito Internacional Privado e de processo civil²⁰ durante a maior parte da história jurídica brasileira, alterada apenas com a vigência do Novo Código de Processo Civil de 2015. Não importando qual tenha sido o elevado propósito que inspirou o legislador a adotar a expressão “competência internacional” no Código de Processo Civil brasileiro de 1973, nos artigos 88 e seguintes, é importante observar a advertência de Gaetano Morelli quanto à possível ocorrência de analogias equivocadas²¹ entre jurisdição e competência.

Conforme Mário Guimarães, “a jurisdição é um todo. A competência, uma fração. Pode um juiz ter jurisdição, sem competência. Não poderá ter competência sem ter jurisdição”.²²

A expressão “competência de jurisdição”, portanto, é obviamente incorreta,²³ na medida que – no dizer de Liebman – competência é a “medida de jurisdição”. E essa expressão foi adotada até a vigência do NCPC de 2015, como acentuam Cintra, Pellegrini e Dinamarco, na falta de outra melhor.²⁴

¹⁹ ARRUDA ALVIM, José Manuel de. Competência internacional. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, nº 7/8, p. 24, jul./dez. 1977. No mesmo sentido: ARMELIN, Donald. Competência internacional. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, nº 2, p. 131-158, abr./jun. 1976.

²⁰ TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 1 a 153. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. v. 1, p. 302.

²¹ MORELLI, Gaetano. *Derecho procesal civil internacional*. Buenos Aires: EJEA, 1953. p. 86.

²² GUMARÃES, Mário. *O juiz e a função jurisdiccional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 56.

²³ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência: exposição didática*, área do direito processual civil, cit., p. 79.

²⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, cit., p. 237.

Em síntese, competência delimita a jurisdição. Reconhece-se ao Estado um amplo poder de dizer o direito (*juris dictio*) que, em princípio, é ilimitado: “[...] es concebible en abstracto que el Estado ejerza ilimitadamente su propia jurisdicción; es decir, que la ejerza respecto de la composición de todas las litis posibles, aun de las que no están en modo alguno vinculadas con él”.²⁵

Forum shopping, para efeitos desta obra, está ligado ao conceito de jurisdição. Especificamente, à escolha da jurisdição mais favorável ao demandante, seja ela nacional ou estrangeira, de acordo com o sentido que é atribuído ao instituto pela doutrina do *common law*, de onde é originário.

Uma possível explicação para o uso da terminologia *forum shopping* nas opções de foro dentro do âmbito de uma mesma jurisdição parece advir do uso da expressão nos Estados Unidos. Em linhas gerais, no âmbito do *common law*, utiliza-se o conceito de *jurisdiction* para todo o poder estatal aplicado em sentido amplo e que inclui, inclusive, o conceito de *adjudicatory authority* e *competence*.²⁶

Como se verá com mais vagar ao longo deste trabalho, o fato de o termo *forum shopping* ser amplamente utilizado pela doutrina e pela jurisprudência norte-americana também em lides nacionais e isso não parece transmutar o conceito original do instituto, nascido na tradição do Reino Unido, e que leva em conta litígios transnacionais. A organização processual dos Estados Unidos faz com que seus cinquenta Estados possuam normas de direito material e processual próprias, dentro de seu regime federativo descentralizado, com a possibilidade de julgamentos civis por tribunais de júri ou juízes togados. Além dos julgamentos nos sistemas estaduais, existem ainda foros de competência específica e restrita (em razão da matéria), ou genérica e ampla, além da sobreposição de cortes federais e estaduais²⁷ para determinados assuntos em

²⁵ MORELLI, Gaetano, *Derecho procesal civil internacional*, cit., p. 85.

²⁶ “In common law countries, the term ‘jurisdiction’ is most commonly used to describe the various forms of judicial authority. In civil law countries, the term ‘competence’ is preferred” (SMIT, Hans. Common and civil law rules of in personam adjudicatory authority: an analysis of underlying policies. *International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge, v. 21, nº 1, p. 335, 1972).

²⁷ SIMOWITZ, Aaron D. A U.S. perspective on forum shopping, ethical obligation, and international commercial arbitration. In: FERRARI, Franco (Ed.). *Forum shopping in*

comum,²⁸ além da tradição do *civil law* no Estado da Luisiana. Assim, a doutrina americana se refere à *state jurisdiction* no mesmo sentido que a tradição processual brasileira e suas raízes romano-germânicas se referem à competência.²⁹

Dessa forma, este trabalho parte da premissa de que o *forum shopping* é um fenômeno que se relaciona ao Direito Internacional Privado e aos conflitos de jurisdições³⁰ e não ao direito interno e seus conflitos de competência, como erroneamente tem sido apontado por parte da doutrina e jurisprudência brasileiras.³¹

the international commercial arbitration context. Munich: Sellier European Law Publishers (SELP), 2013. p. 1-21.

²⁸ Parece haver uma similaridade de conceitos entre jurisdição e competência no vocábulo *jurisdiction*, de acordo com o direito processual dos Estados Unidos. Sobre o uso indiscriminado do termo “jurisdição”, ver: SMIT, Hans. The terms jurisdiction and competence in comparative law. *American Journal of Comparative Law*, Berkeley, v. 10, nº 1, p. 164-169, 1961.

²⁹ “In addition to choices between federal courts and state courts, another consideration in the forum selection process is whether more than one state provides a potential forum. In some cases, a litigant may be able to satisfy subject matter jurisdiction, personal jurisdiction, and venue prerequisites in more than one state, thereby providing a choice between (or among) courts in different states. Subject to subject matter jurisdiction, personal jurisdiction, and venue limitations, the litigant may have choices between state courts in different states, between federal courts in different states, or between (or among) a patchwork of options involving both federal and state courts” (BASSETT, Debra Lynn, *The forum game*, cit., p. 337).

³⁰ Em igual sentido, Vera Maria Barrera Jarahy (*Do conflito de jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira*, cit., p. 37), que é citada textualmente por Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (*Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2008. v. 2, p. 116), que parecem ter mudado de opinião posteriormente, ao estender o conceito a conflitos de competência no âmbito da jurisdição brasileira (vide nota seguinte).

³¹ Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti utilizam-se da conceituação dada por Vera Jarahy ao *forum shopping* e, a partir dali, tentam uma teoria voltada à fixação da competência para as ações coletivas, pela descrição jurisprudencial negativa, isto é, a partir da assimilação da doutrina do *forum non conveniens* pelo direito pátrio. Para isso, os autores inculcam como *forum shopping* qualquer escolha de foro por parte do demandante, inclusive envolvendo competências exclusivamente nacionais concorrentes, e afastando-se das origens do instituto no Direito Internacional Privado (DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETTI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 6.

1.1 A TEORIA DO CONFLITO DE JURISDIÇÕES

Com bem disse Fragistas, não é importante saber se o litígio encontra-se na competência da categoria A ou da categoria B dos tribunais de um Estado, ou se deve ser julgado por este ou aquele juiz nacional. Trata-se de determinar se um litígio em concreto, resultante de uma relação internacional, deve ou pode ser examinado pela Justiça do Estado A ou B.³²

Como já se afirmou, o estudo do conflito de jurisdições é matéria pertinente ao Direito Internacional Privado.³³ Embora alguns entendam que o tema pode ser tratado no âmbito do direito internacional processual³⁴, a peculiaridade do tema parece levar a um tratamento diferenciado.

A estrutura das normas destinadas à solução do conflito de jurisdições não é a mesma daquelas que se propõem a resolver o conflito de leis materiais. As primeiras são normas negativas, que afastam ou aprovam a jurisdição estrangeira, e não se prestam a impor a matéria a determinada jurisdição (portanto, essa é mais uma razão para que o *forum non conveniens* seja considerado uma instituição desconhecida no direito brasileiro). Por outro lado, o conflito de leis materiais se dá a partir dos elementos de conexão, pela aplicação do método do Direito Internacional Privado.

Conforme aponta Dolinger, embora haja várias concepções sobre os objetos do Direito Internacional Privado, a corrente predominante distingue o conflito de jurisdições como uma delas, tratando de definir a competência do Poder Judiciário ou do tribunal arbitral na solução dos

ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2011. v. 4, p. 117). Esse uso equivocado da expressão *forum shopping* foi admitido por Pablo Slonimski (*Forum shopping*. Buenos Aires: Fabián J. di Plácido Editor, 2008), para tratar da manipulação de competências criminais na Argentina, para favorecimento de réus. Neste caso, o autor faz uma *mea culpa* pelo uso equivocado, com o declarado propósito de chamar a atenção para a denúncia de que trata sua obra.

³² FRAGISTAS, Charalambos N. La compétence internationale en droit privé. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, v. 104, nº 3, p. 167, 1961.

³³ JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do conflito de jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira*, cit., p. 13.

³⁴ GOLDSCHMIDT, Werner. *Sistema e filosofia del derecho internacional privado*, cit., v. 3, p. 68.

conflitos “que envolvem pessoas, coisas ou interesses que extravasam os limites de uma soberania”.³⁵

No caso específico do conflito de jurisdições, o demandante pode ter a prerrogativa de optar por uma ou outra jurisdição, ou ainda por ambas, como na hipótese do artigo 24 do NCP, que afasta os efeitos da litispendência internacional. Neste caso, o réu terá que se submeter a tais escolhas.³⁶ Porém, como bem apontou Barbosa Moreira ao se referir à redação do artigo 90 do CPC de 1973, repetida no artigo 24 do NCP, o legislador brasileiro cometeu um equívoco conceitual ao negar que exista litispendência internacional no sistema jurídico brasileiro. Na verdade, o sentido da norma foi o de afastar os efeitos da litispendência internacional no país, e não negar sua existência.³⁷⁻³⁸

Outro ponto que merece relevo é a atual fase de multiplicação das questões processuais internacionais e cooperacionais entre os Estados, de forma que o Direito Internacional Privado tem rapidamente passado de um ramo estritamente acadêmico para um Direito Internacional Privado real, nas palavras de Diego Arroyo.³⁹

³⁵ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*: parte geral. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986. p. 2.

³⁶ BASSO, Maristela; CARVALHO, Patrícia Luciane de (Orgs.). *Lições de direito internacional*: estudos e pareceres de Luiz Olavo Baptista. Curitiba: Juruá, 2008. p. 188.

³⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Problemas relativos a litígios internacionais, in *Temas de direito processual*: quinta série, cit., p. 144.

³⁸ Gustavo Monaco considera que o termo litispendência internacional pode levar a uma contradição em termos. Ao se considerar a jurisdição um atributo do Estado (pelo pressuposto weberiano da legitimidade), toda jurisdição exercida em qualquer esfera provém originariamente do próprio Estado. Logo, ao se tratar de processos movidos em diversos Estados, sejam eles coincidentes ou não, haveria uma contradição em se considerar a ocorrência de litispendência internacional, pelo fato de que cada Estado exercia sua própria jurisdição, não havendo como ocorrer “pendência de lides” em jurisdições estrangeiras autônomas (MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Le droit applicable par la Cour: une question de droit international public ou de droit international privé harmonisé? In: COLLOQUE: UNE COUR CONSTITUTIONNELLE INTERNATIONALE AU SERVICE DU DROIT DÉMOCRATIQUE ET DU DROIT CONSTITUTIONNEL, 16 e 17 de junho de 2015, Rabat, Marrocos. Inédito).

³⁹ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional en vistas de su reglamentación interamericana. In: PICANID ALBONICO, Eduardo; LLANOS MANSILLA, Hugo (Coords.). *Estudios de derecho internacional*: libro homenaje al profesor Santiago Benadara. Santiago de Chile: Livrotécnica, 2008. v. 2, p. 294.

1.2 CONFLITO DE JURISDIÇÕES E DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Conforme definição de Serpa Lopes, o conflito de jurisdições envolve três subespécies: (a) a competência do órgão julgante de um determinado Estado em face de outros; (b) a norma processual, como o rito da ação; e (c) a eficácia da sentença estrangeira.⁴⁰

Em 1947, Valladão sugeriu que “o melhor caminho, tipicamente de Direito Internacional público”, seria a celebração de um acordo convencional entre os vários Estados, onde se estabeleceria “uma lei uniforme sobre competência judiciária, levando à supressão de tais conflitos [de jurisdição], igualando as várias leis internas da matéria”.⁴¹

Passados mais de sessenta anos dessa afirmação, e tendo sido celebradas diversas convenções sobre tais matérias (como os Protocolos de Las Leñas, Ouro Preto e Buenos Aires, no Mercosul, e o Regime Bruxelas-Lugano, na União Europeia), o problema do conflito de jurisdições é hoje mais presente do que nunca.

Mesmo que todos os Estados celebrassem acordos prevendo as regras de jurisdição internacional aplicáveis entre si, ainda assim haveria discussões sobre os elementos de conexão aplicáveis a cada ordenamento; se no Brasil a capacidade da pessoa é regida pela lei do domicílio (art. 7º da LINDB), na França a capacidade é regida pela lei da nacionalidade (“Article 3º. *Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger*”).

E, ainda que os elementos de conexão estivessem em sintonia, ainda assim há possibilidade de controvérsia oriunda da qualificação do instituto jurídico controvertido. São clássicos os exemplos de Bartin sobre o *Caso Bartholo* ou a sucessão do maltês; o testamento hológrafo do holandês; e o casamento do grego ortodoxo.⁴²

⁴⁰ LOPES, Miguel Maria Serpa. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. v. 3, p. 75.

⁴¹ VALLADÃO, Haroldo. Da competência judiciária no Direito Internacional Privado. In: _____. *Estudios de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1947. p. 7.

⁴² DOLINGER, Jacob, *Direito Internacional Privado*: parte geral, cit., p. 365.

Também existem questões relacionadas à recepção da norma jurídica como direito ou como fato,⁴³ a aceitação ou não do reenvio a outra lei, determinada pela *lex causae*, e o respeito à ordem pública, nos termos do artigo 17 da LINDB.⁴⁴

Gustavo Monaco acrescentou o filtro de constitucionalidade da lei estrangeira, que deve ser realizado duplamente: tanto pelos modelos de controle vigentes no Estado do foro (*lex fori*) como pela análise do sistema jurídico do Estado cuja lei se vê aplicada por determinação das regras de conflito (*lex causae*).⁴⁵

Ainda existe a problemática da autonomia da vontade, trazida por Dumoulin, com suas várias implicações. Segundo Strenger, os caminhos teóricos pelos quais transita o princípio da autonomia da vontade são tortuosos, cheios de altos e baixos, suscetíveis, com maior ou menor intensidade, às fixações doutrinárias ligadas às vicissitudes do processo histórico, influenciando as legislações e a jurisprudência.⁴⁶

Vera Jarahy incluiu na eleição de foro, a cláusula de arbitragem, o *forum shopping* e o *forum non conveniens* como questões processuais inicialmente ligadas à teoria do Direito Internacional Privado, visto ser o direito tutelado, em última análise, o interesse individual nas relações internacionais.⁴⁷

Por fim, devem-se segregar os conflitos positivos de jurisdição dos negativos. Há um *conflito positivo de jurisdição* na hipótese de que uma ação possa ser instaurada em diversas jurisdições ao mesmo tempo.⁴⁸ E

⁴³ Vera Maria Barrera Jarahy afirma que os tribunais brasileiros já resolveram a questão desde o RE nº 93.131 (*Do conflito de jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira*, cit., p. 14).

⁴⁴ RODAS, João Grandino. *Direito Internacional Privado brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 52.

⁴⁵ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Controle de constitucionalidade da lei estrangeira*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 139.

⁴⁶ STRENGER, Irineu. A autonomia da vontade como suporte do sistema civilista e Direito Internacional Privado e direito interno. *Boletim Científico da Escola do Ministério Público da União*. Brasília, v. 3, nº 10, p. 70, jan./mar. 2004.

⁴⁷ JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do conflito de jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira*, cit., p. 15.

⁴⁸ No dizer de Antonio Boggiano, “síndrome da competência internacional múltipla”⁴⁹ ou “conflito jurisdicionalmente multinacional” (BOGGIANO, Antonio. *Curso de derecho*

há um *conflito negativo de jurisdição* quando todos os Estados envolvidos na relação jurídica material consideram-se incompetentes para conhecer do litígio, denegando-se justiça às partes litigantes.⁴⁹

1.3 NORMAS DELIMITADORAS DA JURISDIÇÃO

As normas delimitadoras de jurisdição, tanto de direito internacional propriamente dito – derivada de princípios, costumes ou de tratados –, como de direito interno, formuladas pelas normas locais, desempenham a mesma função, ou seja, marcam os limites do exercício do poder jurisdicional de um Estado, de modo a solucionar o conflito de jurisdições.⁵⁰ Em função desse controle, o exercício da autonomia da vontade fica condicionado à esfera de atuação que lhe é assegurada pelo próprio poder oriundo da regulação, quer seja o tratado, quer seja a norma interna do Estado.

As fontes delimitadoras da jurisdição são a fonte interna e a fonte externa, esta última derivada dos tratados. No primeiro caso, as normas processuais de cada sistema jurídico determinam as diretrizes, sejam elas implícitas, como no sistema do *common law*, sejam elas explícitas, como no caso do Brasil (arts. 21 a 25 do NCCPC). No segundo caso, firmados os acordos internacionais, que por sua vez podem ser bilaterais ou multilaterais, os Estados acordam em criar ou modificar o direito ao exercício da jurisdição, como é o caso do Regime de Bruxelas-Lugano, vigente na União Europeia.

Especificamente no caso do Brasil, existem hipóteses em que a Justiça brasileira se considera competente para julgar uma demanda, não excluindo a possibilidade de a causa ser julgada por outra jurisdição (estrangeira). São casos de jurisdição internacional concorrente, prevista nos artigos 21 e 22 do NCCPC. Em síntese, ocorrem tais hipóteses: (a) se o réu tiver domicílio no Brasil (art. 21, I); (b) se a obrigação tiver

⁴⁹ *internacional privado: derecho de las relaciones privadas internacionales*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001. p. 4).

⁵⁰ Segundo Antonio Boggiano, “síndrome da falta de competência internacional” ou caso “apátrida multinacional” (BOGGIANO, Antonio, *Curso de derecho internacional privado: derecho de las relaciones privadas internacionales*, cit., p. 6).

⁵⁰ JATAHY, Vera Maria Barrera, op. cit., p. 18.

que ser cumprida no Brasil (art. 21, II); (c) ou se a ação se originar de fato ocorrido ou ato praticado no Brasil (art. 21, III). Em todos os casos, pouco importa a nacionalidade dos litigantes. O NCCPC ainda acrescentou novas possibilidades de competência concorrente da Justiça brasileira, inexistentes no CPC de 1973, que são: (d) as ações de alimentos em que o credor é domiciliado no Brasil (art. 22, I); (e) quando o devedor de alimentos mantiver vínculos no Brasil, tais como posse ou propriedade de bens, recebimento de renda ou obtenção de benefícios econômicos (art. 22, II); e (f) caso as partes, expressa ou tacitamente, tenham se submetido à jurisdição nacional (art. 22, III), sendo que, nesse último caso, trata-se de uma hipótese de jurisdição exclusiva, e não concorrente.⁵¹

Cada Estado determina quais competências deve ele exercer, advocando-as pelo seu próprio ordenamento, ou mediante tratados internacionais.

O conflito de jurisdições pode se apresentar de maneira positiva, com vários Estados potencialmente competentes⁵² para apreciar as lides decorrentes de tal ou qual relação jurídica, ou negativa. Esse último caso ocorre na hipótese em que nenhum dos Estados potencialmente envolvidos na relação jurídica declara deter jurisdição sobre a lide.⁵³

1.4 PRINCÍPIOS DE JURISDIÇÃO INTERNACIONAL

A grande diversidade de modos e forma de se exercer as soberanias gera, como não poderia deixar de ser, uma grande diversidade de ordenamentos jurídicos nacionais, em sua grande maioria formalmente legítimos. E cada um desses ordenamentos contém normas que regulam sua respectiva extensão e alcance, cuja delimitação, no campo interno, denomina-se jurisdição internacional.⁵⁴

⁵¹ LUÍS, Daniel Taveia; COSTA, José Augusto Fontoura. A internacionalização pelo novo CPC. *Valor Econômico*, de 12 jun. 2015, p. E2.

⁵² BOGGIANO, Antonio. *Curso de derecho internacional privado: derecho de las relaciones privadas Internacionales*, cit., p. 4.

⁵³ BOGGIANO, Antonio. *Curso de derecho internacional privado: derecho de las relaciones privadas Internacionales*, cit., p. 6.

⁵⁴ HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença estrangeira e lex mercatoria: horizontes e fronteiras do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 6. O autor faz referência ao termo “competência internacional”, com base no revogado Código de Processo Civil de 1973.

Da noção de se aplicar a lei estrangeira dita competente, segundo Augustinho Fernandes Dias da Silva, é que nasce a ideia de que tam- bém certos casos podem ou devem ser entregues às cortes estrangeiras (em outras palavras, reservados à jurisdição estrangeira). Ou ainda, do conflito de jurisdições nascera o conflito de leis, o que justificaria, a partir da competência legislativa (isto é, da previsão normativa quanto à aplicação do ordenamento de um determinado Estado), a competência judiciária (do mesmo modo, a advocação da competência de um determinado tribunal sobre uma determinada lide).⁵⁵

Vários são os critérios que determinam a autolimitação do Estado quanto a sua própria jurisdição. Segundo Fragistas, os critérios principais seriam: (a) a nacionalidade das partes; (b) o domicílio do réu; (c) foros especiais relativos ao objeto do litígio e sua vinculação com o território; (d) foros especiais fundados na conexão com outro litígio; (e) foro do lugar da situação dos bens do réu; (f) presença pessoal do devedor.⁵⁶

Esses critérios não são unânimes, e muitas vezes se contrapõem, criando os conflitos de jurisdição, como já visto.

O Direito Internacional Privado hodiernamente tem como fim pre- cípua regular as relações internacionais entre indivíduos, inclusive sob a ótica da força expansiva dos direitos humanos, e isso faz com que a análise de seus pressupostos tenha clara ligação com seus princípios formadores. E isso é particularmente importante em se tratando dos temas afeitos aos conflitos de jurisdição.⁵⁷

A proteção dos direitos advém de uma heroica história de conquis- tas e lutas, muito longe de se ver encerrada. A defesa desses direitos encontra-se em diferentes níveis de aceitação e respeitabilidade, num gradiente variado de existência, validade e eficácia.⁵⁸

⁵⁵ SILVA, Augustinho Fernandes Dias da. *Direito processual internacional: efeitos inter- nacionais da jurisdição brasileira e reconhecimento de jurisdição estrangeira no Brasil*. Rio de Janeiro: Villani Filhos, 1971, p. 18.

⁵⁶ FRAGISTAS, Charalambos N., La compétence internationale en droit privé, cit., p. 163.

⁵⁷ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé post mo- derne. *Revue des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, v. 251, p. 44, 1995.

⁵⁸ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A proteção da criança no cenário internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 15-86.

Foi no processo de transição de uma moralidade essencialmente coletivista da Idade Média, para uma moralidade individualista⁵⁹ dos últimos séculos, que os direitos humanos alcançaram a merecida importância.

A proteção do ser humano diante do Estado, nos séculos XVII e XVIII, é apontada como a causa principal para o desenvolvimento dos direitos humanos de primeira geração.⁶⁰

Tornou-se necessária a criação de mecanismos jurídicos de proteção da esfera de autonomia dos indivíduos que possibilitassem o pleno desenvolvimento de seus direitos. Rogava-se por um Estado eficaz, com um mínimo de controle sobre as atividades humanas.⁶¹

O desenvolvimento tecnológico advindo da Revolução Industrial, a evolução das ciências em geral e as revoluções socialistas do século XIX desencadearam o surgimento dos direitos humanos de segunda geração, os chamados direitos sociais.

O Estado, portanto, ampliou sua esfera de atuação, assumindo deveres de promoção e concretização de vasta gama de direitos.⁶²

Ao lado dos direitos humanos de primeira e segunda geração, há os direitos de caráter transindividual, isto é, aqueles que dizem respeito a uma coletividade de indivíduos. Essa terceira geração de direitos hu-

⁵⁹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 80.

⁶⁰ Paulo Bonavides usa a expressão “dimensão”, ao invés de “geração” de direitos humanos. O autor lembra que a expressão “gerações de direitos fundamentais” foi primeiramente utilizada por Karel Vasak, na aula inaugural de 1979 dos cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 563).

⁶¹ Com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26.08.1789, foi dado o primeiro passo rumo à internacionalização dos direitos humanos. A Declaração, de conteúdo marcadamente universalista – originária de uma revolução burguesa – e com fortes amarras no pensamento liberal ocidental, inaugurou uma nova fase dos direitos humanos, ao fixar as diretrizes essenciais para a sua internacionalização. O processo de universalização e internacionalização dos direitos humanos ocorreu de forma paralela à evolução do Estado absolutista para o Estado de Direito, instituição por gênese com-prometida com a proteção dos direitos insculpidos nas Cartas Políticas (CAGGIANO, Mônica Herman Salem. Os direitos fundamentais e sua universalização. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, nº 4, p. 760, jul./dez. 2004).

⁶² CAGGIANO, Mônica Herman Salem. Os direitos fundamentais e sua universalização, cit., p. 763.

manos busca tutelar direitos que muitas vezes se referem a um número indeterminado de pessoas, mas que são essenciais para a vida humana,⁶³ tais como os idosos, as crianças e os adolescentes, as minorias étnicas, os portadores de necessidades especiais etc.

Infelizmente, a prática mostrou que a defesa dos direitos humanos não se tornou factível unicamente pelos Estados nacionais.

Muito ao contrário, os Estados se mostraram muitas vezes os maiores violadores dos direitos humanos, como foi o caso do regime nacional-socialista na Alemanha, do stalinismo soviético, da Revolução Cultural chinesa, ou mesmo dos regimes ditatoriais latino-americanos, africanos ou assemelhados.⁶⁴

Por conta dessa realidade, surgiram órgãos de cooperação ou multilaterais de proteção dos direitos humanos no cenário pós-Segunda Guerra Mundial.

A internacionalização dos direitos humanos, reconhecida pela Carta da ONU, fez com que todos os Estados tivessem a obrigação (universal) de assegurar a proteção aos direitos humanos ao maior número de indivíduos; nesse cenário, as organizações internacionais surgiram com o propósito de promover tal objetivo.⁶⁵

Sendo a jurisdição internacional uma das formas de se garantir o direito dos Estados, a ONU trouxe de volta o debate sobre a institucionalização de um tribunal internacional com competência para julgar os litígios entre os Estados. E, a partir de 1989, com o fim da Guerra Fria, foram criadas circunstâncias favoráveis ao surgimento de um novo desenho político para a comunidade, iniciando-se um processo de jurisdicionalização do direito internacional a partir da multiplicação de instâncias judiciais, o que permitiu à sociedade internacional contar com vários órgãos sistematizados, responsáveis por julgar litígios e colocar fim aos conflitos entre sujeitos de direito internacional ou fazer

⁶³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, cit., p. 85.

⁶⁴ Ver, por todos: LAFFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

⁶⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 157; e RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 383.

reconhecer, à luz do direito, um dispositivo normativo consagrado por tais sujeitos.⁶⁶

A preocupação por parte do direito internacional moderno com os direitos humanos é verificada com a construção cada vez maior de convenções internacionais que reforçam a preocupação e promoção explícita dos direitos do homem.⁶⁷ Essa postura de preocupação com os direitos fundamentais também é observada em matéria de conflitos de jurisdição. Segundo Erik Jayme: “*Nous retrouvons la même tendance en matière de conflits de juridictions. Les critères permettant de déterminer la compétence des juridictions d'un État suivent l'idée que les droits de la défense font partie des droits de l'homme*”.⁶⁸

Se cada Estado tem uma liberdade absoluta de exercer sua vontade na definição de seus critérios internos de fixação da competência internacional, parece também claro que os demais Estados teriam idêntica liberdade na fixação de parâmetros próprios para reconhecer a extensão da eficácia dos provimentos e sentenças que dali fossem originários.⁶⁹

Porém, os elementos oferecidos pela doutrina e pela manifestação positiva da vontade interestatal mostram que o direito internacional geral, a declaração real de normas aplicáveis a todos os Estados, não seria a generalização puramente teórica dos princípios abstratos de conteúdo uniforme.

Da análise dos diversos ordenamentos internacionais que regulam as competências internas de sua respectiva jurisdição, parece clara a

⁶⁶ MENEZES, Wagner. *Tribunais internacionais: jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 145.

⁶⁷ Exemplificando: Convenção da Haia de 1980 sobre o sequestro internacional de crianças (ratificada pelo Brasil em 1993); Convenção das Nações Unidas de 1989 para proteção dos direitos da criança (ratificada pelo Brasil em 1990). Ver, por todos: MONA-CO, Gustavo Ferraz de Campos, *A proteção da criança no cenário internacional*, cit., 2005.

⁶⁸ JAYME, Erik. *O Direito Internacional Privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização*, cit., p. 135.

⁶⁹ Jellinek defendeu não haver uma ordem jurídica internacional, posto o Estado guardar sua liberdade de agir; mas essa dita ordem jurídica internacional passaria a existir a partir do momento em que o Estado aceitasse essas obrigações em um ato de autolimitação da própria soberania, em sua vontade metafísica (JELLINEK, Georg. *Teoria general del Estado*. Traducción y prólogo de la segunda edición alemana por Fernando de los Ríos Urruti. México: Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 125).

necessidade de se superar a distinção baseada exclusivamente em espécies normativas (quer baseada em nacionalidade, domicílio ou qualquer outra), em favor de uma distinção baseada no caráter pluridimensional dos enunciados.

As regras podem ser dissociadas dos princípios quanto ao modo como prescrevem o comportamento. Enquanto as regras são normas imediatamente descritivas, na medida que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada, os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos.⁷⁰

Os princípios estabelecem um estado ideal de parâmetros a serem atingidos, pelo qual o intérprete irá verificar a adequação do comportamento, visando a resguardar tais parâmetros.

As regras podem ser dissociadas dos princípios quanto à justificativa que exigem. A interpretação e a aplicação das regras exigem uma avaliação da correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma e da finalidade que lhe dá suporte.⁷¹

Se a regra de jurisdição internacional francesa pressupõe a nacionalidade de seus súditos como critério exclusivo de sua própria jurisdição, independentemente da sede da relação jurídica controversa – no dizer de Savigny –, isso é uma regra e, como tal, instituidora de uma obrigação absoluta não contestável por nenhum outro ordenamento. Por outro lado, situações da vida podem fazer com que essa regra possa parecer injusta, por exemplo, nas hipóteses em que o nacional francês foi o responsável por um acidente de trânsito na África do Sul, contra africanos, durante suas férias. Nessa hipótese, a investigação da finalidade da própria norma permitiria afastar – dentro da própria corte francesa, em tese – o conteúdo dessa mesma norma. Porém, para isso, é preciso fundamentação que supere a incidência da regra.⁷²

⁷⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. aum. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 63.

⁷¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.º 215, p. 152, jan./mar. 1999.

⁷² SAVIGNY, Friedrich Carl von, *Sistema do direito romano atual*, cit., p. 56.

No caso dos princípios, o elemento descritivo cede lugar ao elemento finalístico, havendo necessidade de uma avaliação de correlação entre os efeitos da regra e o caso concreto.⁷³

Muito embora não seja objeto deste trabalho o aprofundamento teórico sobre postulados, princípios e regras, parte-se do pressuposto de que, se o direito internacional pós-moderno, com todos os trancos e solavancos, busca evoluir para a regulação justa das relações transnacionais entre estrangeiros, deve haver postulados universais que possam estruturar a aplicação dos princípios que regem a jurisdição internacional de cada Estado.

Um postulado básico é o da razoabilidade. Estados que tenham liberdade absoluta para legislar sobre sua própria competência internacional, no conceito de autolimitação de Jellinek, podem deixar de ser razoáveis pelas mais diversas razões, sejam elas nobres ou não. Porém, é claro que tais razões (e seu valor) não parecem suficientes a justificar eventuais excessos.⁷⁴ Fala-se de razoabilidade nas mais diversas acepções, sendo que, para os efeitos deste trabalho, leva-se em conta uma diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. A razoabilidade também é empregada como diretriz que demanda uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, perseguindo uma relação que faça sentido entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Por fim, pode-se utilizar a razoabilidade como

⁷³ As normas atuam sobre as outras normas do mesmo sistema jurídico, especialmente definindo-lhes o seu sentido e o seu valor. Os princípios, por serem normas imediatamente finalísticas, estabelecem um estado ideal a ser buscado, que diz respeito a outras normas do mesmo sistema de regras. Logo, os princípios são normas que permitem a compreensão do espírito das regras. Essa aptidão para produzir efeitos em diferentes níveis e funções é qualificada como função eficaz (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 196).

⁷⁴ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 143.

uma linha mestra que determina a relação de equivalência entre duas grandezas.⁷⁵

Outro postulado é o da igualdade, regra consagrada em direito internacional desde os primeiros escritos de Vitoria e Suarez. Evidentemente, a concretização da igualdade no Direito Internacional Privado – assim como em outros ramos – depende do critério de diferenciação, na medida que a questão meramente geográfica ou econômica não é passível de uma compreensão universal; sujeitos devem ser considerados iguais em liberdade, propriedade e dignidade.⁷⁶

Ao lado dos demais, há que se considerar o postulado da proporcionalidade, oriundo do brocardo romano *dar a cada um o que é seu (suum cuique tribuere)*. Ele se aplica a situações em que uma relação de causalidade entre dois elementos discerníveis, um meio e um fim, tenham uma relação positiva, de tal sorte que se possa analisar empiricamente se a solução é adequada (se o meio promover o fim), se é necessária (se não há outros meios disponíveis e adequados para promover o fim) e se é proporcional em sentido estrito (isto é, se as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio).⁷⁷ Em síntese, a proporcionalidade como postulado que estrutura a aplicação dos princípios depende de elementos, tais como o meio (no caso, os critérios definidores da jurisdição internacional em determinado Estado), o fim concreto (a competência ou a incompetência dos tribunais nacionais) e uma relação de causalidade.

Os princípios que regem a competência internacional podem ser divididos em dois grupos: aqueles que admitem o uso da jurisdição de um determinado Estado, e aqueles que o vedam.

Essa divisão, proposta neste trabalho, é experimental e servirá posteriormente como baliza de diferenciação do *forum shopping*, entre uma opção lícita e uma ilícita.

⁷⁵ SILVA, Luis Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, nº 798, p. 34, abr. 2002.

⁷⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 53; e ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 103.

⁷⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 113.

No primeiro grupo estão os princípios do acesso à Justiça, do *forum necessitatis*, da *plenitudo jurisdictionis* e da *committas gentium*.

No segundo grupo estão os princípios da imunidade de jurisdição, da efetividade e da jurisdição exorbitante.

1.4.1 Princípio positivos de incidência e reconhecimento da jurisdição internacional

1.4.1.1 Princípio do acesso à Justiça

No Brasil, este princípio é um direito fundamental presente na Constituição Federal (art. 5º, XXXV), com conteúdo amplo e profundo, sendo chamado pelos processualistas de princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Ele assegura que todos – nacionais ou estrangeiros – tenham acesso ao Poder Judiciário brasileiro, dentro das regras processuais e materiais aplicáveis.⁷⁸

No âmbito internacional, a consagração deste princípio nos Estados de tradição romano-germânica choca-se com o *forum non conveniens* do *common law*, como será tratado com mais vagar nos próximos tópicos.

A Corte Europeia de Direitos Humanos considerou o direito de acesso às cortes nacionais um dos mais importantes princípios da Convenção Europeia de Direitos Humanos, não podendo haver limitações (art. 6º).⁷⁹ Dentro deste princípio, pode-se incluir ainda o *princípio da igualdade de tratamento processual*, que impede qualquer tipo de discriminação, seja com base na nacionalidade, sexo, raça, cor, religião, opinião política, lugar de residência ou domicílio, idioma, origem social, orientação sexual etc.

⁷⁸ CINTRÁ, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel, *Teoria geral do processo*, cit., p. 199; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 483; CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 15.

⁷⁹ Emblemáticos são os casos: (a) *Goldar v. Reino Unido* (caso 4451/70, j. 21.02.1975), que permitiu a um prisioneiro propor uma ação de indenização contra o carcereiro, por calúnia; (b) *Campbell e Fell v. Reino Unido* (caso 8342/95, j. 28.06.1984), que permitiu que os prisioneiros acusados de liderarem um motim no presídio tivessem acesso aos seus advogados; (c) *Airey v. Irlanda* (caso 6289/73, j. 09.10.1979), que garantiu o acesso de uma indigente ter acesso à justiça gratuita para se divorciar de seu marido.

Dentro dessa premissa, Ada Pellegrini Grinover considerava inconstitucional o artigo 835 do CPC revogado, cuja essência se manteve no art. 83 do NCCPC. Esse dispositivo obriga a parte autora estrangeira a prestar caução no processo que instaurar no Brasil, como forma de garantir o pagamento das custas e despesas oriundas de uma hipotética sucumbência.⁸⁰ O Protocolo de Las Leñas dispensou a esse tipo de caução nos litígios envolvendo nacionais do Mercosul, baseados nos estudos da ALI e UNIDROIT, liderados por Geoffrey C. Hazzard Jr. e Michele Taruffo, em que consideram tal exigência contrária aos princípios modernos do processo civil internacional.⁸¹

De mais a mais, é corolário das ordens jurídicas estatais e da consequente relatividade de seus valores jurídicos que a decisão judicial tenha sua eficácia limitada à jurisdição onde fora proferida. Para o *foro*, no dizer de Amílcar de Castro, as sentenças estrangeiras não passam de fatos relevantes, mas destituídos de obrigatoriedade.⁸² Nenhum Estado pode pretender que as suas sentenças judiciais tenham eficácia executiva *de per se*, em outras jurisdições. Porém, mediante procedimentos próprios (na maioria dos casos pelo *exequatur* ou pelo procedimento de homologação), se reconhecem as sentenças estrangeiras.

Segundo Wolff, se todas as sentenças pudessem ser admitidas em toda parte, haveria estabilidade das relações individuais no mundo inteiro e novas ações em outros Estados seriam supérfluas.⁸³

O desenvolvimento das relações internacionais, assim como exige a limitação do direito estranho, também impõe, como conveniente, a revalidação⁸⁴ das sentenças dos tribunais estrangeiros.⁸⁵

⁸⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: Busnasky, 1975. p. 63.

⁸¹ GLENN, H. Patrick. The ALI/UNIDROIT principles of transnational civil procedure as global standards for adjudication? *Uniform Law Review = Revue de Droit Uniforme*, Rome, v. 9, nº 4, p. 829-845, 2004.

⁸² CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1, p. 510.

⁸³ WOLFF, Martin. *Private international law*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1950. p. 250.

⁸⁴ CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*, cit., v. 1, p. 387.

⁸⁵ Pimenta Bueno registra que o Brasil reconhece tais princípios desde o Império: “A pedido da legação francesa de 14 de abril de 1845 e 18 de junho de 1946, respondidas pelo ministério dos negócios estrangeiros de 12 e 23 de junho de 1846, deu-se o *exequatur*”.

Dois são os sistemas de se atribuir eficácia e executividade às sentenças estrangeiras:⁸⁶ a *actio iudicati* e o *exequatur*.⁸⁷ O primeiro é utilizado no *common law*, onde a sentença opera novação, ou seja, substitui a sentença estrangeira primitiva por um direito à condenação, não havendo processo de *exequatur*, e sim *actio iudicati*: para a obtenção do título executivo, a parte interessada deve propor uma nova ação, fundada em seu direito à condenação; em algumas jurisdições, a sentença estrangeira seria um meio de prova, havendo necessidade de uma nova sentença de mérito.⁸⁸

Alguns ordenamentos incluem ainda, como critério de recepção da sentença estrangeira, a *reciprocidade* (como, por exemplo, o Código Processual Civil boliviano⁸⁹ ou o Código Federal de Procedimentos Cíveis do México⁹⁰). Portugal, na reforma Código de Processo Civil de 1995 e 1996, abandonou o princípio da reciprocidade, cuja condenação

⁸⁶ tur a uma sentença arbitral da França para que tivesse seu cumprimento na província da Bahia. Relatório de 1847. Então não se fez distinção alguma entre as sentenças de árbitros voluntários ou forçados, nem de autoridades judiciárias. Nem tratou-se da revisão ou não quanto ao merecimento do julgado” (SÃO VICENTE, José Antonio Pimenta Bueno, Marquês de. *Direito Internacional Privado e aplicação de seus princípios com referência às leis particulares do Brasil*. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Constr. de J. Villeneuve E. C., 1863. p. 143).

⁸⁷ BATTIFOL, Henri. *Traité élémentaire de droit international privé*. 3. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1959. p. 758.

⁸⁸ A palavra *exequatur* é utilizada para denominar a autorização necessária à execução; terceira pessoa do singular do verbo latino *exsequi*, executar, cumprir, significando que algo seja executado, ou “execute-se”, “cumpra-se”. No direito das gentes, significa “o ato pelo qual o governo estrangeiro aceita a pessoa do cônsul, reconhece seus poderes e prescreve às autoridades locais que o tratem como tal e o atendam em tudo que for de direito e de seu ofício” (PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Princípios de direito internacional*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1902. v. 1, p. 444). A Constituição Federal de 1988 emprega a palavra *exequatur* como sinônimo de “cumpra-se” em carta rogatória.

⁸⁹ CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*, cit., v. 1, p. 523.

⁹⁰ “Art. 504. (Princípio de Reciprocidad). I. Si no existiere tratado o convenio internacional suscrito con el país donde se dictó la sentencia cuya ejecución y cumplimiento se pretende, en vía de reciprocidad, se dará a ella la misma fuerza que se reconoce a las sentencias pronunciadas en el Estado Plurinacional de Bolivia.”

⁹¹ “Artículo 564. Será reconocida en México la competencia asumida por un tribunal extranjero para los efectos de la ejecución de sentencias, cuando dicha competencia haya sido asumida por razones que resulten compatibles o análogas con el derecho nacional, salvo que se trate de asuntos de la competencia exclusiva de los tribunales mexicanos.”

era praticamente unânime em sua doutrina.⁹¹ O Brasil expressamente afastou esse requisito, conforme o artigo 26, § 2º, do NCPG.

No que diz respeito ao acesso à Justiça, a escolha da jurisdição mais favorável se dá pelo interesse da parte no resultado da demanda. Como afirmou Liebman, as partes são os únicos sujeitos do contraditório.⁹² O juiz, por ser estranho ao conflito, é sujeito desinteressado e, portanto, imparcial.

O acesso à Justiça, como atividade principiológica das partes, na imagem de Calamandrei, é um árduo duelo. Ao invés de espadas sangüíneas, existe a força dos argumentos jurídicos; ao invés de uma batalha ferrenha que não é feita somente de boas razões, é principalmente necessária a habilidade técnica para fazer os argumentos jurídicos ganharem relevância.⁹³

Barbosa Moreira também comparou os diversos modelos processuais com duelos cerrados, advertindo que não deveria ser favorecido aquele que luta “com maior vigor ou maior habilidade – para não dizer com menores escúpulos”, em detrimento de quem pudesse ter razão nos planos material e processual.⁹⁴

De qualquer forma, o princípio do acesso à Justiça parece ser o maior corolário dos princípios positivos que regem a jurisdição internacional.

1.4.1.2 Princípio do *forum necessitatis*⁹⁵

Este princípio é originário do direito europeu e tem como propósito indicar um critério positivo de fixação de competência internacional (*rectius*: jurisdição) em caráter excepcional, levando em conta duas hi-

⁹¹ Ver, por todos: RAMOS, Rui Manuel Gens de Moura. *A reforma do direito processual civil internacional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 22, citando a posição de Machado Villela e Ferrer Correia e, em sentido contrário, Alberto dos Reis.

⁹² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 89.

⁹³ ABDO, Helena Najjar. *Abuso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 51; e CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco, cit., p. 26.

⁹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Duelo e processo, cit., p. 178.

⁹⁵ Esse tema foi melhor desenvolvido num artigo autônomo, inclusive no qual se sugeriu que a Justiça brasileira poderia aplicar o princípio do *forum necessitatis*, mesmo sem previsão expressa nas leis processuais (CAMARGO, Solano de. *Forum necessitatis*: uma proposta de flexibilização dos critérios de competência internacional da justiça brasileira. In: MENEZES, Wagner et al. (Orgs.). *Direito internacional em expansão*. Belo Horizonte: Arraes, 2014. v. 4, p. 478).

póteses principais: um conflito negativo de jurisdições e situações de fato, tais como uma guerra civil, calamidade pública ou desordem de grandes dimensões, que impeçam a parte de demandar na jurisdição tida como competente.

A invocação desse princípio origina-se nas regras do artigo 6(1) da Convenção Europeia de Direitos Humanos,⁹⁶ que prevê o direito a um julgamento justo a todos aqueles que estejam em solo europeu. Na França, faz-se referência ao princípio do *forum necessitatis* para se impedir a denegação de justiça.⁹⁷

Como forma de se evitar as consequências da falta de prestação jurisdicional, ocorrência combatida inclusive na Declaração Universal dos Direitos do Homem, algumas legislações europeias previram expressamente que nos conflitos negativos de jurisdição, ou na ocorrência de fato extraordinário impeditivo de se demandar no estrangeiro, podem as cortes nacionais, em caráter subsidiário e excepcional, apreciar as demandas ali propostas.

A Lei Federal de Direito Internacional Privado da Suíça de 1987 previu que suas cortes poderiam conhecer de tais litígios nas hipóteses em que a jurisdição estrangeira originariamente competente “não fosse possível” ou não pudesse ser “razoavelmente exigida”.⁹⁸

No mesmo sentido, o Código de Direito Internacional da Bélgica de 2004 previu a jurisdição “extraordinária” das cortes belgas,⁹⁹ sempre que a demanda tivesse “laços estreitos” com a Bélgica e a propositura da demanda no estrangeiro fosse “impossível” ou “não razoável”. Antes, a

⁹⁶ ROSSOLILLO, Giulia. *Forum necessitatis* e flessibilità dei criteri di giurisdizione nel diritto internazionale privato nazionale e dell'Unione Europea. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Madrid, v. 2, nº 1, p. 403, mar. 2010.

⁹⁷ DE VISSCHER, Charles. Le déni de justice en droit international. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, v. 52, p. 365, 1935.

⁹⁸ “11. Foro di necessita. Se la presente legge non prevede alcun foro in Svizzera e un procedimento all'estero non è possibile o non può essere ragionevolmente preteso, sono competenti i tribunali o le autorità svizzeri del luogo con cui la fattispecie denota sufficiente connessione.”

⁹⁹ “Art. 11. Nonobstant les autres dispositions de la présente loi, les juridictions belges sont exceptionnellement compétentes lorsqu'une cause présente des liens étroits avec la Belgique et qu'une procédure à l'étranger se révèle impossible ou qu'on ne peut

Lei de Direito Internacional Privado romena, de 1992, já havia previsto igual possibilidade, assim como os Códigos de Processo Civil holandes, austríaco,¹⁰⁰ e português,¹⁰¹ este último a partir de uma reforma de 1997.

No âmbito comunitário europeu, o Regulamento (CE) 4/2009 do Conselho, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares previu, em seu artigo 7º, que havendo conflito negativo de jurisdições, ou se “se revelar impossível conduzir um processo num Estado terceiro com o qual o litígio esteja estreitamente relacionado”, pode o alimentado propor sua ação em qualquer Estado membro da Comunidade, desde que o litígio apresente “uma conexão suficiente com o Estado membro do tribunal demandado”.¹⁰²

Fora da Europa, há menção ao *forum necessitatis* no Código Civil do Quebec¹⁰³ e no Código Federal de Procedimentos Civis do México.¹⁰⁴

A 3ª Conferência Interamericana de Direito Internacional Privado (CIDIP III), realizada em La Paz em 1984, aprovou a “Convenção Interamericana sobre Competência na Esfera Internacional para Eficácia Extraterritorial das Sentenças Estrangeiras”, cujo artigo 2º prevê que os Estados signatários adotariam o princípio do *forum necessitatis*, visando

¹⁰⁰ ROSSOLILLO, Giulia, op. cit., p. 405.

¹⁰¹ RAMOS, Rui Manuel Gens de Moura. A recente reforma do direito processual civil internacional em Portugal. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; FONSECA, José Roberto Franco da (Coords.). *O direito internacional no terceiro milênio: estudos em homenagem ao professor Vicente Marotta Rangel*. São Paulo: LTR, 1998. p. 802.

¹⁰² “Art. 7º *Forum necessitatis*. Quando nenhum tribunal de um Estado-Membro for competente por força dos artigos 3º, 4º, 5º e 6º, os tribunais de um Estado-Membro podem, em casos excepcionais, conhecer do litígio se não puder ser razoavelmente instaurado ou conduzido, ou se revelar impossível conduzir um processo num Estado terceiro com o qual o litígio esteja estreitamente relacionado. O litígio deve apresentar uma conexão suficiente com o Estado-Membro do tribunal demandado.”

¹⁰³ “Art. 3.136. Bien qu'une autorité québécoise ne soit pas compétente pour connaître d'un litige, elle peut, néanmoins, si une action à l'étranger se révèle impossible ou si on ne peut exiger qu'elle y soit introduite, entendre le litige si celui-ci présente un lien suffisant avec le Québec.”

¹⁰⁴ “Artículo 565. No obstante lo previsto en el artículo anterior, el tribunal nacional reconocerá la competencia asumida por el extranjero si a su juicio éste hubiera asumido dicha competencia para evitar una denegación de justicia, por no existir órgano jurisdiccional competente. El tribunal mexicano podrá asumir competencia en casos análogos.”