

COMPETÊNCIA INTERNACIONAL (LIMITES À JURISDIÇÃO NACIONAL) EM MATÉRIA DE AÇÃO REVISIONAL DE PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA E PARTILHA DE BENS (PARECER)

INTERNATIONAL JURISDICTION (LIMITS OF NATIONAL JURISDICTION) ON REVISIONAL ACTION OF MAINTENANCE OBLIGATIONS AND DIVORCE PROPERTY DIVISION (OPINION)

GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS MONACO

Livre-Docente em Direito Internacional e Doutor em Direito pela USP, Mestre em Ciências Políticas-Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Professor Associado do Departamento de Direito Internacional e Comparado da Faculdade de Direito da USP, gfermonaco@usp.br

Recebido em: 08.11.2016
Aprovado em: 23.12.2016

Área do Direito: Processual; Internacional; Família e Sucessões

Resumo: Acordo particular que dispõe sobre vários aspectos da vida do ex-casal, homologado pela Justiça estrangeira e também pelo STJ em sede de homologação de sentença estrangeira, pode ser revisado pelo Judiciário brasileiro quando presentes alterações na causa de pedir e a situação se enquadrar nas hipóteses de competência internacional. Existência de cláusula que veda a reanálise da situação ofende a ordem pública brasileira, mesmo quando não contestada no procedimento homologatório, em decorrência da função e do alcance do princípio da ordem pública.

PALAVRAS-CHAVE: Homologação – Alimentos – Partilha de bens – Competência internacional – Ordem Pública.

Abstract: A private agreement that deals with several aspects of the life of the ex-couple approved by the foreign court and also by the STJ in the case of a foreign judgment homologation can be reviewed by the Brazilian Judiciary when there are changes in the cause of action and the situation is framed in the hypotheses of international jurisdiction. Existence of a clause that prohibits the reanalysis of the situation offends the Brazilian public policy, even when not challenged in the homologation procedure, due to the function and the scope of the principle of public policy.

KEYWORDS: Recognition – Maintenance – Property division – International jurisdiction – Public policy.

Sumário: 1. A consulta. 2. Os fatos que ensejam a consulta e o direito material. 2.1. O acordo firmado em X. 2.2. A homologação do acordo no Brasil. 2.3. A alteração da situação

econômica do devedor de alimentos. 2.4. Qualificação dos fatos: revisional de alimentos. 2.5. Ação de revisão de partilha consensual. Excessiva onerosidade da cláusula que impôs a partilha de ganhos futuros. Ineficácia superveniente em razão da supressão da fonte dos ganhos futuros. 3. O direito processual vigente e os princípios que o conformam. 3.1. As regras de competência internacional (jurisdição). 3.2. Princípio da efetividade e princípio da subsunção. 3.3. Princípio do *forum non conveniens*. 4. Aplicação à espécie. 4.1. Exclusão da jurisdição como ofensa à ordem pública internacional no Brasil. 4.2. O princípio do *forum non conveniens* nos sistemas de *common law*. 4.3. Caráter não exaustivo do art. 21 e complementar do art. 22 do Código de Processo Civil de 2015. 5. Conclusão: Plena jurisdição brasileira na espécie.

1. A CONSULTA

Pede-me o Dr. xxxxxx que examine, à luz do Direito Internacional Privado Brasileiro (doravante DIP), a situação jurídica de um “Termo de Acordo” (doravante Acordo) firmado no país X, perante Corte do Estado X, e devidamente homologado perante o Superior Tribunal de Justiça brasileiro.

Referido acordo foi firmado entre EX-Mulher e Ex-Marido nos autos da ação de divórcio movida pela mulher em face de seu então marido, posteriormente convertida em divórcio consensual. O objeto do acordo é amplo, como se verá, e abarca, dentre outras coisas, a prestação de pensão alimentícia em favor da ex-mulher e dos filhos do casal, bem como partilha de ganhos futuros do marido, considerados no acordo como bens comuns.

Informa-me o consultante que a situação econômica de seu cliente, Ex-Marido, sofreu significativa mudança recente e que os termos então estabelecidos – que consideraram inclusive a potencialidade de ganhos futuros – não correspondem mais a sua capacidade econômica, pelo que pretende propor ação revisional de alimentos e de partilha.

Esclarece-me que duas são as questões principais que levaram à formulação da presente consulta: em primeiro lugar, a existência de cláusula que impede sejam os termos do acordo rediscutidos perante qualquer jurisdição, o que pode representar afronta à ordem pública internacional brasileira e, em segundo lugar, os termos do art. 22, I, do Código de Processo Civil brasileiro.

Solicita-me, assim, que responda, especificamente, às seguintes perguntas:
I. A cláusula do acordo firmado em X e homologado no Brasil que impede a rediscussão da prestação de alimentos e da partilha tem eficácia no Brasil?

II. Na hipótese de não ter eficácia e ser possível a propositura de ação revisional de alimentos e da partilha, a jurisdição brasileira é competente para examinar a questão?

2. OS FATOS QUE ENSEIAM A CONSULTA E O DIREITO MATERIAL

Ex-Mulher, que enquanto solteira assinava-se xxxxx é brasileira e casou-se com Ex-Marido, também brasileiro, aos xx dias do mês de xxxxxxxx de xxxx. Em tal ocasião, ambos eram domiciliados no Brasil. Posteriormente, mudaram o domicílio conjugal para o País X.

A introdução do elemento de estranheidade – domicílio conjugal em X – na relação entre ambos submete tal relação jurídica aos ditames do DIP. Nos termos do art. 7º, § 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o regime de bens do casamento é o regime legal brasileiro (domicílio comum dos nubentes), a saber, o regime da comunhão parcial de bens, dada a inexistência de pacto antenupcial.

2.1 O acordo firmado em X

Ex-Mulher ingressou, em dezembro de 2009, com ação judicial no tribunal de X pleiteando a decretação do divórcio em face de seu então marido. Devidamente citado, o mesmo ingressou na relação processual e as partes firmaram acordo que foi homologado por sentença da Corte de X e levada a registro em março de 2010.

O subscriptor do presente “Parecer” teve acesso à tradução juramentada do acordo para o vernáculo, reproduzido da Carta de Sentença expedida dos autos do pedido de homologação de sentença estrangeira nº xxxxx/xx (veja-se o item seguinte, *infra*).

Após sete considerandos que fazem parte integrante do acordo por determinação expressa da cláusula 14.2, o acordo se estende por dezesseis artigos, todos subdivididos em cláusulas, itens, subitens, dispondo minuciosamente sobre uma infinidade de questões, assim sumariadas:

Artigo primeiro – Divórcio

Artigo segundo – Partilha dos bens havidos na constância do casamento

Artigo terceiro – Contas de planos de pensão e aposentadorias

Artigo quarto – Pensão alimentícia da esposa

Artigo quinto – Pensão alimentícia dos filhos

Artigo sexto – Seguro de vida, proteção patrimonial e seguro contra invalidez

Artigo sétimo – Guarda e visitas

Artigo oitavo – Liberações mútuas

Artigo nono – Representação legal e especificações

Artigo décimo – Imposto de renda

Artigo décimo-primeiro – Dívidas conjugais

Artigo décimo-segundo – Pagamentos voluntários

Artigo décimo-terceiro – Reconciliação, prevalência do acordo e sentença de dissolução de vínculo matrimonial

Artigo décimo-quarto – Disposições gerais

Artigo décimo-quinto – Assinatura de documentos

Artigo décimo-sexto – [não há]

Artigo décimo-sétimo – Notificações

Artigo décimo-oitavo – Descumprimentos

O acordo, integralmente lido, traz disposições materiais que, se não conflitam com o regime de bens vigente para o casal, causam estranheza por incluemem como bem o potencial de ganhos futuros dos membros do casal, especificamente do marido. Por ter sido voluntariamente aceito pelas partes, permitiria presumir sua adequação à situação fática então vivenciada no que concerne ao montante patrimonial existente e suas dívidas, à capacidade econômica do devedor de alimentos e correspondente necessidade dos credores (esposa e filhos, a saber: um casal de menores), muito embora, repita-se, seja estranho ao direito brasileiro a inclusão do potencial de ganhos futuros. Relembre-se que à luz do DIP brasileiro, o regime de bens do casal é regido pela lei brasileira – e não pela lei de X.

O regime de guarda e visitação estabelecido em comum acordo pelos pais, ainda que estabelecido com base na lei de X, denota adequação com o regime que potencialmente seria estabelecido no Brasil, não havendo, portanto, que se falar em ofensa à ordem pública internacional vigente no Brasil, quanto a esses aspectos, ao tempo da homologação do acordo por sentença lavrada em X.

2.2 A homologação do acordo no Brasil

Em 9 de setembro de 2010, a Sentença estrangeira bem como o acordo por ela homologado foram levados ao Consulado-Geral do Brasil em X, recebendo a competente legalização consular.

Em 23 de setembro do mesmo ano, Ex-Marido deu entrada no pedido de homologação da sentença estrangeira perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ), ajuizado o pedido na classe processual SE (sentença estrangeira), sob nº xxxx/xx.

Nos termos da Resolução nº 09, de 04 de maio de 2005, do STJ, determinou-se a citação da requerida, Ex-Mulher e, como não tenha havido contestar-

ção, a sentença estrangeira foi devidamente homologada por sentença em 07 de dezembro de 2010, da lavra do então Presidente do STJ, Min. Ari Pargendler, após a devida manifestação do Ministério Público Federal, que não se opôs à concessão do *exequatur*.

Certificado o trânsito em julgado em 02 de fevereiro de 2011, foi extrairda a Carta de Sentença nº xxxv/2011, em 14 de fevereiro de 2011, com 127 folhas, a qual me foi apresentada para análise.

O acordo firmado pelas partes, devidamente traduzido para o português por tradutor público e intérprete comercial, estende-se por 97 laudas, além de cinco laudas de anexos.

Como mencionado no item anterior, do ponto de vista material, o acordo traz pontos estranhos ao direito brasileiro como a consideração do potencial de ganhos futuros dos membros do casal – especificamente do marido.

Ainda do ponto de vista material, os alimentos acordados pelas partes em benefício da ex-mulher e de seu casal de filhos presumem-se (em razão do acordo) adequados ao binômio necessidade/possibilidade, nada havendo, quanto a esse aspecto, que recomendasse a não homologação por ofensa ao princípio da ordem pública àquela altura.

Os aspectos pessoais envolvidos (divórcio, utilização de nome de casados, guarda e direito de visita), ainda que definidos com base na legislação de X mostram elevado grau de adequação aos ditames do direito brasileiro, que serve de parâmetro, também aqui, para se aferir eventual violação do princípio da ordem pública internacional vigente no Brasil.

Saliente-se que os advogados de Ex-Marido expressamente afirmaram “que a pretensão não ofende a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes (art. 17 da LICC)” (fls. 4 da inicial do pedido de homologação pelo STJ), afirmando, ainda, que cabia ao STJ apenas a análise dos requisitos exigidos nos artigos 5º e 6º da Resolução nº 09/STJ.

O Ministério Público Federal, por cota do Subprocurador-Geral da República lançada às fls. 242 do processo SE nº xxxx/xx, nada mencionou acerca de eventual violação do princípio da ordem pública, manifestando-se “pelo deferimento do pedido conjunto de homologação da sentença de divórcio proferida pela Justiça de X”.

A sentença do Min. Ari Pargendler é expressa ao afirmar que “a pretensão não ofende a soberania nacional, a ordem pública nem os bons costumes” (fls. 244), concedendo a homologação.

De minha parte, cumungo dos posicionamentos citados apenas em parte. Com efeito, parte do conteúdo material do acordo firmado pelo casal é confor-

me o princípio da ordem pública internacional tal qual vigente no Brasil pelo que, sob esse aspecto, concordo com os atores acima citados.

No entanto, causa estranheza, do ponto de vista material, a inclusão do potencial de ganhos futuros. Além disso, a leitura atenta das cláusulas 4.1, c (Valor dos alimentos devidos à esposa) c/c 4.5, 5.10, 5.11, 9.5, 12.1, 13.1, 13.2, d, 14.1, 14.3, 14.4 e 17.4 lança dúvidas acerca da possibilidade de se receptionar integralmente o acordo firmado pelas partes e considerado pela magistrada de X como adequado às leis ali vigentes.

Com efeito, tais dispositivos limitam a possibilidade de se rediscutir os termos do acordo, o que não faz sentido quando se pensa em matéria de alimentos ou guarda dos filhos, por exemplo. Trata-se de situações jurídicas sujeitas à mutabilidade das condições de fato, razão pela qual o direito brasileiro, quanto a tais aspectos, é peremptório em afirmar tratar-se de questões que, alteradas as condições de fato, podem ser reapreciadas pelo Judiciário a qualquer tempo. O mesmo se diga em relação à eventual discussão sobre os termos da partilha consensual com fundamento na modificação da base do negócio jurídico, alterações das circunstâncias, teoria da imprevisão, da onerosidade excessiva, aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, ou outras teorias expressamente admitidas pela ordem pública brasileira.

d) As cláusulas de não revisão do acordo e o princípio da ordem pública

Quanto aos aspectos materiais, objeto da presente consulta, a cláusula 4.5 estabelece como dever do marido o de "sempre abster-se de tentar exonerar-se de cancelar, rescindir, diminuir e/ou reduzir quaisquer pagamentos de pensão ao cônjuge..." ao passo que a cláusula 5.11 traz idêntica redação, porém relativamente aos filhos. Saliente-se que a abstenção imposta refere-se a toda e qualquer jurisdição, americana ou estrangeira.

Trata-se de disposições que implicam em renúncia de propositura de ação judicial, evitando que um pedido, decorrente de uma causa de pedir específica e que envolve duas partes individualizadas, possa ser levado ao conhecimento do Poder Judiciário brasileiro, em clara afronta ao texto constitucional. Com efeito, ao dispor que "a lei não exclutirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5º, XXXV, CF), o constituinte deixa expressa a inafastabilidade do Poder Judiciário.

E para dar cumprimento ao comando constitucional o legislador civil, como se verá, *infra*, admite a propositura de tantas ações revisionais quantas forem necessárias para adequar a situação às condições de fato verificadas.

Admita-se que tais cláusulas sejam compatíveis com o ordenamento jurídico vigente no estado X e que, portanto, Ex-Marido esteja impedido de mover

ação judicial perante a jurisdição estrangeira. A pergunta que remanesce é: estará também proibido de propor ação judicial no Brasil para pleitear a revisão dos valores que se obrigou a pagar?

Por outras palavras: a homologação do acordo pelo STJ tem força suficiente para modificar o disposto no ordenamento brasileiro, impedindo que nesse caso – e somente nesse caso –, diante da modificação das condições de fato que lhe garantiam capacidade econômica para arcar com o anteriormente pactuado, Ex-Marido busque respaldo perante o Judiciário brasileiro para redimensionar a obrigação de prestar alimentos a seus filhos e sua ex-mulher?

Ainda: o fato do STJ ter expressamente dito não haver violação aparente do princípio da ordem pública impede a reavaliação da decisão quanto a tais aspectos? A resposta é peremptoriamente uma: não.

O princípio da ordem pública apresenta dificuldade conceitual e precisão, encontrando *incrivel mobilidade no espaço e no tempo* justamente por depender da verificação de certa filosofia político-jurídica imanente às legislações, reflexo da vontade básica e majoritária de cada nação,¹ vontade que acaba por refletir as necessidades de cada Estado, em determinada época.²

Essas necessidades que se refletem na vontade da maioria e restam consignadas nas leis de cunho material podem apresentar certa aproximação principiológica nos diversos Estados nacionais, e por vezes essa aproximação encontra mesmo assento na legislação de cada Estado. Isso se deve ao fato de que as sociedades (mormente as ocidentais) apresentam certa identidade cultural, ideológica, política e econômica, se bem que, apesar disso tudo, algumas diversidades radicais³ estejam presentes e impeçam a uniformização e a harmonização legislativas.⁴

1. Mas nem sempre isso se passa dessa forma. Muitas vezes, "a ordem pública internacional é invocada como meio de defesa de uma política legislativa que não visa a tutela daqueles valores mas que é adotada por motivos de oportunidade. A recusa a aplicação da lei estrangeira justifica-se aqui pelo receio de que a aplicação da norma contrária àquela política possa ter um efeito subversivo". FERRER CORREIA, Antônio. *Licções de direito internacional privado I*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 409.
2. DOILINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*. Tese apresentada à Congregação da UERJ para o concurso à Cadeira de Direito Internacional Privado, 1979, p. 4-5.
3. TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976, v. 1, p. 321.
4. A esse propósito, veja-se CASELLA, Paulo Borba. Modalidades de harmonização, unificação e uniformização do direito: o Brasil e as convenções interamericanas de

Percebe-se, assim, que nem a vontade da sociedade é unânime quando do estabelecimento e da eleição de seus valores primordiais e fundacionais, nem essas vontades se mostram homogeneizadas no cotejo entre fronteiras. Daí porque dizer-se que a "ordem pública nacional corresponde ao conjunto de valores imperativos que se encontram permeados no ordenamento jurídico e que devem preponderar no exercício da jurisdição".⁵

Isso explica o recurso que o direito faz, em maior ou menor grau, à ordem pública enquanto princípio guardião dos valores sociais para se proteger de desmandos e arbitrariedades que possam ser cometidos em nome de princípios outros, como os da autonomia da vontade ou da comunhão internacional.

Esse maior ou menor grau em que se pode evocar o princípio da ordem pública permite concluir pela existência de uma *tríplice nivelção* para que a ele se recorra, como demonstra Jacob Dolinger, em obra já referida.⁶ Tal forma de se entender o princípio em comento tem a especial vantagem de afastar uma série de distinções iníquas que a doutrina, ao longo dos tempos, foi estabelecendo⁷ para tentar explicar a força que a ordem pública tem de impedir não só a manifestação de posição discordante da vontade das partes em um negócio

direito internacional privado. In: CASELLA, Paulo Borba; ARAÚJO, Nadia. *Integração jurídica interamericana: as convenções interamericanas de direito internacional privado* (CIDIPs) e o direito brasileiro. São Paulo: LTr, 1998. p. 77-105.

5. CASELLA, Paulo Borba. A ordem pública e a execução de cartas rogatórias no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 98, p. 566, 2003.

6. Também em DOLINGER, Jacob. A ordem pública internacional em seus diversos patamares. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 93, n. 828, p. 33-42, out. 2004, especialmente às páginas 33-37. Não confundir o conceito, entretanto, com o conceito de ordem pública mundial, posto ser o primeiro (em sua tríplice nivelção) de ordem interna, ao passo que o segundo é de origem verdadeiramente internacional, comum à comunidade jurídica internacional, podendo, por isso, ser "caracterizada como o interesse comum da Humanidade". Assim: DOLINGER, Jacob. *Ordem pública mundial: ordem pública verdadeiramente internacional no direito internacional privado*. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 23, n. 90, p. 210, 1986.

7. Elucidativa é a passagem seguinte, com caráter de conclusão: "não sendo as leis propriamente ditas de ordem pública, não há como falar de leis de ordem pública interna e leis de ordem pública externa. Existe o princípio da ordem pública, algo abstrato que é aplicado às leis quando o juiz entender que determinada regra jurídica deve contar com a proteção, com o reforço desse princípio" (*A evolução da ordem pública no direito internacional privado*. Tese apresentada à Congregação da UERJ para o curso à Cátedra de Direito Internacional Privado, 1979, p. 40-41).

jurídico regulado de forma imperativa pela lei, mas também que a própria norma de DIP tenha aplicação. Nesse último caso, o juiz afastaria, em princípio, a lei estrangeira indicada por sua lei nacional como sendo a aplicável para a resolução do conflito.

Aquelas distinções doutrinárias relativas à força vinculante da norma têm sido muito criticadas nos últimos tempos.

Assim, de acordo com a nova formulação doutrinária, no primeiro nível a ordem pública (ou a vontade comum da nação) se levanta para impedir que a vontade individual das partes em um negócio jurídico possa prevalecer contra os interesses postos pela maioria. Ideal ou filosoficamente, uma ofensa à ordem pública desse tipo só poderia ser perpetrada pelo grupo minoritário, que foi derrotado no momento da positivação do direito, uma vez que a maioria, em tese, haveria de respeitar e acatar a sua própria vontade, submetendo-se à regulação do negócio imposta pela lei. Percebe-se, portanto, que a aplicação do princípio da ordem pública nesse primeiro nível é de caráter absolutamente interno, sem qualquer reflexo jurídico para além das fronteiras nacionais. Todavia, justamente porque essa maioria referida pode ser alterada diante da evolução social, é possível que normas que não admitiam afasamento pela vontade das partes passem a ser afastadas, alterando-se seu caráter cogente. Nesse caso, não foi a lei que mudou, mas a ordem pública que a permeia que sofreu alteração ditada pelas necessidades sociais.

No segundo nível, no entanto, essa ordem pública ganha contornos internacionais. Sua aplicabilidade relaciona-se com a constatação de que a lei estrangeira indicada pela norma de DIP interna como sendo a lei aplicável para o deslinde da questão jurídica apreciada exprime valores muito diversos dos valores da sociedade nacional, motivo pelo qual sua aplicação incondicional poderia chocar os bons costumes, ou a soberania nacional. Trata-se de um grau mais elevado de aplicação do princípio ("de maior gravidade", como refere Jacob Dolinger), justamente por implicar a não aplicação de uma disposição legal nacional de DIP em virtude da não aceitação do conteúdo da regulação legal estrangeira. Isso porque, como salienta o mesmo autor, em outra obra, "a lei que choca, que é incompatível, que escandaliza, esta lei é distante, foge completamente da idéia básica de proximidade, e por isso, não pode ser aplicada".⁸ Também nesse segundo nível, o princípio da ordem pública pode tornar-se maleável e mutável com o transcorrer do tempo.

8. DOLINGER, Jacob. *Contratos e obrigações no direito internacional privado*. São Paulo/Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 544.

No *terceiro nível*, por fim, "em grau de natureza gravíssima, a ordem pública irá ao ponto de impedir a aceitação no foro de situações já consumadas e consagradas no exterior".⁹ Trata-se da *recusa de reconhecer situações* que configurem até mesmo eventual *direito adquirido* de uma das partes, justamente porque tal direito ofenda grandemente a filosofia político-jurídica do Estado, que este se recusa a reconhecer.

Exemplificativa é a hipótese de se negar reconhecimento a parte de um acordo homologado por sentença estrangeira, se algumas de suas disposições ofenderem a ordem pública do foro.

É isso porque, como lembra Bruno Miragem, "não se há de dizer a priori que o reconhecimento de determinadas relações pela ordem jurídica, em vez de outras, seja mais ou menos correto".¹⁰ Correção de opções jurídicas decorre da adequação de validade verificada nos moldes kelsenianos, ou seja, a partir de sua pertinência e conformidade com as disposições normativas hierarquicamente superiores e nesse sentido, pode-se perceber que o juízo atinente à aplicação do princípio da ordem pública não se perfaz com correção ou incorreção, muito embora possa a estes se amoldar, mormente quando a *mutabilidade* da caracterização do princípio da ordem pública, de *difficilima configuração* e de *consolidação lenta e progressiva* faz-se acompanhar de *modificação legislativa* (validamente elaborada) que servirá de indicativo dos valores sociais recentes de dada população. Nesse caso, a *mutabilidade se consolida em um passo único*, muito embora possa ser fruto de labor jurisprudencial ou doutrinário antigos, enquanto arautos das modificações julgadas necessárias.

A expressa menção pelo STJ de que a sentença estrangeira (e o acordo que a acompanha) não ofenderia a ordem pública brasileira poderia afastar o judiciário nacional da apreciação de uma eventual nova demanda, calcada em nova causa de pedir decorrente, por exemplo, da modificação efetiva das condições econômicas do devedor de alimentos? Obviamente não, adiantando. E ainda que a resposta fosse positiva – argumente-se, apenas – a hipotética impossibilidade de reabertura da questão perante o judiciário brasileiro não

9. DOLLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*. Tese apresentada à Congregação da UERJ para o concurso à Cátedra de Direito Internacional Privado, 1979, p. 42.

10. MIRAGEM, Bruno. Conteúdo da ordem pública e os direitos humanos. Elementos para um direito internacional privado pós-moderno. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAÚJO, Nadia de. *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 315.

seria, por si só, apta a criar uma situação inconstitucional ao afastar a questão da apreciação do judiciário? Por óbvio que sim!

Como afirmei em meu *Controle de Constitucionalidade da Lei Estrangeira*,¹¹ o controle de constitucionalidade da lei estrangeira por comparação com a Constituição do foro (*in casu*, a lei de X que admita a renúncia ao exercício futuro de uma jurisdição em comparação com a Constituição da República Federativa do Brasil) tem por função primordial averiguar se o princípio da ordem pública foi adequadamente mensurado pelo magistrado ao decidir pela aplicação da lei estrangeira (ordem pública em seu segundo nível de incidência) ou pela recepção de uma decisão estrangeira no Brasil (ordem pública em seu terceiro nível de incidência).

Nesse sentido, ainda que o STJ tenha afirmado que a sentença estrangeira não ofendia a ordem pública brasileira, as cláusulas 4.5 e 5.11 do acordo, em cotejo com a Constituição brasileira, não devem prevalecer porquanto inconstitucionais, cabendo, assim, ao magistrado brasileiro eventualmente retirado de sua inércia, reconhecer que tais cláusulas ofendem a ordem pública brasileira e são inconstitucionais em face da inafastabilidade de questões juridicamente relevantes do Poder Judiciário.

Mas isso apenas se a jurisdição brasileira for competente para apreciar eventual ação revisional de alimentos ou de partilha proposta por Ex-Marido ante a alteração de sua situação econômica, o que será discutido no capítulo 3 do presente "Parcer".

Como ressalta o saudoso José Ignácio Botelho de Mesquita, "as normas de competência internacional são, pois, normas de ordem pública",¹² no primeiro nível de sua incidência, complemento eu. Quer isto significar que, havendo competência da jurisdição brasileira, não podem as partes, por acordo de vontades, afastá-la. Mais precisamente, tal afastamento, por ofender a ordem pública, não é eficaz ante a norma que atribui tal competência.

Ainda mais enfática a seguinte passagem do mesmo autor ao ponderar acerca do negócio jurídico processual de eleição de foro internacional:

"a chamada 'renúncia' à jurisdição nacional outra coisa não é que a concessão de uma obrigação negativa, um pacto de não demandar perante um

11. MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Controle de Constitucionalidade da Lei Estrangeira*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 85.

12. BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Da competência internacional e dos princípios que a informam. *Revista de Processo*. São Paulo, a. 13, n. 50, p. 51-71, abr.-jun. 1988, p. 53.

dos juizes competentes, ao qual a lei atribui a eficácia de criar o direito, para a parte, de se opor à sua sujeição ao processo instaurado perante esse juiz – uma exceção processual como a de compromisso arbitral que nada subtrai à extensão da jurisdição do Estado; se subtraísse seria inconstitucional”.¹³

Subtrair a alteração da situação econômica das partes a toda e qualquer jurisdição, como o faz o acordo, é medida que não pode sobreviver, ao menos não no Brasil.¹⁴

2.3 Alteração da situação econômica do devedor de alimentos

Dispõe o art. 1.699 do Código Civil brasileiro que “se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo”.

Trata-se de hipótese em que a modificação da situação fática configura nova causa de pedir, permitindo a discussão da questão, uma vez que não configura hipótese para oposição de exceção de coisa julgada, por falta de identidade entre a atual ação e a anterior, decorrente da diversidade mesma das causas de pedir.

A situação fática pode ser alterada quer pela via do alimentado, ocasião em que pode deixar de necessitar do montante integral ou pode passar a necessitar de mais dinheiro para sua subsistência, quer pela via do obrigado ou dos coobrigados pelos alimentos, quer porque tenham sofrido diminuição ou ampliação de sua capacidade econômica.

A legitimidade para pleitear a revisão é daquele que obteria vantagem com a alteração, ou seja, pertencerá ao alimentado sempre que necessitar de maior valor e, em alguns casos, também quando o alimentante experimentar implacamento de suas condições econômicas.

13. BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Da competência internacional e dos princípios que a informam. *Revista de Processo*. São Paulo, a. 13, n. 50, p. 57. abr.-jun. 1988.

14. No mesmo sentido, ao afirmar que “se à renúncia à competência dos tribunais brasileiros não corresponder para a parte renunciante o direito de recorrer a uma outra justiça no estrangeiro, essa cláusula de renúncia será nula de pleno direito. É que haveria nesta hipótese uma renúncia total à tutela jurisdicional, e a tutela jurisdicional no direito brasileiro é irrenunciável”. MORI, Celso Cintra. NASCIMENTO, Edson Bueno. A competência geral internacional do Brasil: competência legislativa e competência judiciária no direito brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo, a. 19, n. 73, p. 74-93, p. 85-86, jan.-mar. 1994.

Será, por outro lado, do alimentante, quando tiver sofrido abalo em sua situação financeira e também quando a necessidade do alimentado tiver sido referida por qualquer razão. Ainda, o alimentante pode ter reconhecida sua legitimidade quando se tratar de parente distante do alimentado e sempre que tiver a intenção de provar que parente mais próximo, até então impossibilitado, passa a deter condições de contribuir para a subsistência do alimentado.

Por fim, no que concerne à legitimidade, esta será reconhecida ao coobrigado sempre que tiver a intenção de se desonerar (total ou parcialmente) da obrigação, em virtude da melhoria das condições econômicas de outro coobrigado, arrolado pela lei como devedor preferencial dos alimentos.

O STJ admite, também que seja pleiteada a alteração no modo de prestação dos alimentos: “Em sede de ação revisional de alimentos, é possível a modificação da forma da prestação alimentar (em espécie ou *in natura*), desde que demonstrada a razão pela qual a modalidade anterior não mais atende à finalidade da obrigação, ainda que não haja alteração na condição financeira das partes nem pretensão de modificação do valor da pensão”. (REsp 1.505.030-MG, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 06.08.2015, DJe 17.08.2015).

Percebe-se do quanto exposto que a legislação e jurisprudência brasileiras são bastante liberais no que concerne à possibilidade de se rediscutir o montante dos alimentos devidos.

2.4 Qualificação dos fatos: revisional de alimentos

Em DIP, a subsunção da relação fática à norma que indicará a lei aplicável se faz por meio de um importante exercício hermenêutico denominado qualificação. A qualificação é assim, o exercício interpretativo dos fatos que tem por escopo permitir o enquadramento da relação jurídica apresentada, em uma das grandes categorias jurídicas tratadas pelas normas de DIP, permitindo que se encontre o elemento de conexão e, conseqüentemente, o direito aplicável.

Nos primórdios do DIP, que surge com o renascimento comercial vivenciado nos estereótipos da Idade Média, a qualificação era feita intuitivamente, com a intenção de enquadrar a relação fática em um dos estatutos esquadrieados pelos glosadores de então.

No entanto, esta atividade intuitiva passou a ser feita segundo certa ciência, com a decorrência dos estudos teóricos desenvolvidos por Kahn, na Alemanha, em 1891, e Bartin, na França, em 1897. Preocupados com a diferença de qualificações que cada Estado poderia dar a uma mesma relação fática, procuraram fixar um critério mais científico para que a qualificação pudesse se realizar.

Tome-se, como exemplo, uma dada relação jurídica entre um homem e uma mulher. Num hipotético país, X, de onde as partes são nacionais, esta relação é tida como casamento. Todavia, o casal é domiciliado no país Y, onde a relação é qualificada como contrato. A relação jurídica aperfeiçoou-se em X. Imagine-se, agora, que as partes queiram por fim à relação que os une, propondo ação judicial em X. Seguindo-se o método próprio ao DIP, já que verificada a existência de um elemento estrangeiro (domicílio em Y), o magistrado deverá primeiramente qualificar aquela relação jurídica. Se o fizer segundo as suas concepções jurídicas, dirá tratar-se de casamento. Chegará à norma de DIP que indicará a aplicação da lei do domicílio das partes, por exemplo. Assim, a lei aplicável será a lei do país Y, onde aquela relação é entendida e regulada como um contrato.

Foi diante de casos como estes que surgiram as teorias científicas a respeito da qualificação. Kahn e Barin procuraram demonstrar que a melhor forma de se qualificar seria a qualificação segundo a lei do foro (*lex fori*), garantindo-se, assim, a plena e correta aplicação da norma de DIP que é, em essência, uma norma de direito interno. Argumentam, não sem razão, que o fato da lei aplicável qualificar a mesma relação como outra categoria jurídica não desnatuza a sua condição, nem implica em violação à regra de DIP consultada e aplicada.

No entanto, Despagnet, na França, em 1898, insurgiu-se quanto a este posicionamento e passou a defender que, em qualquer hipótese, a qualificação fosse realizada pela lei a ser aplicada, ou seja, pela *lex causae*, argumentando que esta prática garantiria um maior respeito à observância do direito mandado de aplicar pela norma de DIP.

Claro está que, este posicionamento gera por tudo o que acima se disse, uma extrema dificuldade: senão verdadeira impossibilidade, para a decisão de qual lei aplicar, uma vez que a qualificação se mostre como um *prius* lógico capaz de indicar a norma de DIP aplicável, a qual indicará o elemento de conexão escolhido pelo legislador e, subsequentemente, a lei material aplicável. Impossível, portanto, saber-se, de antemão, qual a lei que será aplicada para qualificar-se a relação jurídica segundo a sua classificação. Retornando-se ao exemplo dado acima, se se imaginar que a lei aplicável é a lei de Y e se se recorrer à qualificação segundo esta lei, verificar-se-á que esta regula aquela relação como sendo um contrato. Ora, contrato é obrigação. Logo, recorrer-se-ia à regra de DIP do foro a respeito das obrigações, podendo-se, por exemplo, afirmar que o elemento de conexão eleito pelo legislador fosse o local da constituição do contrato. Logo, a lei aplicável seria a do Estado X, jogando por terra o esforço de qualificação pela *lex causae* que, afinal, não seria efetivamente a *lex causae*.

Toda essa narração serve para demonstrar a dificuldade de se caracterizar, no DIP, uma qualificação que não se faça pela *lex fori*. Obviamente, existem exceções, quando a qualificação se fará pela *lex causae*, mas no sistema brasileiro instituído pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, de 1942, estas exceções são determinadas em lei e se referem, apenas, às hipóteses de bens e obrigações.

Bem por isso, a prática brasileira tem sido a de defender e aplicar a qualificação das relações jurídicas apresentadas às autoridades nacionais pelas determinações materiais do direito brasileiro, vale dizer, pela *lex fori*.

Assim analisados os fatos à luz do direito brasileiro, que se constitui como *lex fori*, é forçoso reconhecer que nos termos da lei brasileira a situação de eventual modificação das condições econômicas de Ex-Marido configura hipótese de cabimento da chamada ação revisional de alimentos, uma das ações admitidas pelo direito brasileiro para se discutir as prestações alimentícias.

2.5 Ação de revisão de partilha consensual. Excessiva onerosidade da cláusula que impôs a partilha de ganhos futuros. Ineficácia superveniente em razão da supressão da fonte dos ganhos futuros.

A sistemática utilizada para a partilha dos bens do casal mostra-se, no mínimo, curiosa. A consideração do potencial de ganhos futuros do casal distoia da ordem pública brasileira na medida em que considera valores futuros, sua potencial conversão em bens e a divisão dos mesmos num momento em que já não vigorava a sociedade conjugal e sequer o vínculo matrimonial.

A consideração de bens e ganhos futuros em matéria de bens – ainda que desprovida a partilha de onerosidade excessiva, argumente-se – assemelha-se, com a devida vênia, ao *pacta conyina*.

Com efeito, a consideração de uma expectativa de direito em matéria patrimonial decorrente do término da sociedade conjugal não destoia em nada da estipulação que tenha por objeto o patrimônio de pessoa viva.

No caso concreto, ademais, como a consideração dos ganhos futuros diz respeito ao potencial laborativo do ex-marido – e não da ex-mulher –, a situação mostra-se evitada de excessiva onerosidade que atinge uma das partes apenas, representando um enriquecimento sem causa da outra, já que desfeita – desde há muito tempo – a sociedade conjugal, não se podendo falar, como se fazia no século passado, que a mulher dona de casa contribuía com os ganhos do marido – como de fato contribuía – na medida em que lhe proporcionava um lar tranquilo e organizado. Na hipótese, já não havia sequer o lar comum.

3. O DIREITO PROCESSUAL VIGENTE E OS PRINCÍPIOS QUE O CONFORMAM

A aprovação e entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 lançou luzes para a questão da competência internacional em matéria de ações de alimentos, uma vez que tenha o legislador de 2015 inovado relativamente ao legislador de 1973. Por tal razão, mostra-se conveniente uma análise das normas recentemente revogadas, especialmente à luz da doutrina que à época se produziu.

Como é sabido – e delimitado do conceito de soberania – o legislador brasileiro estabelece normas para que compoñham o ordenamento jurídico brasileiro. A aplicação da lei brasileira no exterior, quando ocorrer – e é disso que trata o conflito das leis no espaço enquanto objeto do DIP –, ocorre por determinação do legislador de DIP estrangeiro que entendeu por bem determinar, naquele caso, a aplicação da lei brasileira. Não obstante, é incorreto afirmar que o legislador brasileiro estabeleça uma regra pensando no julgador estrangeiro.

Nosso legislador sabe que exerce um dos Poderes do Estado soberano brasileiro e que a República Federativa do Brasil comporta-se, em suas relações internacionais, com pleno atendimento ao princípio da igualdade soberana dos Estados (*par in parem non habet imperium* ou *judicium*).

Dai a afirmação que nosso legislador não se dirige ao juiz estrangeiro impedindo-o, proibindo-o de decidir. A atribuição de competência ao juiz estrangeiro cabe ao legislador estrangeiro, que a avocará se entender que seus magistrados se encontram em condições de bem desempenhar tal competência.

Nesse sentido, as normas ditas de competência internacional outra coisa não são que normas que limitam, *a contrario sensu*, o exercício da jurisdição brasileira.¹⁵

Ao avocar as competências que o legislador considera que o julgador brasileiro é capaz de desempenhar, a verdade é que o legislador brasileiro parece deixar de avocar outras competências e, nesse sentido, estabelece limites ao exercício da jurisdição do Estado brasileiro.

Usualmente o legislador brasileiro simplesmente estabelece competências para o julgador brasileiro, nada dizendo sobre o exercício eventual da mesma

15. “A rigor, como já havia sido dito por Liebman, o problema da competência internacional não é propriamente um problema de competência; é, antes e mais precisamente, um problema de limite da extensão da jurisdição nacional em face da jurisdição de outros Estados igualmente soberanos” (BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. Da competência internacional e dos princípios que a informam. *Revista de Processo*. São Paulo, a. 13, n. 50, p. 51, abr.-jun. 1988).

competência por julgadores estrangeiros, considerados por seus legisladores como competentes para conhecer da mesma causa. Assim agindo, tais legisladores criam hipóteses de competência concorrente entre diversos julgadores e o fazem, no mais das vezes, de modo não intencional.

Os magistrados, por serem parcelas do Poder do Estado (Poder Judiciário), e por não disporem de competência para representar o Estado externamente (perrogativa do Chefe de Estado), exercem suas funções sem levar em conta a eventual competência concorrente de homologos estrangeiros, o que fatalmente leva à possibilidade de que a mesma ação seja proposta, concomitantemente, em mais de um Estado (foro) ou que a parte escolha o melhor foro (*forum shopping*) a partir de uma série de fatores (lei aplicável, tempo processual, custas etc.).¹⁶

Outras vezes – em situações muito limitadas – o legislador desenha a competência jurisdicional e estabelece que as mesmas serão desempenhadas com exclusão de quaisquer outras competências de jurisdições estrangeiras. Nesses casos, o legislador constrói as chamadas competências exclusivas da jurisdição brasileira.

No entanto, seria esdrúxula e histriônica eventual posição do legislador de qualquer Estado soberano que tendesse a distribuir competências judiciárias entre os cerca de 200 Estados soberanos existentes no mundo. Não havendo autoridade capaz de distribuir competência,¹⁷ o que ocorre é a avocação das competências por parte dos legisladores nacionais para que os judiciários locais as desempenhem.

Ao determinar que a competência é da jurisdição brasileira, com exclusão de qualquer outra, o legislador brasileiro dirige-se não ao legislador estrangeiro, mas ao STJ, enquanto autoridade competente para homologar decisões estrangeiras, determinando à alta Corte federal que se abstenha de homologar

16. “O autor pode optar por qualquer das jurisdições concorrentes (a nacional ou a estrangeira) ou valer-se de ambas simultaneamente, *scilicet inofficio a sua remota a qual quer delas*” (BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. Da competência internacional e dos princípios que a informam. *Revista de Processo*. São Paulo, a. 13, n. 50, p. 55, abr.-jun. 1988. Destaques inexistentes no original).

17. “As normas que definem a competência internacional não se restringem a uma simples distribuição da atividade jurisdicional entre os diversos órgãos investidos de uma mesma jurisdição, mas, ao contrário, determinam a extensão de uma jurisdição (a nacional) diante das demais (as de outros Estados soberanos)” (BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. Da competência internacional e dos princípios que a informam. *Revista de Processo*. São Paulo, a. 13, n. 50, p. 51, abr.-jun. 1988).

decisões estrangeiras que determinem, por exemplo, a partilha *mortis causa* de bens situados no Brasil. Essa exegese é corroborada e complementada pelo disposto no art. 964, caput, do CPC/2015.

3.1 As regras de competência internacional (jurisdição)

a) no Código de Processo Civil de 1973

No Código de Processo Civil de 1973 as regras de competência internacional concorrente – que são as que aqui interessam – vinham dispostas no art. 88, *verbis*:

“Art. 88 – É competente a autoridade judiciária brasileira quando:

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

II – no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;

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

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

Como salientou José Carlos Barbosa Moreira,¹⁸ dentre tantos outros autores, as hipóteses que autorizam o exercício da competência internacional brasileira não deviam ser considerados cumulativamente, bastando a configuração de uma das hipóteses para que o Judiciário brasileiro saísse de sua inércia após a competente provocação de uma das partes.

Em consequência, imagine-se a situação de um consumidor domiciliado no Brasil que, em viagem internacional para o Paraguai, adquire um equipamento eletrônico que, importado para o Brasil, mostra-se aqui defeituoso. Sua intenção de mover uma ação contra o fornecedor, comerciante paraguaio, não se enquadraria – a rigor – em nenhuma das hipóteses do art. 88 do CPC/1973. O réu é domiciliado no Paraguai (inc. I), as obrigações decorrentes do contrato de consumo de compra e venda foram cumpridas no Paraguai (pagamento do preço, tradição do bem, eventual teste de seu funcionamento – inc. II) e a causa de pedir (inc. III) é a venda de um produto comercializado no Paraguai e que se mostrou defeituoso dentro de certo prazo exíguo, não se prestando para os fins de consumo a que se destinava.

A pergunta, então, é: o consumidor brasileiro restará afastado da jurisdição nacional, devendo retornar ao Paraguai para ver seus direitos resguardados

18. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Problemas relativos a litígios internacionais. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 17, n. 65, p. 144, jan.-mar. 1992.

pelo Judiciário paraguaio? Os fatos certamente não se enquadraram em nenhuma das hipóteses construídas pelo legislador brasileiro.

Outro exemplo: pessoa domiciliada no Brasil, necessitando de prestação alimentícia, pretende propor ação judicial em face de seu parente mais próximo em condições de prestá-los. A obrigação de pagar os alimentos será cumprida no exterior (local de domicílio do devedor) em benefício do credor no Brasil. O réu, imagine-se, nunca sequer esteve no Brasil. De fato, o autor da futura ação é domiciliado no Brasil, mas de nacionalidade estrangeira, recentemente imigrado, razão pela qual o vínculo de parentesco entre ambos – causa de pedir – constituiu-se no exterior. Também essa ação hipotética não se enquadraria em nenhuma das hipóteses do Código de Processo Civil de 1973.

À luz de tais normas e de situações como essas – além de outras, como a de exercício de jurisdição voluntária onde não há propriamente réu nem ação, parte da doutrina passou a defender que a enumeração constante do texto legal não era exaustiva, mas meramente exemplificativa.¹⁹ 4

O argumento principal foi o de que “a lei processual civil brasileira contém dispositivo sobre competência interna, segundo o qual o réu, em ações pessoais ou em ações reais mobiliárias, que não tiver domicílio no Brasil, poderá ser demandado no domicílio brasileiro do autor (...). Parece certo que essa norma de competência interna pode ser aplicada em caráter supletivo para fundamentar a competência internacional da Justiça brasileira”.²⁰

Também nesse período a doutrina recorreu corriqueiramente aos princípios da efetividade e da subsunção (item 3.2, *infra*) para justificar o exercício da jurisdição brasileira em situações que não se enquadravam diretamente nas hipóteses previstas nos incisos do art. 88 do CPC de 1973.

19. Assim, por exemplo, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Problemas relativos a litígios internacionais. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 17, n. 65, p. 144-161, jan.-mar. 1992, p. 147. No mesmo sentido: “Embora nada diga a lei, em alguma medida deve ser admitida a alteração das regras de competência internacional que ela estabelece, para o fim de incluir na competência da autoridade judiciária do país causas não previstas” DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 353.

20. MORI, Celso Giratá; NASCIMENTO, Edson Bueno. A competência geral internacional do Brasil: competência legislativa e competência judiciária no direito brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 19, n. 73, p. 74-93, jan.-mar. 1994, p. 87. No mesmo sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Problemas relativos a litígios internacionais. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 17, n. 65, p. 147, jan.-mar. 1992.

Obviamente, a defesa de que as hipóteses do art. 88 consistiam em rol exemplificativo e, não taxativo, não se tratou de posição doutrinária unânime, em que pese majoritária.²¹

Vêja-se, ainda, a jurisprudência mais recente do STJ enquanto vigorava o Código de Processo Civil de 1973:

“A competência (jurisdição) internacional da autoridade brasileira não se esgota pela mera análise dos arts. 88 e 89 do CPC, cujo rol não é exaustivo. Assim, pode haver processos que não se encontram na relação contida nessas normas, e que, não obstante, são passíveis de julgamento no Brasil. Deve-se analisar a existência de interesse da autoridade judiciária brasileira no julgamento da causa, na possibilidade de execução da respectiva sentença (princípio da efetividade) e na concordância, em algumas hipóteses, pelas partes envolvidas, em submeter o litígio à jurisdição nacional (princípio da submissão)” (STJ, RO 64, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 23.06.2008 – destaque inexistente no original).

b) no Código de Processo Civil de 2015

De qualquer forma, a aprovação do novo Código de Processo Civil, em 2015, e sua entrada em vigor em 2016 modificou em parte o cenário normativo até então existente.

Com efeito, no Código de Processo Civil de 2015 as regras de competência internacional concorrente – que são as que continuam a interessar – vem dispostas nos arts. 21 e 22, *verbis*:

“Art. 21 – Compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que:

- I – o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;
 - II – no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;
 - III – o fundamento seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil;
- Parágrafo único – Para o fim do disposto no inciso I, considera-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que nele tiver agência, filial ou sucursal.

Art. 22 – Compete, ainda, à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações:

- I – de alimentos, quando:
- a) o credor tiver domicílio ou residência no Brasil;

21. Em sentido contrário, entendendo que o rol era exaustivo, BARBI, Celso Agrícola, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 1, 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 302.

b) o réu mantiver vínculos no Brasil, tais como posse ou propriedade de bens, recebimento de renda ou obtenção de benefícios econômicos;

II – decorrentes de relações de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil;

III – em que as partes, expressa ou tacitamente, se submeterem à jurisdição nacional.

A dúvida que se pode colocar é se a ampliação das hipóteses legislativamente pensadas e dispostas teria o condão de tornar exaustivo o rol dos arts. 21 e 22 ou se, ao contrário, em que pese a previsão de hipóteses outras inexistentes na legislação revogada serviu apenas para ampliar o rol exemplificativo.

O art. 21, com pequenas modificações redacionais, é idêntico, em conteúdo, ao art. 88 do CPC revogado. Por sua vez, o art. 22 agrega três outras hipóteses de competência concorrente para a jurisdição brasileira, abrindo, consequentemente, diversas linhas interpretativas.

A primeira linha de interpretação seria a de que as situações descritas no art. 22 seriam normas especiais relativamente às descritas no art. 21. Nesse sentido, por exemplo, o julgador brasileiro só teria competência em matéria de relações de consumo quando o consumidor fosse domiciliado no Brasil, o que faria com que consumidores turistas estrangeiros restassem desprotegidos ante a jurisdição brasileira. Ora, certamente não foi essa a intenção do legislador brasileiro, sob pena de – em tendo sido essa a intenção – o fornecedor brasileiro ser beneficiado em face do consumidor domiciliado no exterior, pois em sendo uma norma especial de competência, as regras gerais do art. 21 restariam sem incidência relativamente a relações de consumo. Seria um absurdo em face de todo o sistema restante, inclusive a Constituição Federal!

Se, entretanto, se pensar no exemplo construído no item anterior, *supra*, e se interpretar as hipóteses do art. 22 como complementares relativamente ao rol do art. 21, o consumidor turista domiciliado no Brasil que entabula relação de consumo no exterior poderá discutir a relação jurídica consumerista perante o Judiciário brasileiro, algo que, anteriormente, dependia da configuração dos princípios da efetividade ou da subsunção e seu reconhecimento pelo magistrado. Nesses termos, o legislador estaria apenas construindo a hipótese complementar e pressupondo configurada a competência em razão da satisfação de ao menos um dos princípios mencionados.

Idêntica dualidade interpretativa poderia ser construída relativamente às ações de alimentos. Teria o legislador construído hipótese especial ou complementar de competência internacional? As duas hipóteses construídas pelo legislador de 2015 dizem respeito a situações que, à luz exclusiva do art. 21, poderiam restar excluídas do exercício jurisdicional brasileiro.

Com efeito, via de regra, nas ações de alimentos o credor costuma ser o autor de tais ações – mas não de todas, como é óbvio – e na hipótese consuetudinária no item anterior, *supra*, a jurisdição brasileira estaria excluída se não se entendesse configurado o rol meramente exemplificativo do art. 88 revogado (equivalente ao do art. 21 vigente). O mesmo espírito protetivo do credor alimentando está presente na alínea *b* do inc. I do art. 22, mas agora para proteger o credor que, não sendo aqui domiciliado, pleiteia os alimentos em face de devedor domiciliado alhures, mas com patrimônio, renda ou benefícios econômicos capazes de garantir a pensão alimentícia, vinculados ao território brasileiro (em clara concretização do princípio da efetividade da decisão).²²

Quer isto significar que as hipóteses do art. 22 são complementares às do art. 21 e ocorrem os demandantes naquelas situações ali previstas. No entanto, se a situação se enquadrar em ao menos uma das hipóteses do art. 21, configurada estará a competência do Judiciário brasileiro para decidir uma demanda plurilocalizada.

3.2 Princípio da efetividade e princípio da subsunção

O princípio da efetividade determina que a decisão da jurisdição do foro em matéria internacional deve ser dotada de um grau mínimo de efetividade. Com efeito, como esclarece Botelho de Mesquita, “ao Estado, porém, só interessam as causas que guardem algum ponto de contato com o ordenamento jurídico nacional”.²³

A jurisdição pode ser provocada e será atuada mesmo que o magistrado nacional aplique direito estrangeiro e o provimento jurisdicional que vier a proferir não tiver condições de ser aqui executado, bastando que se antevêja que a decisão brasileira nesses termos proferida poderá ser homologada pelo Judiciário estrangeiro em cujo território os efeitos práticos da decisão sejam obteneveis. A decisão assim proferida terá efetividade, ainda que fora dos limites da jurisdição que a proferiu.

22. Veja-se, em abono, o quanto disposto no art. 18, 2, da Convenção da Haia de 2007 sobre cobrança internacional de alimentos destinados aos filhos e a outros membros da família, que estabelece dentre as exceções à regra de competência estabelecidas no instrumento a recusa dessa autoridade em exercer sua competência, ocasião em que outro estado parte estaria autorizado a exercer sua jurisdição. Saliente-se que, no entanto, o Brasil não é parte na referida convenção internacional.

23. BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Da competência internacional e dos princípios que a informam. *Revista de Processo*. São Paulo, a. 13, n. 50, p. 58, abr.-jun. 1988.

O princípio da efetividade atua, assim, como excludente da jurisdição nacional sempre que a decisão a ser prolatada não apresente vinculação efetiva com a jurisdição brasileira, nem se antevêja a possibilidade de que seu conteúdo seja reconhecido no exterior. Os critérios são, por óbvio, cumulativos nesse caso.

Assim, a eventual ação revisional a ser proposta por Ex-Marido pode não ser homologada pela jurisdição de X, mas ela terá efetividade no Brasil, local de onde deverá ser cumprida a obrigação. “O Brasil terá jurisdição sobre o caso se qualquer uma das obrigações tenha que ser executada ou cumprida aqui”.²⁴ Por sua vez, o princípio da subsunção, que tanto auxiliava a construção das hipóteses de competência internacional não explícitas no regime de 1973, continua a ter aplicabilidade na vigência do CPC/2015, inclusive porque o inc. III do art. 22 o previu explicitamente.

De qualquer sorte, como esclarece o sempre lembrado José Ignácio Botelho de Mesquita, “se o tribunal, a outro título, for internacionalmente competente para a causa (e.g., lugar do cumprimento da obrigação) não terá lugar a aplicação do princípio da subsunção”, ou seja, não há necessidade de que o réu ou os réus se submetam voluntariamente – de modo expresso ou tácito – à jurisdição brasileira. O que se exige, nesses casos em que o tribunal é desde logo competente, é que a citação do réu ou dos réus seja válida, ainda que se tornem revéis.

Nesse sentido, proposta eventual ação revisional de alimentos por Ex-Marido e sendo configurada a competência internacional da jurisdição brasileira, será necessário que Ex-Mulher, por si e por seus filhos menores seja regularmente citada, sendo, em consequência, irrelevante que os mesmos se submetam voluntariamente à jurisdição brasileira, posto que jurisdição já haja.

3.3 Princípio do *forum non conveniens*

Semelhante ao princípio da efetividade, mas eminentemente discricionário, o princípio do *forum non conveniens* surgiu na Escócia e logrou forte êxito nos sistemas de *common law* com a intenção de evitar que a escolha entre duas ou mais jurisdições igualmente competentes do ponto de vista internacional pudesse levar a abusos por qualquer uma das partes no litígio.

Trata-se do poder de recusa do juízo internacionalmente escolhido, deixando ao seu arbítrio a possibilidade de negar a prestação jurisdicional se demonstrada

24. MONTEIRO, André Luis. Anotações sobre a chamada competência internacional. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, v. 91, p. 19, out. 2010.

a competência concorrente de outro estado como mais adequada para atender aos interesses e reclames, públicos e privados, das partes e da melhor justiça”.²⁵

É possível afirmar que, no caso *sub analise*, ainda que a jurisdição de X não tivesse sido afastada por vontade das partes, ou que essa cláusula seja desconsiderada por aquela jurisdição e a ação revisional de alimentos, por exemplo, viesse a ser intentada perante aquela jurisdição, haveria o risco não negligenciável de que o magistrado estrangeiro, por seu livre talame, decidisse declarar o foro de X como inconveniente.

Imagine-se, então – e apenas para argumentar – que não existisse competência da jurisdição brasileira para conhecer e julgar eventual ação revisional proposta por Ex-Marido. Nesse caso, e considerando o que acima ficou dito, qual a jurisdição que lhe poderia socorrer? Haveria, nessa hipótese limite, denegação de justiça. E o sistema brasileiro poderia com isso conviver?

4. APLICAÇÃO À ESPÉCIE

De tudo o que acima ficou dito, é chegada a hora de encaminhar as conclusões para, enfim, responder às perguntas formuladas pelo consulente.

4.1 Exclusão da jurisdição como ofensa à ordem pública internacional no Brasil

As cláusulas que impedem as partes de rediscutir os termos do acordo ofendem a ordem pública brasileira e não podem prevalecer integralmente. O fato do Superior Tribunal de Justiça não tê-las considerado em sua integralidade e de as partes não terem invocado a ofensa a ordem pública, nenhuma delas configura preclusão na espécie, mormente porque o princípio da ordem pública internacional é um conceito fluido e mutável e umbilicalmente vinculado aos valores constitucionais do foro.

Como já afirmei, “em verdade, acredito que devam ser as normas constitucionais seu principal molde [da ordem pública], especialmente aquelas normas substanciais contidas na Constituição, como são as que reconhecem os direitos e garantias fundamentais do ser humano e estabelecem, em sede constitucional, condições ou o modo preferencial de seu exercício”.²⁶ É esse o caso do inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

25. BRAGA, Paula Sarno. Competência adequada. *Revista de Processo*. São Paulo, a. 38, n. 219, p. 13-41, p. 22-23, maio 2013.

26. MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Controle de Constitucionalidade da Lei Estrangeira*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 83. No mesmo sentido: CAUDENET-

Lembre-se, por fim, que o juízo homologatório realizado no STJ é um juízo de deliberação, sem análise profunda do mérito do acordo como aquele realizado no Tribunal de X, que pode analisar o conteúdo das disposições acordadas pelas partes.

4.2 O princípio do forum non conveniens nos sistemas de common law

Há, em consequência, o risco de que a jurisdição de X – que reconhece integralmente o acordo – dê-se desde logo por incompetente, em razão da renúncia das partes, que ali produz integrais efeitos por não violar a ordem pública externamente liberal daquele sistema.

Mas ainda que a jurisdição de X aceitasse a demanda, haveria ainda o risco de que a mesma invocasse o princípio do *forum non conveniens*, extinguindo a demanda por entender que a mesma pudesse ser analisada pela jurisdição brasileira, melhor posicionada por ser o local de cumprimento da obrigação (pagamento das prestações decorrentes da obrigação alimentícia), além de que “a causa de pedir (mediata ou mediata) decorra de ato ou fato ocorrido no Brasil”, lembrando-se que “o dispositivo se aplica para fixar a jurisdição brasileira para causas de natureza contratual ou extracontratual (respectivamente, ato celebrado ou fato ocorrido no Brasil)”.²⁷

4.3 Caráter não exaustivo do art. 21 e complementar do art. 22 do Código de Processo Civil de 2015

Assim como ocorria no sistema do Código de Processo Civil de 1973, as hipóteses do art. 21 do Código em vigor são meramente exemplificativas e, por isso, as situações descritas no art. 22 são complementares, do que nos dá pista, inclusive o vocábulo “ainda” utilizado no *caput* do art. 22, como que a dizer, além das que estão descritas no art. 21.

Como lembra o Professor Titular de Direito Processual Internacional da Universidade Federal Fluminense e Juiz Federal, Ricardo Perlingeiro, “o prin-

TALLON, Helene. Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel). *Recueil des Cours*. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, n. 312, p. 394., 2005.

27. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TIBURCIO, Carmen. Jurisdição e competência para o julgamento de litígios civis com elementos de estranheza segundo o direito brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo, a. 39, n. 231, p. 46 maio 2014.

cípio da tutela judicial efetiva (acesso à justiça) é eventualmente invocado para que uma causa seja julgada por juiz brasileiro".²⁸

Trata-se de válvula eficiente para se evitar a denegação de justiça. No caso sob exame, nenhum outro Estado tem competência para decidir a controvérsia, mas o Judiciário brasileiro a tem e se ele se declarar incompetente, a parte ficará "sem remédio, sem proteção".²⁹

Ademais, como afirma Barbosa Moreira,

"Firma-se a competência internacional (exclusiva ou concorrente, que seja) da Justiça brasileira ante a pura e simples configuração *in concreto* de qualquer dos esquemas fáticos descritos *in abstracto* no texto legal. Não é necessária a concorrência de nenhum outro fator. E, a abstrair-se da existência de convenção entre as partes, que validamente eleja outra Justiça para conhecer da causa — o que, naturalmente, não se concebe no âmbito de incidência do art. 89 [atual art. 23] —, nenhum outro fator tem a virtude de tornar incompetente a Justiça pátria".³⁰

No caso que tive a honra de analisar as partes não elegeram outra Justiça. E a situação se enquadrava sobejamente nas hipóteses de competência da Justiça brasileira. Além disso, qualquer interpretação diversa implicará em denegação de justiça, o que seria odioso.

5. CONCLUSÃO: PLENA JURISDIÇÃO BRASILEIRA NA ESPÉCIE

Por tudo o que atrás ficou dito com a intenção de bem fundamentar as respostas às perguntas apresentadas, é hora de objetivamente responder a consulta formulada.

1. A cláusula do acordo firmado em X e homologado no Brasil que impede a rediscussão da prestação de alimentos e de partilha tem eficácia no Brasil?

As cláusulas do acordo firmado em X, homologado por sentença na Corte de X e homologado em juízo de delibação no Brasil pelo c. Superior Tribunal

de Justiça são ineficazes porquanto ofensivas à ordem pública internacional vigente no Brasil na exata medida em que representam renúncia à jurisdição brasileira, sem que outra jurisdição estrangeira tenha sido eleita pelas partes — o que seria admissível.

Na hipótese, a inexistência de uma jurisdição competente obriga o magistrado brasileiro a considerar como não escritas tais cláusulas, averiguando se é competente nos termos dos artigos 21, 22 ou 23 do Código de Processo Civil de 2015.

II. Na hipótese de não ter eficácia e ser possível a propositura de ação revisional de alimentos e de partilha, a jurisdição brasileira é competente para examinar a questão?

Sim. Configura-se a competência internacional do Brasil porque a obrigação de alimentos existente e a que eventualmente venha a substituí-la são cumpridas no Brasil (art. 21, II, CPC/2015) e também porque o fundamento do pedido revisional — modificação das condições econômicas do devedor de alimentos — ocorreu no Brasil (art. 21, III, CPC/2015). O mesmo se diga no que tange a eventual revisão da partilha de bens em curso, que está sendo cumprida no Brasil e cuja causa de pedir da revisão também se verificou no Brasil.

Ademais, a redação do art. 22 não exclui a competência firmada pelas hipóteses do art. 21, dado o caráter exemplificativo deste e complementar daquele.

É o parecer, s. m. j.

São Paulo, 10 de outubro de 2016.

Gustavo Ferraz de Campos Monaco

Professor Associado do Departamento de Direito Internacional e Comparado da Faculdade de Direito da USP

PESQUISAS DO EDITORIAL

Vejam também Doutrina

- Fundamentos da cooperação jurídica internacional, de Caio Gonzalez de Babo — *RDCI* 82/335-359 (DTR/2013/476); e
- Os limites da jurisdição nacional e a cooperação internacional no plano do novo Código de Processo Civil brasileiro, de Edmundo Gouvêa Freitas e Antônio Pereira Gáio Júnior — *RePro* 243/537 (DTR/2015/7924).

28. PERLINGEIRO, Ricardo. A jurisdição internacional na América Latina: competência internacional, reconhecimento e execução de decisão judicial estrangeira em matéria civil. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 36, n. 197, p. 303, jul. 2011.

29. MAGALHÃES, José Carlos de. Competência internacional do juiz brasileiro e denegação de justiça. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 77, v. 630, p. 54, abr. 1988.

30. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Garantia constitucional do direito à jurisdição — Competência internacional da Justiça brasileira — Prova do direito estrangeiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 3+3, p. 279, jul.-set. 1998.