

O EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO PELO ESTADO BRASILEIRO DE ACORDO COM O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

THE EXERCISE OF JURISDICTION BY THE BRAZILIAN STATE IN ACCORDANCE WITH THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE DRAFT

Eraldo Silva Júnior¹

Resumo: O exercício da jurisdição pelo Estado é um dos temas centrais do direito processual civil internacional, na medida que antecede logicamente qualquer outro tema. Atualmente, as hipóteses de exercício de jurisdição pelo Brasil estão previstas no Código de Processo Civil, na iminência de reforma, com a tramitação, em estágio avançado, do Projeto de Código de Processo Civil no Congresso Nacional. O presente artigo tem como objetivo analisar a matéria como tratada no Projeto de Código de Processo Civil, comparando tal tratamento com as disposições atualmente em vigor, bem como apontando o tratamento dado pelo Projeto a temas controversos doutrinária e jurisprudencialmente, como a eleição de foro exclusivo e o conflito de jurisdições.

Palavras-chave: jurisdição – novo código de processo civil – eleição de foro – conflito de jurisdições

Abstract: The exercise of jurisdiction by the State is a central theme in the international civil procedural law, as it logically precedes any other theme. Currently the cases in which Brazil exercises its jurisdiction are defined the Civil Procedure Code, which is on the verge of retirement, as a New Civil Procedure Code Draft undergoes analysis by the National Congress. This article aims to analyze the matter as treated in the New Civil Procedure Code Draft, comparing this treatment with the provisions currently in force, as well as pointing the treatment given by the Draft to controversial topics, such as the election of exclusive jurisdiction and the conflict of jurisdictions.

Keywords: jurisdiction – new civil procedure code – choice of forum – conflict of jurisdictions

¹ Mestrando em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Defensor Público Federal. Membro do Conselho Superior da Defensoria Pública da União durante o biênio 2012/2014. Membro do Comitê Estadual Intersetorial de Políticas de Atenção aos Refugiados do Rio de Janeiro.

1- INTRODUÇÃO

Nas relações jurídicas com elementos de estraneidade, a definição do Estado com atribuição para exercer jurisdição é elemento de crucial importância. Se é certo que a jurisdição, ao menos em teoria, é ilimitada, na medida em que decorre diretamente da soberania, fato é que os Estados não têm, por diversos motivos, capacidade exercê-la plenamente.

De acordo com Cândido Dinamarco, os Estados autolimitam o exercício de sua própria jurisdição por três motivos principais:

(a) a impossibilidade ou grande dificuldade para cumprir em território estrangeiro certas decisões dos juízes nacionais, (b) a irrelevância de muitos conflitos em face dos interesses que ao Estado compete preservar e (c) a conveniência política de manter certos padrões de recíproco respeito a outros Estados (DINAMARCO, 2009, p. 342).

As hipóteses de autolimitação do exercício de jurisdição listadas por Dinamarco abrangem praticamente todas as hipóteses conhecidas de autolimitação deliberada – por certo, há casos nos quais a não previsão de dada hipótese é fruto de omissão não intencional do legislador – e ressaltam a natureza especial da jurisdição como elemento intrínseco à soberania. Assim, ao definir a amplitude de sua jurisdição, o Estado não leva em consideração os interesses dos jurisdicionados, mas os seus próprios, seja para evitar o uso ineficaz de sua estrutura burocrática – impedindo o ajuizamento de ações cujas sentenças não poderão ser executadas -, seja para evitar conflitos diplomáticos.

Há dois sistemas de autolimitação da jurisdição pelos Estados – o direto e o indireto. No primeiro, há um rol de hipóteses nos quais o Estado irá exercer sua jurisdição, enquanto no segundo, há diversos róis de competência de órgãos jurisdicionais internos e, sempre que houver órgão interno competente, há o exercício de jurisdição pelo Estado.

No Brasil, o legislador optou por adotar critério direto de delimitação, prevendo regras objetivas para o exercício de jurisdição. Assim, em regra, somente haverá o exercício de jurisdição pelo Estado brasileiro caso estejam presentes alguns dos elementos de conexão listados na lei processual civil.

Ante a opção do legislador brasileiro, as regras de competência judiciária interna não possuem qualquer relevância para a definição do exercício de jurisdição pelo Estado brasileiro. Assim, o fato de o atual Código de Processo Civil prever a competência do foro da residência da mulher para as ações de separação e de conversão desta em divórcio e para a anulação de casamento não implica em reconhecimento do exercício de jurisdição pelo Brasil sempre que a mulher aqui for domiciliada. A regra em questão diz respeito a

uma etapa que sucede logicamente a definição da jurisdição: em havendo o exercício desta pelo Brasil, perante qual dos inúmeros foros será a demanda processada?

Como se vê, não é possível, no ordenamento brasileiro, valer-se das regras de competência interna para definir a extensão do exercício da jurisdição no plano internacional (TIBURCIO, 2006, p.456). Para tal mister, imprescindível a referência aos dispositivos específicos insculpidos na legislação pátria.

O legislador criou, ainda, duas categorias de exercício de jurisdição pelo Brasil: as hipóteses de competência concorrente e de competência exclusiva. Na primeira hipótese, o Estado reconhece a possibilidade de exercício de jurisdição por um outro, admitindo a homologação de sentenças prolatadas por este. Já na segunda, recusa-se o reconhecimento da validade e de qualquer tipo de efeito por eventual decisão proferida por outro soberano.

No projeto do Novo Código de Processo Civil, atualmente em tramitação no Congresso Nacional, a questão é tratada pelos artigos 21 a 25, que não se limitam a replicar o teor dos atuais artigos 88 e 89 do CPC, trazendo inovações relevantes à regulamentação da matéria.

No presente artigo, serão analisadas as hipóteses de exercício e de afastamento da jurisdição brasileira previstas no novo CPC, com as devidas referências ao CPC em vigor e atenção especial ao tratamento dado à questão do conflito negativo de jurisdições.

2- DA NOMENCLATURA UTILIZADA

A primeira inovação relevante trazida pelo Projeto de Código de Processo Civil diz respeito à nomenclatura utilizada. O Código de Processo Civil em vigor trata dos limites ao exercício de jurisdição pelo Brasil no Capítulo II do Título IV, ao qual intitula “Da Competência Internacional”.

T tecnicamente o termo competência é conceituado como “*medida da jurisdição*”, isto é, a jurisdição estatal, caracterizada por sua unicidade, é exercida por uma pluralidade de órgãos, reportando a competência ao campo específico no qual cada um destes órgãos atuará (DINAMARCO, 2009, p.333).

Considerando que a jurisdição é função inerente à soberania e desta decorre diretamente, não há, no plano internacional, uma jurisdição uma a ser dividida entre os Estados. Assim sendo, não há como se falar em competência internacional, na medida em que tal conceito tem como pressuposto lógico uma jurisdição internacional, que inexiste.

A imprecisão terminológica adotada pelo Código de Processo Civil contribui para interpretações equivocadas de seus dispositivos, podendo resultar, por exemplo, na adoção de regras de competência interna como se definidoras da jurisdição nacional o fossem. O Projeto de Código de Processo Civil resolve este problema ao intitular o Capítulo I do Título II “Dos Limites da Jurisdição Nacional”, adotando nomenclatura compatível com a natureza do tema tratado.

Ressalte-se que em outros pontos, como no art.25, §1º, o Projeto do Novo CPC ainda utiliza a nomenclatura “competência internacional”, mas o cuidado terminológico com a denominação do Capítulo, sem dúvidas, já é o suficiente para aclarar o alcance dos dispositivos relativos à limitação da jurisdição.

3 - ART. 21, I NCPC – EXERCÍCIO DE JURISDIÇÃO EM FUNÇÃO DO DOMICÍLIO DO RÉU

O artigo 21, I do Projeto do CPC trata do exercício de jurisdição pelo Brasil quando o réu for domiciliado no território nacional, pouco importando a nacionalidade das partes envolvidas no litígio, valendo-se de redação idêntica à adotada pelo artigo 88, I do Código de Processo Civil em vigor.

O exercício de jurisdição por um Estado sobre indivíduos domiciliados em seu território constitui decorrência lógica de sua soberania, havendo previsões similares no Regulamento 1215/2012 (União Europeia), no Restatement Second e no Restatement Third (Estados Unidos da América) e no Código Bustamante.

A grande discussão referente ao dispositivo é a referente ao conceito de domicílio adotado. Barbosa Moreira defende ser possível a fixação da competência da autoridade jurisdicional brasileira pela mera residência, mediante aplicação do art. 94, §2º do Código de Processo Civil (MOREIRA, 1994, p. 146). Também pela mera residência, Hélio Tornaghi, com fundamento no art. 94, §3º do CPC (TORNAGHI, 1975, p. 305). Como crítica a tais posicionamentos, há o fato de terem os eminentes doutrinadores usado regras de fixação interna como critérios para a fixação de competência internacional, etapa logicamente anterior.

Pontes de Miranda, Celso Agrícola Barbi e Serpa Lopes entendem não bastar a mera residência, ante a existência de distinção conceitual clara adotada pelo Código Civil.

4 - ART. 21, PARÁGRAFO ÚNICO DO NCPC – O DOMICÍLIO DA PESSOA JURÍDICA ESTRANGEIRA

O artigo 21, parágrafo único, do Projeto de CPC repete, com pequenas adequações estilísticas, o artigo 88, parágrafo único, do Projeto de CPC, e trata da conceituação de domicílio da pessoa jurídica estrangeira, para fins de aplicação do artigo 21, I.

A principal discussão decorrente da redação do atual artigo 88, parágrafo único, e que certamente permanecerá relevante caso entre em vigor o CPC em tramitação no Congresso Nacional, é a delimitação dos atos alcançados pela regra. De acordo com Barbosa Moreira, só há jurisdição em relação aos atos praticados pelas agências, filiais ou sucursais localizadas no Brasil.

Há julgados do STJ, como o RO 13/PE, contudo, que reconhecem a competência, mesmo em relação a atos praticados no exterior, equiparando, ainda, uma embaixada estrangeira a uma agência, filial ou recursal do Estado estrangeiro.

5 - ART. 21, II NCPC – O EXERCÍCIO DE JURISDIÇÃO EM FUNÇÃO DO LOCAL DE CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO

O artigo 21, II do Projeto do Código de Processo Civil, repetindo o artigo 88. II do CPC em vigor, trata do exercício da jurisdição brasileira quando a obrigação aqui tiver de ser cumprida.

A hipótese de competência internacional em questão tem sua origem histórica na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, à época Lei de Introdução ao Código Civil, não encontrando dispositivos similares na legislação anterior, e encontra equivalente, no âmbito da União Europeia, no art. 5º, 1ª do Regulamento 44/01, segundo o qual as causas podem ser julgadas “*perante o tribunal do lugar onde foi ou deva ser cumprida a obrigação em questão*”.

No mesmo sentido, o Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, elaborado no âmbito do Mercosul, mas ainda não em vigor, prevê o exercício de jurisdição pelo juízo do lugar de cumprimento do contrato.

Jurisprudencialmente, marco relevante é o REsp 251.438/RJ, no qual o STJ decidiu que, em havendo jurisdição brasileira sobre questão principal por ser aqui o local de seu cumprimento, também haverá para o julgamento de eventuais questões acessórias.

6 - ART. 21, III NCPC – EXERCÍCIO DE JURISDIÇÃO EM FUNÇÃO DE FATO OCORRIDO OU ATO PRATICADO NO BRASIL

O dispositivo em questão, novamente repetindo, com pequenos ajustes de redação, hipótese de competência internacional prevista no CPC em vigor. Trata-se do exercício de jurisdição em virtude de fato ocorrido ou ato praticado no Brasil, hipótese prevista também no Código de Bustamante. Para Pontes de Miranda, haverá competência internacional do Brasil em relação a qualquer fato ou ato, sejam lícitos ou ilícitos, contrários ou não a interesses de estrangeiros (MIRANDA, 1995, p. 193).

Há dúvidas doutrinárias acerca da possibilidade de anulação de casamento realizado no exterior, mas registrado no Brasil, posto que, apesar de não ter sido o casamento um ato praticado em território nacional, o registro o poderia ser. Ressalte-se que o STJ, ao julgar o RO 39, entendeu como o suficiente para atrair jurisdição o mero envio de carta para Estado estrangeiro que prometera pagar recompensa por determinada informação, deixando claro que não é necessária a prática do ato objeto imediato do pedido no território nacional.

Por fim, de interesse especial é o artigo 62 do Código de Processo Civil Português de 2013, segundo o qual serão competentes os tribunais portugueses quando tiver *“sido praticado em território português o facto que serve de causa de pedir na ação, ou algum dos factos que a integram”*. Ao comentar dispositivo idêntico da lei processual portuguesa anterior, Tornaghi afirma ser esta consideravelmente mais restritiva do que a brasileira, na medida em que prevê a competência apenas em relação aos fatos praticados, excluindo os atos praticados e os fatos ocorridos, como os fatos da natureza.

7 - ART. 22 NCPC – “NOVAS” HIPÓTESES DE EXERCÍCIO DE JURISDIÇÃO

O artigo 22 do Projeto de Código de Processo Civil não encontra equivalente no CPC em vigor, contemplando três hipóteses distintas de exercício de jurisdição, quais sejam: 1- em razão da matéria, para ações de alimentos; 2- em razão da matéria, para relações de consumo; e 3- em razão de eleição, expressa ou tácita, de foro brasileiro.

O inciso I do artigo em questão, ao tratar da competência internacional em matéria de alimentos, reproduz a sistemática prevista pela Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar, aplicada pelo Brasil também aos Estados não signatários (ARAUJO, 2008, p. 498), e que prevê:

Artigo 8 -Têm competência, na esfera internacional, para conhecer das reclamações de alimentos, a critério do credor:

a) o juiz ou autoridade do Estado de domicílio ou residência habitual do credor;

b) o juiz ou autoridade do Estado de domicílio ou residência habitual do devedor;

c) o juiz ou autoridade do Estado com o qual o devedor mantiver vínculos pessoais, tais como posse de bens, recebimento de renda ou obtenção de benefícios econômicos.

Sem prejuízo do disposto neste artigo, serão consideradas igualmente competentes as autoridades judiciárias ou administrativas de outros Estados, desde que o demandado no processo tenha comparecido sem objetar a competência.

Da simples leitura do artigo 8 da Convenção Interamericana depreende-se não representar o artigo 22, I do Projeto de CPC qualquer inovação na ordem jurídica brasileira, limitando-se a incluir, no corpo do código, hipótese de exercício de jurisdição já existente.

O inciso II do Projeto de CPC estabelece a competência da autoridade brasileira para as causas decorrentes de relações de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil. O dispositivo em questão destina-se às hipóteses nas quais o consumidor é o autor de demanda contra réu domiciliado no estrangeiro, visto que hipóteses diversas já se esse enquadram nas regras gerais previstas no artigo 21. Neste caso, há a inserção de previsão de exercício de jurisdição prevista pelo Protocolo de Santa Maria sobre Jurisdição Internacional em Matéria de Relações de Consumo, aprovada no âmbito do Mercosul, mas ainda não vigente.

O exercício de jurisdição na hipótese do artigo 22, II tem seu fundamento na proteção ao consumidor, determinada pelo art.5º, XXXII e visa evitar que consumidores, em regra hipossuficientes, enfrentem uma negativa fática de jurisdição, na medida em que podem não dispor de condições de litigar no estrangeiro.

Há, contudo, um risco relevante de ineficácia do artigo 22, II, já que não há garantia de execução de eventual sentença prolatada, em especial se levarmos em consideração o fato de a definição de consumidor adotada pelo CDC (qualquer pessoa, física ou jurídica, que adquire produto ou serviço como destinatário final) diferir da adotada por outros Estados, que tendem a restringir a figura do consumidor àqueles que adquirem determinado bem para uso próprio, doméstico ou familiar.

Por fim, o artigo 22, III trata do reconhecimento expresso do exercício da jurisdição pelo Brasil quando as partes envolvidas em determinado litígio elejam o foro brasileiro, mesmo que implicitamente. Trata-se de consolidação de posicionamento dominante na doutrina e na jurisprudência, importante, ante a existência de divergência que defende a impossibilidade de o indivíduo “criar” hipótese de exercício de jurisdição através de cláusula de eleição de foro, na medida em que o exercício da jurisdição é atividade inerente à soberania do Estado.

8 - ART. 23, I NCPC – EXERCÍCIO DE JURISDIÇÃO SOBRE IMÓVEIS SITUADOS NO BRASIL

O artigo 23, I do Projeto de CPC repete a redação do artigo 89, I do CPC em vigor, que trata de hipóteses de exercício exclusivo de jurisdição pela autoridade brasileira para ações relativas a imóveis situados no Brasil. Trata-se de previsão frequente no direito comparado, encontrada, por exemplo, na legislação portuguesa e na legislação suíça.

Helio Tornaghi, interpretando o atual artigo 89, I, afirma abranger o dispositivo tão somente ações reais, não se aplicando, portanto, às ações pessoais que porventura repercutam sobre imóveis situados no Brasil. Trata-se, contudo, de posição minoritária na doutrina, contraposta, por exemplo, pelo Barbosa Moreira, que afirma haver jurisdição exclusiva sobre quaisquer ações que versem sobre imóveis situados no Brasil. A jurisprudência sobre o tema variou ao longo do tempo.

Ao julgar a SE 7101, o STF apreciou sentença prolatada no Paraguai que anulava procuração outorgada naquele país e, como consequência, contrato de compra e venda de imóvel situado no Brasil celebrado com base no contrato anulado, tendo procedido à homologação parcial, inadmitindo a apreciação por Estado estrangeiro de contrato de compra e venda de imóvel situado no Brasil.

Na SE 3989, o STF entendeu inadmissível a anulação por judiciário estrangeiro de cláusula de inalienabilidade que recaia sobre imóvel situado no Brasil, transmitido a instituição beneficente portuguesa por disposição testamentária.

Ao julgar a CR 3552, o STF entendeu que o mero fornecimento a Estado estrangeiro de dados quanto à existência de bens imóveis no Brasil em nome de determinado indivíduo já fere competência exclusiva da autoridade jurisdicional brasileira.

Por fim, no RE 90961, foi discutida questão que, em determinado momento, configurou negativa de jurisdição. No caso, o Brasil havia negado o exercício de jurisdição sobre bem imóvel situado no Paraguai, tendo a autoridade jurisdicional paraguaia igualmente reconhecido sua incompetência. O STF, ao invés de enfrentar a questão relativa à indevida bilateralização do artigo 89, II, declarando impossível a interpretação a contrário senso da regra nele inscrita, aplicou o entendimento de Helio Tornaghi, decidindo ser o art.89, II aplicável tão somente às ações reais. Trata-se de entendimento único da jurisprudência do STF, sem registro de nova aplicação, seja por este, seja pelo STJ após a EC45/2004.

9 - ART. 23, II NCPC – EXERCÍCIO DE JURISDIÇÃO PARA PARTILHA DE BENS SITUADOS NO BRASIL

O artigo 23, II do Projeto de CPC representa a principal modificação legislativa em relação ao CPC em vigor. Para melhor delimitar a magnitude da alteração, necessária breve análise sobre o atual art. 89, II do CPC.

O CPC em vigor prevê:

Art. 89. Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra:

(...)

II - proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional.

Analisando o dispositivo em questão, a doutrina identificou dois pontos principais de conflito quanto à sua interpretação: 1- o dispositivo engloba bens móveis, ou se limita aos imóveis? 2- o dispositivo engloba a partilha *inter vivos* ou se limita à *mortis causa*?

A doutrina clássica brasileira consolidou entendimento segundo o qual o artigo 89, II do CPC se aplica indistintamente a bens móveis e imóveis, em razão da inexistência de qualquer distinção legal (MIRANDA, 1995, p. 195) (BARBI, 1998, p. 243).

Quanto à discussão acerca dos tipos de partilha sujeitos à exclusividade, houve longa indefinição jurisprudencial. Imediatamente após a entrada em vigor do CPC, o STF negava a homologação de sentenças que efetuassem a partilha de bens em divórcio, posicionamento modificado posteriormente, quando o Tribunal passou a entender que o art. 89, II do CPC destina-se apenas à sucessão *mortis causa*. Pouco antes da transferência da atribuição para a homologação de sentenças estrangeiras para o STJ, contudo, o STF, ao julgar a SEC 7.209, manifestou-se pela impossibilidade de homologação de partilha realizada no exterior, mas fundamentando tal decisão no art. 89, I, visto serem os bens envolvidos imóveis.

O artigo 23, II do Projeto do CPC dispõe:

Art. 23. Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra:

(...)

II – em matéria de sucessão hereditária, proceder a inventário e partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional.

O Novo CPC, ao entrar em vigor, colocará um fim à longa discussão doutrinária existente, visto limitar expressamente o campo de atuação exclusiva da autoridade jurisdicional brasileira à matéria de sucessão hereditária, excluindo de vez as partilhas

inter vivos. Quanto aos demais aspectos, permanecem válidas as discussões acerca do atual art. 89, II do CPC.

A doutrina e a jurisprudência nacionais, interpretando o art. 89, II do CPC, concluíram que este se aplica tão somente às partilhas litigiosas, visto que somente nestas há efetivo exercício de jurisdição por Estado estrangeiro. Assim, eventuais decisões que se limitem a homologar acordo entre as partes ou a executar testamento não impugnado são reconhecidas. Neste sentido, manifestou-se o STJ ao julgar a SEC 1.304 e a SEC 3.532, sendo que, neste último caso, o tribunal deixou claro que caso haja qualquer atividade jurisdicional, por menor que seja, como a transferência de bens a terceiro em virtude de renúncia pelo único herdeiro, será hipótese de atuação exclusiva do Judiciário brasileiro.

Em interpretação altamente criticada pela doutrina, o STJ firmou entendimento pela bilateralização do artigo 89, II do CPC, extraindo da regra de atribuição de competência exclusiva à autoridade jurisdicional brasileira uma regra geral, aplicável a todos os Estados. No RESP 510.084, decidiu o tribunal que *“O inventário e a partilha devem ser processados no lugar da situação dos bens deixados pelo falecido, não podendo o juízo brasileiro determinar a liberação de quantia depositada em instituição financeira estrangeira.”*

Ora, se a jurisdição é decorrência lógica da soberania, um Estado não pode determinar o exercício de jurisdição por outro, o que foi feito pelo STJ. Há, com a manutenção deste entendimento, real chance de caracterização de denegação de jurisdição, na medida em que é possível a existência de Estado estrangeiro que possua regra de delimitação da jurisdição que não contemple a hipótese do art. 89, II do CPC.

Ao julgar o REsp 275.985, o STJ afastou parcialmente a bilateralização do art. 89, II, eis que, apesar de não proceder à partilha dos bens situados no exterior, levou em consideração o valor dos bens localizados no Líbano para garantir que a legislação brasileira, aplicável ao feito, fosse respeitada no que tange à divisão dos bens. Observe-se que tal decisão contraria a jurisprudência consolidada do STF (RE 99.230, por exemplo), mas não pode, por si só, ser considerada uma verdadeira mudança de posicionamento, eis que ainda não repetida.

O artigo 24 do Novo Código de Processo Civil repete o espírito do artigo 90 do CPC em vigor, afirmando não haver litispendência produzida por ação intentada no exterior.

Celso Agrícola Barbi entende ser salutar a regra contida no artigo 90 do CPC em vigor, na medida em que o reconhecimento de litispendência deveria ser feito pelo juiz de primeira instância, que não tem competência para homologar sentenças estrangeiras. Assim, ao permitir a análise de ação judicial estrangeira para fins de aferição de litispendência, estaria sendo admitida, por via transversa, que um juiz de primeira instância analisasse a presença de requisitos de validade de sentença estrangeira no Brasil.

Apesar de ter mantido o regime geral do CPC em vigor, duas alterações promovidas no texto do Novo CPC são dignas de nota.

A primeira modificação relevante ao sistema de litispendência internacional é o reconhecimento da possibilidade de tratados internacionais preverem a produção de efeitos de ação em tramitação em tribunal estrangeiro, mediante o reconhecimento da produção de efeitos típicos de litispendência no Brasil. Trata-se de previsão compatível com o espírito do Novo CPC, que reiteradamente privilegia a cooperação internacional, prevendo a possibilidade de derrogação de suas normas por tratados.

De fato, a previsão no corpo do CPC da criação de sistemas diferentes via tratado internacional é, na prática, inócua, na medida em que, de acordo com a jurisprudência dominante, tratados internacionais no ratificados pelo Brasil gozam, em regra, de hierarquia de lei ordinária, fazendo com que eventuais conflitos entre o CPC e um tratado internacional sejam resolvidos de acordo com os critérios clássicos de solução de antinomia – hierarquia, temporalidade e especialidade. Assim, independentemente da existência de previsão expressa no corpo do CPC, tratados internacionais podem dispor em sentido diverso da regra geral prevista no código.

Neste ponto, ressalte-se já existir tratado com previsão em sentido diverso ratificado pelo Brasil, qual seja o Código Bustamante, que dispõe:

Art.394. A litispendencia, por motivo de pleito em outro Estado contractante poderá ser allegada em materia civil, quando a sentença, proferida em um delles, deva produzir no outro os effeitos de cousa julgada.

A segunda inovação relevante é a introdução do parágrafo único, que ressalta não impedir a homologação de sentença estrangeira a existência de causa em tramitação no Judiciário brasileiro. No caso, há alteração relevante de entendimento do STF e do STJ em matéria de homologação de sentença estrangeira.

O exercício da jurisdição é atividade inerente à soberania estatal, somente cabendo ao próprio Estado definir as hipóteses nas quais o fará. No plano internacional, inexistente regra uniforme de atribuição de jurisdição aos Estados, razão pela qual é possível a ocorrência de conflitos negativos de jurisdição.

O acesso à justiça, contudo, constitui direito fundamental, assegurado ao cidadão a apreciação pelo Judiciário de lesão ou ameaça a direito, que poderá restar inviável caso não haja o exercício de jurisdição pelo Brasil. Para evitar a denegação de justiça, surge a figura do foro de necessidade, consistente em previsão de exercício subsidiário de jurisdição pelo Estado.

A lei suíça define a competência internacional através da competência interna. Não há dispositivos equivalentes aos art.88 e 89 do CPC, mas tão somente previsão da competência interna para o julgamento das causas com elemento de estraneidade, não havendo jurisdição para as causas não listadas.

A lei federal suíça sobre o Direito Internacional Privado de 1987 prevê:

Art.3 – Caso, de acordo com a presente lei, não haja foro competente na Suíça e um processo no estrangeiro é impossível ou irrazoável, será competente o tribunal suíço com jurisdição sobre o lugar com o qual os fatos possuam suficiente conexão.

Há a adoção, pela Suíça, da doutrina do *minimum contact*, sempre que as regras ordinárias locais, em conjunto com as regras das demais jurisdições com as quais o caso tenha conexão, impliquem em denegação de acesso à justiça.

Assim como a legislação suíça, a lei belga prevê a competência internacional de modo excepcional, sempre que houver vínculos com a Bélgica e o não exercício de jurisdição por esta implique em denegação de acesso à Justiça

O Código de Processo Civil português de 2013 prevê:

Artigo 62. - Fatores de atribuição da competência internacional
Os tribunais portugueses são internacionalmente competentes:
(...)

c) Quando o direito invocado não possa tornar -se efetivo senão por meio de ação proposta em território português ou se verifique para o autor dificuldade apreciável na propositura da ação no estrangeiro, desde que entre o objeto do litígio e a ordem jurídica portuguesa haja um elemento ponderoso de conexão, pessoal ou real.

A previsão *supra* não é inédita, apenas replica o artigo. 65, 1, d, do Código de Processo Civil de 1961, que já positivava o *forum necessitatis*.

Como se vê, o reconhecimento da existência de um foro de necessidade é ampla no âmbito da Europa. Tal fato tem como principal explicação o artigo 6 da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, no âmbito do Conselho da Europa, segundo a qual:

Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

O dispositivo em questão, ao prever o acesso à justiça como direito humano, torna necessária o reconhecimento do *forum necessitatis* por seus signatários, sob pena de violação.

Nos Estados Unidos da América, Estado que adota como regra geral de atribuição de competência internacional a já mencionada doutrina do *minimum contact*, o foro de necessidade é reconhecido como garantidor do exercício de jurisdição, mesmo quando, *a priori*, inconveniente a jurisdição.

Em *Aldana v. Del Monte Fresh Produce*, julgado pela The United States Court of Appeals for the Eleventh Circuit, a parte interessada no exercício de jurisdição pelos Estados Unidos alegava não ser viável o recurso ao foro conveniente, no caso, o da Guatemala. A Corte de Apelação reconheceu a necessidade de exercício de jurisdição norte-americana sempre que inexistir outra jurisdição disponível e viável, não acatando alegações de não-confiabilidade na lisura dos tribunais guatemaltecos como suficiente para caracterizar a jurisdição norte-americana como *forum necessitatis*. Por outro lado, por haver risco à vida da parte caso esta tenha que retornar à Guatemala, decidiu que, caso no processo guatemalteco seja determinado o comparecimento desta, restaria inviabilizado o acesso à justiça e os EUA exerceriam jurisdição sobre o caso.

Não há dúvidas quanto à violação de direitos fundamentais também no Brasil, caso haja denegação de jurisdição. Na legislação em vigor, seja a codificada ou a extravagante, não há, contudo, qualquer previsão expressa de exercício de jurisdição residual pelo Brasil, situação não resolvida pelo Projeto de CPC.

12 - A ELEIÇÃO DE FORO

Conforme afirmado anteriormente, o exercício da jurisdição é atividade inerente à soberania estatal, somente cabendo ao próprio Estado definir as hipóteses nas quais o fará. Neste contexto, surge relevante controvérsia quanto à possibilidade de as partes

convencionarem a (não) submissão de determinada demanda ao Judiciário de um Estado por meio da chamada cláusula de eleição de foro.

A cláusula de eleição de foro exclusivo, comum em contratos internacionais, prevê que as demandas originárias de determinada relação contratual deverão ser submetidas exclusivamente ao Judiciário de um determinado Estado. De tal previsão, podem resultar duas situações que afetam diretamente a decisão estatal quanto aos limites de sua jurisdição: 1- é prevista a submissão de demandas ao Judiciário de um Estado que, a priori, optara por não exercer a jurisdição em hipóteses similares; ou 2- é afastado o Judiciário de um Estado que previu expressamente o exercício de jurisdição na hipótese.

A validade das cláusulas de eleição de foro no Brasil é objeto de longa controvérsia doutrinária e jurisprudencial, posto que, por serem as regras delimitadoras do exercício de jurisdição, ao menos em teoria, normas de ordem pública, não poderiam ser estas derogadas pela vontade das partes.

A possibilidade de eleição de foro estrangeiro, desde que fora de hipóteses de competência exclusiva da autoridade jurisdicional brasileira, é admitida pela doutrina majoritária brasileira, incluindo Barbosa Moreira e Hélio Tornaghi. Há notáveis posições dissidentes, como a de Celso Agrícola Barbi, para quem, por ser a jurisdição matéria intimamente ligada à soberania, não sendo possível a sua modificação pela vontade de particulares.

Jurisprudencialmente não há uma posição consolidada, havendo casos nos quais a eleição de foro estrangeiro é claramente admitida pelo STF (RE 30636) e outros nos quais ela não é admitida, mas frequentemente devido a peculiaridades do caso concreto, como ocorre com a Ação Rescisória 133 julgada pelo STJ, na qual a cláusula não foi admitida, mas por não ter sido alegada pela parte interessada no momento processual adequado.

Visando encerrar a controvérsia, o Projeto de Código de Processo Civil prevê:

Art. 25. Não compete à autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação.

§ 1º Não se aplica o disposto no caput às hipóteses de competência internacional exclusiva previstas neste Capítulo.

De acordo com a sistemática do Projeto de Código de Processo Civil, a cláusula de eleição de foro exclusivo implica necessariamente no afastamento do exercício de jurisdição pelo Brasil, caso seja a hipótese de competência concorrente e tenha o réu alegado a matéria em contestação. Eventual silêncio do réu implica em derrogação da cláusula de eleição de foro.

Quanto à submissão, através de uma cláusula de eleição de foro exclusivo, de determinada demanda ao Judiciário de um Estado que optou por não exercer jurisdição em casos similares, é possível a sua justificação pelo fato de a jurisdição ser ilimitada e, por conseguinte, preexistir ao acordo entre as partes (TIBURCIO, 2006, p.86). Há, contudo, controvérsia sobre o tema, visto que as normas delimitadoras do exercício de jurisdição contêm previsões de ordem pública, de onde resulta que seria defeso às partes dispor em sentido diverso, mesmo que para alargar as hipóteses de exercício de jurisdição.

Jurisprudencialmente, a cláusula de eleição de foro brasileiro vem sendo aceita, de onde resulta que as controvérsias sobre a sua possibilidade estão restritas ao campo doutrinário, tendo sido a questão objeto do artigo 22 do NCPC, conforme exposto *supra*.

13 - CONCLUSÃO

O Projeto de Código de Processo Civil atualmente em tramitação no Congresso Nacional trouxe poucas inovações em matéria de jurisdição internacional, com apenas três grandes inovações dignas de nota, quais sejam a expressa limitação da jurisdição exclusiva sobre partilhas àquelas *mortis causa*, a previsão de competência geral para demandas consumeristas quando residente o consumidor em território nacional e o reconhecimento expresso da validade das cláusulas de eleição de foro.

Uma das questões de maior relevância doutrinária e jurisprudencial, qual seja o conflito negativo de jurisdições, não foi objeto de atenção pelo legislador, mantendo-se a lacunosa regulamentação existente.

Se, por um lado, é certo que o exercício de jurisdição pelo Brasil em hipóteses não previstas expressamente na legislação ordinária pode ser justificado com base no princípio constitucional garantidor do acesso à justiça, por outro, há parcela considerável da doutrina, como Celso Agrícola Barbi, que entende serem tais hipóteses taxativas. Neste ponto, perdeu o legislador uma grande chance de encerrar longos debates doutrinários e garantir de vez o acesso à justiça, mediante a inclusão de dispositivo versando sobre hipótese residual de exercício de jurisdição.

Por fim, merece elogios a iniciativa do legislador em pacificar a questão da validade das cláusulas de eleição de foro, inserindo no texto previsão expressa de sua possibilidade, encerrando longa controvérsia que implicava em grande insegurança jurídica, especialmente no direito contratual internacional.

14 - REFERÊNCIAS

- ARAUJO, N. D. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARBI, C. A. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1998.
- CASTRO, A. D. **Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- DINAMARCO, C. R. **Instituições de direito processual civil**. 6ª. ed. São Paulo: Malheiros, v. I, 2009.
- JATAHY, V. M. B. **Do conflito de jurisdições: a competência internacional da Justiça Brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- LOPES, S. M. M. **Comentários à lei de introdução ao código civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.
- MIRANDA, P. D. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- MOREIRA, J. C. B. Problemas relativos a litígios internacionais. In: _____ **Temas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, v. V, 1994.
- TIBURCIO, C. **Temas de direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- TORNAGHI, H. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 1975.