

NOVA HERMENÊUTICA DAS NORMAS DE COMPETÊNCIA INTERNACIONAL: INCOMPATIBILIDADE DO MODELO RÍGIDO

*NEW HERMENEUTICAL STANDARDS OF INTERNATIONAL COMPETENCE:
INCOMPATIBILITY OF THE RIGID MODEL*

Marcel Vitor de Magalhães e Guerra¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. Normas de competência internacional; 2. “Despublicização” das normas de competência internacional; 3. Influências de sistemas; Considerações finais; Referências

RESUMO: O presente trabalho analisa o processo evolutivo da metodologia de aplicação das normas de competência internacional previstas nos artigos 88 e 89 do Código de Processo Civil brasileiro. Estudam-se os reflexos da mudança de paradigma do direito, com o aumento das possíveis influências do sistema do *common law* no sistema nacional. No atual estágio evolutivo, representado por um processo de aproximação dos sistemas e valoração dos direitos fundamentais, impôs-se uma adequação de institutos tradicionalmente formais, a partir de princípios voltados à justiça, não se admitindo mais interpretações restritivas de dispositivos jurídicos a limitar suas aplicações práticas. Ao magistrado caberá a *flexibilização* das normas de competência internacional, promovendo a correção e ajuste das hipóteses positivas de exercício da jurisdição, sempre que esse cumprimento mecânico represente um desrespeito aos princípios integrantes do ordenamento jurídico que delineiam os contornos da jurisdição internacional.

ABSTRACT: This paper analyzes the evolution of the methodology for applying the rules of international jurisdiction, Articles 88 and 89 of the CPC. The study analyzes the effects of the changing paradigm of law, with the increase of these possible influences of the common law system in the national system, characterized by being hard. At the current stage of evolution, represented by a process of aligning systems and assessment of fundamental rights, has set itself an adaptation of traditional formal institutions, from principles aimed at justice, not admitting more restrictive interpretations of legal devices to limit their applications custom. So the magistrate

shall be responsible for relaxation of rules on jurisdiction, promoting repair and adjustment of positive cases for the exercise of jurisdiction, where compliance represents a mechanical failure principles members of the legal system that are shaping the international court.

PALAVRAS-CHAVE: Competência Internacional; flexibilização; influências de sistemas; *common law*; *civil law*.

Keywords: International Jurisdiction; flexibilization; influence of traditions; *common law*; *civil law*.

Introdução

A definição do efetivo contorno da competência internacional dos Estados de um modo geral é tema que suscita inúmeras dúvidas e controvérsias. O legislador nacional adotou um modelo de normas rígidas sobre competência, caracterizado pelo reduzido espaço criativo ao aplicador do direito. Pretendia-se que o juiz subsumisse o caso ao preceito normativo e extraísse, quase mecanicamente, a conclusão. O valor protegido nesses modelos é, sem dúvida, a segurança jurídica.

Com a crise do positivismo jurídico, o direito passa por uma transformação no espírito do discurso jurídico e judicial; caracterizado por um resgate da dimensão tópico-problemática², a partir de um pano de fundo de base principiológica, valorativa e transformadora.

Reflexo desse novo paradigma é a perspectiva de um processo como meio de efetivação de direitos fundamentais. Impõe-se uma adequação de institutos tradicionalmente formais, a partir de princípios voltados à justiça, não se admitindo mais interpretações restritivas de dispositivos jurídicos a limitar suas aplicações práticas.

E as normas de competência internacional? Sabe-se que essas normas têm como substrato a segurança jurídica e estão diretamente relacionadas com a soberania do país. Seria possível, na nossa tradição, escapar de uma aplicação rígida do que dispõe o Código de Processo Civil (CPC)?

1 Normas de competência internacional

Países de *civil law* se formaram a partir da doutrina da separação estrita entre os poderes, com a concepção dogmática, ancorada na ideologia da revolução francesa, de que o direito se restringe ao produto do Legislativo, supondo que o juiz apenas atuaria a vontade da lei. Em virtude da certeza jurídica que daí decorreria, o cidadão teria segurança e previsibilidade no trato das relações sociais.

Buscou-se no racionalismo, por meio de teorias dedutivas, a moldura da atuação do juiz, um mero aplicador do direito, autorizado a agir apenas como se fosse a “boca da lei” (*bouche de la loi*). Entendia-se que o juiz não podia interpretar os textos legais, devendo-se limitar a aplicá-los aos casos, pois o que se temia é que, pela via interpretativa, pudesse ser distorcido o texto da lei.³ Essa concepção rígida era parcialmente decorrente de uma profunda desconfiança nutrida pela burguesia em relação aos juízes.⁴

Com o passar do tempo, as mudanças da sociedade moderna impuseram profundas alterações nessas características inicialmente idealizadas, como o aumento considerável da complexidade dos casos trazidos ao Judiciário. Disso resultou a percepção de que o texto da lei tinha se tornado um instrumento insuficiente para resolver todos os problemas levados ao Judiciário, já que multifacetadas feições das sociedades contemporâneas, somadas ao fato de o Judiciário ter-se tornado mais acessível, acabou por obrigar o juiz a decidir de acordo com as particularidades de cada caso. Isso significa que, de algum modo, deve haver *flexibilidade*.

O juiz deixa de ser um mero expectador e passa a atuar de forma mais criativa, assumindo o dever de atuar de forma a materializar os direitos e valores previstos na Constituição. Sem dúvida, o impacto do constitucionalismo representou uma forte mudança nos sistemas de *civil law*. Nesse sentido Marinoni explica:

A evolução do *civil law*, particularmente em virtude do impacto do constitucionalismo, deu ao juiz um poder similar ao do juiz inglês submetido à *common law* e, bem mais claramente, ao poder do juiz americano, dotado do poder de controlar a lei a partir da Constituição. No instante em que a lei perde a supremacia, submetendo-se à Constituição, transforma-se não apenas o conceito de direito, mas igualmente o significado de jurisdição. O juiz deixa de ser um servo da lei e assume o dever de atuá-la na medida dos

direitos positivados na Constituição. Se o juiz pode negar a validade da lei em face da Constituição ou mesmo instituir regra imprescindível à realização de direito fundamental, o seu papel não é mais aquele concebido por juristas e processualistas de épocas distantes. Note-se que o juiz brasileiro, hoje, tem poder criativo maior do que o juiz do *common law*, pois, ao contrário deste, não presta o adequado respeito aos precedentes.⁵

O constitucionalismo é o movimento caracterizado basicamente pela supremacia das constituições em face das leis, que passam a encontrar limite e contorno nos princípios constitucionais, inclusive substancialmente. Ou seja, a lei não vale mais por si, dependendo nesta nova realidade de se adequar aos direitos fundamentais.⁶ E cabe ao juiz garantir a materialização desses valores através de uma exegese criativa na sua atuação. A própria existência de normas abertas, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados demonstra, cabalmente, a nova postura que se exige do magistrado, muito distante daquela do *civil law* tradicional.⁷

De modo que a atuação do juiz do *civil law* aproximou-se bastante da do juiz de *common law*. O juiz passou a exercer um papel, no neoconstitucionalismo, parecido com o do juiz da *common law*, no sentido de ser mais ativo, com maiores poderes instrutórios, criando direitos⁸, e construindo, em cada caso concreto, o modelo processual adequado à natureza da tutela específica almejada.⁹

Teresa Arruda demonstra, através de um estudo comparado elaborado na Universidade de Cambridge, em 2008, que tanto nos sistemas de *civil law*, quanto nos de *common law*, o direito nasceu e existe com o objetivo predominante de criar *estabilidade e previsibilidade*¹⁰.

Na busca desses mesmos objetivos, os sistemas vêm, ao longo dos anos, se aproximando. Forte indício desse fenômeno são as influências recíprocas de ambas tradições. Países adeptos do padrão continental implementaram medidas típicas do processo da *common law*, adotando, entre outras providências, os precedentes judiciais como fonte primária do Direito, por exemplo, a súmula vinculante (art. 103-A da CF/88 e Lei 11.417/2006) e a súmula impeditiva de recursos (art. 518, § 1º, do CPC).¹¹ De outra banda, os sistemas anglo-saxônicos também cederam ao Direito escrito, como o recente Código de Processo Civil da Inglaterra, de 26.04.1999.¹²

Nesse mesmo sentido, demonstrando, através de um método histórico-crítico, a aproximação entre as jurisdições do *civil law* e *common law*, Marinoni afirma que “a tradição do *civil law* foi completamente descaracterizada com o passar do tempo, muito se aproximando como o juiz do *common law*.”¹³

Gajardoni, no mesmo sentido, conclui que “não mais se conservam, de maneira geral, modelos puros, resistentes à saudável influência recíproca dos outros sistemas”, e adiante continua afirmando ser uma tendência universal a aproximação entre os sistemas adversariais e inquisitoriais; prevendo em um futuro não muito distante que as diferenças entre os sistemas só restarão como reminiscência histórica.¹⁴

Essa crescente convergência entre as tradições demanda uma adaptação funcional dos institutos originários de uma tradição em outra, reflexo das complexidades dos fenômenos sociais e o dever de tutelar esses novos direitos. Para alcançar esse desiderato, é fundamental que os sistemas se valham do que há de melhor em cada um, para se evitar que em um determinado sistema uma pessoa alcance a devida tutela e em outro não. De modo que a idéia de tipicidade dos remédios, própria do *civil law*, pode conduzir a situações de perplexidade, o que deve ser evitado. Como bem aponta Yarshell, “atipicidade do sistema da *common law* pode e deve servir de inspiração para impedir que exista posição jurídica de vantagem sem um remédio apto a torná-la efetiva”.¹⁵

2 “Despublicização” das normas de competência internacional

As regras de fixação de competência internacional têm passado por um nítido processo de despublicização. Isso se traduz no fato de sua crescente descaracterização de simples reflexo ou emanção do poder soberano do Estado, para se revelarem não apenas como um instrumento de garantia de justiça processual-formal, mas também como garantia de tutela efetiva da parte que tiver direito, como resultado de uma decisão de mérito obtida. Essa nova visão do conceito de jurisdição internacional enquadra-se dentro de uma nova visão do

processo civil de resultados, surgindo como contraponto àquela antiga concepção histórica da jurisdição vinculada estritamente a um conceito de soberania, sem maiores considerações quanto às partes envolvidas.

Soriano e Alférez estabelecem a distinção do que convencionaram chamar de *modelo de soberania versus modelo de justiça privada*. A principal distinção entre um e outro é a forma como se encara a jurisdição. No primeiro, esta assume a natureza de um poder do Estado, enquanto na segunda, a de uma função, com o objetivo de ministrar uma tutela jurisdicional efetiva *inter privatos*¹⁶. Representa uma visão mais centrada nas partes que estão envolvidas no litígio internacional e em suas necessidades, de forma que a atividade jurisdicional lhes proporcione, da melhor forma possível, o acesso a um processo equo e centrado no direito, conduzindo à tutela efetiva de seus direitos.

É o que Étienne Patout aponta como uma concepção mais privatista das normas de competência internacional, a partir da qual devam ser entendidas mais como um modelo de regulação de situações jurídicas que comportem um elemento de internacionalidade que uma simples técnica de delimitação das esferas de competência dos diversos Estados soberanos. Na verdade, em consonância com seu escopo, a atividade jurisdicional não é mais hoje vista como uma simples demonstração de poder estatal. Ainda que tal poder seja reflexamente sentido, de forma instrumental, sempre que necessária a transmutação da realidade concreta para conformá-la ao *decisum*, não é mais o elemento fundamental que motiva seu exercício.¹⁷

Um forte exemplo são os artigos 14 e 15 do Código Civil francês no qual, em um primeiro momento, prevalecia uma doutrina do juiz natural que fazia do direito de julgar um direito verdadeiramente senhorial, conduzindo à idéia que os juízes franceses eram necessariamente os juízes 'naturais' dos franceses. Nesse quadro, fixava-se uma relação de poder/dever ambivalente e restrita. Cada Estado seria apenas responsável por prestar jurisdição a seus súditos, não lhes dizendo respeito as eventuais pretensões de estrangeiros. Valadão menciona que para muitos autores e para a jurisprudência francesa do século passado, o direito de comparecer em juízo como direito civil era uma vantagem concedida apenas aos nacionais franceses.¹⁸

Em contrapartida, os súditos vinculados àquele Estado, sujeitos que estavam

ao seu poder, não deveriam submeter-se a tribunais estrangeiros, sob pena de violação pôr em cheque a própria autoridade pessoal de seu soberano. Nesse sistema, a organização do exercício da atividade jurisdicional estava voltado para a necessidade de salvaguardar a soberania do Estado.

Contudo, a evolução mostra a superação do exercício da jurisdição nessas condições, com o deslocamento de seu centro de gravidade da figura do Estado para a do próprio particular receptor da prestação jurisdicional. A função jurisdicional passa a ter como principal interesse garantir as condições de justiça e equidade necessárias para que o indivíduo possa obter a tutela jurisdicional efetiva de seus direitos, deslocando seu centro de gravidade da figura do Estado para a do próprio particular. Assim, a importância da soberania como fator de determinação da jurisdição ou como fator de influência sobre fores de competência fica manifestamente reduzida. Em lugar de ser a base de toda a delimitação da jurisdição, passa a ser apenas um elemento objetivamente considerado se diretamente envolvido no conflito, como nos casos de execução forçada, questões de nacionalidade, contencioso fiscal e outros.

Portanto, ainda que pareça um tanto ideal, as normas de fixação nacional devem ter como *ratio* fundamental a determinação daquela mais apta a dar a solução do litígio, o que melhor traduz a conscientização do objetivo da jurisdição e a observância do conteúdo da garantia do acesso à justiça.

3 Influências de sistemas

Não se pretende, contudo, afirmar que as normas terão aplicação totalmente privatista, como em outros sistemas. Não se pode desconsiderar que as normas sobre competência internacional no Brasil foram formuladas em termos estritos e restritos.

O modelo nacional de regulamentação de competência internacional é abstrato e geral; ou seja, o legislador considera qual a solução mais adequada em casos típicos e estende essa solução para os demais casos atípicos. Os critérios de

conexão são escolhidos pelo legislador. A segurança jurídica é garantida à custa da justiça de certos casos, chamados de atípicos.

Diante desse modelo rígido, a despeito da aproximação cada vez maior das tradições, o juiz nacional não pode derrogar sua competência se valendo unicamente, por exemplo, da técnica norteamericana chamada de *forum non conveniens*, utilizando o critério desenvolvido lá de conveniência do foro estrangeiro. Essa conveniência é apurada em razão de fatores eminentemente relacionados à proximidade entre o litígio e o foro, tais como domicílio das partes, o local onde exercem seus negócios e atividades, ou ainda à instrução e desenvolvimento do processo, como a localização das provas e testemunhas, averiguando-se a possibilidade que outro foro concorra com o nacional em melhores condições quanto a esses quesitos. Nos EUA, a esses fatores somam-se também considerações de ordem pública como, por exemplo, o próprio interesse local em se julgar uma causa com elementos de estraneidade com todos os custos e ônus envolvidos para o judiciário local.¹⁹

É preciso manter em vista que se reserva às autoridades judiciárias estadunidenses enorme liberdade tanto no que se refere à aplicação quanto à própria criação de direito específico para o caso concreto. Liberdade esta inclusive para estabelecer com certa dose de discricionariedade critérios para fixação de suas próprias competências no plano internacional.²⁰

De modo que a adoção pura e simples do mecanismo do *forum non conveniens*, nos moldes norteamericano, em países que, à semelhança do Brasil, seguem o sistema romano-germânico, não parece possível.

Contudo, por outro lado, a possibilidade de derrogar a competência nacional em determinadas situações lacunosas na lei, que consubstanciam exorbitância do foro nacional, ante a inexistência ou pouquíssima proximidade com a causa parece atender de forma mais efetiva princípios e valores constitucionais como acesso à justiça, razoabilidade e devida tutela jurisdicional.

O presente trabalho pretende fixar o entendimento segundo o qual é perfeitamente possível ao magistrado flexibilizar as normas de competência internacional em determinadas situações concretas; evitando-se normas rígidas que sejam exorbitantes. A teoria do *forum non conveniens* nasceu para fazer frente a

foros exorbitantes, de modo que não é equivocado entender se tratar de uma expressão anglo-saxônica do princípio da proximidade.²¹

É imperioso que, em decorrência de várias situações como lacunas da lei, cláusulas de eleição de foro ou situações atípicas que, a despeito de se subsumirem nas hipóteses legais do CPC, não guardam proximidade ou conexão com o foro nacional, o magistrado exerça uma interpretação que materialize os valores constitucionais, através das válvulas de escape do sistema, no caso os princípios que informam a competência internacional, como *o princípio da proximidade*.

As principais críticas à possibilidade de uma *flexibilização* das normas de competência judicial internacional a permitir que um juiz admita a derrogação ou prorrogação de seu foro são: (i) possibilidade de violação ao princípio constitucional do juiz natural, (ii) sacrifício da segurança jurídica e da previsibilidade que são valores consagrados pelos sistemas rígidos e (iii) a flexibilização poderia criar meios protelatórios da demanda, ou seja, litigar sobre donde litigar.

Quanto à primeira crítica, o princípio do juiz natural representa uma das principais garantias decorrentes da cláusula do devido processo legal. O conteúdo do princípio pode ser resumido no direito de uma pessoa a um juízo predeterminado por lei.²² Essa garantia não visa evitar flexibilidade das normas sobre competência judicial, mas assegurar que o órgão judicial chamado para conhecer da lide haja sido criado previamente pela lei, investido de jurisdição e competência antes do fato que motive sua atuação e, finalmente, que seu regime orgânico e processual não permita qualificá-lo como órgão especial ou excepcional. Nesse sentido, afirmando “que el derecho a un juez ordinário predeterminado por la ley no impide el juego de cláusulas de flexibilización como el *forum non conveniens* que es admitido por la doctrina alemana.”²³

No que concerne à segurança jurídica e previsibilidade, convém citar o caso Harrods, companhia que se registrou na Inglaterra em 1913, mas, logo depois, mudou-se para Argentina, onde realizava toda sua atividade comercial e sediava seus órgãos de controle e administração. As ações da companhia Harrods tinham como titular duas firmas suíças que tampouco apresentavam qualquer vínculo com a Inglaterra. Contudo, a demanda, para a surpresa das partes, acabou sendo proposta e conhecida na Inglaterra, em decorrência de uma aplicação rígida das normas de competência internacional.

Em geral, antes de realizar determinados atos, o previsível é que, em caso de eventuais litígios, o foro competente para dirimi-los seja o mais próximo da causa. Contudo, a aplicação rígida das normas de competência pode conduzir a foros imprevistos.²⁴ Para alguns autores, a idéia de segurança jurídica²⁵ não implica somente previsibilidade do resultado, mas também a justiça do resultado, o que se alcança com maior efetividade no foro com maior proximidade da causa. Nesse sentido,

em un Estado de Derecho, con un sistema jurídico muy complejo, los particulares presuponen que las consecuencias de sus actos se van a ajustar a la idea de justicia. En la medida en que la flexibilización de las normas garantiza esta idea de justicia, garantiza igualmente la seguridad jurídica.²⁶

Finalmente, quanto ao argumento invocado no sentido de que a flexibilização poderia criar meios protelatórios da demanda, ou seja, a facilitar estratégias dilatórias, deve-se adotar uma perspectiva mais global, do processo como um todo. Aplicação rígida de normas de competência poderá levar a tribunais com escassa vinculação com a causa, o que dilatará substancialmente a duração do processo na medida em que os custos de informação, fática e jurídica, se multiplicam. A distância exigirá numerosas notificações e atos de instrução no estrangeiro, traduções e legalizações, informações sobre ordenamentos de outros Estados etc.

De modo que denegar a flexibilização das normas de competência poderá implicar uma maior dilação do processo e, por conseguinte, um incremento na possibilidade de estratégias dilatórias. Dito de outro modo, a dilação processual que normas de competência flexíveis pode implicar é amplamente compensada pela redução da duração do processo em relação a um processo patrocinado em tribunal que não apresente proximidade com a causa.

Sobre a possibilidade de flexibilizar as normas de competência internacional, Alférez, comentando sobre as normas de competência internacional do sistema espanhol – que assim como o Brasil segue a tradição romano-germânica –, aduz pela plena possibilidade de flexibilização dessas regras por meio dos expedientes como os cânones hermenêuticos (e.g., princípios como o da proximidade razoável), cláusulas de boa fé; abuso de direito, equidade, fraude à lei (quando se manipulam

os critérios de conexão, *forum shopping* ilegítimo) válidos para todo o ordenamento, inclusive competência internacional.²⁷

O legislador ao formular as normas de competência judicial internacional como normas abstratas e gerais não pretendeu impedir qualquer flexibilização em sua aplicação. Na verdade, o que sucedeu foi que essa flexibilidade não é tão intensa como permitiria uma cláusula de escape expressa de *forum non conveniens*. Porém uma flexibilidade atenuada é perfeitamente possível, pois provém do manejo de expedientes gerais, poros que funcionam no sistema continental como mecanismos substitutos de referida cláusula.

Uma aplicação rígida dos critérios gerais e abstratos previamente estabelecidos na lei, para casos típicos, leva a injustiças em casos atípicos. Portanto, nos casos atípicos, o presente trabalho entende ser possível derrogar ou prorrogar a competência a outros foros mais “convenientes”, mais conectados com o caso de modo a permitir uma efetiva tutela jurisdicional.

Em conclusão, não há argumentos definitivos para justificar a exclusão radical de uma possível flexibilização de normas de competência internacional. A flexibilização conduz a um foro mais próximo, no qual se garante melhor o objetivo de todo o direito processual: um resultado justo, ao menor custo possível, depois de um devido processo legal.

Considerações finais

No mundo contemporâneo em que o acesso à justiça é alçado à categoria de direito fundamental, a doutrina clássica e tradicional da competência internacional fundada simplesmente na localização de pessoas e bens no território dos Estados ou na nacionalidade dos indivíduos não mais se justifica.

Reflexo de um novo paradigma do direito – marcado pela aproximação do direito a valores constitucionais – é a perspectiva de um processo como meio de efetivação de direitos fundamentais.

É inquestionável que não mais prevalece a visão do direito como um sistema normativo absolutamente hermético. O direito é um fenômeno social, um meio de pacificação, disciplina a organização da vida em sociedade. Como tal, suas normas

e princípios devem estar sempre atualizados e orientados pelas necessidades atuais e concretas daquela sociedade de onde e para a qual exsurge, sob pena de se tornar um conjunto de regras desprovidas de eficácia social.

O que se implementa é a possibilidade de uma flexibilização da determinação da competência internacional a partir de valores e princípios constitucionais e infraconstitucionais. O juiz nacional deve levar em consideração a metodologia hermenêutica do novo paradigma da ciência jurídica para decidir se exercerá ou não jurisdição sobre determinado caso concreto, tendo em vista princípios e valores constitucionais em jogo.

A aplicação restrita das normas de competência internacional deve ceder lugar ao fim máximo do processo, que é a prestação da tutela jurisdicional, evitando que questões de ordem meramente formal acarretem a denegação de justiça. Identifica-se com a própria finalidade da jurisdição, indicando quando é indispensável o exercício da jurisdição para que uma determinada situação litigiosa não fique sem solução, ou quando, paradoxalmente, o seu exercício injustificado possa consistir em uma violação deste mesmo fim, representando um ônus insuperável para a parte, privando-a da adequada e justa resolução de um conflito.

A determinação da jurisdição internacional hoje é feita a partir, basicamente, das disposições dos artigos 88 e 89 do CPC, Lei de Introdução do Código Civil e alguns tratados internacionais. Estas fontes normativas estabelecem genérica e abstratamente aqueles elementos que firmam a conexão de determinada causa com o país. Contudo, por se tratarem de normas abstratas, nem sempre será possível que se tenha, em toda e qualquer hipótese concreta, o atendimento às normas legais sem comprometer princípios e valores constitucionais.

Entende-se que não existe um critério genérico que comporte uma afirmação peremptória, seja para determinar a simples exclusão ou mesmo a inclusão na atividade da autoridade judiciária brasileira das questões não alcançadas pelos artigos 88 e 89 do CPC. É preciso uma ponderação dos diversos princípios que regulam a matéria, consagrados pelo ordenamento constitucional, que sob certas circunstâncias devem impor-se eficazmente sobre os referidos dispositivos legais.

Caberá, assim, ao órgão jurisdicional proceder à sua necessária adequação, conforme o caso, estendendo (ou prorrogando) a jurisdição nacional àqueles casos,

que à luz de princípios específicos, exigem seu exercício, e afastando-a (ou derogando-a) quando, pela mesma razão, seu exercício não deve se verificar. Nessa atividade, o juiz não estará agindo discricionariamente, nem inovando o ordenamento jurídico vigente, mas, ao contrário, tornando-o efetivo em toda sua amplitude.

De modo que sempre que ameaçada qualquer garantia constitucional como o acesso à justiça, o devido processo legal, ampla defesa decorrentes de uma falta de jurisdição internacional brasileira *razoável* para o conhecimento da causa, deverá o magistrado analisar e ponderar prevalecendo o princípio que proteja o bem jurídico de maior relevância no caso concreto. Assim, portanto, podem os órgãos jurisdicionais, sem qualquer contrariedade ao ordenamento jurídico, julgar fora das hipóteses previstas nos artigos 88 e 89 do CPC, para apreciar litígios que não possuam qualquer dos elementos de conexão ali estabelecidos ou mesmo para deixar de julgar aqueles que efetivamente atendam aos requisitos ali estabelecidos. Essas situações não caracterizam contrariedade à lei, inovação pela via judicial, nem qualquer usurpação de competência legislativa e, sim, devida tutela jurisdicional a partir dos princípios que informam a matéria.

Não existem regras perfeitas e acabadas para a fixação da jurisdição internacional. A abstração e generalidade das normas positivas nunca serão capazes de assegurar com certeza que, em todo e qualquer caso concreto em que a jurisdição seja firmada pela presença de um elemento de conexão, estarão respeitados os princípios e garantias antes mencionados. De forma que ao magistrado caberá a *flexibilização* das normas de competência internacional, promovendo a correção e o ajuste das hipóteses positivas de exercício da jurisdição, sempre que o cumprimento mecânico represente um desrespeito aos princípios integrantes do ordenamento jurídico que delineiam os contornos da jurisdição internacional, dando-lhes indispensável aplicação imediata.

O propósito foi demonstrar que, na verdade, a doutrina do *forum non conveniens*, no Brasil, apesar de incompatível nos moldes norte americano, em função do alto grau de discricionariedade, traz uma importante influência: a necessidade de flexibilização, em determinados casos concretos, das normas de competência internacional, sob pena de menoscabo dos princípios constitucionais

como do acesso à justiça, da igualdade e da justa e efetiva tutela jurisdicional, situação inaceitável no atual estágio do Direito.

Referências

ALFÉREZ, Francisco Garciamartin. Caben reducciones teleológicas o abuso de derecho en las normas sobre competencia judicial internacional? **Revista Española de Derecho Internacional**. Vol. XLVII, Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

ANDREWS, Neil. A new civil procedural code for England: party control 'going, going, gone'. **Civil Justice Quarterly**, Londres, v. 19, 2000. p.19-38.

CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, vol. 20, p. 269.

FERRAZ Jr., Tercio S. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 1991.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria geral do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002.

_____. Derechos fundamentales, in **Los fundamentos de los derechos fundamentales**, Madrid: Trota, 2001, p. 53.

FRIEDENTHAL, Jack H. KANE, Mary Kay & MILLER, Arthur R. **Civil Procedure**. St. Paul, Minnesota, West Publishing Co. 1985.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008.

HADFIELD. Weighing the value of vagueness: An Economic Perspective on Precision in the Law. **Colum L. Rev.** 1994, p. 541

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 172, p. 175-232.

MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, R. **The civil law tradition**. Stanford: Stanford University, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil brasileiro entre dois mundos. In **Temas de direito processual: 8ª série**, p. 41-52.

_____. Duelo e processo. **Temas de direito processual: 8ª série**, p. 214.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudencia**. Tradução de Luis Díes Picazo Ponce de Leon. Madrid: Taurus, 1964.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. **Revista de Processo**, n. 172, São Paulo, p. 123-174.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1999.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. **Revista de Processo**, 116, São Paulo, jul.-ago. 2004.

Notas

¹ Mestrando em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo. Professor do Departamento de Direito do Centro Universitário de Vila Velha (UVV). marcel.guerra@uvv.br

² Sobre tópicos, consultar VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudencia**. Tradução de Luis Díes Picazo Ponce de Leon. Madrid: Taurus, 1964.

³ FERRAZ Jr., Tercio S. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 1991.

⁴ Antes da revolução francesa, os membros do Judiciário Francês constituíam uma classe aristocrática não apenas sem qualquer compromisso com os valores da igualdade, da fraternidade e da liberdade, como mantinham laços visíveis e espúrios com outras classes, especialmente com a aristocracia feudal. Montesquieu elaborou sua tese de que não poderia haver liberdade para julgar pautado em experiência pessoal. Montesquieu nasceu Charles Louis de Secondat em uma família de magistrados, tendo herdado do seu tio não apenas o cargo de *Président à mortier* no *Parlement de Bordeaux*, com o nome de “Montesquieu.” O jovem Montesquieu, sem se deixar seduzir pelas facilidades da sua posição social, renunciou ao cargo de magistrado e teve a coragem de denunciar as relações espúrias dos juízes com o poder, idealizando a teoria da separação dos poderes. (CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, vol. 20, p. 269.)

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**, n. 172, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 175-232. Nesse sentido ver ainda MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, R. **The civil law tradition**. Stanford: Stanford University, 2007.

⁶ Um exemplo desta nova conformação dos direitos aos valores e princípios constitucionais foi observado por FERRAJOLI em relação ao princípio da legalidade, que perde sua acepção formal e adquire uma nova, princípio da legalidade substancial, fenômeno que o autor chama de segunda revolução. (FERRAJOLI, Luigi. *Derechos fundamentales*, in **Los fundamentos de los derechos fundamentales**, Madrid: Trotá, 2001, p. 53.

⁷ “Este fenômeno se afasta do clássico positivismo e reclama uma fundamentação mais sólida das decisões judiciais. Os juízes devem prestar contas a respeito do acerto de suas decisões pro meio da repercussão destas no plano da doutrina. É a doutrina que cabe a tarefa de difundir a decisão na comunidade jurídica como um todo.” (BELL, John. *Judiciaries within Europe: a comparative review*. **Cambridge Studies, International and comparative law**. CSICL. Nova York: Cambridge University, 2006, p. 143. Apud WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. **Revista de Processo**, n. 172, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 123-174.)

⁸ No sistema de *common law* caracteriza-se por ser o sistema em que o direito é feito pelo juiz (judge made law) e, nos sistemas de *civil law*, quem cria o direito é o Poder Legislativo. O que não se pode

mais afirmar ante as transformações legislativas e sociais, como as súmulas vinculantes e o controle de constitucionalidade exercido pelo juiz.

- ⁹ As histórias do poder no *common law* e no *civil law* foram as responsáveis pelas diferentes funções atribuídas aos juízes destes sistemas jurídicos. A diferença entre o juiz do *common law* e o juiz do *civil law* não está na elasticidade das suas elaborações ou interpretações, mas sim na importância que eles assumem em cada um dos sistemas, e, por consequência, no respeito que lhes é devotado.
- ¹⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. **Revista de Processo**, n. 172, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 123-174
- ¹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil brasileiro entre dois mundos. In **Temas de direito processual**: 8ª série, p. 41-52.
- ¹² ANDREWS, Neil. A new civil procedural code for England: party control 'going, going, gone'. **Civil Justice Quarterly**, Londres, v. 19, 2000. p.19-38.
- ¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**, n. 172, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 175-232. O professor BARBOSA aponta que “os modelos não costumam se reproduzir na realidade como substâncias quimicamente puras e que a inclusão de dado ordenamento em uma das categorias se inspira no critério da predominância das características, e não da exclusividade.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. Duelo e processo. **Temas de direito processual**: 8ª série, p. 214. ALFÉREZ aduz que “En la realidad jurídica ninguno de los dos modelos aparece em Estado puro, sino como resultado de una especie de trade off entre ambos”. ALFÉREZ, Francisco Garciamartin. Caben reducciones teleológicas o abuso de derecho en las normas sobre competencia judicial internacional? **Revista Española de Derecho Internacional**. Vol. XLVII, Universidad Carlos III de Madrid, 1995.
- ¹⁴ Denomina-se adversarial system o modelo que se caracteriza pela predominância das partes na determinação da marcha do processo e na produção das provas. No inquisitorial system, ao revés, as mencionadas atividades recaem de preferência sobre o juiz, embora possa também ser inteiramente disciplinadas em lei. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008. Ver ainda ZANETI JÚNIOR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. **Revista de Processo**, 116, São Paulo, jul.-ago.2004.
- ¹⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 180.
- ¹⁶ SORIANO, Miguel Virgós e ALFÉREZ, Francisco J. Garciamartín. **Derecho Procesal Civil Internacional Litigación Internacional**, p. 53.
- ¹⁷ PATAUT, Étienne. **Principe de Souveraineté et Conflits de Jurisdictionis** (Étude de Droit International Prive). Paris: L.G.D.J., 1999, p.9.
- ¹⁸ VALADÃO, Haroldo. *Competência dos tribunais brasileiros nas relações privadas internacionais*. **Revista Forense**, março 1941. p. 638.
- ¹⁹ Na Inglaterra, tais considerações não são levadas em conta, salvo no que se refere à lei aplicável ao caso. O entendimento é um benefício para o país firmar-se como um centro de contencioso internacional.
- ²⁰ MERRYMAN afirma que as cláusulas abertas como a de boa fé dão ao juiz grande porção de poder equitativo indefinido, deixando-lhe quase que sem responsabilidade diante da formulação legislativa. MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, R. **The civil law tradition**. Stanford: Stanford University, 2007, p. 53.
- ²¹ Se considera que um foro é razoável quando o caso analisado apresenta uma vinculação suficiente com o Estado a que pertence os Tribunais responsáveis pelo julgamento. Em sentido oposto, os foros exorbitantes são aqueles que se caracterizam por acumularem grande volume de competência internacional a seus Tribunais, de modo desconectado com o propósito de beneficiar os nacionais do Estado competente. A razoabilidade ou não de um foro é aferida através do princípio da *proximidade* ou *conexão substancial* da causa com o foro. Significa que para o

desiderato de determinar quando um Tribunal possui jurisdição mister se analisar a existência de um mínimo de contato razoável entre o caso analisado e o país sede do Tribunal. ALL, Paula Maria. *Las normas de jurisdicción internacional en el sistema argentino de fuente interna*. **Revista Decita**, n. 04. Fundação Boiteux. 2005.

²² O princípio designa o direito do cidadão a um processo não prejudicado por uma escolha do juiz posterior ao delito e, portanto destinada a um resultado determinado. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria geral do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002, p. 472.

²³ “que o direito a um juiz natural, não impede o manejo da cláusula do *forum non conveniens* admitida pela doutrina alemã.” ROZAS, Fernandez; SANCHEZ, Lorenzo. **Derecho Internacional Privado**. p. 129.

²⁴ “*El forum shopping sólo se practica una vez que se há desencadenado el conflicto, pero no antes de su nacimiento (o dicho de otra forma, el forum shopping lo practican los abogados, no los particulares); por consiguiente, la aplicación rígida de las normas de competencia puede conducir a foros imprevistos en el momento de tomar una decisión que, luego, ha degenerado en un litigio (o, dicho de otra forma, las normas rígidas garantiza seguridad jurídica desde el momento en que se acude a los abogados, no antes: normalmente los particulares no toman decisiones sabiendo el régimen de competencia judicial internacional de todos los Estados vinculados).*” “O *forum shopping* somente se pratica uma vez que o conflito tenha se desencadeado, mas não antes do seu nascimento (ou dito de outra forma, o *forum shopping* é prática dos advogados e não das partes); por conseguinte, a aplicação rígida das normas de competência pode conduzir a foros imprevistos no momento de tomar uma decisão (ou dito de outra forma, as regras rígidas garantem a segurança jurídica a partir do momento de nos voltarmos para os advogados, não antes: os indivíduos não costumam tomar decisões sabendo das regras de competência internacional de todos os Estados envolvidos).” ALFÉREZ, Francisco Garciamartin. Caben reducciones teleológicas o abuso de derecho en las normas sobre competencia judicial internacional? **Revista Española de Derecho Internacional**. Vol. XLVII, Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

²⁵ Muito expressivas as ponderações de HADFIELD para quem: “*La seguridad jurídica no puede convertirse en valor absoluto, porque ello daría lugar a la congelación del ordenamiento jurídico, cuya función consiste en regular relaciones de convivencia, debiendo responder cada día como instrumento de perfeccionamiento y progreso*” HADFIELD. **Weighing the value of vagueness: An Economic Perspective on Precision in the Law**. Colum L. Rev. 1994, p. 541.

²⁶ HADFIELD. **Weighing the value of vagueness: An Economic Perspective on Precision in the Law**. p.128.

²⁷ “Ahora bien, que las normas sobre competencia internacional sean normas rígidas (abstracto-generales) no impede el juego de los mecanismos de flexibilización que con carácter global valen para todo el ordenamiento. Si los cánones hermenéuticos, las cláusulas de buena fe, abuso de derecho o equidad em la aplicación de la norma se proyectan sobre todo el ordenamiento, adecuándose a las peculiaridades de cada sector, también lo hacen en el sector normativo que disciplina la competencia judicial internacional.” “Agora que as regras da competência internacional são regras rígidas (abstrato-geral) não impede a execução de mecanismos flexíveis, que com carácter global, valem para todo o sistema. Se os cânones hermenéuticos, as cláusulas de boa-fé ou de equidade na aplicação do direito se projetam sobre todo o ordenamento, adequando-se às particularidades de cada setor, também alcançam as regras que tratam de competência internacional.” ALFÉREZ, Francisco Garciamartin. Caben reducciones teleológicas o abuso de derecho en las normas sobre competencia judicial internacional? **Revista Española de Derecho Internacional**. Vol. XLVII, Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

Recebido em: 09/2009

Avaliado em: 11/2009

Aprovado para publicação em: 11/2009