

**TUTELA CAUTELAR NO MERCOSUL:
LIMITES E POSSIBILIDADES**

Debora Cristina Vieira

**MONOGRAFIA APRESENTADA AO CURSO
DE GRADUAÇÃO EM DIREITO DA
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA,
COMO REQUISITO À OBTENÇÃO DO GRAU
DE BACHAREL EM DIREITO**

Orientador: Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues

**Florianópolis
Outubro de 1997**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

A presente monografia final, intitulada *Tutela cautelar no Mercosul: limites e possibilidades*,

elaborada por *Debora Cristina Vieira*

e aprovada pela banca examinadora composta pelos professores abaixo assinados, obteve aprovação com nota _____ (_____), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9º da Portaria n.º 1.886/94/MEC, regulamentado na UFSC pela Resolução n.º 003/95/CEPE.

Florianópolis (SC), ____ de _____ de 199__.



Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - Orientador



Prof. Eduardo de Melo e Souza – Pres. da Banca

Prof. Ricardo Stersi dos Santos – Membro da Banca

Prof. Ildemar Egger – Membro da Banca

Profª. Marilda Machado Linhares – Suplente

SUMÁRIO

NOTAS INTRODUTÓRIAS	4
I - ASPECTOS GERAIS E CONCEITUAIS ACERCA DO PROCESSO CAUTELAR NA DOCTRINA BRASILEIRA	10
II - MEDIDAS CAUTELARES NO ÂMBITO DO MERCOSUL	46
III - EFETIVIDADE, NO BRASIL, DO PROTOCOLO DE MEDIDAS CAUTELARES	77
CONSIDERAÇÕES FINAIS	110
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	114
ANEXOS	117

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Constata-se, contemporaneamente, uma tendência para a integração das economias e dos mercados. A cooperação iniciada na Europa, por exemplo, desdobrou-se em processos integracionistas, para a maior e melhor competição econômica mundial, que resultaram na edificação do principal modelo de integração regional, representado por um sólido bloco econômico (e político): a União Européia.

Na América Latina, no final da década de cinquenta, começa a amadurecer a idéia de se proceder a uma integração regional, para incentivar o comércio entre os países latino-americanos. Assim, em 1960, instituiu-se a ALALC (Associação Latino-americana de Livre Comércio), cujo objetivo era a liberalização do comércio regional através de acordos abrangentes. Contudo, a ALALC não representou uma tentativa bem sucedida, pois provocou acirrada e maléfica concorrência entre os principais países que a compunham.

A ALALC transformou-se, em 1980, em ALADI (Associação Latino-americana de Integração), cujo objetivo era o gradual e progressivo estabelecimento de um mercado comum latino-americano, através da conclusão de uma série de acordos bilaterais que, futuramente, estender-se-iam a outros países. O Pacto Andino e o Mercado Comum Centro-americano são os exemplos mais conhecidos de acordos sub-regionais.

No âmbito da ALADI, Brasil e Argentina firmaram diversos acordos de cooperação econômica e tecnológica. Todavia, essas tentativas sempre se defrontaram com grandes barreiras colocadas à efetividade do livre comércio, tendo em vista as restrições e obstruções protecionistas sempre adotadas, visando à proteção das economias internas, tais como cotas de importação, taxas preferenciais, etc.

Além disso, a crise da dívida externa, os planos de ajuste do Fundo Monetário Internacional e a interrupção de financiamentos externos, os quais sustentavam o desenvolvimento econômico, principalmente industrial, em certos países, são alguns dos fatores que colaboraram para o surgimento de controvérsias no âmbito da ALADI.

O Tratado de Assunção, firmado em 26 de março de 1990 e em vigor internacionalmente desde 29 de novembro de 1991, através do qual foram lançadas as bases para a constituição do Mercosul, não é, nesse sentido, um evento isolado, sem quaisquer antecedentes históricos. Representa ele um momento fundamental dentro do conjunto de tentativas que historicamente visaram à integração comercial da América Latina. É importante, por isso, lembrar, cronologicamente, alguns dos eventos que o antecederam: (a) 1960 - criação da ALALC, pelo Tratado de Montevidéu; (b) 1980 - transformação da ALALC em ALADI, através de novo Tratado de Montevidéu; (c) 1985 - Programa de Integração e Cooperação Econômica entre o Brasil e a Argentina (PICAB) e Declaração de Iguazu; (d) 1986 - Programa de Integração e Cooperação Econômica (PICE), criado através da Ata de Integração Argentina-Brasil, e assinatura da Ata da Amizade Argentina-Brasil pela Democracia, Paz e Desenvolvimento; (e) 1988 - Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento, no qual é ratificado o bom andamento do PICE, além de incorporar e criar mecanismos visando a acelerar a integração; e (f) 1990 - é criada a Comissão de Execução do Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento. No mesmo ano, assinam a Ata de Buenos Aires, na qual decidem fixar o prazo para a criação definitiva do Mercado Comum, acelerando o processo integracionista. Também nesse ano é firmado o Acordo de Complementação Econômica n.º 14 - (ACE 14), com o objetivo de incorporar todos os demais acordos já firmados entre Brasil e Argentina no âmbito da ALADI. É nesse período que Paraguai e Uruguai negociam seu ingresso no processo integrador argentino-brasileiro.

O Tratado de Assunção (signatários: Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai), de 1991, teve por objetivo integrar o Paraguai e o Uruguai com a Argentina e o Brasil para, em conjunto, levarem adiante o projeto de formação de um Mercado Comum. A própria denominação dada ao documento, “**Tratado para a Constituição de um Mercado Comum ...**”, deixa claro esse objetivo, cujo prazo para implementação ficou definido no artigo 1: “**Os Estados-Partes decidem constituir um Mercado Comum, que deverá**

estar estabelecido a 31 de dezembro de 1994, e que se denominará 'Mercado Comum do Sul' (MERCOSUL)".

Com o Tratado de Assunção iniciou-se o período de transição, durante o qual os Estados signatários buscaram criar as condições necessárias para a constituição do Mercosul no prazo definido. Esse período dividiu-se em três fases distintas: (a) do Tratado de Assunção (março de 1991) ao Cronograma de Las Leñas (junho de 1992); (b) do Cronograma de Las Leñas (junho de 1992) à Reunião de Colônia (janeiro de 1994); e (c) da Reunião de Colônia (janeiro de 1994) ao Protocolo de Ouro Preto (dezembro de 1994).

Em 1994 o processo de integração completou seu primeiro ciclo, com a assinatura do Protocolo de Ouro Preto (POP), através do qual foi institucionalizado o Mercosul, dando fim ao período de transição. Essa institucionalização não significou, concretamente, a implantação de um mercado comum, como pode parecer devido à expressa utilização dessa denominação. O próprio preâmbulo do Protocolo de Ouro Preto deixa isso evidente, ao declarar, expressamente, entre os pressupostos do acordo, a consciência **"da importância dos avanços alcançados e da implementação da união aduaneira como etapa para a construção do mercado comum ..."**. Com o Protocolo de Ouro Preto, o que ocorre efetivamente, é que o Mercosul se institucionaliza e ingressa na sua segunda etapa, a definitiva, que inicia pela implementação progressiva de uma união aduaneira. A constituição do mercado comum, dentro dessa etapa, dar-se-á apenas após a efetiva concretização da união aduaneira.

Em função do exposto, pode-se dizer que o Mercosul é, hoje, um projeto de mercado comum, encontrando-se na fase inicial da implantação de uma união aduaneira. Todavia, tal realidade não diminui a sua importância. Apenas é necessário que se tenha essa consciência, pois não se pode exigir, nessa etapa do processo, todos os resultados que só serão obtidos após uma longa e árdua caminhada. Ao lado disso, o Mercosul já possui personalidade jurídica de Direito Internacional (POP, art. 34), fruto de sua institucionalização pelo Protocolo de Ouro Preto. Sua estrutura institucional conta com os órgãos expressamente definidos no artigo 1: (a) o Conselho do Mercado Comum (CMC); (b) o Grupo Mercado Comum (GMC); (c) a Comissão de Comércio do

Mercosul (CCM); (d) a Comissão Parlamentar Conjunta (CPCM); (e) o Foro Consultivo Econômico-social (FCES); e (f) a Secretaria Administrativa do Mercosul (SAM).

Parece ser desnecessário destacar a importância da formação do Mercosul, sob os aspectos político, econômico e social. É, entretanto, na área do Direito que terão de ser fixados os seus contornos e os instrumentos pelos quais ele funcionará e terá suas controvérsias solucionadas.

No entanto, quer em termos quantitativos, quer em termos qualitativos, apenas razoável tem sido a produção acadêmica brasileira sobre esse “projeto” de Mercado Comum, inclusive seus aspectos jurídicos. Muito menos se tem produzido, até o momento, sobre a questão específica dos mecanismos de solução das controvérsias que surgirem no seu seio. E dentre eles, com absoluta certeza, os mecanismos criados para dar efetividade à tutela cautelar são aqueles que menor atenção receberam da doutrina.

Foi dentro desse contexto que a análise crítica do “mecanismo” de cumprimento das tutelas cautelares no âmbito do MERCOSUL, a partir do disciplinado no Protocolo de Medidas Cautelares, foi escolhido como objeto desta Monografia. O referido Protocolo visa a oferecer ao setor privado dos Estados-Partes (Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai), um quadro de segurança jurídica que garanta soluções justas às controvérsias privadas e torne viável a cooperação cautelar entre os Estados-Partes do Tratado de Assunção.

Para que se possa ter uma visão panorâmica do tema abordado, buscou-se, com a pesquisa, atingir os seguintes objetivos:

- Elencar aspectos gerais referentes à teoria geral das cautelares, analisando suas características, requisitos e concepções doutrinárias.
- Abordar a legislação atinente as referidas tutelas, no âmbito do Mercosul, enfatizando o tratamento procedimental adotado para as mesmas.
- Analisar a possível (ou não) eficácia das tutelas cautelares, tal como estão abordadas no Protocolo de Medidas Cautelares, em face, precipuamente, da Constituição Federal, verificando se ele oferece instrumentos que possibilitem o cumprimento de seu escopo maior, qual seja, o de instrumento para a

composição “justa” dos litígios nos quais são solicitadas, conferindo uma situação provisória de segurança para os interesses dos litigantes.

A escolha do tema medidas cautelares no Mercosul, justifica-se em virtude de sua basilar importância na consecução da efetiva tutela jurisdicional. Isso porque, freqüentemente, a “demora” do processo pode acarretar ou ensejar alterações nas coisas, pessoas ou situações jurídicas envolvidas na lide e que, se não evitadas, podem comprometer ou, quiçá, impossibilitar a realização do próprio direito pleiteado.

A pesquisa realizada, de índole monográfica, visando ao exame aprofundado do objeto proposto, utilizou para a coleta de dados e informações as técnicas bibliográfica e documental, com ênfase na primeira.

Optou-se por delimitar o tema situando e escandindo as providências cautelares, no âmbito do Mercosul, por considerar-se de suma importância estudos relativos à cooperação jurisdicional entre os Estados que compõem o Mercado Comum do Sul. Há, contemporaneamente, a indubitável necessidade dos operadores jurídicos preocuparem-se com a concreção do Direito e da “justiça”, nessa nova miscelânea de relações jurídicas, inerentes à tendência de globalização, “febre” da economia mundial, e que possui como forte elemento a criação de blocos regionais, estruturados sobre o objetivo comum da integração.

No texto desta monografia, relatório final da pesquisa, inicialmente, expõem-se, de forma bastante genérica, alguns aspectos que se entende relevantes, para os fins deste trabalho, acerca da tutela e do processo cautelar, sob a ótica de alguns doutrinadores brasileiros. Nesse sentido, constitui-se, o primeiro capítulo, numa revisão bibliográfica, a referir os principais trabalhos existentes, no Brasil, em nível de teoria geral da tutela cautelar.

Num segundo momento, procede-se à explanação do Protocolo de Medidas Cautelares, artigo a artigo, visando-se a destacar, a partir de seus respectivos conteúdos, aqueles aspectos que se considerou mais salutares. Nessa análise, procurou-se salientar os principais focos de controvérsias inseridos no Protocolo, quer com relação à interpretação do texto do ato internacional aqui em comento, quer com relação à sua possível vigência e aplicação no território brasileiro.

No terceiro e último capítulo, abordou-se a questão da efetividade do supramencionado Protocolo, tanto no que tange às previsões, ou melhor, disposições nele consignadas, quanto relativamente à sua recepção pela ordem jurídica nacional, assim como a problemática dos conflitos entre ato internacional, a lei infraconstitucional e a Constituição Federal.

Ao final do trabalho apresentam-se algumas considerações finais, estruturadas mediante pequenos tópicos, que, por sua vez, enfatizam os principais apontamentos realizados no decorrer do texto.

Cabe, para finalizar, destacar a dificuldade de desenvolvimento do projeto, tendo em vista a quase inexistência de produção teórica e a inexistência de casos concretos atinentes ao objeto de estudo. No que se refere à análise da questão da efetividade das tutelas cautelares, em nível do Direito Internacional Privado, a existência de trabalhos, no Brasil, é quase “zero”. Em termos de textos contemporâneos, há um artigo de *Negi Calixto*, denominado “O processo cautelar no Direito Internacional Privado”. Especificamente sobre a questão, em nível do Mercosul, há um artigo, de *Adriano Kalfelz Martins*, denominado “Medidas cautelares no Mercosul”, e um capítulo do livro de *Antonio Corrêa*, intitulado “Mercosul: soluções de conflitos pelos juízes brasileiros”. Em razão dessas colocações, percebe-se que, especificamente sobre o tema proposto para a monografia, não há praticamente bibliografia disponível. Ao lado disso, o fato de o Protocolo não estar ainda em vigência gera a segunda ausência, a de casos concretos que pudessem configurar paradigmas de análise.

Frente a essa situação, o resultado final da pesquisa não é o ideal, mas aquele que foi possível produzir frente à realidade concreta existente. Espera-se, com ele, ter atingido, pelo menos minimamente, os resultados necessários ao cumprimento da obrigação curricular da Monografia Final, requisito indispensável à conclusão do Curso de Graduação em Direito.

I - ASPECTOS GERAIS E CONCEITUAIS ACERCA DO PROCESSO CAUTELAR NA DOCTRINA BRASILEIRA

A classificação mais adotada, quando se trata das espécies de processo, é a que se faz de acordo com a providência objetivada pela parte. Segundo ela os processos recebem as denominações de “de conhecimento”, “de execução” e “cautelares”.

Dentro dessa classificação, o processo cautelar serve para a ação cautelar. É um processo acessório, que recebe a denominação de “preparatório”, “preventivo” ou “incidente”, relativamente ao processo principal.

Conforme reiterado entendimento da doutrina, o processo tem por função alcançar, relativamente ao caso específico, deduzido pelas partes, uma provisão judicial que, correspondendo à tradução da vontade da lei, ou, num sentido mais amplo, do direito, assegure, concretamente, mandamento abstrato desta.

Enquanto o processo principal busca solucionar definitivamente a relação jurídica controvertida, o cautelar visa a uma providência que assegure os efeitos úteis da decisão proferida naquele. Tais providências, que são preventivas e assecuratórias, não são um fim em si mesmas, mas um meio idôneo para que a providência definitiva não caia no vazio ou transforme-se em inócua.

Conhecido como jurisdição do “*tertium genus*”, o processo cautelar, via de regra, contém, concomitantemente, as funções de conhecimento e de execução, com a prevenção, como elemento específico.

O processo cautelar apresenta, basicamente, as seguintes características: celeridade, para evitar sérios e iminentes riscos ao direito pretensionado; acessoriedade e dependência de um processo principal, podendo ser instaurado antes ou no curso

desse; a provisoriedade da medida, que dura enquanto se aguarda a solução do processo principal, enquanto não se obtém a composição da lide.

Além das condições comuns às demais espécies de ação, tais como a possibilidade jurídica do pedido, o interesse e a “*legitimatio ad causam*”, a ação cautelar também exige, como requisitos essenciais, a existência do “*fumus boni juris*” (verificação de que a parte dispõe do direito de ação, direito ao processo principal a ser tutelado), e do “*periculum in mora*” (demonstração, pela parte, do fundado temor de que, enquanto aguarda a tutela definitiva, venham a faltar circunstâncias de fato favoráveis à própria tutela - risco de perecimento, destruição, desvio, deterioração, ou de qualquer mutação das pessoas, bens ou provas necessárias para a “perfeita” e eficaz atuação do provimento final do processo principal).

Nesse sentido, corrobora Negi Calixto (1994:192): “A sustentação da medida cautelar escora-se em requisitos já fincados na doutrina moderna como: o dano potencial e a plausibilidade do direito substancial”.

A medida cautelar é a providência material efetiva, tomada pelo órgão jurisdicional, para preservar ou garantir uma situação de fato, relevante para a futura prestação jurídica definitiva.

A título ilustrativo e exemplificativo, pode-se mencionar uma série de medidas cautelares dispostas no Código de Processo Civil brasileiro: - o arresto (CPC, art. 813), o seqüestro (CPC, art. 822), a caução (CPC, art. 826), são medidas cautelares sobre bens, que têm por escopo garantir a execução; - o arrolamento de bens (CPC, art. 855), a busca e apreensão (CPC, art. 839), o atentado (CPC, art. 897), as obras de conservação da coisa litigiosa ou judicialmente apreendida (CPC, art. 888, I), são medidas cautelares sobre bens, conservativas ou genéricas; - a exibição da coisa, documento ou escrituração comercial (CPC, art. 844) e a produção antecipada de prova (CPC, art. 846), são medidas cautelares sobre provas; - a posse provisória dos filhos (CPC, art. 888, III), o afastamento do menor autorizado a casar contra a vontade dos pais (CPC, art. 888, IV), o depósito dos menores ou incapazes castigados imoderadamente (CPC, art. 888, V), a guarda e educação dos filhos e direito de visita (CPC, art. 888, VII), são medidas cautelares sobre a guarda de pessoas; - os alimentos provisionais (CPC, art. 852) e o

afastamento temporário do cônjuge (CPC, art.888, VI), são medidas cautelares sobre pessoas.

A razão do processo cautelar é que não se pode simplificar demasiadamente o processo ordinário, de cognição, de modo a julgar imediatamente o pedido do autor, pois esse depende do cumprimento do devido processo legal, que “impede” que o processo se desenrole com excessiva rapidez e subitaneidade, para que não se fira o preceito constitucional, permitindo, dessa forma, que se esgote o direito ao contraditório e à ampla defesa, obedecendo o devido processo legal.

Há uma dilatação no tempo entre o pedido formulado e a realização da prestação jurisdicional a que se tem direito, demora essa que, no limite de sua essencialidade, não pode ser elidida, sob pena de violar o *due process of law*.

Tutela cautelar, em regra, é o conjunto de medidas destinadas a garantir o resultado final de um processo principal, seja ele de conhecimento ou executivo. Ocorre que, partindo-se de uma observação empírica, não raras são as vezes em que as partes, não podendo ou não querendo ter de esperar até que o juiz ou tribunal, no processo ordinário, depois de anos de demora, profira julgamento sobre seus litígios, procuram, no procedimento da medida cautelar, uma decisão obtida com maior celeridade. Um processo demasiadamente moroso pode levar à periclitacão ou até mesmo ao aniquilamento da pretensão pleiteada em juízo. Portanto, o que o processo cautelar pretende, regra geral, é que se garanta o processo principal, sem que ele sofra mudanças ou alterações prejudiciais em função, precipuamente, do tempo ou da demora.

Isso posto, surge uma questão, quanto ao procedimento cautelar, no que diz respeito à indenização gerada à parte atingida pela ordem cautelar quando, no processo principal, não é reconhecido o direito de quem requereu tal medida.

Destarte, é sabido que a ação cautelar traz risco de prejuízo para a parte que irá sofrer seus efeitos. Desse fato surgiu o instituto da contra-cautela, permitindo que, em certas circunstâncias, possa ser exigida caução prévia para a concessão da referida medida. Objetiva-se, dessa forma, prevenir ou, eventualmente, ressarcir os danos que podem surgir com a demora na solução do processo principal, de modo que, em sendo atingida indevidamente por ocasião da cautelar, caso o direito da parte que a solicitou

não se confirme no final do processo, possa, a parte, ficar assegurada, e assim restabelecido o “equilíbrio” entre os litigantes.

Tendo em vista a riqueza da produção doutrinária brasileira relativamente ao tema da tutela cautelar, buscar-se-á, nas páginas que seguem, resumir as posições assumidas por alguns dos maiores especialistas brasileiros na área. Visando-se a preservar a identidade de suas obras, optou-se por, como regra geral, transcrever os trechos mais importantes de suas obras, através de citações diretas, evitando-se, dessa forma, o risco de distorcer o pensamento dos autores selecionados.

Segundo Humberto Theodoro Júnior (1992:14-5):, “... qualquer que seja a prestação a cargo da jurisdição, o provimento definitivo não pode ser ministrado instantaneamente. A composição do conflito de interesses (*lide*), através do processo só é atingido mediante a seqüência de vários atos essenciais que ensejam a plena defesa dos interessados antagonistas (*sic*) das partes e propiciam ao julgador a formação do convencimento acerca da melhor solução da *lide*, extraído do contato com as partes e com os demais elementos do processo.

De tal sorte, entre a interposição da demanda e a providência judicial satisfativa do direito de ação (sentença ou ato executivo), medeia necessariamente um certo espaço de tempo, que pode ser maior ou menor conforme a natureza do procedimento e a complexidade do caso concreto. (...)

É indubitável, porém, que o transcurso do tempo exigido pela tramitação processual pode acarretar ou ensejar, e freqüentemente acarreta ou enseja, variações irremediáveis não só nas coisas como nas pessoas e relações jurídicas substanciais envolvidas no litígio, como por exemplo, a deterioração, o desvio, a morte, a alienação etc., que não obstados, inutilizariam a solução final do processo, em muitos casos.”

Todavia, como bem complementa o autor ora citado (1992:15), “não é suficiente ao ideal de justiça garantir a solução judicial para todos os conflitos; o que é imprescindível é que essa solução seja efetivamente ‘justa’, isto é, apta, útil e eficaz para outorgar à parte a tutela prática a que tem direito segundo à ordem jurídica vigente.”

É nesse sentido que nasce “o processo cautelar, como uma nova fase da jurisdição e como um *tertium genus*, contendo, ‘a um só tempo as funções de processo de conhecimento e de execução’, e tendo por elemento específico ‘a prevenção’”. (Buzaid, apud Theodoro Jr., 1992:16)

Para Humberto Theodoro Júnior (1992:16), “enquanto o processo principal (de cognição ou execução) busca a composição da lide, o processo cautelar contenta-se em outorgar situação provisória de segurança para os interesses dos litigantes”. Para esse autor (1992:17), “nas ações cautelares, a proteção jurisdicional é, provisoriamente, deferida à parte, para evitar que o processo principal perca sua natural e indispensável função, que é a de bem e utilmente compor os litígios. Não se sabe, a rigor, se o direito subjetivo realmente existe, embora haja plausibilidade a respeito de sua existência.”

Acessoriedade, instrumentalidade, provisoriedade e fungibilidade, são as características do processo cautelar apontadas por Theodoro Júnior. Sabe-se, inclusive com respaldo no próprio Código de Processo Civil brasileiro, que, em regra, o “procedimento” cautelar é sempre dependente do processo principal, podendo ser instaurado antes ou no curso deste (art. 796 do CPC). Na opinião do autor (1992:21) supramencionado, “os dois processos têm objetivos distintos e, pode-se dizer, autônomos, mas o resultado a que tende o processo cautelar não se justifica senão em face da existência do processo principal”. “É acessório, então, porque atua na pressuposição necessária de que seus efeitos provisórios terão de ser absorvidos por outro processo.”

O processo cautelar tem caráter instrumental, pois, enquanto o processo principal tem por escopo a definitiva composição da lide, “o cautelar apenas visa afastar situações de perigo para garantir o bom resultado daquela mesma composição da lide”. (Theodoro Jr., 1992:22)

Quanto à provisoriedade, esclarece Theodoro Júnior (1992:22): “As medidas cautelares são provisórias em dois sentidos: a) por seu caráter *transitório*; e b) por sua feição não *satisfativa*.”

No primeiro enfoque deve-se entender que as medidas do processo cautelar não se revestem de definitividade, mas ao contrário, são sempre temporárias e se destinam a desaparecer quando sobrevier a medida definitiva do processo principal.”

“No segundo aspecto, a provisoriedade repele a antecipação do resultado incerto do processo principal e faz com que a atividade cautelar se limite a medidas neutras de simples afastamento do perigo para que o resultado final da tutela jurisdicional não perca sua utilidade.”

A fungibilidade consiste, basicamente, no fato de ser a medida cautelar decretada passível de ser substituída pela prestação de caução sempre que esta seja adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente (art. 805 do CPC). Como ensina Humberto Theodoro Júnior (1992:25) “fica resguardado ao órgão judicial o poder de determinar concretamente qual a medida provisional que mais fielmente desempenhará a função de assegurar a eficiência e utilidade do processo principal”. Entretanto, para que possa ser considerada idônea e, eventualmente, substituir a medida decretada, deve ser adequada e suficiente para tanto. Para esse autor (1992:26), pode-se entender adequação como “a aptidão genérica da caução para desempenhar garantia da mesma natureza da medida anterior, ou seja, com a mesma eficiência substancial. (...) Por insuficiência da caução entende-se a sua expressão quantitativa, isto é, o volume apto para, em concreto, cobrir o valor do risco de prejuízo acobertado.”

Humberto Theodoro Júnior opta pela definição de medida cautelar como sendo “a providência concreta tomada pelo órgão judicial para eliminar uma situação de perigo para direito ou interesse de um litigante, mediante conservação do estado de fato ou de direito que envolve as partes, durante todo tempo necessário para a definição do direito no processo de conhecimento ou para a realização coativa do direito do credor sobre o patrimônio do devedor, no processo de execução” (Rocco, apud Theodoro Jr., 1992:27): Tais medidas, por sua vez, podem ter caráter contencioso ou não.

Nesse sentido, ensina o autor (1992:28-9): “O exercício do poder cautelar pode ser provocado, e quase sempre o é, dentro do exercício do direito de ação, gerando, assim, procedimento contencioso, em tudo semelhante ao do processo principal.

Mas, as medidas cautelares podem, também, acontecer em clima isento de qualquer litigiosidade entre as partes, no plano da tutela de prevenção. Diz-se, por isso, que há medidas cautelares de cunho administrativo ou voluntário e medidas cautelares realmente contenciosas ou jurisdicionais.

Quando, porém, o pedido de providência cautelar encontra resistência do adversário, tem-se um conflito de interesses a solucionar ... Depara-se, então, o juiz, com uma verdadeira lide (a lide cautelar), cuja solução há de ser dada em procedimento necessariamente contencioso, com total resguardo do contraditório ...”.

Para Theodoro Júnior (1992:34-6), além dos pressupostos processuais e das condições genéricas da ação, os requisitos específicos para se obter uma providência de natureza cautelar são, precipuamente, dois:

“*Um dano potencial*, isto é, um risco que corre o processo principal de não ser útil ao interesse demonstrado pela parte, em razão do *periculum in mora*, risco esse que deve ser objetivamente apurável;

A plausibilidade do direito substancial invocado por quem pretenda segurança, ou seja, o *fumus boni iuris*.

.....

Assim, para os fins da ação cautelar não é preciso demonstrar-se cabalmente a existência do direito material em risco, mesmo porque esse, freqüentemente, é litigioso e só haverá sua comprovação e declaração no processo principal, Para merecer tutela cautelar, o direito em risco há de revelar-se apenas como interesse que justifica o ‘direito de ação’, ou seja, o direito ao processo de mérito.

.....

Ora, sendo inviável o processo principal, não se concebe possa deferir-se a tutela cautelar, cujo objetivo maior é precisamente servir de instrumento para melhor e mais eficaz atuação do processo de mérito.”

No que concerne ao “*periculum in mora*”, válido é salientar a enumeração de Humberto Theodoro (1992:37), para quem “o perigo de dano refere-se, destarte, ao interesse processual em obter uma *justa composição* do litígio, seja em favor de uma ou de outra parte, o que não poderá ser alcançado caso se concretize o dano temido.

Esse dano corresponde, assim, a uma indevida ou inconveniente alteração na situação de fato ou de direito existente ao tempo do estabelecimento da controvérsia - ou seja, do surgimento da lide - e que deve ser preservada até a solução de mérito do conflito.”

Segundo Wilson e Sílvia Batalha (1995:71), as medidas cautelares têm, como objetivo precípuo, “evitar o perecimento ou a deterioração das condições de fato durante o fluxo do processo, pela prática impossibilidade de deslinde *initio litis*, mas sem que se pretenda obter a satisfação do direito ou assegurar a executoriedade de certas pretensões.”

Nesse sentido, é mister a celeridade quando se está diante da “implementação” e efetivação da tutela cautelar. “Se a instrução da cautelar fosse tão demorada e profunda com a da principal e tivesse por objeto os mesmos fatos que constituem preocupação desta, desaparecida estaria qualquer distinção entre elas e já não haveria razão de ser para a primeira ...” (Dinamarco, apud Batalha, 1995:52)

Acrescentam Wilson e Sílvia Batalha (1995:79) que as medidas cautelares almejam “atender a circunstâncias de urgência, para obviar aos inconvenientes que emanam do retardamento inevitável do deslinde final das controvérsias, assumindo caráter meramente provisório e convencional, justificando-se pelo critério da *verossimilhança*, quando ocorrerem, simultaneamente, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, ou seja, a aparência (verossimilhança) do direito pretendido e o risco do retardamento na solução da pendência.”

Para esses autores (1995:53), “a ação cautelar visa, em regra, a assegurar determinados bens da vida de maneira provisória, a fim de que a segurança definitiva resulte do processo principal. Entretanto, a relação de acessoriedade encerra exceções, através das quais a ação cautelar passa a constituir fim em si, satisfazendo aos objetivos materiais visados. São as denominadas ações cautelares *satisfativas*.”

Entretanto, “as denominadas ‘cautelares satisfativas’ não visam a assegurar, autonomamente, direitos ou postulações. As ações cautelares são dependentes de ações principais a serem propostas (processos preparatórios ou preventivos) ou já propostas (processos incidentes). Em algumas hipóteses, ... o objetivo visado pela ação cautelar é satisfeito independentemente da propositura de outra ação; por isso, não têm sua validade preordenada à propositura de ação principal ...” (Batalha, 1995:71)

Nesse sentido, “embora a ação cautelar seja autônoma, ... em regra, há um relacionamento substancial entre a ação cautelar e a ação principal.” (Batalha, 1995:53)

Wilson e Sílvia Batalha (1995:81-2) observam, com muita propriedade que o “ideal seria que a sentença fosse prolatada no momento da propositura da ação em juízo. Esse ideal, porém, constitui mera utopia. As naturais delongas do processo, que podem arrastar-se por anos e decênios, acarretam a consequência de que a sentença virá a ser prolatada quando as circunstâncias pessoais e de fato se acham profundamente alteradas. À celeridade das modificações fáticas e das conjunturas econômicas opõe-se a lentidão do aparelhamento judiciário. Mesmo antes de posta a ação em juízo, torna-se, por vezes, indispensável que medidas urgentes venham a ser tomadas, a fim de assegurar a efetividade do direito, já em seu nascedouro, quando, afinal, no processo de natureza condenatória ou executória, venha a ser o direito reconhecido e proclamado.

Ao contrário do que ocorre no processo principal, em que o reconhecimento do direito postulado deve estribar-se em critérios de *certeza* (processual), nos processos cautelares basta a simples *verossimilhança*, a provável existência do direito e sua titularidade, invocada pelo autor. A urgência do provimento explica a rapidez da tramitação do processo e, mesmo, a concessão de medidas *inaudita altera pars*, ou seja, com possibilidade apenas posterior de manifestação da outra parte.

A ação cautelar não visa ao reconhecimento de um direito de maneira a assegurar-lhe a execução. Não tem caráter de *principalidade*. Visa a uma providência provisória e tem caráter de *instrumentalidade*.”

Concluem, esses autores (1995:82), a respeito da natureza jurídica das ações cautelares: “Não obstante, parece-nos inegável que as ações cautelares, por suas características, não podem ser assimiladas às ações de conhecimento (pleno) nem às ações executórias, constituindo modalidade específica, inconfundível.”

Caracterizam o processo cautelar como autônomo em relação ao processo principal, quanto aos pressupostos processuais e às condições da ação. Assinalam (1995:89) que “embora a medida cautelar, como ação autônoma, só se justifique pelo fim a atingir em outro processo, a ação principal, não paira dúvida que os pressupostos processuais (*legitimatío ad processum* e competência do juízo) e as condições da ação (*in abstracto, fumus boni juris + periculum in mora*) devem configurar-se autonomamente no processo cautelar para que se torne viável, como requisitos de procedibilidade.”

A instrumentalidade é um fator que qualifica a ação cautelar, apontado por Wilson e Sílvia Batalha (1995:89), para os quais, “a ação cautelar não tem um fim em si, nem assegura determinado bem da vida a determinada pessoa. Serve a ação cautelar de instrumento para a atuação definitiva da lei através do outro processo.”

Já a acessoriedade “caracteriza-se por servir a ação cautelar a um determinado provimento definitivo, pendente ou futuro. Não constitui um fim processual em si, mas acessório de um processo principal.

É possível que, excepcionalmente, a ação cautelar esgote as suas finalidades. Reportamo-nos ao que dissemos a respeito das ações cautelares *satisfativas*.” (Batalha, 1995:90)

Prosseguindo sua análise acerca das características da ação cautelar, Wilson e Sílvia Batalha (1995:91) mencionam, ainda, a provisoriedade e a revocabilidade, abordando, também, num outro momento, a questão da fungibilidade.

“A ação cautelar consagra, em regra, medidas provisórias, a serem canceladas, a critério do juiz, quando alteradas as situações de fato, ou mediante o deslinde do processo principal. As decisões em ações cautelares são proferidas sob a condição de permanecerem as mesmas as situações de fato - *rebus sic stantibus*.”

Para esses autores (1995:91), “a provisoriedade da medida cautelar não significa possa a mesma ser renovada a critério do autor. Significa que pode ser alterada, a qualquer tempo, mediante a discricionariedade judicial, por ser a mesma condicionada ao estado de fato - *rebus sic stantibus*.”

Quanto à revocabilidade, entendem (1995:92) ser ela, qualidade “inerente às medidas decretadas.

É que estas são conferidas em atenção a determinadas situações de fato, que podem alterar-se no período de vigência da cautelaridade ou da ação principal, justificando novos provimentos ao prudente critério do julgador.

O que não pode ser alterado é o fundamento básico da decisão cautelar, mas a natureza e a duração do provimento determinado. Mudadas situações de fato podem autorizar a revogação ou a modificação da medida, sobretudo nas cautelares pertinentes

ao direito de família, na prestação de alimentos, na guarda dos filhos e outras situações análogas.”

Para Wilson e Sílvia Batalha (1995:102), o “erro na postulação de medida cautelar não prejudica a análise do processo, quando não seja grosseiro (*id est*, injustificável) e quando não seja suscetível de ocasionar prejuízo para a parte contrária, podendo atingir-se por outro meio o objetivo visado.

A fungibilidade (do verbo latino *fungor*, representar, substituir, desempenhar) significa a possibilidade de aproveitamento da medida cautelar claudicante, sanadas as deficiências e a aproveitabilidade do escopo visado.”

Salientam (1995:102), contudo, que a “cautela substitutiva (caução) depende de sua adequação e conveniência, sendo inadmissível por incompatibilidade lógica (*contradictio in adjecto*) em ações alimentares, produção antecipada de provas ...”

José Carlos Barbosa Moreira (1996:351-2) entende que a finalidade do processo cautelar consiste, “segundo a concepção clássica, em assegurar, na medida do possível, a eficácia prática de providências quer cognitivas, quer executivas. Tem ele, assim, função meramente *instrumental* em relação às duas outras espécies de processo ...

A necessidade do processo cautelar, que lhe justifica a existência, resulta da possibilidade de ocorrerem situações em que a ordem jurídica se vê posta em perigo iminente, de tal sorte que o emprego das outras formas de atividade jurisdicional provavelmente não se revelaria eficaz, seja para impedir a consumação da ofensa, seja mesmo para repará-la de modo satisfatório. Isso explica o caráter *urgente* de que se revestem as providências cautelares, e, simultaneamente, o fato de que, para legitimar-lhes a adoção, não é possível investigar, previamente, de maneira completa, a real concorrência dos pressupostos que autorizam o órgão judicial a dispensar ao interessado a tutela satisfativa: ele tem de contentar-se com uma averiguação superficial e provisória, e deve conceder a medida pleiteada desde que os resultados dessa pesquisa lhe permitam formular um *juízo de probabilidade* acerca da existência do direito alegado, a par da convicção de que, na falta do pronto socorro, ele sofreria lesão irremediável ou de difícil reparação.

.....

(...) Tratando-se de conjurar riscos sérios e iminentes, é intuitivo que o aparelho judiciário precisa funcionar aqui com especial celeridade, sob pena de frustrarem-se os esforços para evitar a lesão.”

Salienta, ainda, Barbosa Moreira (1996:352), que a “necessidade da providência cautelar pode surgir *antes* da instauração de processo cognitivo ou executivo, e também *durante* a respectiva pendência. Mas, em qualquer caso, desde logo se compreende que ela não se destina a durar indefinidamente; só se justifica enquanto subsistam as razões que a determinaram, e de modo particular enquanto não se dispense a tutela satisfativa. Por sua própria natureza, é uma medida *provisória* ...”

Victor Bomfim Marins (1996:106-7), revela sua preferência pelo conceito de medida cautelar, segundo o qual “a medida cautelar serve para assegurar, genericamente, a eficácia da atividade jurisdicional. (...)

Dessa sorte, visa a função cautelar assegurar o exercício útil da jurisdição, ficando a realização do direito litigioso reservada ao processo principal.”

O supracitado autor elenca alguns aspectos, aos quais se refere como elementos da tutela cautelar.

Em relação ao *fumus boni iuris*, comenta (1996:109-10) que a “declaração de certeza acerca da existência ou da inexistência do direito é função do processo principal. Ao processo cautelar cabe, tendo em vista sua finalidade de proteger a efetividade daquele, apenas reconhecer a existência provável de um direito a ser realizado ou resguardado no processo satisfativo.

.....

O dilema do legislador ... entre fazer bem, mas demoradamente e o fazer rapidamente, embora com o risco de erro e a solução encontrada, da opção por esta última fórmula no processo cautelar, com a sumariedade da cognição, levou à adoção da figura do *fumus boni iuris* como um dos elementos essenciais à configuração da cautela.

(...) Havendo, portanto, a aparência do direito afirmado e que será discutido no processo principal, mesmo que os elementos probatórios apontem na direção da existência de direito líquido e certo, eles não poderão ultrapassar, na formação da convicção do juiz, o limite da aparência.”

No que se refere a outro elemento fundamental da medida cautelar, qual seja, o *periculum in mora*, ensina Victor Bomfim Marins (1996:112) que “a situação perigosa autorizatória do acautelamento não é aquela revestida de perigo comum ou rotineiro, decorrente da afronta a direitos, mas sim, aquela que exponha a risco de lesão grave e de difícil reparação, a efetividade do processo principal, isto é, **situação de perigo grave e iminente**.

.....

Trata-se, portanto, de perigo especial, grave e iminente, objetivamente demonstrável, para o êxito do processo principal.

Da situação perigosa típica deriva a urgência no conseguimento da medida.”

Nesse sentido, ressalta (1996:113-4), ainda que “outro ponto que merece abordagem diante do conceito que se vai firmando na doutrina, refere-se à alusão ao *periculum in mora* como perigo na **demora** na tramitação do processo, que não parece muito própria para refletir o significado jurídico da expressão. (...) Como anota OVIDIO BAPTISTA DA SILVA: ‘Não é propriamente, como pensava CHIOVENDA, o perigo de retardamento da prestação jurisdicional que justifica a ação cautelar. É o perigo, em si mesmo, referido à possibilidade de uma perda, sacrifício ou privação de um interesse juridicamente relevante e não o perigo de um retardamento na prestação jurisdicional’.

Ademais, certa demora no curso do processo é ineliminável, pertence à própria natureza das coisas. (...) De modo que, razoável demora para o julgamento afigura-se fenômeno **natural**. (...)

... o *periculum in mora* visto como demora na atividade jurisdicional sugere outra séria objeção, qual seja, a de que haveria determinado tempo de duração do processo, que seria o **ideal**, no sentido de que não permitiria o surgimento de situação perigosa. Ora, trata-se de visão que não corresponde à realidade, seja porque o perigo

pode surgir antes mesmo do ajuizamento da demanda ..., seja porque, na grande maioria dos casos o perigo advém da atividade dos litigantes, que pode ocorrer quer tenha o processo duração de poucos dias, um ano ou mais. A demora, portanto, como causa em si é apenas uma das **possibilidades** de risco para a efetividade da jurisdição.”

Em virtude, precipuamente, dos elementos acima expostos e da urgência a esses inerente, necessário se fez estabelecer-se, para a função jurisdicional acautelatória, a cognição sumária do juiz, sob o ângulo da estrutura do procedimento.

Ensina Victor Bomfim Marins (1996:114-5) que “no processo cautelar, ao juiz não é dado ter cognição completa mesmo que lhe pareça líquido e certo o direito invocado pelo autor. A cognição completa enseja juízo de certeza, que caracteriza a formação da coisa julgada material, que incoorre no processo acautelatório, para o qual é suficiente o juízo de probabilidade.

.....
A sumariedade do conhecimento do juiz, portanto, é **suficiente** às necessidades do processo acautelatório.”

Ao analisar a autonomia da função acautelatória, apontando-a, inclusive, como outro elemento da tutela cautelar, o autor paranaense (1996:116-7) menciona, *a priori*, a função do processo cautelar, qual seja, “a de zelar pela efetividade dos processos de conhecimento e de execução, mediante a adoção de quaisquer providências lícitas, observados os princípios.

A autonomia da função cautelar ressalta por ser dotada de regras próprias, de modo a permitir sua atuação diretamente sobre o processo principal, em seus variados aspectos ou elementos (partes, bens, situação litigiosa, execução), independentemente da tutela satisfativa e pelo tempo que se fizer necessário.

Reconhece-se, portanto, a **autonomia** da função cautelar.

.....
Sob o ponto de vista da estrutura, o legislador conferiu ao processo cautelar *status* semelhante aos processos (de conhecimento e de execução), considerando-o como terceiro gênero. O vínculo teleológico existente entre o processo cautelar e os

demais não desvirtua sua autonomia, por indicar, apenas, a instrumentalidade, que lhe é inerente, atributo, também, presente nas demais modalidades da função jurisdicional.”

Quanto à fungibilidade, assinala Bomfim Marins (1996:121-2): “Juridicamente, dizem-se fungíveis as coisas ou bens que equivalem a outros da mesma classe ou espécie, vale dizer, são substituíveis. O sentido, pois, da fungibilidade é a substitutibilidade, em qualidade e quantidade. (...)”

... a medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido...

.....

Nem todas as providências cautelares, no entanto, são suscetíveis de serem substituídas. Atente-se para os problemas de direito de família ... que, via de regra, não permitem substituição.

Nas prestações infungíveis é possível a caução à medida que assegure efetivamente o adimplemento do equivalente econômico.

O princípio da fungibilidade aplica-se à providência necessária para o acautelamento de determinada situação de fato, relacionando-se com o pedido.

.....

A substituição da medida pode ser realizada em qualquer momento do processo cautelar, a requerimento do interessado ou de ofício.”

Outros dois elementos elencados por Marins são a provisoriedade e a eficácia mandamental da decisão acautelatória. No que concerne ao primeiro, anota o referido autor (1996:123-4) que “as medidas cautelares são sempre provisórias, por isso que preordenadas a durarem enquanto forem úteis ao processo principal. (...) Tem, portanto, uma ‘vida’ geneticamente provisória. (...)”

A *ratio iuris* da tutela cautelar reside na proteção que outorga ao processo principal, visto ser essa sua finalidade. Assim, tão logo se extinga a relação jurídica processual a que dá proteção a cautela, cessa a razão para a existência desta, que permanece eficaz enquanto for útil. Afigura-se, portanto, a provisoriedade, nota

essencial à tutela acautelatória, para assegurar, pelo tempo necessário, a eficácia do processo, que proporcionará juízo de certeza sobre a relação jurídica controvertida.

.....

Por fim, vale salientar que é provisória a medida cautelar, o provimento, não o processo, que é formalmente definitivo, por isso que sujeito à preclusão e à coisa julgada formal.”

Sobre a eficácia mandamental da decisão acautelatória, lembra Victor Bomfim Marins (1996:125) que “a decisão mandamental ‘é aquela que tem por fito preponderante que alguma pessoa atenda, imediatamente, ao que o juízo **manda**’. Esta, a eficácia mandamental, que resulta das decisões cautelares.

A ordem (eficácia mandamental) do juiz pode ser emitida mediante cognição sumária ou plena. Isto significa que, no caso de cognição sumária a mandamentalidade independe da declaração acerca do direito controvertido. O juiz pode mandar sem conhecer em sua inteireza e profundidade o conflito se, autorizado por lei, fundamentar a decisão em juízo de **aparência**.”

Victor Bomfim Marins (1996:158) lembra que “o processo pode assumir três espécies, a saber: a primeira, de conhecimento ou de cognição, destinada à obtenção de certeza jurídica a respeito de determinado litígio e de coisa julgada, após o exame pleno da situação litigiosa; a segunda, de execução, pela qual se promove a realização prática do direito reconhecido em título judicial ou extrajudicial; e, finalmente, a terceira espécie, o processo cautelar, que visa coibir ameaça de dano irreparável ou de difícil reparação ao processo de conhecimento ou de execução.”

Ressalta o autor (1996:163), que “cabe ao **processo cautelar** a função de assegurar a eficácia da atividade jurisdicional diante de perigo extraordinário, efetivo e iminente.

(...) Nessa razão, o processo não pode ser visto como entidade **fim**, mas como **meio** para atingir determinada finalidade contemplada pelo direito objetivo.. (...) A tutela cautelar, em confronto com o direito substancial, é uma tutela **mediata**, pois, mais do que fazer justiça, serve para garantir o eficaz funcionamento da justiça. São os provimentos jurisdicionais são de modo geral um instrumento do direito substancial,

que através deles atua, nos provimentos cautelares encontra-se uma instrumentalidade qualificada, isto é, elevada, por assim dizer, ao quadrado.”

Num segundo momento de seu estudo sobre a tutela cautelar, Bomfim Marins aborda as características do processo cautelar, mais precisamente, a autonomia, a sumariedade, a provisoriedade, a instrumentalidade, a fungibilidade, a unitariedade, a revogabilidade e a acessoriedade.

Reprisa o autor (1996:166-7) a questão da autonomia, enfatizando que a “**autonomia** no processo cautelar é inegável (...)”

Pedido, procedimento, lide, mérito, sentença, execução, são específicos do processo cautelar (...) A influência que a cautela proporciona à atividade jurisdicional é de garantia, de assecuração do resultado prático. (...) A função do processo cautelar confere-lhe tipicidade e autonomia, visto como nenhum outro processo tem o escopo de garantir, provisoriamente, o exercício frutuoso da atividade jurisdicional.

.....

A **sumariedade** diz respeito à necessidade de urgência. A tutela cautelar, com efeito, é sempre urgente. A adoção do procedimento comum em termos de cautelaridade significaria comprometer seriamente a eficiência do instituto, justamente concebido para evitar, também, os perigos advenientes da excessiva demora na prestação jurisdicional. Por causa disso é que no processo cautelar não só o rito é sumário, mas, também, o é a **cognição**.”

Relativamente à provisoriedade da medida cautelar, segundo ele (1996:170) consiste no fato de que a decisão “terá eficácia enquanto for útil e assegurar a utilidade da providência satisfativa, seja no processo de conhecimento, seja no processo de execução.”

Bomfim Marins (1886:172-4) demonstra, com muita propriedade o caráter instrumental do processo cautelar, em relação ao processo definitivo, “tendo em vista que a providência acauteladora visa afastar situação de perigo real e iminente assegurando plena eficácia ao processo que visa proteger. (...)”

É de rigor, com efeito, reconhecer a instrumentalidade do processo cautelar em relação ao principal. (...). O processo, de modo geral, é também instrumental, pois a serviço da realização do direito.

.....

Realmente, não se deve perder de vista a segurança proporcionada pelo processo cautelar, como **interesse específico** do requerente; assim, não se vislumbra ligação concreta imprescindível com o chamado processo principal, pois bem pode ocorrer que este último nem seja instaurado, vale dizer, nem venha a ter existência concreta. (...)

Cabe, pois, concluir que a instrumentalidade se afigura presente na atividade jurisdicional genericamente considerada, não se apresentando de forma diversa ou mais intensa na tutela cautelar.

.....

... a fungibilidade das medidas cautelares significa a possibilidade de modificação ou substituição de uma por outra.

.....

(...) A providência substitutiva pode, portanto, consistir em prestação de caução, ... ou em outra medida, desde que menos gravosa para o requerido e adequada para conjurar a situação perigosa.”

Escandindo a unitariedade como característica do processo cautelar, Victor Marins (1996:175) ensina o seguinte:

“A prática de atos de conhecimento e de execução no mesmo procedimento dá o caráter unitário ao processo cautelar. Assim, a medida liminarmente concedida, praticada *inaudita altera parte*, ou posteriormente deferida, substituída ou modificada, mesmo determinada por sentença, é executada imediatamente, na mesma relação processual, independentemente de novo processo de execução. É a unitariedade, característica indispensável da tutela de urgência, em que se insere o processo cautelar.”

Sobre a revogabilidade da medida cautelar, pondera o supracitado autor (1996:177) que a “revogação ocorre a pedido ou de ofício, quando surgem fatos que desaconselhem a continuidade da cautela implementada, seja em função das alegações

do réu ... seja em função de causa superveniente, que faça desaparecer a situação perigosa anteriormente constatada ou, ainda, por outra razão, como, por exemplo, a omissão do autor na prestação de caução ou na eventualidade de se verificar a insuficiência desta.”

Entende Marins ser acessório o processo cautelar. Implica, segundo ele (1996:181), a acessoriedade do processo cautelar, no fato de que “mesmo antes da propositura da demanda definitiva, deve estar evidenciada a idoneidade do interesse do autor a ser protegida no processo principal, o que demonstra vínculo finalístico entre ambos mediante à presença dos requisitos da cautela (a aparência de um direito e uma situação perigosa). De modo que a acessoriedade como característica do processo cautelar em relação ao principal é manifesta ...”

Galeno Lacerda (1992:2) assinala que a “posição de destaque conferida ao processo cautelar, em nosso Código, corresponde à autonomia hoje reconhecida à cautela como uma das espécies da função jurisdicional.

Essa autonomia não significa, porém, independência teleológica, como se no processo cautelar houvesse uma finalidade *stante a se*. Ela decorre, sim, da natureza diversa da prestação solicitada ao juiz. Enquanto no processo de conhecimento se pede a declaração do direito, acrescida de eventual condenação ou constituição (positiva ou negativa), e no de execução se cuida da realização coativa do direito reconhecido, na função cautelar a prestação jurisdicional se caracteriza pela outorga de segurança com vistas a garantir o resultado útil das demais funções.”

Acrescenta Lacerda (1992:4) que “não se lhe pode negar a dependência teleológica, atual ou potencial, a outro processo ou ação. ... a autonomia da função cautelar não significa independência de finalidade do processo.”

Em decorrência da complexidade e da gama de especificidades que permeiam a esfera das medidas cautelares, autores entenderam de classificá-las e agrupá-las de acordo com determinados critérios, a fim de possibilitar e facilitar uma melhor compreensão das mesmas. Essas classificações, doutrinariamente estabelecidas, variam, em algum ou alguns aspectos, de autor para autor, quando esses se propõem a oferecê-

las, como brilhantemente o faz Galeno Lacerda, merecendo ser, pois, suas explicações, aqui mencionadas (1992:9-10):

“Não é possível, a nosso ver, adotar-se critério homogêneo para a classificação das medidas cautelares. Dentre as várias perspectivas que o tema sugere, destacamos três que nos parecem mais significativas: classificação segundo a finalidade, segundo a posição processual e o caráter da medida e segundo a natureza da tutela cautelar.

.....

A finalidade do processo cautelar consiste em obter segurança que torne útil e possível a prestação jurisdicional de conhecimento ou de execução. Nesta perspectiva, três necessidades podem surgir: a de garantir-se a prova, a de assegurar-se a execução quanto aos bens e a de outorgar-se desde logo a antecipação provisória e necessária.

A segurança quanto à prova tem por objeto antecipá-la quando houver risco de que pereça ou se torne impossível, se a parte interessada em produzi-la tiver de aguardar o momento oportuno no processo principal. (...) Essa produção, em regra, é prévia ao processo principal de conhecimento. (...)

A segurança quanto aos bens visa, em regra, a possibilitar a execução. (...) Nem sempre têm por finalidade garantir a execução, podendo limitar-se a evitar um dano, em consonância com os objetivos de atuação da parte no processo principal.

As cautelas asseguradoras da execução, ou inibitórias, tendem a manter o *statu quo* entre as partes, ...

.....

A segurança mediante antecipação provisória da prestação jurisdicional atende, em regra (com exceções previstas nas cautelas atípicas), à necessidade de proteção imediata de pessoas. Isto pode ocorrer, por exemplo, em matéria de alimentos e de guarda de menores e incapazes, e, em geral, nas demais questões de família.” Isso porque, quando essa espécie de medida é concedida, ela acaba por proporcionar à parte que a requereu, ainda que provisoriamente, o próprio “objeto” que pleiteia na ação principal, tendo um caráter, pode-se, dizer, de satisfatividade, situação esta que causa, entre alguns doutrinadores, amplas discussões, o que não se objetiva discutir no presente estudo.

Quanto ao segundo critério apontado por Galeno Lacerda, dispõe ele (1992:10) que “os processos cautelares, do ponto de vista meramente formal de sua posição no tempo em relação ao processo principal, se classificam em antecedentes e incidentes. Os primeiros, prévios, assumem sempre caráter preventivo. Os segundos, propostos no curso do processo principal, podem ser preventivos ou repressivos. (...) O caráter repressivo, aqui, possui aspecto singular, porque nele continua a preponderar a função de segurança da cautela.”

Em relação à terceira e última classificação das medidas cautelares, apresentadas por Galeno (1992:11-8), segundo à natureza jurisdicional ou administrativa da tutela, maiores digressões são necessárias. São de sua autoria os parágrafos que seguem.

“Em que pesem as restrições de certa doutrina, temos a firme convicção de que a única maneira de se diferenciar os atos jurisdicionais dos administrativos praticados pelo juiz consiste no apelo à primitiva idéia de Carnelutti, que fez da *lide* pedra de toque dessa distinção. (...)

... torna-se insofismável que a *lide* ...se constitui elemento essencial para o verdadeiro conceito de jurisdição.” (Lacerda, 1992:12)

Conseqüentemente, segundo Galeno Lacerda (1992:11-18), “onde não houver litígio, ou onde este não estiver diretamente em causa, o ato judicial não assume caráter jurisdicional e sim, tão só, administrativo.

Mas, a *lide* ao ingressar no processo como realidade dialética, adquire feição polimórfica, se irradia e extravasa em ambos os planos, o material e o processual, através das pretensões e razões das partes, a suscitar outras tantas *questões* controvertidas, de direito ou de fato, que exigem, todas e cada uma, qualquer que seja seu objeto e conteúdo, a decisão jurisdicional do juiz. (...)

Exatamente porque as questões constituem projeção da *lide*, é que a decisão sobre questão puramente de processo possui também caráter jurisdicional.(...)

Onde houver, portanto, julgamento de *questão*, aí estaremos em presença de ato jurisdicional. Isto significa que a jurisdição, também, pode se introduzir em procedimento de natureza administrativa, como os da impropriamente chamada

“jurisdição” voluntária, sempre que, neles, se suscitar qualquer questão que requeira *juízo*, isto é, julgamento para dirimir controvérsia. (...)

.....

De nossa parte, diríamos que a atividade administrativa exercida pelo juiz no processo jurisdicional resulta não tanto da analogia com a jurisdição voluntária quanto da circunstância de o magistrado *dirigir* o processo.

.....

(...) Em regra, os atos de simples ordenação, de direção, de impulso apresentam feição administrativa análoga à dos praticados por qualquer autoridade pública na prática das funções que a lei lhe comina. Ao efetuá-los, o juiz nada julga; limita-se a atuar como diretor do processo, como autoridade-chefe do procedimento, responsável pelo seu decurso em ordem certa e legal.

.....

A necessidade de segurança, que provoca a antecipação da medida na luta contra o tempo (prevenção), ou a manutenção do *statu quo* entre as partes (repressão cautelar), ou nasce desde logo em caráter litigioso a exigir decisão jurisdicional, ou dela prescinde em face da inexistência de *questão*.

No primeiro caso ocorre simples lide derivada da principal, tendo por objeto apenas a questão da cautela. (...)

(...) Se o conflito material de interesses exige que se resguardem, *a priori*, algum deles ou ambos, e se nesse resguardo se projeta a litigiosidade das partes, não há como negar a existência de uma lide derivada, parcial.

(...) Diríamos que, no caso, entre a lide principal e a lide cautelar ocorre aquela espécie de conexão que se define como *continência*. Com efeito, entre elas, dos três elementos fundamentais da relação processual, dois se apresentam idênticos: sujeitos ou partes, e causa, que é o fato do conflito. Difere apenas o objeto: no processo principal, o bem material controvertido; no cautelar a necessidade de segurança para o resultado útil daquele processo. A continência parece pois evidente, ...

.....

... o fato da diversidade das ações constitui projeção e prova a mais da autonomia da função cautelar, embora o nexo de continência acima apontado.

Existindo, pois, lide e ação cautelar, o processo respectivo finda normalmente por sentença jurisdicional, que dirá sobre a procedência ou não da pretensão de segurança. (...)

(...) Em todos estes processos jurisdicionais, além da possibilidade de liminar, haverá contraditório, instrução e sentença, ou seja, todas as fases próprias da cognição contenciosa.

O contrário de tudo isto ocorre nas cautelares administrativas, exceto no único traço que as identifica com as anteriores, que é a necessidade de segurança.

As medidas cautelares administrativas ou são voluntárias, isto é, requeridas pelas partes, ou decretadas diretamente pelo juiz, de ofício.

As voluntárias não pressupõem, necessariamente, a existência de lide, ou, se existente esta, não reclamam do juiz ato jurisdicional, porque se apresentam desacompanhadas de questão. É o que acontece, por exemplo, na produção antecipada da prova, na justificação, nos protestos, notificações e interpelações, na homologação do penhor legal, etc.. Não se pode falar, aqui, em ação cautelar, nem, muito menos, em sentença jurisdicional. (...)

.....

Nem a existência de homologação final significa ato de jurisdição propriamente dita. Se inexistente questão ou lide a decidir, esse ato não ultrapassa a natureza administrativa que lhe é peculiar. Sua finalidade consiste, apenas, em formalizar a manifestação de vontade do interessado, extinguindo o processo administrativo cautelar dela originado.”

Para Ovídio Baptista da Silva (1993:20), a tutela cautelar “debe ser considerada una forma de protección jurisdiccional de la apariencia, en tanto que tutela de un eventual derecho subjetivo o de algún interés legítimo no subjetivado contra el riesgo de daño inminente, mientras que la doctrina dominante la define como instrumento de *protección de la actividad jurisdiccional ...*”

Assinala Baptista da Silva (1993:52-3) que muitos processualistas “afirman que el proceso cautelar no contiene mérito e que la sentencia que lo decide no constituye igualmente una sentencia de mérito ... Para ellos juzgamiento en el proceso contencioso, cuando el juez *decida alguna cuestión* de manera definitiva, o sea, declare el derecho de alguna de las partes de forma a componer la litis.

.....

Lo que no hay en la jurisdicción ni en la denominada jurisdicción voluntaria es la definitividad del juzgamiento, o *decisión* definitiva de la litis, una vez que, no produciendo tales sentencias cosa juzgada material, la controversia relativa a lo que el juez decidirá, como aplicación del derecho al caso concreto, no quedo inmune a un nuevo examen en demanda subsiguiente. Pero eso no impide, evidentemente, que la sentencia cautelar sea definitiva, en el sentido en que la propia doctrina entiende el concepto de definitividad de la sentencia como proveimiento que encierra una determinada demanda.

.....

A pesar de todo - y de esto se resiente gravemente el proceso cautelar así como toda la *jurisdicción de urgencia* - los juristas modernos detestan aún una victoria procesal fundada en simple verosimilitud ...”

Analizando a natureza jurídica da tutela cautelar, assim manifesta-se Ovídio Baptista (1993:58-9):

“Es verdad, como, más adelante veremos, que Calamandrei no acpta la doctrina que antepone la tutela cautelar como un *tertium genus* entre las providencias de cognición y de ejecución porque, según él, lo que las individualiza no es nunca la ‘calidad de sus efectos’, a pesar de la peculiar característica de consistir ellas en providencias destinadas a proteger el proveimiento principal, por consiguiente en la relación de *instrumentalidad* que vincula, indefectiblemente, la providencia cautelar a la providencia principal que le corresponde tutelar (*Introducción*, n. 43, p. 135). Este resultado acaba contraponiendo las *medidas de conservación* a las providencias jurisdiccionales típicas de cognición y de ejecución, mientras que aquellas, para desempeñar su función instrumental, no tendrán jamás una finalidad en si mismas estando preordenadas a proteger la *cognición* e la *ejecución*. Así, para Calamandrei, las

medidas cautelares no se contraponen al proceso de cognición ni al de ejecución - por su *sustancia* o por la calidad de sus efectos, dado que las providencias cautelares pueden tener *contenido* de cognición o de ejecución - se distinguen de tales funciones (principales) en virtud de la finalidad para la cual fueron creadas, en cuanto que providencias destinadas a asegurar la eficacia de aquellas dos formas de actividad jurisdiccional.”

“Realmente, ante una situación que demande una pronta respuesta jurisdiccional - porque el probable derecho se encuentre bajo amenaza de un daño inminente - el Estado no tiene como huir de esa penosa alternativa: o protege el *derecho aparente*, cuya averiguación exhaustiva, capaz de comprobar su real existencia, sea imposible en virtud de la urgencia de tutela; o, al contrario, prefiere no renunciar a los principios que informan la jurisdicción común, y, en este caso, viniendo la futura sentencia a reconocer la existencia del derecho que el demandado colocara bajo su juicio, no habrá otro remedio sino proclamar la existencia de un derecho ya damnificado irremediablemente, o definitivamente destruido, en virtud de la demora natural inherente a la actividad jurisdiccional.” (Baptista da Silva, 1993:97)

Ressaltando, o carácter de urgência que, regra geral, margeia a tutela cautelar, afirma Ovídio Baptista da Silva (1993:66-70) que “la cautelaridad presupone, justamente, lo contrario, o sea, que la tutela jurisdiccional atienda a una situación de daño inminente, incapaz de ser atendida por la jurisdicción común, a ser constatado por el juez en el conjunto circunstancial del caso concreto.

.....

... la particularidad inherente a las providencias cautelares de ser ellas instrumentos de tutela jurisdiccional para las situaciones en que la tutela común se muestre, *en el caso concreto*, un medio inhábil para conjurar la amenaza de daño inminente al derecho de la parte.”

Segundo o supracitado autor (1993:92), “la función cautelar es rigurosamente *instrumental*, lo que equivale a decir que ella no tiene finalidad en sí misma, tornándose relevante para el derecho únicamente en cuanto instrumento protector de las demás funciones procesales, carece de interés investigar su *estructura* respectiva. Desde que el

instrumento, como tal, *funcione* atendiendo a su finalidad, pierde interés la investigación de su *ontología*.”

O primeiro pressuposto da tutela cautelar indicado por Ovídio Baptista da Silva, é a sumariedade de cognição. Nesse sentido, magistralmente ensina (1993:102-4):

“La exigencia de *cognición sumaria*, impuesta por la naturaleza de la tutela cautelar, se inserta definitivamente en la clase de los procesos sumarios, bajo dos aspectos: la demanda cautelar es sumaria no solo desde el punto de vista material, sino que además exige una forma sumaria de procedimiento, por vía de cual ella deberá realizarse. No puede pensarse en verdadera tutela de *simple seguridad* instrumentalizada a través de un procedimiento ordinario, pues la *urgencia* es una premisa constante e inseparable de toda providencia cautelar.

.....

(...) La compatibilidad con el rito ordinario torna evidente la inexistencia del *periculum in mora*. La invocación de este presupuesto, al que denominamos “inminencia de daño irreparable” al interés para cuya protección se invoca la tutela cautelar, solamente sería posible si pudiésemos demostrar la *urgencia* de una respuesta jurisdiccional que la ordinarietà, por definición, no sería capaz de ofrecer.

.....

(...) La tutela cautelar debe someterse a la contingencia de tutelar la apariencia del derecho porque la investigación probatoria provocaría su destrucción irremediable, o una reducción significativa en su utilidad práctica.”

Conclui sua reflexão acerca do assunto acima abordado, dizendo (1993:106) “que toda medida cautelar, adoptada bajo el signo de la *urgencia*, se sustente necesariamente en un juicio de simple verosimilitud, traducido en cognición sumaria...”

Outro pressuposto elencado por Ovídio Baptista da Silva (1993:106-7), é a iminência de dano irreparável. Para ele, “el contraste existente entre las formas comunes de tutela procesal y las *técnicas de sumarización* utilizadas por el derecho procesal no es nada más que el empeño, constantemente renovado por la ciencia del derecho, de reducir la influencia del *tiempo*, de que el proceso nunca podrá prescindir enteramente, en su función de dar realización práctica al derecho.

Quien tenga presente esta contingencia q que está genericamente sometida la función jurisdiccional no se sorprenderá de la influencia decisiva que la urgencia puede ejercer en la vida de los derechos. (...)

En realidad, si quisieramos resumir en un concepto unitario todos los presupuestos legitimadores de la tutela cautelar, de que nos ocupamos en este momento, podríamos decir que en cuestión de tutela cautelar, lo que se busca es el tratamiento procesal de esa presión temporal determinada po la *urgencia*.

En este sentido podríamos, desde el punto de vista lógico, anteponer lo que la doctrina indica como *periculum in mora* - y que preferimos denominar riesgo de daño inminente - al presupuesto anteriormente tratado, una vez que la sumariedad de la cognición (*fumus boni iuris*) es, realmente, determinada por la situación de daño inminente a que se encuentra expuesto el *derecho probable* a ser protegido por la tutela cautelar. Es esta emergencia de daño inminente que determina e condiciona los demás presupuestos.”

Aludindo a mais um dos pressupostos enumerados por Baptista da Silva, pode-se citar a temporariedade. Para ele (1993:113-4), a tutela cautelar é temporária: “(a) porque debe durar en cuanto dure la *situación de peligro* a que esté expuesto el interés tutelado. (...) Es posible, y hasta frecuente, que la providencia cautelar se torne innecesaria a partir de la sentencia final del proceso principal, pero esta eventual coincidencia resulta del desaparecimiento del *estado peligroso* al que el *derecho aparente* estuviera expuesto ... (b) la providencia cautelar debe ser igualmente *temporaria* en el sentido de que la sentencia que la contiene jamás podrá adquirir la *indiscutibilidad* que torna permanente la cosa juzgada material.”

Quanto à temporariedade, adverte, ainda, o autor (1993:116-7), que “hay outra particularidad a ser destacada que, dadas las consecuencias que de ella derivan, tal vez pueda considerarse aún más importante para caracterizar la *temporariedad* com que se há de definir la tutela cautelar: la condición de *temporariedad* exigida para la tutela asegurativa es que ella sea en sí misma temporaria, así como *en sus efectos*.

James Goldschmidt (Derecho procesal civil, trad. Española de 1936, §115,1,b) advertía que la verdadera medida cautelar no podría crear una *situación de hecho* que correspondiese a la del derecho cautelado, dado que tal forma de ‘satisfacción

anticipada' equivaldría a un procedimiento sumario, no obstante, no cautelar (ob. cit., § 77, a, n° 10).

.....

La exigencia de que la tutela cautelar no *crea una situación fáctica definitiva*, o una situación cuyos resultados sean *irreversibles*, es una contingencia que emana de su característica de ser una forma de tutela procesal que deberá perdurar en cuanto dure el estado peligroso, no pudiendo ultrapasarlo en el tiempo, bajo pena de tornar-se arbitraria y lesiva al derecho de la parte que la suporta.”

“El cuarto elemento a componer el concepto de tutela cautelar es la exigencia de que exista una *situación cautelada*, objetivamente identificable con un derecho subjetivo, una pretensión o acción, o una excepción eventual de la parte que lo postula, o aún, como ocurre en las acciones (de derecho material) sin derecho subjetivo, capaz de ser identificada con un *interés jurídicamente protegido*, mas no reconocido por el orden jurídico como un derecho subjetivo. (...)

La inclusión de este presupuesto nos coloca, una vez más, en divergencia con la doctrina dominante que confunde, como ya vimos, la pretensión cautelar con *tutela del proceso* y sólo indirectamente y por vía refleja, pudiendo proteger igualmente un derecho subjetivo de la parte.” (Baptista da Silva, 1993:120)

O último presupuesto escandido por Ovídio Baptista da Silva (1993:125), é o carácter mandamental da sentença no processo cautelar. Isto posto, adverte ele que “la sentencia cautelar, además de poseer la *esencia de un mandamiento* como su eficacia preponderante debe, al mismo tiempo, contener la eficacia declaratoria en intensidad tan reducida que no sea posible la adquisición de la estabilidad propia de la cosa juzgada material que la sentencia cautelar no puede poseer. No puede poseerla por la circunstancia de ser la cosa juzgada un resultado procesal *satisfactivo* de una pretensión reconocida por el orden jurídico, cual es la pretensión a la simple declaración.”

Luiz Guilherme Marinoni busca emprender a sua análise das tutelas de urgência, em especial a tutela cautelar, à luz da idéia de acesso à justiça. Para ele

(1994b:9-11), a “transmutação do perfil da sociedade fez com que os juristas passassem a visualizar o direito através de outro ângulo.

.....

Um dos pontos que caracteriza este novo dimensionamento da processualística se vivifica com a crescente atenção que vem sendo dada à questão do acesso à justiça.

.....

Deveras, talvez a questão da celeridade do processo seja a que mais de perto signifique o sentido da verdadeira ‘efetividade do processo’, por ser o problema que mais aflige ao jurisdicionado quando da decisão de recorrer à tutela jurisdicional, ou de buscar uma conciliação nem sempre realmente favorável. Com efeito, a morosidade do processo, como é intuitivo, estrangula os canais de acesso à tutela jurisdicional dos economicamente mais débeis.”

Em outra de suas obras (1994a:27), destaca que “floresce hoje uma tendência atenta à temática do acesso à justiça e, nesta perspectiva, podemos dizer que uma das questões mais preocupantes se revela no binômio ‘custo-morosidade’, a demonstrar a falência do processo civil tradicional. (...) O custo e a duração do processo, porém, igualmente obrigaram o processualista a partir em busca de um instrumentalismo mais efetivo do processo. Aí os pontos sensíveis se resumem à tentativa de incrementação da assistência judiciária gratuita; à análise das formas de tutela dos interesses supra-individuais e às preocupações com a ‘utilidade da decisão’.

A problemática da ‘utilidade da decisão’ está centrada sobre a questão da ‘rapidez-certeza’. Talvez o problema da morosidade da prestação jurisdicional seja o que mais significativamente aponte para o sentido da verdadeira ‘efetividade do processo’, por ser aquele que mais aflige o cidadão comum quando da decisão de recorrer ao Poder Judiciário, ou de buscar uma conciliação nem sempre realmente favorável. A morosidade do processo, como é intuitivo, estrangula os canais de acesso à tutela jurisdicional dos economicamente mais débeis, ameaçando severamente o princípio da isonomia.”

“A problemática da efetividade do processo está ligada ao fator tempo, pois não são raras as vezes que a demora do processo acaba por não permitir a tutela efetiva do direito.” (Marinoni, 1994a:37)

Para Luiz Guilherme Marinoni (1994a:57), “o tempo do processo angustia os litigantes; todos conhecem os males que a pendência da lide pode produzir. Por outro lado, a demora processual é tanto mais insuportável quanto menos resistente economicamente a parte, o que vem a agravar a quase que insuperável desigualdade substancial no procedimento. O tempo, como se pode sentir, é um dos grandes adversários do ideal de efetividade do processo.”

Diante disso, mister se faz destacar, nesse contexto, a situação da tutela de urgência. Entende Marinoni (1994b:13) que a “importância transcendental que a tutela de urgência assumiu no cotidiano do foro, e a sua conseqüente e visível conotação com a questão do ‘acesso à justiça’ fundamentam uma tentativa de sistematização das tutelas urgentes, e animam a reflexão teórica a respeito de temas (como o da efetivação da tutela sumária urgente), ainda não dilucidados, que gravitam na órbita do processo cautelar.”

Nesse contexto, deve-se observar a questão da efetividade do processo, que vem merecendo, cada vez mais, a atenção dos processualistas, cujas preocupações, como elucidada Luiz Guilherme Marinoni (1994b:15), “se voltam ao encontro de um processo mais efetivo, através de uma lente que focaliza de forma nítida toda uma problemática inserida num contexto sócio jurídico. (...) Uma das questões que emergem quando tratamos do tema da efetividade do processo, (...) é a da equação rapidez-segurança.”

É que “se o tempo é a dimensão fundamental na vida humana, no processo desempenha ele idêntico papel; não somente porque, como diz Carnelutti, processo é vida, mas também porquanto, tendendo o processo a atingir seu fim moral com a máxima presteza, a demora na sua conclusão é sempre detrimental, máxime quando se cuida de evitar os empecos à sua própria eficácia na atuação do direito objetivo”. (Armelin apud Marinoni, 1994b:16)

Marinoni (1994b:47) salienta a “importância prática com que se revestiu a tutela cautelar nos últimos anos, como único meio predisposto a evitar a periclitación do

próprio direito bosquejado no denominado ‘processo principal’”. Segundo ele (1994b:58), “a tutela cautelar tem por fim *assegurar* uma pretensão”.

Luiz Guilherme Marinoni elenca algumas características do processo cautelar. A primeira delas é a urgência. Para o referido professor (1994b:59), a “tutela cautelar é espécie do gênero tutela urgente. Surge, com efeito, para eliminar uma situação de perigo que coloque em risco uma pretensão.

.....

O certo, inobstante, é que a nota de urgência, derivada do *periculum in mora*, apresenta-se como pressuposto legitimador indispensável da tutela cautelar. Em suma: inexistindo urgência, não há porque termos tutela cautelar.”

Uma outra característica é a preventividade. Todavia, entende Marinoni não ser, a preventividade, uma característica básica da tutela cautelar. Corroborando sua posição, cita João Batista Lopes (apud Marinoni, 1994b:59): “não se pode afirmar que a preventividade constitua característica do processo cautelar, uma vez que esse traço, de certo modo, se faz presente também na ação declaratória, que, à evidência, não é cautelar”. Segundo Marinoni (1994b:59), “não podemos confundir preventividade, que constitui gênero, com cautelaridade, que é espécie.”

Além disso, salienta o professor paranaense (1994b:60) que “a tutela sumária antecipatória, por seu turno, também é marcada pela característica da preventividade, sem que possa ser confundida com a tutela cautelar. Prevenir a lesão a um direito não significa, por óbvio, prevenir assegurando a realização de uma pretensão.”

Isso posto, encerra suas colocações acerca da preventividade com a seguinte colocação de Ovídio Baptista da Silva (apud Marinoni, 1994b:60): “tudo que é cautelar tem sentido preventivo, mas nem tudo que é preventivo será, *ipso facto*, cautelar”.

Destaca-se, também, a sumariedade do processo cautelar, seja no âmbito formal, seja no âmbito material. Entende Marinoni (1994b:61) que a “tutela cautelar, por representar manifestação da tutela de urgência, exige uma forma abreviada de procedimento, ou seja, reclama a sumariedade no sentido formal.

A sumariedade formal é reflexo da abreviação do procedimento. A abreviação do procedimento, porém, não tem necessária interferência com a cognição. Basta

atentarmos para o procedimento sumaríssimo, ou ainda para o procedimento do mandado de segurança, nos quais a cognição é exauriente.”

Daí porque, segundo ele (1994b:62), “somente a sumariedade formal não seria suficiente para que a tutela cautelar atingisse a efetividade a que se destina.

.....

A tutela cautelar, pois, requer também a sumariedade no sentido material, isto é, a cognição sumária. (...) Ou seja, enquanto no processo formalmente sumário a cognição pode ser exauriente, no processo materialmente sumário a cognição é, necessariamente, menos aprofundada em sentido vertical. Somente esta espécie de cognição permite a efetividade da tutela cautelar ...

.....

No que diz respeito ao *periculum in mora*, preocupava-se Calamandrei com a demonstração da sua certeza para a legitimação da tutela cautelar. (...) A cognição do perigo de dano, entretanto, ainda que seja específica da tutela urgente, deve se compatibilizar com a urgência, pois não é possível admitirmos o sacrifício do direito bosquejado no processo principal, em razão do tempo dispendido para a cognição da certeza da existência da situação do perigo afirmada.

Ora, se a tutela cautelar se apraz com o *fumus boni iuris*, deverá também se contentar, em certos casos, com a probabilidade da existência da situação de perigo de dano iminente. Efetivamente, a urgência não se coaduna com a exigência de certeza do perigo.”

A tutela cautelar tem, como um dos pressupostos, a aparência do bom direito, ou *fumus boni iuris*, exposta por Marinoni (1994b:63) como mais uma das características do processo cautelar. De acordo com ele, “Se tivermos mais do que *fumus*, por serem desnecessárias outras provas além daquelas trazidas aos autos com a petição inicial, inexistente situação de aparência, mas situação em que o direito é evidenciável *prima facie*. (...)

A aparência, pois, é pressuposto tanto da tutela cautelar, como da tutela antecipatória, sendo completamente estranha, porém, a outra espécie de tutela de urgência ... que possui procedimento abreviado, mas cognição exauriente.”

Com relação à temporariedade considera, Marinoni (1994b:65) que “a tutela cautelar como temporariedade, conecta-se à situação de perigo, razão pela qual pode não só desaparecer com o trânsito em julgado da sentença condenatória, como pode, também, deixar de existir sem que a tutela definitiva tenha sido prestada, ‘desde que o seu desaparecimento não prejudique tal prestação, como sói acontecer quando a situação de perigo se esvai antes mesmo do início do processo principal ou na pendência deste.’”

No que concerne à coisa julgada material, é característica do processo cautelar a inexistência da mesma. Ensina Marinoni (1994b:65): “A tutela cautelar não tem aptidão para produzir coisa julgada material. (...) As razões apresentadas pelos processualistas para o estabelecimento deste caráter, entretanto, são múltiplas.”

O autor supracitado enumera os posicionamentos de alguns juristas acerca da matéria, parecendo, todavia, inclinado a corroborar a posição de Ovídio Baptista da Silva (apud Marinoni, 1994b:68-9), para o qual “a inaptidão da sentença cautelar para alcançar a estabilidade peculiar à coisa julgada material decorre da ausência de qualquer declaração sobre relações jurídicas que possam ser controvertidas na demanda cautelar. O juiz, ao decidir a causa, limita-se a simples plausibilidade da relação jurídica de que o autor se afirma titular; e a existência de uma situação de fato de perigo. (...) E não havendo declaratoriedade relevante, na sentença, não haverá espaço para se estabelecer a coisa julgada material. O juiz da futura demanda, ao reapreciar a mesma causa, e decidir de modo diverso nunca poderia agredir uma declaração sentencial contida no primeiro julgamento, pois que a primeira sentença, por definição, nada declarou a respeito de qualquer relação jurídica.”

Marinoni, compartilhando da posição da maioria dos processualistas, elenca a instrumentalidade como mais um “elemento” a qualificar o processo cautelar. Para ele (1994b:73), “Se o processo cautelar destina-se a assegurar uma pretensão, parece certo lhe atribuímos a marca de instrumental.”

A pretensão cautelar, com efeito, sempre estará ligada ao direito acautelado. Não havendo ligação, é porque há satisfatividade, e, portanto, ausência de cautelaridade. A tutela cautelar é instrumentalmente ligada à tutela definitiva, porque se destina a assegurar a realização de uma pretensão.

Relacionada à instrumentalidade, Luiz Guilherme Marinoni (1994b:74) aborda a referibilidade. Ensina que “a tutela cautelar também é caracterizada pela referibilidade a um direito acautelado. O direito a que se dá segurança constitui o direito referido ou acautelado. Esta característica, portanto, está de certa forma ligada à instrumentalidade.”

Tratando mais especificamente sobre a tutela cautelar, Marinoni (1994a:29) magistralmente alerta que “Para que exista cautelaridade é necessária a referibilidade a um direito acautelado. Pede-se cautela fazendo-se referência a um direito que deve ser protegido ou assegurado cautelarmente. Inexistindo referibilidade, ou direito referido, não há direito acautelado. Ocorre, neste caso, satisfatividade; nunca cautelaridade. Quando não está presente a referibilidade é porque há satisfatividade. E existindo satisfatividade não há cautelaridade, embora haja provisoriedade e **periculum in mora**.”

A tutela cautelar, além de ser qualificada pelo requisito da referibilidade, também se caracteriza pela temporariedade e pela instrumentalidade. A medida cautelar é temporária, não provisória. A tutela cautelar conecta-se a uma situação de perigo que, desaparecendo, faz com que a medida deixe de ter razão de ser.”

“Discute-se acerca da autonomia do procedimento de cognição sumária, ou melhor, sobre a possibilidade da dispensa da denominada ‘ação principal’, que nada mais é do que a ação de cognição exauriente.

.....

A ação cautelar não pode dispensar a ‘ação principal’ porque não basta por si só, ou seja, existe justamente para tutelar um direito que deve ser discutido em um “processo principal”. Como a tutela cautelar é concedida com base na probabilidade da existência do direito que será objeto da ‘ação principal’, a não propositura desta não só acarretará a inviabilidade da realização do direito que foi acautelado, como também a impossibilidade da cognição do acerto da proteção de mera segurança.” (Marinoni, 1994a:43-4)

“A referibilidade, em suma, é indicativa da cautelaridade, e esta, tendo como característica a instrumentalidade, não permite a dispensa da ação principal.” (Marinoni, 1994b:83)

Tendo em vista o exposto nas principais obras assinadas pela doutrina brasileira é possível definir a tutela cautelar como a providência efetiva tomada pelo órgão jurisdicional para preservar ou garantir uma situação de fato, relevante para a prestação judiciária definitiva. Tais providências, que são, via de regra, preventivas e assecuratórias, não são um fim em si mesmas, mas um meio idôneo para que a providência definitiva produza todos os seus efeitos úteis.

Pode ser ela classificada segundo sua finalidade, tendo, nesse caso, o escopo de obter segurança quanto à prova; segurança quanto aos bens ou segurança mediante antecipação provisória da prestação jurisdicional. Segundo a posição processual e o caráter da medida, podem ser, as medidas cautelares, antecedentes, neste caso de caráter preventivo; ou incidentes, de caráter preventivo ou repressivo. Quanto a sua natureza, a tutela cautelar pode ser jurisdicional ou administrativa.

Apresenta, basicamente, as seguintes características: celeridade, para evitar sérios e iminentes riscos ao direito; a temporariedade, ou seja, a providência cautelar deve ter eficácia limitada, enquanto dure a situação de perigo que a suscitou; a instrumentalidade, pois, via de regra, a tutela cautelar não tem um fim em si mesma, mas sim em relação a uma providência definitiva que sobrevirá, visando a evitar o dano que derivaria da demora na prolatação da futura sentença de mérito; revogabilidade, que decorre da possibilidade de substituição, modificação e revogação a qualquer tempo da medida cautelar; a autonomia, ou seja, apesar de sua referibilidade a um processo principal, a tutela cautelar é efetivada através de processo autônomo, formalmente independente.

Possui, a ação cautelar, além das condições comuns às demais espécies de ação, tais como a possibilidade jurídica do pedido, o interesse e a *legitimatío ad causam*, a ação cautelar tem como requisitos o *fumus boni iuris*, verificação de que a parte dispõe do direito de ação, direito ao processo principal a ser tutelado e o *periculum in mora*, demonstração, pela parte, do fundado temor de que, enquanto aguarda a tutela definitiva, venham a faltar circunstâncias de fato favoráveis à própria tutela - risco de perecimento, destruição, desvio, deterioração, ou de qualquer mutação das pessoas, bens ou provas necessárias para a perfeita e eficaz atuação do provimento final do processo principal.

II - MEDIDAS CAUTELARES NO ÂMBITO DO MERCOSUL

No Mercosul, estão as medidas cautelares inseridas no âmbito da cooperação jurisdicional, como um elemento salutar no amplo contexto da integração, escopo precípua do Mercado Comum do Sul. A importância de sua disciplina decorre da necessidade de ampliar e possibilitar o acesso à atividade jurisdicional no contexto regional do Mercosul, diferenciando-o da esfera internacional geral, em virtude das pretensões de estreitamento de relações que decorrem da formação de um bloco econômico.

Pode-se dizer que a diferença marcante entre as medidas cautelares e demais instrumentos jurídico-processuais no Mercosul é a necessária simplificação do seu procedimento. Dada a finalidade das medidas cautelares, pode-se dizer, até mesmo, que a simplificação de seu trâmite constitui um dos requisitos para que sejam operantes, em virtude da rapidez exigida pelas situações que as ensejam.

A tramitação e outras disposições acerca das medidas cautelares no Mercosul encontram-se disciplinadas, no Protocolo de Medidas Cautelares, que foi devidamente firmado pelo Brasil e pelos demais países signatários do Tratado de Assunção, na cidade de Ouro Preto, em 16 de dezembro de 1994. Após discussão em ambas as casas legislativas, foi aprovado no Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo n.º 192, de 15 de dezembro de 1995, encontrando-se, hoje, já ratificado, mas não ainda promulgado.

Esse protocolo foi firmado em virtude da importância e da necessidade de se oferecer à esfera privada dos Estados-Partes, um quadro de segurança jurídica que

garantisse soluções justas às controvérsias privadas e que tornasse viável a cooperação cautelar entre Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai.

O Protocolo tem por objeto regulamentar, entre os Estados-Partes do Tratado de Assunção, o cumprimento das medidas cautelares, destinadas a impedir a irreparabilidade de um dano em relação às pessoas, bens e obrigações de dar, fazer ou não fazer. A medida cautelar poderá ser solicitada em processos ordinários de execução, especiais ou extraordinários, de natureza civil, comercial, trabalhista e em processos penais, quanto à reparação civil, podendo ser preparatória ou incidental (arts. 1 a 3).

Vislumbra-se no artigo 1, sucintamente descrito, o escopo precípua das medidas cautelares, ou seja, garantir segurança às partes (em se tratando de cautelar incidental, quando o processo principal já estiver em curso) ou às pretensas partes (no caso da cautelar preparatória, quando a ação principal não houver sido proposta), no sentido de terão a solução mais justa e eficaz possível para suas controvérsias. As principais características e objetivos da tutela cautelar foram previamente pormenorizadas no capítulo anterior.

Com relação ao artigo 2, observa-se a previsão de inúmeras possibilidades de cabimento das medidas cautelares, abrangendo, dessa forma, uma gama de processos: do ordinário (fase de cognição) à execução, incluindo quaisquer outras espécies de procedimentos, englobados pelas expressões especiais ou extraordinários, quer sejam de natureza civil, comercial, trabalhista ou penal, sendo que, nesse último caso, apenas no que se refere à reparação civil. Quanto a essa última hipótese, importante é lembrar que o crime ofende um interesse jurídico, suscitando, além da aplicação de uma sanção penal, a obrigação do agente de reparar o dano causado à vítima, em virtude do ilícito praticado. Percebe-se, pois, que, de um mesmo ato, decorrem lesões a interesses diversos, relativos à esfera pública de um lado, e à esfera privada de outro. É nesse sentido que um dos efeitos da condenação no âmbito penal, é tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime. Por esse motivo é que, transitada em julgado a sentença condenatória, poderá esta ser executada no juízo civil, para o efeito da reparação do dano causado em decorrência da prática de um ato ilícito. Todavia, o que

não se prevê, no Brasil, é a possibilidade de cautelares de caráter civil, no âmbito do próprio processo penal, com finalidade relacionada à reparação civil de dano causado pelo ato ilícito, sendo essa possibilidade uma inovação contemplada pelo protocolo.

Nesse aspecto é importante salientar a existência do Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais, celebrado entre os Estados-Partes do Mercosul em 12 de junho de 1996, e que se encontra, no Brasil, ainda em fase de tramitação legislativa. Foi ele celebrado em virtude da necessidade de avançar na harmonização das legislações em áreas que permitam aprofundar o processo de integração, adotando, *in casu*, normas comuns em matéria de cooperação em penal. O artigo 22 desse Protocolo também trata das medidas cautelares. Segundo ele, a autoridade competente do Estado requerido diligenciará a prestação da cooperação cautelar, se esta contiver informação suficiente que justifique a procedência da medida solicitada. Essa medida submeter-se-á à lei processual e substantiva do Estado requerido.

Segundo o Protocolo de Assistência Mútua em Assuntos Penais, quando um Estado-Parte tiver conhecimento da existência dos instrumentos, do objeto ou dos frutos de delitos cometidos no território de outro Estado-Parte, que possam ser objeto de medidas cautelares segundo às leis desse Estado, informará sua Autoridade Central. Essa remeterá a informação recebida às autoridades competentes a fim de determinar a adoção das medidas correspondentes. Essas autoridades atuarão em conformidade com as leis de seu país e comunicarão ao outro Estado-Parte, por intermédio das Autoridades Centrais, as medidas adotadas. O Estado requerido resolverá, conforme sua própria lei, qualquer prestação relativa à proteção dos direitos de terceiros sobre os objetos que sejam matéria das medidas acima mencionadas.

De acordo com o Artigo 3 do Protocolo de Medidas Cautelares, serão admitidas tanto as cautelares preparatórias quanto as incidentais de uma ação principal, assim como as que garantam a execução de uma sentença. O presente dispositivo não suscita maiores dúvidas ou comentários ou digressões, ao menos neste trabalho. Trata-se, basicamente, da admissão de cautelares ocupantes de posições processuais diversas, ou seja, as preparatórias ou antecedentes, são as propostas antes mesmo de estar em curso o

processo principal, enquanto que as incidentes são as propostas já no curso do processo principal. No que tange à garantia da execução, esta pode efetivar-se, via de regra, pela finalidade de segurança neste caso quanto aos bens, que desempenha a tutela cautelar. Compreende medidas coercitivas de garantia, como o arresto, o seqüestro, a caução (provocada ou espontânea também), além das providências inominadas de toda ordem.

No que concerne ao âmbito de aplicação, enuncia o Protocolo, em seu artigo 4, que as autoridades judiciárias dos Estados-Partes do Tratado de Assunção darão cumprimento às medidas cautelares decretadas por Juízes ou Tribunais de outros Estados-Partes, competentes na esfera internacional (essa referência às autoridades competentes na esfera internacional deve-se, principalmente, ao fato de que há um outro Protocolo, o de Buenos Aires, sobre a “jurisdição internacional em matéria contratual”, já promulgado pelo Dec. n.º 2.095, de 17 dez. 1996, e, portanto, vigente), adotando as providências necessárias, de acordo com as leis do local onde estejam situados os bens ou residam as pessoas objeto da medida. Com relação à expressão “decretadas”, utilizada no referido dispositivo, bem lembra Antonio Corrêa (1997:203), “...que deve ser considerada ‘sentença’ a referência a ‘decreto’, tornando impossível o cumprimento quando se tratar de mero despacho concedendo liminar.” Salienta ele existir julgado no STF nesse sentido.

Sendo assim, as leis do país onde a medida deverá ser executada, isto é, o país requerido, aplicam-se para o cumprimento das da diligência, independentemente do fato de a medida receber nome diverso no país requerente (por exemplo, a expressão seqüestro de bens, adotada no Brasil, é substituída por “embargo”, na Argentina). Deve-se aludir, ainda, que a apreensão, a transferência, o depósito, a guarda dos bens, possivelmente decorrentes da execução da medida cautelar, obedecem as em vigor no país onde a medida deverá ser cumprida.

Regra geral, a medida cautelar será regulada e julgada pelas leis e Juízes ou Tribunais do Estado requerente. Por outro lado, sua execução e possível contra-cautela serão reguladas e implementadas pela legislação e Juízes ou Tribunais do Estado requerido.

A supramencionada regra, disposta nos artigos 5 e 6 do Protocolo, define, expressamente, as jurisdições aplicáveis: quanto ao mérito, ou seja, a matéria de fundo, a substância e seu conteúdo, quanto à presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, a competência e o direito aplicáveis são os do Estado-Parte requerente; quanto à execução, inclusive formas de penhora, contra-cautela, depósito, etc., a competência e a legislação aplicáveis são as do Estado-Parte requerido. Deduz-se, daí, que o cumprimento de medida cautelar mediante Carta Rogatória rege-se pelo princípio da *locus regit actum*.

Antonio Corrêa faz importante observação acerca de uma questão ainda controvertida. Ressalta ele (1997:205) que, se as partes “podem escolher a jurisdição, fazendo a eleição, ... com fundamento no Protocolo de Buenos Aires, no caso da medida cautelar, em caso de litígio sobre o cumprimento de obrigações decorrentes de negócios civis ou comerciais, surge ainda o problema da lei aplicável.”

Acredita o autor assumir uma posição vanguardeira, no sentido de que a escolha da jurisdição implica, da mesma forma, a vinculação da lei interna do país para solucionar a controvérsia. Segundo ele (1997:205-6):

“O problema, contudo, deve ser resolvido à luz dos princípios conhecidos, de que em se tratando de matéria contratual, as partes têm a autonomia de vontade, de modo que podem, ao contratar, escolher de um lado a jurisdição ou foro competente para dirimir as controvérsias e podem, também, baseadas no mesmo princípio, estabelecer o direito aplicável.

.....

Mas, como se trata de processo cautelar, envolve exclusivamente o direito instrumental ou adjetivo.

Assim, o dispositivo diz que a medida cautelar será regulada pelas leis e julgadas pelos Juízes ou Tribunais do Estado requerente.

A lei que regula o processo no País onde requerida aplica-se às medidas cautelares e com base nelas será proferido o julgamento.

O dispositivo fala em ‘admissibilidade’.

O juízo de admissibilidade de uma medida cautelar necessário para permitir a sua deflagração exige exame de circunstância pré-processual e de requisitos processuais tais são a competência, a legitimidade das partes, a possibilidade jurídica e o interesse processual.

... acreditando que são universais os princípios em qualquer jurisdição os mesmos devem estar presentes.

O que pode alterar é o requisito da ‘possibilidade jurídica do pedido’ cautelar.”

Com relação ao mérito na ação cautelar, interessante se faz mencionar a existência de divergências no que concerne à existência ou não de mérito na ação cautelar. Há corrente doutrinária que defende não haver “mérito” em se tratando de cautelar. Consideram seus adeptos estar o mérito relacionado com o direito, em regra material, pleiteado no processo principal. Entendem que, por ter a ação cautelar caráter instrumental, visando a defender o processo principal ou o direito nele defendido, o magistrado não analisará o mérito sobre a aparência do direito, que é suficiente no caso das cautelares, sendo dispensável a prova concreta da existência do mesmo, quando o juiz apenas apreciará o interesse da parte em ter assegurada determinada cautela, diante do “perigo” da mora. Para os seguidores dessa posição, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* não passam de condições da ação.

Todavia, entendendo-se por mérito o núcleo de qualquer pedido deduzido em juízo, ensejando, dessa forma, o juízo de mérito, no qual se apura a existência ou não de fundamento para o que se pleiteia, tem-se como conseqüência que todo pedido formulado em juízo tem um mérito, que, não será necessariamente de direito material. Nesse sentido, corrente doutrinária divergente afirma que compõem o mérito da causa cautelar tanto o *periculum in mora*, quanto o *fumus boni iuris*. Corroborando tal posicionamento, conclui Bomfim Marins (1996:152) “que o mérito na ação cautelar deflui da causa de pedir e do pedido **cautelares**, sempre visando à segurança do processo principal independentemente do conteúdo ou do resultado deste. Como a fundamentação do pedido acautelatório versará, necessariamente, acerca da situação de perigo iminente para o processo principal e da aparência do direito neste controvertido, aí estará o objeto de conhecimento do juiz para deferir ou indeferir a providência, correspondendo, por conseguinte, tais elementos, ao mérito da causa.

Não há baralhar, portanto, o mérito da demanda principal com o mérito da demanda cautelar, autônomos, distintos, inconfundíveis, sem embargo da ligação finalística entre ambas existente.”

Durante a fase de execução, ou, sendo necessário que para sua efetivação se ofereça garantia ou contra-cautela, a lei aplicável será a do país onde a medida será executada

Como mencionado anteriormente, o juízo de admissibilidade necessário para permitir a deflagração de uma medida cautelar exige exame de circunstância pré-processual e de requisitos processuais, que devem ser examinados pela autoridade jurisdicional segundo as leis de seu Estado. As leis aqui referidas são de natureza processual e visam à viabilização tanto o cumprimento da medida, em favor de que a requer, como a garantia ou a contra-cautela, a fim de garantir o direito daquele que é atingido ou sofre diretamente os efeitos da medida.

Conhecidas são as chamadas medidas cautelares inominadas, em que o poder de cautela conferido ao julgador é relativamente amplo, e este, diante da necessidade de proteger o direito pleiteado, cuja tutela judicial pode tornar-se inócua em razão de alguma circunstância, não podendo esperar até o deslinde da situação litigiosa, decreta medida cautelar compatível. Há, por outro lado, as medidas cautelares nominadas, em relação às quais se detalham a forma de pedir, os requisitos necessários e a maneira como dar-se-ão seus respectivos cumprimentos.

Se, entretanto, for requerida uma medida cautelar não prevista no ordenamento do Estado requerido, ou que fuja aos limites da cautela ampla (inominada), a autoridade não poderá concedê-la em virtude da impossibilidade jurídica do pedido. Mesmo existente em outro ordenamento jurídico, mais precisamente no do Estado requerente, ainda que sob diferente nomenclatura, não será concedida pela autoridade judiciária requerida, por não estar regulada pelas leis do país que representa e em nome do qual profere decisões.

O artigo 7 disciplina três situações excepcionais que também serão regidas pelas leis e julgadas pelos Juízes ou Tribunais do Estado requerido. A primeira situação se dá quando do cumprimento da medida ocorrerem modificações que importem em

adaptação para o cumprimento correto e eficaz. Como a sentença em ação cautelar existe e subsiste, via de regra, com referibilidade a um processo principal, ocorre que, embora sentenciada, poderá ela ser alterada a qualquer tempo, ou em decorrência de fatos surgidos posteriormente a prolação da sentença. Surgindo situações que justifiquem a sua modificação, confere-se permissão para que a autoridade judiciária do Estado-Parte requerido possa modificá-la, adaptando-a à nova situação fática.

O segundo tópico refere-se às sanções decorrentes de litigância de má-fé. Entende-se litigante de má-fé aquele “que deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; alterar a verdade dos fatos; usar do processo para conseguir objetivo ilegal; opuser resistência injustificada ao andamento do processo; proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; ou provocar incidentes manifestamente infundados - incorrendo em cujos atos autor ou réu indenizará à parte contrária os prejuízos que essa sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.” (Sidou, 1990:343) Desse modo, tanto a lei nacional, como a competência das autoridades do Estado onde a medida deverá ser cumprida, poderão examinar se a(s) parte (s) estão agindo com má-fé, de modo a aplicar-lhes a sanção em nome do ente (Estado) que representam, e independentemente de requerimento da parte prejudicada.

A terceira situação excepcional é vislumbrada quando a medida atingir bens ou direitos reais. O Direito Internacional Privado prevê que se aplica a lei nacional quanto a conflitos envolvendo bens nele situados, indo mais além, quando estabelece que se aplica a lei do país requerido quando surgir, no cumprimento de uma medida cautelar, questões envolvendo bens nele situados.

Uma vez que os direitos reais “incorporam-se” ao bem, permitindo seqüela, se uma medida for decretada em país estrangeiro e vier a ser cumprida mediante solicitação da parte, em outro país, atingindo bem sobre o qual terceiro, “alheio” à lide, mantenha direito de seqüela, poderá propor, então, medidas para afastar a constrição. Tanto o processo, como seu julgamento, seja relativamente ao direito material ou processual, serão regidos pelas leis vigentes em seu território.

O artigo 8 trata da possibilidade de surgir antinomia de decisões, quando dispõe que o Juiz ou Tribunal do Estado requerido poderá recusar cumprimento ou, se for o caso, determinar o levantamento da medida, quando verificada sua absoluta improcedência, nos termos do Protocolo ora em comento.

Surge, então, a hipótese de que, embora decretada a medida em um Estado-Parte, que se reconheça competente para apreciar a pretensão deduzida, obedecendo as leis ali vigentes, rogue-se o seu cumprimento em território de outro Estado-Parte, onde estejam situados os bens ou residam as pessoas a serem alcançadas por ela, podendo, esse, eventualmente, ter recusado seu cumprimento. Verifica-se que o Protocolo primou pela valorização e reconhecimento da soberania do Estado-Parte requerido, ou seja, daquele onde a medida deveria ser executada, pois, a despeito de a ordem forânea ser aceita, o Juiz ou Tribunal poderá recusar seu cumprimento, quando verificar sua absoluta improcedência.

Comentando esse dispositivo, Corrêa (1997:210) salienta que “a improcedência a que o dispositivo se refere é quanto à inocuidade da medida diante dos fatos constatados no país rogado.

Por exemplo, se a medida for deferida a favor de alguém para apreender algum objeto, mas no País rogado seja do conhecimento público que tal bem seria de terceiro, inalienável, como por exemplo um bem dominial do Estado.

Ao receber uma carta rogatória ... solicitando que cumpra uma medida ilegal, deve recusar-se a tal.

O Poder Judiciário, então, ao oferecer sua recusa deduzirá razões de modo a demonstrar que a sentença, embora formalmente perfeita, já que oriunda do Poder Judiciário, decorrente de processo judicial, documentada, enviada pelos trâmites conhecidos através das Autoridades Centrais dos países envolvidos não tem como ser cumprida.”

O dispositivo ora em comento também prevê que a autoridade requerida poderá, diante de alguma situação nova, de seu conhecimento, determinar o levantamento da medida que teve seu cumprimento outrora autorizado. Antonio Corrêa (1997:210) cita, nesse sentido, o exemplo de situação em que, “determinado o seqüestro de um bem que

supostamente pertenceria para o litigante colocado no pólo passivo, venha para os autos prova documental de que tal bem estaria imune ao ato.”

O Direito Processual possui um instituto denominado “oposição”, que tem por escopo oportunizar a terceiro, não parte na lide, em que se convertem autor e réu, que se introduza nela de modo a afastar ambos, autor e réu, da disputa em torno do objeto litigioso, que reputa lhe pertencer, ou o direito discutido, antes de proferida a sentença de mérito (arts. 56 a 61 do Código de Processo Civil Brasileiro)

No artigo 9 do Protocolo de Medidas Cautelares para o Mercosul, também foi previsto o instituto da “oposição” que, apesar da semelhança com o referido instituto do Direito Processual Civil, mantém, em relação a este, algumas diferenças. Segundo o supramencionado artigo, além dos terceiros interessados que se considerarem prejudicados, também o presumido devedor da obrigação poderá opor-se à medida perante à autoridade judicial requerida. Sem prejuízo da manutenção da medida cautelar, dita autoridade restituirá o procedimento ao Juiz ou Tribunal de origem, para que decida sobre a oposição segundo suas leis, excepcionando-se o disposto na alínea “c” do artigo 7, ou seja, questões relativas a domínio e demais direitos reais.

Algumas diferenças são flagrantemente notadas sobre a “oposição” contemplada no Protocolo, em face do instituto de Direito Processual Civil, igualmente denominado. Na “oposição” tradicional, o terceiro pode requerer esse tipo de medida em processo pendente, já no Protocolo, é permitido que o “presumido devedor da obrigação” lance mão da “oposição”.

Assinala Antonio Corrêa (1997:211): “Pelo visto, a terminologia empregada equivale à ‘defesa’, porque o atingido pela medida se defende da pretensão deduzida pela parte.

Pode ser que o processo cautelar não tenha feito o seu chamamento, caso em que não seria presumido devedor, mas apontado como devedor, para se defender e mesmo assim concedida medida contra sua pessoa.

Somente nesta circunstância se admitiria que o sujeito passivo da relação processual interpusesse defesa sob o nome de ‘oposição’ perante o Juízo requerido.”

Contudo, quando prevê que “terceiros interessados que se consideram prejudicados” poderão, opor-se à medida perante a autoridade judiciária requerida, guarda conformidade com o instituto tradicional. O Juiz do Estado requerido, recebendo a “oposição”, manterá a medida cautelar cujo cumprimento ordenou em atenção à carta rogatória, restituindo os autos ao Juiz ou Tribunal rogante, a fim de que decida sobre a pretensão contida na “oposição”, aplicando, neste caso, suas leis. Deve-se atentar para o fato de que, quando a medida atingir o domínio ou direitos reais, cabe ao Juiz ou Tribunal requerido aplicar suas leis e decidir (artigo 7, alínea “c”). Essa exceção, ao que parece, vai de encontro ao *caput* do artigo 8º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, na medida em que o mesmo assim dispõe: “Para qualificar bens e regular as relações a eles concernentes, aplicar-se-á a lei do país onde estiverem situados.” Tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal (STF) equipara os tratados internacionais à legislação interna ordinária, o Protocolo por ser cronologicamente mais recente aplica-se em detrimento da Lei de Introdução ao Código Civil.

O cumprimento de uma medida cautelar pela autoridade jurisdicional requerida não implica o reconhecimento ou execução da sentença definitiva estrangeira, proferida no processo principal (artigo 10). É a reafirmação da autonomia e soberania de cada país, manifesta, nesse caso, mediante a atividade de jurisdição, sem vinculação a anterior atendimento de carta rogatória para cumprimento de medida cautelar decretada pelo Juiz ou Tribunal de determinado Estado-Parte, com relação ao reconhecimento da ação principal quando tiver de ser executada.

No âmbito do Mercosul, o Tratado aboliu a necessidade de homologação da medida cautelar proveniente de outro Estado-Parte, conferindo o “controle” aos juízes encarregados de as fazer cumprir, o que é, no Brasil, questionável frente à existência de expressa exigência constitucional nesse sentido. Todavia, caso seja atendida rogatória oriunda de um decreto cautelar, não estará dispensada a futura sentença de mérito, no processo principal, de ser objeto de exame dos requisitos, não só formais, mas também, aqueles relativos à compatibilidade com a soberania, a ordem pública e os bons

costumes, exame que poderá, eventualmente, suscitar a recusa da execução da referida medida.

No que tange à cooperação cautelar na execução da sentença, o Protocolo dispõe que o Juiz ou Tribunal a quem for solicitado o cumprimento de uma sentença estrangeira, poderá determinar as medidas cautelares garantidoras da execução, em conformidade com suas leis (artigo 11). Portanto, admitida a sentença estrangeira como válida e operante, quando, no Brasil, por exemplo, já formalizado o pedido de execução perante o órgão jurisdicional, se surgirem fatos que demandem medida cautelar, podem estas ser requeridas ao Juiz ou Tribunal nacional e esses encontram-se investidos de autorização para deferi-las.

Se, por exemplo, “numa execução para entrega de coisa certa, o devedor transfere os bens para terceiro, com nítida intenção de fraudar a execução. Como é incerta a propriedade, pode o Juiz determinar a apreensão e depósito de tais bens até a solução da questão aberta, ou seja, da validade da transferência dos bens que estavam sub judice no estrangeiro e que suportariam a execução.” (Corrêa, 1997:214)

A cautelar, nesse caso, é deferida no próprio país onde a sentença está sendo executada, configurando típica cautelar incidental. Transfere-se ao Juiz da execução poderes para atuar em defesa da jurisdição, como se fora juiz do feito, agindo, nesse sentido, como uma espécie de “cooperador”. Importante é atentar para o fato de que se essa atuação do Juiz do Estado requerido pode ser realizada de ofício, prescindindo de requerimento da parte interessada. Isso conflita, em tese, com o direito brasileiro, uma vez que esse, regra geral, no processo civil depende de provocação da parte interessada.

O artigo 12 do Protocolo de Medidas Cautelares é dispositivo que suscita controvérsias. Refere-se a medidas cautelares em matéria de menores. Estabelece que, nos casos em que a cautelar relacionar-se à custódia de menores, o Juiz ou Tribunal do Estado requerido poderá limitar o alcance da medida exclusivamente ao seu território, a espera de decisão definitiva do Juiz ou Tribunal requerentes.

No Brasil, a menoridade, civilmente, cessa aos vinte e um anos de idade, quando o indivíduo, regra geral, está apto a reger, por si só, todos os atos da vida civil. Até os dezesseis anos é absolutamente incapaz, necessitando, pois, de representação legal, na prática de atos da vida civil. Dos dezesseis aos vinte e um anos, deverá ser, não mais representado, mas, assistido pelo, outrora, representante legal, normalmente pais do menor.

A lei civil brasileira contempla um instituto denominado “pátrio poder”, que é exercido pelos pais, conjuntamente ou, na falta de um deles, pelo outro, entendendo-se, naturalmente, pais tanto biológicos, quanto adotivos.

Decorrente do “pátrio poder”, está o direito de guarda, ou seja, o direito dos pais de criarem seus filhos. Todavia, só se pode afirmar que um pai ou uma mãe tem a guarda de seu filho menor, se, de fato, com ele conviver, faticamente, se tiver sua “posse” física.

Existem situações, entretanto, em que, embora possuindo como representantes legais pai e mãe, detentores do “pátrio poder”, por motivos vários, esses genitores, ou um deles, não estejam exercendo seu direito de criação dos filhos. O exemplo mais corriqueiro é o caso de pais separados. Pense-se, por hipótese, numa situação de pais separados, sendo que um deles encontra-se domiciliado em outro país, membro do Mercosul, tendo deixado os filhos menores com o outro cônjuge. Ocorre que, por razões diversas, o genitor que tem a guarda dos filhos também os abandona, periodicamente, além de agredi-los fisicamente, ficando, os menores, em situação irregular, sob o abrigo de vizinhos. Concluindo, o cônjuge domiciliado no estrangeiro, que tal situação não deve persistir, decide reivindicar para si a posse dos filhos. Desse modo, propõe a ação competente para o caso, podendo, por exemplo, configurar-se numa ação de destituição do “pátrio poder”, ou, talvez, de modificação de guarda, podendo ocorrer a necessidade de requerer-se decretação de medida cautelar que, se procedente, atingirá os filhos, menores de idade.

Essa situação enquadra-se no artigo 12, de modo que poderá ser expedida rogatória para outro país integrante do Mercosul, destinada a buscar, guardar e entregar os menores para o beneficiário da decisão judicial. Com a rogatória tramitando através das Autoridades Centrais, chegando às mãos do Juiz, terá ele que resolver a respeito da

vida das pessoas, nesse caso, a situação se torna ainda mais delicada, por se tratar de menores.

O deslocamento de menores de um país para o outro, abruptamente, levando-se em conta a diversidade de culturas, o que, inegavelmente há, poderia prejudicar a formação do menor, principalmente quando tem que passar a conviver, quase que de inopino, com pessoa com quem não tenha afinidades ou já não tenham interesses comuns, ainda que mantenham entre si laços sangüíneos. Cabe ao Juiz aplicar a lei visando, precipuamente, ao atendimento do bem estar do menor, preservando-o, ao máximo, a fim de se tentar evitar que sofram prejuízos, principalmente de ordem psicológica, danos que podem ser irreparáveis no seu processo de formação enquanto indivíduo. Daí o fundamento básico da reserva estabelecida no artigo 12 do Protocolo. Deve-se atentar para o fato de que situações como a que foi acima exemplificada, tendem a tornar-se cada vez mais comuns, como consequência natural inerente a um processo de integração.

Prosseguindo aos comentários eferentes ao Protocolo de Medidas Cautelares, sabe-se, como aliás já se mencionou, que as medidas cautelares preparatórias são, em linhas gerais, as que antecedem a propositura de uma outra ação, dita principal. Como a medida cautelar traz consigo a idéia da característica da referibilidade, escandida previamente no capítulo anterior, a uma ação principal e destina-se, via de regra, a preservá-la, as leis processuais estabelecem um prazo para que seja proposta a ação principal, sob pena de perder eficácia a medida concedida. É basicamente esse o conteúdo do artigo 13, que, por sua vez, determina que a interposição da demanda no processo principal, intempestivamente, ou seja, fora do prazo previsto na legislação do Estado requerente, produzirá a plena ineficácia da medida cautelar preparatória concedida.

Concedida a cautelar em um país e executada em outro, dessa medida, desde que executada, passa a fluir o prazo para a propositura da ação principal. A omissão acarretará a “sanção” da perda da eficácia da medida concedida através da sentença e, cessado o efeito desta, vislumbra-se a impossibilidade de ser repetida, a não ser que o seja baseada em novo ou diferente fundamento daquele que ensejou a anterior.

O Juiz ou Tribunal do Estado requerente comunicará o Estado requerido:

a) ao transmitir a rogatória, o prazo - contado a partir da efetivação da medida cautelar - dentro do qual o pedido da ação principal deverá ser apresentado ou interposto;

b) o mais breve possível, a data da apresentação, ou a não apresentação da demanda no processo principal. (artigo 14)

O Juiz ou Tribunal do Estado requerido comunicará imediatamente, ao Estado requerente, a data em que foi dado cumprimento à medida cautelar solicitada, ou as razões pelas quais deixou de ser cumprida. (artigo 15)

Esses dois artigos cuidam das comunicações e complementam o artigo 13. O Protocolo concede poderes e autoriza o Juiz ou Tribunal do Estado requerido a tornar ineficaz a medida cautelar se o requerente beneficiário dela não propuser a ação principal no prazo estabelecido pelas leis do seu país ou de onde tramita a cautelar. Esses dispositivos permitem que se constate o atendimento do requisito para que continue a ter eficácia os efeitos da medida cautelar e, ao mesmo tempo, dar conhecimento ao que sofre a medida os limites estabelecidos pela lei nacional do país rogante (artigo 14, "a"). Além disso, comunicando se o autor da cautelar propôs ou não a ação principal no prazo estabelecido na lei nacional do país rogante, afastar-se-ão dúvidas e permitir-se-á que a cautelar continue a gerar efeitos (artigo 14, "b").

No caso do artigo 15, a comunicação destina-se, além de documentar o processo, solucionar questões quanto ao seu prosseguimento, acaso seja possível atender a solicitação em face de motivo insuperável.

A partir do artigo 14, tem-se que o Estado requerente, ou seja, aquele que solicita o cumprimento de uma medida cautelar, deve comunicar ao requerido, em documento oficial ou no próprio corpo da carta rogatória, o prazo para que a ação principal, a qual se refere a providência cautelar, seja proposta. Prazo esse previsto na legislação do país requerente, que, por sua vez, deve ser contado da data em que for efetivado o cumprimento da medida, sendo que essa data será imediatamente comunicada ao Estado requerente. Fundamental observação precisa ser feita nesse

sentido. Ocorre que, apesar de dispositivo constante do Protocolo, determinando que a comunicação do cumprimento da medida cautelar deve ser operada imediatamente, sob o ponto de vista pragmático, todavia, parece extremamente difícil implementá-la. É indubitável que, mesmo no âmbito nacional, incontáveis são as situações nas quais meros “atos procedimentais” demoram tempo consideravelmente superior ao legalmente previsto. Situação que se agrava na medida em que aqui se tratam de relações processuais na esfera internacional. Segundo os dispositivos acima mencionados, o prazo para a propositura da ação principal é contado da data da efetivação da medida cautelar. Isso porque, supõe-se que a comunicação desse cumprimento far-se-á imediatamente, o que, na prática, poderá não ocorrer.

Logo, se se passa a contar o prazo da data do cumprimento da medida, como prevê a alínea “a” do artigo 14, mas, contudo, o rogante toma conhecimento desse cumprimento não imediatamente, como previsto, mas sim, vinte dias depois, por exemplo, considerando que o prazo para a propositura da ação principal no Estado rogante fosse de trinta dias, caso do Brasil, restaria ao interessado apenas dez dias para fazê-lo. Flagrante injustiça se constata diante de tal fato.

O bom senso faz concluir que o mais correto fosse contar o prazo a partir do momento em que o país requerente toma conhecimento da efetivação da cautelar.

Estabelece o artigo 16 que, se a autoridade jurisdicional requerida se julgar incompetente para proceder o trâmite da carta rogatória, transmitirá, de ofício, os documentos e antecedentes do caso à autoridade jurisdicional competente do seu Estado.

Um Juiz de Direito “possui” um território delimitado onde detém competência para exercer a jurisdição relativa às causas que chegam ao seu conhecimento. Conseqüentemente, é possível que lhe cheguem às mãos rogatórias de ações cautelares oriundas de países membros do Mercosul. Nesses casos, verificando que os bens ou as pessoas, a serem “atingidos” por ocasião da referida medida, encontram-se no âmbito externo ao território da comarca, deve o Juiz reconhecer sua incompetência em razão do território, remetendo, pois, a carta rogatória, de ofício para a autoridade jurisdicional que for, para o caso, competente.

É permitido recusar o cumprimento de uma carta rogatória referente a medidas cautelares, se essas forem, manifestamente contrárias a à ordem pública do Estado requerido, conforme dispõe o artigo 17. Entendendo-se como manifestamente contrária, segundo Antonio Corrêa (1997:220), “aquela que se apreende ictu oculi, que não exige maiores indagações, sendo reconhecida facilmente pelo julgador numa leitura, dispensadas maiores indagações.”

Quanto a esse dispositivo pode-se observar, especificamente relacionando o artigo 17 com o ordenamento jurídico brasileiro, que o mesmo diz respeito ao fato de que o Juiz ou Tribunal pode recusar o cumprimento de uma carta rogatória referente a medidas cautelares, quando manifestamente contrárias a sua ordem pública.

Cabe, aqui, traçar-se alguns comentários e elucubrações acerca da concepção de ordem pública, sob a ótica brasileira, o que não é perfeitamente possível, pois não há uma limitação exata no sentido de se definir ordem pública, podendo ser dado e utilizado, um conceito, com ampla margem de flexibilidade, como também o são as concepções de soberania e bons costumes, não mencionados no Protocolo.

A despeito dessa ambigüidade, os juristas, como expõe Maria Helena Diniz (1994:349), “são unânimes no entendimento de que é o reflexo da ordem jurídica vigente em dado momento, numa determinada sociedade. (...) Como sinônimo de ordem social, a ordem pública abrange todas as manifestações sociais relevantes, inclusive a soberania nacional e os bons costumes. A ordem social é a relativa ao interesse geral da sociedade, regido por normas jurídicas, tradições, concepções morais e religiosas, ideologias políticas e econômicas etc. (...)”

A noção de ordem pública conduz à não aplicação da lei alienígena, que, em virtude de desajustamento às concepções legais territoriais, possa prejudicar o Estado onde deveria ser aplicada. Logo, é evidente que ao juiz do foro competirá a difícil tarefa de qualificar o conceito em apreço, com a finalidade de salvaguardar interesse público, afastando a norma estrangeira apontada como a aplicável pelo direito internacional privado nacional, se contrariar a ordem pública.”

Como a ordem pública reflete, pode-se assim dizer, os valores de uma nação, englobando os sociais, políticos, econômicos, jurídicos, etc., valores estes nos quais acredita, e que acabam por reger a nação nos limites de sua soberania.

Isto posto, qualquer ato, lei, ou “manifestação” advindos de outros ordenamentos, de Estados estrangeiros, que afrontem, “ofendam” os valores englobados pela idéia de ordem pública, deverão ser repugnados, rejeitados quanto à produção de seus efeitos, no território brasileiro.

O maior problema que se coloca nesse sentido, é em decorrência do caráter eminentemente axiológico que envolve o “julgamento” de um ato, sentença, lei, etc., como “infratores” à ordem pública. Pois o STF, por exemplo, quando analisa uma sentença estrangeira, para lhe conceder ou não homologação, no Brasil, não procederá à verificação da justiça ou injustiça da decisão, mas esta “poderá” ser controlada sob o artifício da ofensa ou não à ordem pública, muitas vezes usado, inclusive, como uma forma de pragmatizar uma concepção arcaica e protecionista de soberania, que, sem dúvida, precisa ser revista e, necessariamente superada, quando se intenta a consolidação de escopos integracionistas.

Ressalta Barbosa Moreira (1989:159), quando da preservação da ordem pública: “Por meio dessa fórmula, consagra-se um ‘sistema de limites’ que abre ao Supremo Tribunal Federal, em certa medida, a possibilidade de examinar o conteúdo da sentença estrangeira, embora para fim diverso daquele que se tem em vista nos ordenamentos jurídicos em que se procede ao controle da justiça ou injustiça do julgamento. Aqui se visa, tão somente, a recusar a colaboração da justiça nacional para o cumprimento de decisões incompatíveis com os princípios políticos, éticos, sociais, que estão na base da mesma organização do Brasil como Estado.

‘Soberania nacional, ‘ordem pública’ e ‘bons costumes’ são, à evidência, conceitos jurídicos indeterminados, que comportam notável flexibilidade em sua utilização pelos órgãos judiciais.”

Por outro lado, o que se vislumbra no ordenamento jurídico brasileiro, é que nosso sobredireito amplia esse grau de exigência, no momento em que condiciona o cumprimento, a não contrariedade ou ofensa aos bons costumes e à soberania. Assim enuncia o artigo 17 da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro: “As leis, atos e

sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.”

Salutar é a percepção que se deve ter em relação a tais termos, pois paira, sobre os mesmos, relevante grau de subjetividade. Em relação à soberania, muito se tem discutido, concluindo, os mais conscientes da realidade e do inequívoco e progressivo processo de integração internacional, em linhas gerais, que, a concepção de soberania precisa, urgentemente, ultrapassar as barreiras do arcaísmo, do protecionismo, e, por que não, do egoísmo, flexibilizando-se no sentido de adaptar-se e fazer jus às novas demandas inerentes ao “projeto” integracionista, sob pena de, não só se diluir em mera construção doutrinária e retórica, mas, obstaculizar e retardar uma realidade praticamente inevitável.

De qualquer forma, no âmbito do Mercosul o único limite de aplicação é a ordem pública, não sendo aplicável as demais possibilidades expressamente previstas na Lei de Introdução ao Código Civil. Não se aplica, nessa situação, os requisitos do artigo 17 da Lei de Introdução ao Código Civil no que se refere à ofensa à soberania e aos bons costumes, tendo em vista que o Protocolo, norma especial e mais nova, apenas excepciona a ordem pública como justificativa para o não cumprimento das medidas cautelares.

A solicitação de medidas cautelares, segundo o artigo 18, será efetuada mediante “exhortos” ou cartas rogatórias, que são consideradas expressões equivalentes para efeito desse protocolo. Por “carta rogatória entende-se a precatória que é expedida para a requisição de atos que devem ser praticados em território estrangeiro. Tal como a carta precatória, é o instrumento onde se inscreve regularmente a requisição para a prática do ato em território estrangeiro, cuja requisição recebe propriamente a denominação de rogatória.

A carta rogatória deve conter os mesmos requisitos instituídos para a carta precatória, sendo que é, em regra, enviada a seu destino, por via diplomática, e, antes que se cumpra, deve receber o *exequatur* do poder judiciário competente.

As cartas rogatórias não devem conter disposições executórias, pois que, em tal caso, antes que sejam cumpridas, necessitariam da homologação do tribunal próprio, a fim de que possam ter força no país em que são apresentadas.” (De Plácido e Silva, 1978:I, 304))

É o “instrumento itinerante com o qual, em obediência a convenção internacional ou com o concurso diplomático, a autoridade judiciária de um país solicita à de outro, o cumprimento de determinadas providências processuais que estão fora de sua jurisdição nacional. Diz-se *ativa*, quando a carta rogatória é encaminhada para cumprimento; e *passiva*, quando recebida para cumprimento.” (Sidou, 1990:89)

Constituem-se as cartas rogatórias, sucintamente, em pedidos simplificados de um juízo para outro, com o escopo de que se efetuem diligências de caráter processual. É o modo, pelo qual optou o protocolo, de se cumprir uma medida cautelar deferida em país outro que não o nacional, por exemplo, uma medida deferida na Argentina, em relação a qual expede-se “carta rogatória” para que se efetive seu cumprimento em território brasileiro, através de seus Juízes ou Tribunais competentes. A tramitação através de cartas rogatórias afastou, em tese, a necessidade de homologação pelo STF, tendo em vista que para essas prevê-se apenas o *exequatur*.

Conforme dispõe o artigo 19, tratando da transmissão da carta rogatória:

“A carta rogatória relativa ao cumprimento de uma medida cautelar será transmitida pela via diplomática ou consular, por intermédio da respectiva Autoridade Central ou das partes interessadas.

Quando a transmissão seja efetuada pela via diplomática ou consular, ou por intermédio das autoridades centrais, não se exigirá o requisito da legalização.

Quando a carta rogatória for encaminhada por intermédio da parte interessada, deverá ser legalizada perante os agentes diplomáticos ou consulares do Estado requerido, salvo se, entre os Estados requerente e requerido, haja sido suprimido o requisito da legalização ou substituído por outra formalidade.

Os Juízes ou Tribunais das zonas fronteiriças dos Estados-Partes poderão transmitir-se, de forma direta, os ‘exhortos’ ou cartas rogatórias previstos neste Protocolo, sem necessidade de legalização.

Não será aplicado no cumprimento das medidas cautelares o procedimento homologatório das sentenças estrangeiras.”

O supracitado artigo suscita a possibilidade de se transmitir a carta rogatória, concernente à medida cautelar, por intermédio das autoridades diplomáticas ou consulares, ou, um segundo caminho, qual seja, através da “autoridade central”. Sendo a carta rogatória encaminhada através de representação diplomática ou consular ou via “autoridade central”, fica dispensada a autenticação, que é “requisito da legalização”. Todavia, a própria parte interessada pode encaminhar, pessoalmente, a carta rogatória, devendo a documentação ser autenticada perante a Embaixada, representação Diplomática ou Consular, a não ser que o Estado requerido mantenha um outro Tratado que dispense a autenticação, ficando, a parte, nesses casos, dispensada de obter a referida autenticação, mesmo levando em mãos o documento e encaminhando-o para cumprimento.

Observou-se, diante do acima exposto, que o Protocolo facultou três meios para se enviar a carta rogatória ao Estado rogado. Ocorre que, como assinala Adriano Martins (1995:379): “Tendo em vista a omissão do Protocolo, a parte requerente poderá optar por aquele caminho que melhor lhe convier. O caminho por intermédio da Autoridade Central, consular ou diplomática, tem a vantagem de suprimir o requisito da legalização. A legalização é uma formalidade cumprida perante os agentes diplomáticos ou consulares do Estado-Parte rogado, ou seja, a remessa da Carta pelos caminhos oficiais reveste intrinsecamente de legalidade os documentos.”

Também simplificada é a transmissão de *exhortos* entre autoridades judiciárias de zonas de fronteira, hipótese na qual não existe a exigência de tramitação via autoridade central, podendo, os juízes das cidades fronteiriças vizinhas intercambiarem, diretamente, suas cartas rogatórias. Nesse sentido, alude Adriano Martins (1995:389-90): “Com relação a essa normatização, cabe referir que o sentido de ‘zonas fronteiriças’ deve ser buscado através de interpretação restritiva, para que não se dê alcance maior do que a *voluntas legis*.

As referidas zonas fronteiriças podem ser definidas tecnicamente como aquelas cidades abrangidas pela jurisdição territorial do Juízo sediado em cidade contígua à fronteira.

Ao que parece, e frente a originalidade do tema, o caminho mais ágil para o cumprimento da medida cautelar é a alternativa da parte levar ‘em mãos’ o *Exhorto* à embaixada ou consulado do Estado-Parte requerido no Brasil, a fim de obter a legalização da ordem. Ultrapassada essa formalidade, a parte, novamente de posse da Carta legalizada, deve instruir-se com a própria autoridade diplomática ou consular quanto ao *procedere* da distribuição judicial da Rogatória no Juízo rogado, tendo em vista não estar vedada sua distribuição direta à autoridade judicial competente para cumprir a ordem.”

Quando se trata de cumprimento de medidas cautelares entre cidades fronteiriças, todavia de países distintos, o Protocolo de Medidas Cautelares “dispensou” legalização. Não obstante, embora os tenha dispensado, tal disposição é manifestamente contrária ao disposto na Constituição brasileira. Nossa Carta Magna, em seu artigo 102, I, “h”, estabelece a necessidade de concessão de *exequatur* pelo Supremo Tribunal Federal, para que cartas rogatórias possam ser cumpridas por autoridade judicial brasileira.

A expressão *exequatur* “que se traduz execute-se, cumpra-se, é empregada na terminologia forense para indicar a autorização que é dada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal para que possam, validamente, ser executados na jurisdição do juiz competente, as diligências ou atos processuais requisitados por autoridade judiciária estrangeira.

O *exequatur* é dado na carta rogatória. E se distingue da homologação, que se apõe às sentenças estrangeiras, para que possam ser cumpridas no território nacional.

Nessa circunstância, o *exequatur* se mostra um reconhecimento ou uma revalidação à carta rogatória para que possa ser atendida regularmente e devolvida ao juiz rogante, depois de devidamente cumprida.” (De Plácido e Silva, 1978:II, 656)

O artigo 19 também dispõe que o procedimento homologatório das sentenças estrangeiras não será aplicado no cumprimento das medidas cautelares. Sabe-se, entretanto, que o processo cautelar, embora, via de regra, refira-se a um processo

principal (vide característica da referibilidade), mantém sua autonomia, como já vislumbrado no capítulo anterior. Conseqüentemente, nos processos cautelares há sentença. No âmbito dos doutrinadores brasileiros, ensina José Carlos Barbosa Moreira (1996:361): “O pronunciamento final do juiz no processo cautelar, aprecie ou não o respectivo mérito, é *sentença* (art.162, §1º), a respeito de cuja prolação, publicação e intimação se aplica, *mutatis mutandis*, o que ficou dito com referência ao processo de conhecimento (1ª parte, §10, nº I e II). Contra essa sentença cabe, em regra, apelação *sem* efeito suspensivo (art. 520, 2ª parte, nº IV), cujo processamento nenhuma peculiaridade oferece ...”

Corroborando tal posicionamento, Victor Bomfim Marins (1996:302-6) observa: “Ressalte-se, uma vez mais, a autonomia do procedimento cautelar em relação ao principal, devendo coibir-se o vezo cada vez mais freqüente de suspender-se o curso do processo acautelatório, quando deferida a liminar, a pretexto de julgamento conjunto com o processo principal, reduzindo-se, assim, a relação processual assecuratória a mero provimento inaugural.

.....

De toda vantagem, pois, a rigorosa observância da autonomia processual e procedimental inerentes à tutela cautelar.

.....

A eficácia da sentença cautelar de procedência é predominantemente mandamental, porque por ela o juiz emite uma ordem, destinada a conjurar determinada situação de perigo para o processo principal, sem julgar a relação jurídica neste afirmada.

.....

Sendo essencialmente provisória e emitida mediante juízo de aparência acerca dos elementos que compõem o mérito da demanda cautelar, a sentença faz coisa julgada formal, mas não adquire a qualidade da coisa julgada material.”

O artigo 102 da Constituição brasileira assim estabelece:

“Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente,:

.....

h) a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias, que podem ser conferidas pelo regimento interno a seu Presidente”.

Para Cretella Júnior (1992:3087-8), a homologação de sentença estrangeira pode ser entendida “como a aprovação, pelo órgão judiciário competente de um Estado, de sentença prolatada em outro, a fim de que a decisão deste adquira executoriedade em todo território nacional do país aprovador. (...) Toda sentença é dotada de força executória, na área do Estado, em que foi prolatada. Proferida, em outro país, a sentença não tem eficácia, entre nós, a não ser que seja homologada por decisão do Supremo Tribunal Federal a fim de que possa aqui ser executada.”

Acresce Pinto Ferreira (1992:109): “Nem todos os Estados encaram de maneira idêntica as sentenças estrangeiras para sua execução em seu território. Os sistemas existentes podem ser agrupados em cinco modelos diversos:

.....

e) há, afinal, o sistema de delibação, de origem italiana, e também adotado no Brasil, que não exige o reexame do mérito da sentença estrangeira, porém subordina a sua eficácia a um ato jurisdicional local, examinando as formalidades extrínsecas relativas à competência, citação regular, não ofensa à ordem pública do Estado.

.....

(...) O STF não examina o mérito da sentença estrangeira, mas procede a um exame prévio quanto à citação regular ou revelia, competência da autoridade, inexistência dos dispositivos contrários à ordem pública, soberania e bons costumes.

O ato jurisdicional homologatório não procura indagar a justiça ou injustiça da sentença estrangeira, mas a existência de determinados pressupostos exigidos em lei, nacionalizando o dito ato e atribuindo-lhe eficácia em seu Território.”

Respalando a idéia de que, conforme a Constituição brasileira e, a partir da teoria cautelar, que consagra a autonomia do processo correspondente, assim dispõe Pinto Ferreira (1992:112): “As sentenças judiciais passíveis de delibação tanto podem

ser cíveis como penais (CPP, art. 290), decorrentes de processo de conhecimento, cautelar ou de execução...”

Isso posto, deduz-se que, havendo sentença no processo cautelar, esta, de acordo com a Constituição, deveria, pois, ser homologada, para, então, produzir seus efeitos no território brasileiro. Não se pretende configurar, aqui, nenhuma crítica com relação ao procedimento, em tese mais célere, adotado pelo Protocolo de Medidas Cautelares para o cumprimento destas entre os países do Mercosul, qual seja, a via das cartas rogatórias. Mas, por outro lado, a contradição entre o referido tratado e a Carta Magna nacional é evidente.

Essa autorização dar-se-á, mediante o *exequatur*, que, como já visto anteriormente, trata-se, nos dizeres de Pinto Ferreira (1992:114-5), da “resolução em que o presidente do STF determina que se cumpra, no País, uma sentença de justiça estrangeira, ou uma diligência deprecada em carta rogatória

.....

A carta rogatória da autoridade estrangeira competente não depende de homologação e será cumprida depois do *exequatur* do presidente do STF. Quando, porém, a carta rogatória contiver uma decisão, é indispensável a homologação pelo STF.

.....

As cartas rogatórias apenas podem ter por finalidade a citação, o interrogatório e diligências de caráter instrutório, pois as medidas executórias, como o arresto e o seqüestro, quando provindas de sentença estrangeira, não podem ser requeridas por intermédio de carta rogatória, mas dependem de prévia homologação da sentença correspondente.

.....

(...) Em seguida ao *exequatur* a rogatória será cumprida por juiz federal competente, onde tenham de realizar-se as diligências (EC n. 1/69, art. 125, X; CF de 1988, art. 109, X).”

Apesar de implicarem na passagem obrigatória pelo STF, há uma distinção entre a homologação e a concessão de *exequatur*. Como bem expõe Cretella Júnior

(1992:1089), “são diversas as conseqüências jurídicas advindas, no Brasil, em decorrência da *homologação da sentença estrangeira* ou da *concessão do exequatur*. (...) Ao passo que a *homologação de sentença estrangeira* tem por finalidade dar cumprimento da decisão e da aplicação de medidas executórias, desta emergentes, a *carta rogatória*, concretizada no *cumpra-se*, tem por finalidade agilizar ou dinamizar o processo, mediante a citação, a intimação, a inquirição de testemunhas, a prática de diligências, perícia, vistorias. Assim, não deve ser solicitada por carta rogatória nenhuma medida executória como prisões, buscas e apreensões, extradições, seqüestro de bens. Tais providências devem ser tomadas por via do pedido de *homologação da sentença*, em consonância com o princípio da soberania nacional. Este é o pensar da totalidade da doutrina. Entendemos, porém, que as duas vias são legítimas, porque o juízo ou tribunal que recebe a solicitação pode livremente negar quer a *homologação*, quer o *exequatur*, não havendo, pois, nenhuma ingerência de força externa na ordem interna do país que as recebe. O Supremo Tribunal Federal é “soberano” para atender ou não às solicitações dos juízos estrangeiros. (...)

Quando se trata da *concessão do exequatur*, a Constituição, art. 102, I, h, determina que a competência pode ser conferida, pelo Regimento Interno, ao Presidente do Supremo Tribunal, juízo rogante, que assim outorgará *exequatur* a cartas rogatórias de juízos ou tribunais estrangeiros, juízo rogado. Recebida a rogatória, o Presidente do Supremo Tribunal Federal mandará abrir vista ao Procurador-Geral da República, que, entretanto, poderá impugnar-lhe o cumprimento, caso a solicitação, se concedida, atentar contra a ordem pública, ou a soberania nacional, ou se lhe faltar autenticidade. Concedido o *exequatur*, a remessa da rogatória seguirá ao juízo no qual deva ser cumprida, ...”

Para receber e transmitir solicitações de cooperação cautelar, ficou estipulado no artigo 20, que cada parte designará uma Autoridade Central. Elimina-se, dessa forma, a excessiva burocracia, cabendo à Autoridade Central entender-se, diretamente, com as congêneres dos demais países do Mercosul, promovendo o andamento das solicitações de cumprimento de cartas rogatórias.

Norma nesse mesmo sentido, estabelecendo a necessidade da designação de uma autoridade central, está inserida no Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa (art. 2), mais conhecido como Protocolo de Las Leñas, promulgado pelo Decreto n.º 2.067, de 12 de novembro de 1996 e portanto já vigente no Brasil.

Vislumbra-se, no artigo 21, disposição relativa ao conteúdo das cartas rogatórias. Estabelece que as mesmas conterão: a) a identificação e o domicílio do Juiz ou Tribunal que determinou a ordem; b) a cópia autenticada da petição da medida cautelar, e da demanda principal, se houver; c) documentos que fundamentem a petição; d) ordem fundamentada que determina a medida cautelar; e) informação acerca das normas que estabeleçam algum procedimento especial que a autoridade jurisdicional requeira ou solicite que se observe e f) indicação da pessoa que, no Estado requerido, deverá arcar com os gastos e custas judiciais devidas, salvo se se tratarem de medidas cautelares requeridas em matéria de alimentos provisionais, localização e restituição de menores, e aquelas que solicitem às pessoas que, no Estado requerente, tenham obtido benefício da justiça gratuita. Será facultativo à autoridade do Estado requerido dar tramitação à carta rogatória que careça da indicação acerca da pessoa que deve atender às despesas e custas, quando passíveis de cobrança.

As cartas rogatórias e os documentos que as acompanham deverão estar revestidos das formalidades externas necessárias para serem considerados autênticos no Estado de onde procedam. Tais formalidades correspondem às assinaturas, autenticações e, principalmente, a questão da tradução, nos casos em que o Brasil estiver envolvido, por se tratar do único país, do Mercosul, onde a língua oficial é a portuguesa, que a exige (a tradução), para compreensão, pelas autoridades, da intenção contemplada pelo documento.

A medida cautelar será cumprida, desde que não lhe falem os requisitos, documentos ou informações consideradas fundamentais, que tornem inadmissível sua procedência. Diante dessa hipótese, ou seja, se defeitos extrínsecos forem vislumbrados, a autorização para que a autoridade judiciária do Estado requerido entre, diretamente,

em contato com sua congênere no Estado requerente, a fim de sanar as carências existentes.

Tal faculdade, ao que parece, foi conferida com o escopo de agilizar o trâmite e cumprimento da medida cautelar pois, diante da urgência inerente a tais providências, aqueles devem ser os menos rebuscados possíveis, tentando superar, ao máximo, a imensa burocracia que, regra geral, permeia as relações internacionais. O Juiz ou Tribunal requerido comunicar-se-á, imediatamente, com o requerente, a fim de que, com urgência, sejam sanados as referidas carências.

No Brasil, os indivíduos carentes, quando assistidos pelo Estado, gozam do denominado benefício da justiça gratuita, previsto na Lei n.º 1060, de 5 de fevereiro de 1950, ou seja, quando tais indivíduos não dispõem de recursos suficientes para custear a demanda sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família. Nesses casos, fazendo-se necessária alguma diligência em algum dos Estados-Partes do Mercosul, o Protocolo confere semelhante benefício no artigo 22, caso seja necessária alguma diligência em algum dos países membros do Mercosul. Acrescenta Antonio Corrêa (1997:227), que, para os casos nos quais “...os Procuradores não podem se deslocar ao País vizinho e nem podem obter verbas para custear uma demanda, pagando perícias, etc....”, necessário se faz consignar na rogatória os locais onde funcionam as defensorias públicas que teriam competência para assistir o demandante beneficiado pela assistência judiciária gratuita.

Quanto à tradução, as cartas rogatórias e os documentos que as acompanham, deverão ser redigidos no idioma do Estado requerente e serão acompanhadas de uma tradução no idioma do Estado requerido (art. 23) Visa-se, nesse caso a possibilitar a correta inteligibilidade do conteúdo e objetivo da medida, a fim de lhe dar o devido cumprimento. Tal procedimento deve ser efetuado quando se tratar de países com idiomas distintos. Em se tratando de Mercosul, três, dos quatro Estados participantes, possuem o mesmo idioma. A exceção é o Brasil. Logo, necessária se faz a tradução quando para este for enviada ou deste for expedida carta rogatória. A esse respeito, alerta Adriano Martins (1995:379), que, “apesar de não estar explicitado a necessidade

de ser tradução juramentada, entende-se implícita essa obrigação, na medida em que a certeza do conteúdo da ordem somente pode ser obtida através de tradução técnica comprometida com o Poder Público, por isso imparcial.”

As custas judiciais e demais despesas serão de responsabilidade da parte solicitante da medida cautelar, segundo prevê o artigo 24. As despesas deverão ser supridas previamente, com o objetivo de custear eventuais diligências, perícias, etc.. Serão dispensadas, entretanto, nos casos de medidas requeridas em matéria de alimentos provisionais, localização e restituição de menores, e aquelas solicitadas por quem obteve, no Estado requerente, o benefício da gratuidade de justiça.

Dentre as Disposições Finais do Protocolo cumpre destacar a que estabelece que, existindo outros Tratados, que tratem de medidas cautelares, que estejam em vigor e dos quais participem, por adesão, os componentes do Mercosul, a existência deste não inibirá a aplicação de normas daqueles, se mais favoráveis à cooperação (artigo 26).

O Mercosul, como ente transnacional que é, e por ter adquirido personalidade, obtendo sua própria dinâmica, vem atuando na adoção de normas para que todos os Países-Membros e seus respectivos cidadãos possam ter acesso aos Poderes Judiciários de forma mais facilitada, mais ágil.

O Protocolo de Medidas Cautelares inovou e acrescentou ao Direito Internacional, simplificando (embora ainda não satisfatoriamente), buscado e agilizar o cumprimento das ordens cautelares, na medida em que não se lhes aplica a exigência da homologação da ordem pelo Tribunal do Estado-Parte rogado.

Visa, o referido Protocolo, a regulamentar entre os Estados-Partes do Mercado Comum do Sul, signatários do Tratado de Assunção, o cumprimento de Medidas Cautelares destinadas a impedir a irreparabilidade de um dano em relação às pessoas, bens, obrigações de dar, fazer, não fazer, etc..

Trata-se de cooperação jurisdicional, realizada, segundo o Protocolo, através de cartas rogatórias, que se justificam, via de regra, pela urgência, necessitando, portanto,

de instrumentos céleres, podendo ser transmitidas por via diplomática ou consular, pelas próprias partes ou através da Autoridade Central.

O cumprimento das medidas cautelares, oriundas de algum dos demais países do Mercosul, no Brasil, estão limitadas pelo não ferimento à ordem pública.

A dispensabilidade do procedimento homologatório das sentenças estrangeiras no cumprimento das medidas cautelares, assim como a dispensabilidade da própria concessão de *exequatur* quando se tratar de zonas de fronteira, apesar de agilizar consideravelmente o processo, é de duvidosa aplicabilidade no Brasil, tendo em vista a disposição constitucional vigente sobre a matéria. De acordo com o art. 102, I, "h", compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente, a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias, sendo que essa problemática será, novamente, abordada no capítulo subsequente.

Além desse Protocolo específico, mencionou-se o de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais, que também estipula determinadas regras referentes às medidas cautelares. Dispõem, tais dispositivos, em linhas gerais, que a medida cautelar, nesses casos, submeter-se-á à lei processual e substantiva do Estado requerido. Também que, quando um Estado-Parte tiver conhecimento da existência do objeto ou de instrumentos relativos a um delito no território de outro Estado, que possam ser objeto de medidas cautelares, segundo às leis desse Estado, as autoridades competentes desse Estado atuarão conforme suas leis e comunicarão ao outro Estado-Parte.

Apesar de não terem entrado em vigência, ambos os Protocolos, o de Medidas Cautelares por não ter sido, ainda, promulgado por Decreto Presidencial e o de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais, por não ter sido aprovado no Congresso Nacional, são atos internacionais de relevante importância, que visam, pela simplificação "procedimental", a agilizar a efetivação das ordens deferidas pelos Estados-Partes sempre como "espinha dorsal" a integração, não só econômica, mas também jurídica do Mercosul.

III – EFETIVIDADE, NO BRASIL, DO PROTOCOLO DE MEDIDAS CAUTELARES

Preliminarmente à análise de algumas questões relativas à efetividade do Protocolo de Medidas Cautelares e, principalmente, do cumprimento das medidas cautelares, por ele disciplinado, faz-se mister assinalar que o referido acordo internacional não vige, ainda, internamente, uma vez que aguarda a promulgação pelo Presidente da República, não tendo, pois, concluído o trâmite necessário para alcançar sua vigência em território brasileiro. Como consequência de já ter sido ratificado, obriga o Brasil, internacionalmente, frente aos demais países membros do Mercosul. Essa questão será melhor explicitada posteriormente.

Segundo J. F. Rezek (1994:14), “tratado é todo aquele acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos”. Entende-se que a expressão tratado, em sentido amplo, envolve, entre outros, convênios, acordos, ajustes, convenções, protocolos, sendo que esses são, também, conhecidos sob a denominação de “tratados acessórios”. O Protocolo de Medidas Cautelares, por exemplo, ao qual se refere o presente estudo, pode ser dito como acessório em relação ao Tratado de Assunção.

Para Beat Walter Rechsteiner (1996:66), “a celebração de tratados internacionais faz parte das relações internacionais do Estado. A expressão ‘tratado internacional’ significa um acordo internacional, celebrado por escrito entre Estados, regido pelo direito internacional, quer conste de um instrumento único, quer conste de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica. Cada país regula, individualmente, a incorporação do tratado internacional ao sistema jurídico interno e a sua ordem hierárquica dentro deste sistema.”

Ensina Rezek (1994:17), que “o tratado é um acordo *formal*: ele se exprime, com precisão, em determinado momento histórico, e seu teor tem contornos bem definidos. Aí repousa, por certo, o principal elemento distintivo entre o tratado e o *costume*, este último também resultante do acordo entre sujeitos de direito das gentes, e não menos propenso a produzir efeitos jurídicos, porém forjados por meios bem diversos daqueles que caracterizam a celebração convencional.” Entende ele (1994:19) que o “acordo formal entre os Estados é o ato jurídico que produz norma, e que, justamente por produzi-la, desencadeia efeitos de direito, gera obrigações e prerrogativas, caracteriza, enfim, na plenitude de seus dois elementos, o tratado internacional.”

Com relação a essa assertiva enunciada por Rezek, que menciona o caráter normativo dos tratados, Irineu Strenger vai além, quando estabelece duas espécies de tratados, quais sejam, os normativos, aos quais se referiu anteriormente, e os contratuais, que não serão abordados, em virtude da opção que aqui se faz de ressaltar alguns aspectos referentes aos primeiros.

Segundo Strenger (1996:110), “tratados normativos são aqueles que estabelecem regras de interesse geral, e podem se constituir numa norma obrigatória e vigente num determinado Estado. Normativos são, portanto, os que traçam regras sobre pontos de interesse geral ... Tratado normativo é aquela convenção bilateral ou multilateral pela qual os Estados se obrigam ao cumprimento do disposto numa convenção, desde que essa convenção se transforme numa lei interna. O tratado normativo estabelece regras gerais entre dois ou mais direitos, entre dois ou mais sistemas jurídicos, de modo a se encontrar uma relação de harmonia entre dois ou mais Estados.”

Diante do sucintamente exposto, conclui-se que o Protocolo de Medidas Cautelares insere-se na ordem dos tratados normativos. Isso porque, conforme se vislumbra no preâmbulo do Protocolo ora em comento, está exposto que o mesmo estabelece o compromisso dos Estados-Partes de harmonizar suas legislações nas áreas pertinentes, assim como reafirma a vontade dos Estados-Partes de acordar soluções jurídicas comuns para o fortalecimento do processo de integração, oferecendo ao setor privado dos Estados-Partes, um quadro de segurança jurídica que garanta soluções

justas às controvérsias privadas e torne viável a cooperação cautelar entre os países signatários do Tratado de Assunção.

Os tratados têm, sem dúvida, papel relevante no Direito Internacional Privado. O problema, no entanto, apresenta sua relevância, quando se investiga a natureza dos tratados internacionais, em face do direito interno do Estado.

Importante e polêmica questão que se coloca, doutrinária e jurisprudencialmente, é a da obrigatoriedade do tratado na ordem interna.

Em nosso país, para que se dê, efetivamente, a incorporação do tratado internacional ao direito interno, após negociado e assinado pelo Poder Executivo, deve ele ser aprovado pelo Poder Legislativo, podendo, então, ser ratificado e promulgado por aquele. A ratificação é ato pelo qual o país se obriga internacionalmente. Já a promulgação, que também ocorre por ato do Presidente da República, mediante decreto, publicado no Diário Oficial da União, concede eficácia interna ao ato internacional. Uma vez publicado, como anexo do decreto, o tratado deve ser observado pelos particulares e aplicado pelos Tribunais.

Nesse sentido, atenta Mirtô Fraga (1997:69): “O decreto-legislativo, sem o decreto de promulgação do Presidente da República, após as demais formalidades, nenhum valor normativo possui, nesse caso, segundo a corrente predominante no Brasil. Não é necessário que o Poder Legislativo elabore novo ato, uma lei, repetindo o texto do tratado, para que ele passe a ter vigência na ordem interna. De acordo com a técnica, no Brasil, basta o decreto do Chefe do Poder Executivo promulgando o tratado.

Em conclusão, no Brasil, o tratado, regularmente concluído, é fonte de direito, e deve, como qualquer fonte positiva, ser promulgado pelo Poder competente, no caso, o Executivo, publicando-se, em seguida, essa promulgação para conhecimento de todos, após o que será obrigatório. Os tribunais, ao aplicar disposições convencionais, aplicam o próprio tratado e não um ato legislativo interno.”

Tem competência para firmar tratados internacionais a República Federativa do Brasil (art. 5º, § 2º, CF/88), o que faz por intermédio da União (art. 21, inc. I, CF/88), sendo ela representada pelo Presidente da República (art. 84, inc. VIII, CF/88).

Em virtude de o direito constitucional brasileiro ter adotado, em princípio, a teoria dualista moderada referente à recepção dos tratados pela legislação pátria, o simples fato de haver sido firmado tal ato internacional não significa que o mesmo passe a fazer parte do ordenamento jurídico imediatamente. Há a necessidade de que o tratado seja formalmente incorporado à ordem jurídica nacional, por meio de alguma espécie legislativa.

Assim sendo, o tratado, após firmado, é discutido e votado no Congresso, primeiramente na Câmara dos Deputados e, se nela aprovado, pelo Senado Federal. Aprovado pelo Congresso Nacional, a decisão é publicada, por iniciativa do Senado Federal, no Diário Oficial da União, por meio de decreto legislativo, desacompanhado do texto do tratado.

Deve-se salientar, ainda, que a expressão ato internacional, constante na própria Constituição, deve ser interpretada de forma mais restrita, no sentido de que nem todo ato internacional precisa ser, necessariamente, submetido à aprovação do Congresso Nacional, sendo, porém, indispensável o seu referendo, quando a celebração de tais atos implicarem em encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio brasileiro (art. 49, inc. I, CF/88).

Retornando à esfera do Poder Executivo, sujeita-se o ato internacional à decisão unilateral do Presidente da República, de consentir ou não a participação do país que representa no tratado. Externamente, o tratado passa a ter vigência a partir da ratificação do Presidente da República, e internamente, a partir da promulgação, que ocorre através de decreto do Presidente. Finalizando a “trajetória” do ato internacional, vislumbra-se sua publicação em anexo ao decreto presidencial, no Diário Oficial da União.

Isto posto, a partir dessa exposição de caráter mais global e introdutório, passar-se-á à análise, um pouco mais pormenorizada, quanto à tramitação do ato internacional, no seu sentido mais restrito, até se tornar obrigatório no âmbito nacional, assim como do possível conflito entre este, a lei e a Constituição Federal, por ocasião da sua aplicação ao caso concreto.

Até que seja possível considerar vigente, no Brasil, um acordo internacionalmente celebrado, faz-se mister observar algumas etapas. Inicialmente, proceder-se-á à uma fase de negociações entre os países interessados, negociações essas

protagonizadas, no que diz respeito ao Brasil, pelo menos, por agentes do Poder Executivo. Em seguida, caso bem sucedida a etapa anterior, ocorrerá a assinatura do referido tratado, pelo próprio Presidente da República ou por agentes detentores de carta de plenos poderes, legitimando-os, dessa forma, para a prática daquele ato. “Cuida-se aqui daquela firma que põe termo a uma negociação - quase sempre bilateral -, fixando e autenticando, sem dúvida, o texto do compromisso, mas, precipuamente, exteriorizando em *definitivo* o consentimento das pessoas jurídicas de direito das gentes que os signatários representam. Não há, pois, perspectiva de ratificação ou de qualquer gesto confirmatório alternativo. O compromisso se perfez, e o tratado tem condições de vigência imediata - a menos que, por conveniência das partes, prefiram diferir a vigência por tempo certo. De todo modo, uma cláusula final terá disciplinado essa matéria.” (Rezek, 1994:49) A etapa subsequente dar-se-á quando da submissão do acordo pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, que, por sua vez, é seguida de discussão e aprovação (ou não, todavia, o que interessa, neste texto, é apenas considerar a possibilidade da aprovação) do mesmo, que formalizar-se-á mediante decreto legislativo. Esse decreto legislativo, uma vez publicado, constitui-se na autorização para que o Poder Executivo ratifique e promulgue o ato internacional.

Com relação às “fases legislativa e executiva”, que mais interessam à presente abordagem, ensina, complementando o já vislumbrado, Horácio Wanderlei Rodrigues (1997:27): “Encaminhado o ato internacional ao Congresso Nacional, cabe a ele discuti-lo e votá-lo, aprovando-o ou não. A sua aprovação é oficializada através de decreto legislativo, publicado no DOU desacompanhado do texto do ato internacional. Tendo em vista ser, a celebração de tratado internacional ato privativo do Presidente da República, não pode o Parlamento eliminar reservas formuladas pelo Poder Executivo, nem impô-las. Pode, no entanto, sugerir a sua oposição ou eliminação. Com a aprovação do ato internacional e publicação do respectivo decreto legislativo, entretanto, não se completa o procedimento ou se torna ele obrigatório.”

A despeito desse procedimento, desenvolvido na esfera legislativa, tem-se como resultado apenas a aprovação do tratado, não sua incorporação ao direito interno; sua vigência, nacional e internacionalmente, condicionar-se-á, ainda, a uma série de outros trâmites, agora transcorridos na órbita do Executivo. O ato responsável pela vigência internacional do tratado é a ratificação. É, esta, entendida, na terminologia do Direito

Público, como “a confirmação, que o chefe de Estado ou o poder competente dá ao ato praticado por seus delegados, conforme autorização anterior, aprovando-o, assim, afinal.

Semelhante ratificação, entendida como formalidade que se segue às assinaturas dos tratados internacionais, a ser cumprida pelos diversos signatários (potências contratantes), vem em confirmação aos mesmos tratados para que produzam os desejados efeitos, sendo postos em vigor.” (Silva, 1978:IV,1291) É a ratificação “Ato formal pelo qual um Estado estabelece, no plano internacional, seu consentimento em obrigar-se por um tratado.” (Sidou, 1990:466)

Segundo Rezek (1994: 52-3), “não se pode entender a ratificação senão como ato *internacional*, e como ato de *governo*. Este, o Poder Executivo, titular que costuma ser da dinâmica das relações exteriores de todo Estado, aparece como idôneo para ratificar - o que no léxico significa *confirmar* -, perante outras pessoas jurídicas de direito das gentes, aquilo que ele próprio, ao término da fase negocial, deixara pendente de confirmação, ou seja, o seu consentimento em obrigar-se pelo pacto. Parlamentos nacionais não ratificam tratados, primeiro porque não têm voz exterior, e segundo porque, à conta de sua inabilidade para a comunicação direta com Estados estrangeiros, nada lhes terão renunciado, antes, por assinatura ou ato equivalente, que possam mais tarde confirmar pela ratificação.”

Explica Horácio Rodrigues (1997:28-9), que “quando o ato for bilateral, e sendo necessária a comunicação recíproca da existência dos instrumentos de ratificação, processa-se a troca desses instrumentos. Sendo multilateral, ocorre, geralmente, o seu depósito, em sede determinada no texto do ato internacional objeto da ratificação. (...) vigoram eles, no âmbito internacional, a partir da troca ou depósito dos instrumentos de ratificação, ou no prazo neles expressamente fixado.

A ratificação, entretanto, não tem o condão de atribuir ao ato internacional a vigência interna, ou seja, não o incorpora ao ordenamento jurídico interno. Para esse fim, exige-se a promulgação, entendida como ‘o ato jurídico, de natureza interna, pelo qual o governo de um Estado afirma ou atesta a existência de um tratado por ele celebrado e o preenchimento das formalidades exigidas para a sua conclusão, e, além disso, ordena sua execução dentro dos limites aos quais se estende a competência estatal’, e que ocorre através de decreto do Presidente da República.”

Finalmente, o decreto, acompanhado do texto do tratado, é publicado no Diário Oficial da União, para que seja garantido o conhecimento público do ato, salientando que, a partir daí, o ato internacional torna-se “obrigatório” na ordem jurídica interna.

“No Brasil se *promulgam*, por decreto do presidente da República, todos os tratados que tenham feito objeto de aprovação congressional. *Publicam-se* apenas, no Diário Oficial da União, os que hajam prescindido do assentimento parlamentar e da intervenção confirmatória do chefe de Estado. No primeiro caso, o decreto de promulgação não constitui reclamo constitucional: ele é produto de uma praxe tão antiga quanto a Independência e os primeiros exercícios convencionais do Império. Cuida-se de um decreto, unicamente porque os atos do chefe de Estado costumam ter esse nome. Por nada mais. Vale aquele como ato de *publicidade* da existência do tratado, norma jurídica de vigência atual ou iminente. Publica-os, pois, o órgão oficial, para que o tratado - cujo texto completo vais em anexo - se introduza na ordem legal, e opere desde o momento próprio. A simples publicação no Diário Oficial, autorizada pelo ministro das Relações Exteriores e efetivada pela Divisão de Atos Internacionais do Itamaraty (*sic*), garante a introdução no ordenamento jurídico nacional dos acordos celebrados no molde ‘executivo’ - sem manifestação tópica do Congresso ou intervenção formal, a qualquer título, do presidente da República.” (Rezek, 1994:84)

Quanto à obrigatoriedade do Protocolo de Medidas Cautelares no Brasil, o que se constata, empiricamente, é que este, até o momento, não foi incorporado ao sistema jurídico nacional. No que tange às etapas acima expostas, a situação do supramencionado Protocolo é a seguinte: o Protocolo de Medidas Cautelares foi devidamente firmado pelo Brasil e pelos demais países signatários do Tratado de Assunção, na cidade de Ouro Preto, em dezembro de 1994. Após discutido em ambas as casas legislativas, foi aprovado no Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo n.º 192, de 15 de dezembro de 1995. Atualmente encontra-se já ratificado, valendo, pois, externamente, perante os demais signatários, aguardando, entretanto, promulgação por parte do Chefe do Poder Executivo, o que provavelmente ocorrerá em virtude de tal Protocolo representar avanço necessário às soluções de caráter processual que envolvem os países do Mercosul.

A despeito de se considerar o tratado obrigatório, depois de se observar sua correta tramitação, inúmeras questões se colocam quando do conflito entre disposições convencionais e disposições legislativas internas. Em outras palavras, a que norma se deve dar prevalência, em face de um caso concreto que demande uma solução: à interna ou à convencional?

O referido conflito entre as normas internacionais e a ordem interna suscita duas grandes correntes doutrinárias que disputam o melhor equacionamento da questão: o dualismo e o monismo, concepção essa seguida pela maior parte da doutrina brasileira.

Conforme explica Barroso (1996:16), “para os dualistas, inexistente conflito possível entre a ordem internacional e a ordem interna simplesmente porque não há qualquer interseção entre ambas. São esferas distintas, que não se tocam. Assim, as normas de direito internacional disciplinam as relações entre Estados, e entre estes e os demais protagonistas da sociedade internacional. De sua parte, o direito interno rege as relações intra-estatais, sem qualquer conexão com elementos externos. Nesta ordem de idéias, um ato internacional qualquer, como um tratado normativo, somente operará efeitos no âmbito interno de um Estado se uma lei vier incorporá-lo ao ordenamento jurídico positivo. (...)”

O monismo jurídico afirma ... que o direito constitui uma unidade, um sistema, e que tanto o direito internacional quanto o direito interno integram esse sistema. Por assim ser, torna-se imperativa a existência de normas que coordenem esse dois domínios e que estabeleçam qual deles deve prevalecer em caso de conflito.”

Destarte, o que se observa é que a corrente dualista enseja a idéia de um Direito Internacional independente do Direito Nacional. Nessa concepção, o Direito Internacional Privado, ao que parece, não é considerado direito internacional, pois, na medida em que interfere no âmbito nacional, atingindo relações privadas, é considerado um ramo do direito interno. Já o monismo implica numa idéia de unidade jurídica, na existência de uma relação de hierarquia e subordinação do Direito Nacional em face do Direito Internacional.

A partir dessa breve análise sobre os dois pontos de vista acima mencionados, pode-se observar traços, no Brasil, de uma espécie de “dualismo moderado”, eis que o ato internacional é integrado ao ordenamento jurídico interno através de um decreto, que representa, por sua vez, o veículo para que o ato internacional seja incorporada à ordem jurídica interna. Isso porque o dualismo, fielmente interpretado, dispõe que para que uma produção normativa internacional possa integrar o ordenamento interno, deve ser “transformado” em lei, pela via legislativa. Entretanto, tal postura não é, exatamente, a adotada no Brasil, uma vez que, em nosso território, adota-se uma postura mais moderada, pois os tratados são integrados através de um procedimento diferente daquele da concepção literal, não se confundindo, portanto, com o “processo legislativo”, conforme o trâmite já vislumbrado no início do presente capítulo.

Contudo, a questão não é pacífica, havendo opiniões diferentes e divergentes, inclusive no sentido de se defender, e com fundamento, a adoção de um monismo moderado.

Para Mirtô Fraga (1997:113-4), “nosso Direito aderiu à teoria monista, ao determinar a obrigatoriedade de aplicação do tratado, sem exigir, expressa ou implicitamente, que um ato legislativo interno disponha sobre a matéria naquele contida.

O tratado é uma fonte de direito prevista na Constituição. A promulgação não o converte em direito interno, apenas lhe confere força executória, tal qual as outras fontes, também, previstas. A superioridade da norma convencional decorre do fato de que, na sua formação, se manifestam os órgãos encarregados da tarefa legislativa, ao passo que, na conclusão da norma legal, não intervém uma das partes, necessária à concretização do tratado.

Filiando-se ao monismo, com prevalência do Direito Internacional, o sistema jurídico brasileiro não admite, em caso de conflito de norma interna e convencional, seja violada a última. Excepcionalmente, pode acontecer que se aplique a lei, em prejuízo do tratado, acarretando, com essa ilicitude, a responsabilidade internacional do Estado. A decisão, aí, será, porém, política e não jurídica. Melhor denunciar o acordo

firmado que violá-lo, se sua vigência não interessas mais ao país. O princípio superior *pacta sunt servanda*, base de todo regulamento, e que informa, também, o Direito brasileiro deve ser respeitado.”

Segundo Barroso (1996:18-9), “no Brasil não existe disposição constitucional a respeito do tema... Não obstante, no que diz respeito ao tratado internacional e a norma interna *infraconstitucional*, a doutrina, ... é amplamente majoritária no sentido do monismo jurídico, com primazia para o direito internacional. Por tal postulado o tratado prevalece sobre o direito interno, de forma a alterar a lei anterior, mas não pode ser alterado por lei superveniente.

.....

(...) a orientação da mais alta Corte é a do monismo moderado, em que o tratado se incorpora ao direito interno no mesmo nível hierárquico da lei ordinária, sujeitando-se ao princípio consolidado: em caso de conflito, não se colocando a questão em termos de regra geral e regra particular, prevalece a norma posterior sobre a anterior.”

No que concerne ao conflito entre o tratado e a lei ordinária brasileira, é necessário que se façam algumas colocações, por não existir uma postura homogênea quanto ao assunto.

Mirtô Fraga (1997:79-83) entende que as soluções propostas podem ser englobadas em três grupos, quais sejam:

“a) equiparação entre lei e tratado, resolvendo-se o conflito pela aplicação do princípio *lex posterior derogat priori*;

b) aplicação da lei afasta a do tratado, em virtude da obrigação, imposta aos tribunais, de emprestar eficácia à lei;

c) aplicação do tratado por diferentes razões.

Estão no primeiro grupo aqueles que equiparam a norma convencional à legislativa, não só quanto ao *status*, mas, também, quanto ao valor que possam ter. (...) Dessa forma o conflito entre suas disposições se resolve pela aplicação do princípio comum às normas de igual valor, isto é, em virtude da ordem cronológica de sua edição, a mais recente a posterior revogando a mais antiga, a anterior: *lex posterior derogat priori*. Admitem possa ocorrer a responsabilidade internacional do Estado, pela não aplicação do tratado.

.....

Esse primeiro grupo, embora reconheça que os tratados, regularmente concluídos pelo Brasil e promulgados por decreto, sejam obrigatórios, no âmbito interno, não admite que o legislador fique impedido de aprovar leis que lhes sejam contrárias. (...)

Uma segunda solução prevê não a equiparação entre as duas normas, mas a obrigatoriedade imposta ao Poder Judiciário de aplicar o tratado e a lei, vigentes no território nacional, segundo o estabelecimento na Lei Maior. Não se admite a revogação do tratado pela lei nem a desta por aquele, eis que, tendo processos de elaboração diversos, só por eles podem ser modificados. (...) Os dois não têm, porém, o mesmo *status*, embora sejam ambos, hierarquicamente, inferiores à Constituição.

.....

... inexistindo regra constitucional que atribua ao Judiciário competência para negar aplicação ou anular a lei que seja contrária ao tratado, os juizes são obrigados a aplicar a norma legislativa, afastando a incidência da convencional. E como a lei não revoga o tratado, mas, apenas, afasta sua aplicação, a norma internacional voltará a aplicar-se, com a revogação da interna.

.....

Os que entendem que a lei revoga o tratado ou afasta sua aplicação admitem que, nesses casos, poderá ocorrer a responsabilidade internacional do Estado ...”

A despeito de expor as duas posições supramencionadas, Mirtô Fraga demonstra sua discordância em relação às mesmas, demonstrando-a através de várias assertivas, que serão sucintamente expostas, por serem, sem dúvida, significativas para a discussão a que aqui se refere, qual seja, a prevalência ou não da convenção internacional.

Expõe essa autora (1997:83), em relação às duas primeiras posições por ela bordadas: “Quanto à primeira, não vejo como possa o Estado obrigar-se, livremente, para, em seguida, deixar de cumprir o pactuado, inclusive editando leis contrárias ao que convencionara. (...) O tratado celebrado pelo Estado o foi para ser cumprido. Muitas vezes, seu objetivo é, justamente, incidir sobre situações que deverão ocorrer no âmbito interno do Estado. (...) É contra-senso afirmar-se que o Tribunal deve aplicar a lei posterior contrária ao tratado e admitir-se, ao mesmo tempo, a responsabilidade do Estado. Este é livre para contratar ou deixar de contratar. Afirmar, como muitos, que o Poder Executivo não pode, pela celebração do tratado, limitar a competência e a liberdade do Poder Legislativo seria válido, se ocorresse no século XVIII.”

Dando continuidade às críticas em relação à concepção segundo a qual a aplicação da lei afasta a do tratado em virtude da obrigação dos tribunais de conferir eficácia à lei, dispõe que (1997:85/7): “O Estado, antes de obrigar-se, por qualquer ato internacional, é livre para dispor, em suas leis, como melhor lhe aprouver; após o compromisso firmado, não lhe é permitido proceder da mesma forma, sob pena de violar o acordo.

.....

(...) O tratado não é dispositiva a incidir, em caso concreto, na ausência de expressa norma interna, tal qual a lei na ausência de contrato, entre as partes. O objetivo do ato internacional é, justamente, na maioria das vezes, afastar a incidência de regra interna, já existente, ou prevenir esse afastamento no futuro.

Além do mais, afastar a aplicação do tratado, suspender sua eficácia - ainda que momentaneamente -, durante a vigência de lei e, em decorrência dela, é, em síntese, admitir a modificação do primeiro pela segunda, o que não é possível de acordo com a solução proposta.

Não estariam, também, obrigados os Tribunais a emprestar eficácia aos tratados, regularmente concluídos? Da mesma forma que em relação às leis, não poderiam afastar a aplicação da norma convencional senão quando a isso expressamente autorizados. (...)

Além disso, se se deve afastar, sempre, a norma convencional pela aplicação obrigatória da regra interna a que são compelidos os Tribunais, por que afirmaria o Estado um compromisso internacional, impossível de ser cumprido?

.....

Essa segunda solução, nos termos em que foi proposta, implicitamente, admite a supremacia do direito interno.”

Continua ela (1997:89-90), salientando que, “em consequência, deve-se procurar uma terceira posição que se proponha a resolver o impasse. E, de acordo com o Direito brasileiro, ela se consubstancia no reconhecimento da superioridade do tratado, admitida pela doutrina predominante no Brasil. Alguns autores aceitam a revogação da lei anterior pelo tratado, mas não têm, como verdadeira, a recíproca. (...)

A supremacia do Direito Internacional deve ser, em realidade, o único meio possível, de acordo com o sistema jurídico brasileiro, de solucionar o conflito entre as duas normas.”

Conclui, a autora (1997:94-9), definindo sua opção, no sentido de que: “...todas as nossas Cartas fazem expressa referência à aplicação de tratados pelo Poder Judiciário. Este é obrigado a aplicar a lei; é, também, obrigado a aplicar o tratado. A solução não pode ser encontrada em norma *expressa* de direito positivo. Mas, de preceitos implícitos na Lei Maior, e com o auxílio de princípios gerais de direito, pode-

se encontrar a resposta. No sistema jurídico brasileiro, há duas fontes de direito positivo: uma emanada, apenas, de órgãos internos, e que se pode denominar fonte interna; outra, oriunda, digamos, do exterior, mas, com a colaboração dos mesmos órgãos internos, encarregados de fazer surgir a fonte interna.

.....

(...) Dessa forma, a fonte externa pode afastar a aplicação da fonte interna anterior, com ela conflitante. Não pode, porém, ser afastada pela norma interna posterior, porque para a conclusão desta não foram ouvidos todos aqueles que intervieram na formação daquela.

.....

O fato de, após sucessivas Constituições, nosso País manter os compromissos assumidos corrobora, também o entendimento de que o princípio *pacta sunt servanda* é obrigatório na ordem interna. (...)

.....

Pelas razões expostas, admito a supremacia da norma convencional sobre a interna, seja ela anterior ou posterior, em face de preceitos, que considero implícitos, na Lei Maior, e de princípios universais de Direito.

.....

A jurisprudência brasileira não se mostra uniforme, ora decidindo a favor de disposição interna, ora a favor da convencional. Pode-se dizer, entretanto, que o princípio que norteia o Supremo Tribunal Federal é o de que, na interpretação de normas, deve-se procurar a conciliação, afastando-se o conflito.”

Conclui-se, a partir do exposto por Mirtô Fraga, ser de fundamental importância suas colocações, precipuamente no sentido de abordar de forma crítica, as diversas

concepções concernentes ao conflito tratado e lei interna. A referida autora, ao elencar as soluções propostas, demonstra, baseada em fundamentos bastante contundentes, sua discordância e o porque desta, em relação à proposta de equiparação entre lei e tratado, sendo que os possíveis conflitos existentes entre os mesmos, resolver-se-iam pela aplicação da “norma” posterior, seja ela derivada do direito interno ou externo. Discorda, também, a autora, da solução segundo a qual a aplicação da lei afasta a do tratado, em virtude da obrigação dos tribunais de conferir eficácia à lei. Entende que nessa última hipótese há, ainda que implicitamente, prevalência do Direito interno sobre o ato internacional.

Destarte, opta a autora pela posição consistente na aplicação do tratado, quando se estiver diante de um conflito deste com a lei, seja ela anterior ou posterior aquele, concordando, dessa forma, segundo ela mesma, com a doutrina dominante no Brasil. Para Mirtô Fraga, a supremacia do Direito Internacional deve ser o único meio possível, de acordo com o sistema jurídico brasileiro, de solucionar o conflito entre duas normas. Todavia, faz algumas ressalvas, a essa colocação, a priori tão absoluta, e, à medida que faz esse adendo, contradiz e confunde, em parte, sua postura inicial. Segundo ela, são necessárias algumas observações, pois, na verdade, a norma jurídica internacional não pode revogar a interna e vice-versa. Assinala que, se se admitir que seja afastada a norma, em determinado caso, por incidir, na espécie, uma outra (seja nacional ou externa), aquela não perderia sua eficácia. O Tribunal pode, nesse caso, entender que não se trata de revogação de uma por outra, mas que, estando as duas em vigor, sendo ambas igualmente válidas, o caso discutido deve ser resolvido pela aplicação desta ou daquela regra. Na verdade, o que se observa, efetivamente, é que essa última colocação da autora, brevemente exposta acima, vai de encontro ao que a mesma apregoou inicialmente, pois não se vislumbra uma prevalência do Direito Internacional, mas apenas uma “convivência pacífica” entre este e o Direito Interno, aplicando-se um ou outro, da forma mais apropriada possível, o que é, por sinal, um critério deveras subjetivo e basicamente político.

Apesar de a posição doutrinariamente dominante no Brasil inclinar-se no sentido da supremacia do Direito Internacional sobre as leis internas (não englobando a Constituição, embora há quem entenda que até sobre esta aquele deve prevalecer), a

realidade prática àquela não se equivale, direcionando-se no sentido de considerar a equiparação entre as leis internas ordinárias (federais) e o tratado, prevalecendo, em caso de conflito, a “lei” posterior. Essa realidade, embora não condizente com o ideal doutrinário, é a abordada pela maioria dos autores pesquisados.

Nesse sentido, assinala Rezek (1994:104-5): “Abstraída a constituição do Estado, sobrevive o problema entre tratados e leis internas de estatura infraconstitucional. A solução, em países diversos, consiste em garantir prevalência aos tratados. Noutros, entre os quais o Brasil contemporâneo, garante-se-lhes apenas um tratamento paritário, tomadas como paradigma as leis nacionais e diplomas de grau equivalente.

.....

(...) A *supremacia* significa que o tratado prevalece sobre a legislação dos estados federados, tal com a lei federal ordinária. Não, porém, que seja superior a esta. De tal modo, em caso de conflito entre tratado internacional e lei do Congresso, prevalece...o texto mais recente. É certo, pois, que uma lei federal pode fazer “repelir” a eficácia jurídica de tratado anterior, no plano interno.”

De forma semelhante, expõe Rechsteiner (1996:67)” que “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) consagra, atualmente, a teoria da paridade entre o tratado e a lei nacional. De acordo com essa teoria, o tratado prevalece sempre sobre as leis internas, anteriores a sua promulgação. Mas, existindo conflito entre o tratado e a lei posterior, prevalece a lei interna. Essa posição, adotada pela Corte Suprema, contrasta com o pensamento de grande parte da doutrina nacional que defende a primazia dos compromissos externos sobre as leis federais ordinárias em geral. (...)

Conclui-se, pelas razões aduzidas, que o fim das controvérsias sobre a polêmica relação entre tratado internacional e lei nacional no Brasil ainda não está à vista.”

De forma bastante esclarecedora, sintetiza Horácio Rodrigues (1997:36): “...pode-se concluir, em princípio, que no caso do Mercosul, deve-se proceder da

seguinte forma: (a) publicado no DOU o decreto presidencial, acompanhado do texto do ato internacional, torna-se ele vigente internamente, obrigando a todos, devendo, por conseguinte, ser aplicado pelo juiz brasileiro, quando cabível; (b) no conflito de norma específica do Mercado Comum e outra norma internacional igualmente vigente, sendo partes particulares pertencentes a Estados que constituem o Mercosul, devem as suas normas prevalecer, tendo por base o princípio da especialidade; e (c) no conflito entre norma específica do Mercado Comum e norma interna, originariamente nacional, deve também prevalecer a do Mercosul, com base no mesmo critério. Está-se aqui presumindo, evidentemente, que essas normas não contrariam a ordem jurídica internacional e nem as constituições dos Estados que compõem o bloco, situações nas quais o conflito teria de ser resolvido pelo critério hierárquico.

Finalmente, destaca-se que não haveria lógica ou sentido em se aceitar a constituição de um sujeito de direito internacional, com personalidade jurídica e normas próprias, e ao mesmo tempo acreditar-se que os seus membros não quisessem dar-lhe efetividade. É isso que ocorreria ao se atribuir, quando da existência de antinomia, prevalência a outra norma que não a do Mercosul. A lógica e o bom senso são elementos fundamentais a serem sempre considerados pelo intérprete e pelo aplicador do direito.”

Irineu Strenger também analisa esse “problema”. Para ele (1996:111), “é questão bastante controvertida em direito internacional privado, saber se prevalece o tratado ou a lei interna, quando cada qual resolve a mesma questão de modo diverso. Predomina o tratado ou a lei? Um tratado pode modificar ou não a lei interna? A lei interna pode revogar o tratado?

Duas correntes existem, a saber:

a) a sustentada por Haroldo Valladão, que admite a primazia do tratado sobre a própria Constituição, desde que o tratado tenha preenchido todas as formalidades;

b□□ outra corrente que admite a primazia do direito interno sobre os dispositivos convencionais. Todavia, o problema ainda não foi convenientemente solucionado no campo doutrinário.”

Irineu Strenger é um dos poucos doutrinadores brasileiros que discorda da opinião majoritária, corroborando a prática atual da solução do conflito entre tratado e norma de direito interno. Para Strenger (1996:113), “valendo o tratado como lei interna, não tem caráter essencialmente internacional como fonte do direito internacional privado; assim, se ocorrer conflito entre uma lei anterior e um tratado posterior, este prevalece; se for um conflito entre um tratado anterior a uma lei interna posterior, esta há de ser aplicada.

.....

(...) Contudo, em face do sistema constitucional pátrio, pensamos que a orientação que adotamos é a que mais se coaduna com a realidade jurídica nacional.”

Ciente da opinião da maioria da doutrina diante do tema ora abordado, Strenger (1996:114-5) mantém sua postura, ainda que divergente daquela: “Quanto a nós, não temos ainda motivo para mudar de orientação.

.....

A orientação que se torna dominante é no sentido de que uma vez caminhados os ‘canais competentes’ do Poder Legislativo e Executivo, ou seja, após ser aprovado pela Câmara e pelo Senado e, em seguida, ser sancionado pelo Presidente da República, o tratado passa a ser lei interna. Ora, a partir daí, um conflito entre esse tratado-lei e a lei anterior será resolvido pelo direito intertemporal, como se resolvem normalmente os conflitos de leis no tempo.”

Deisy de Freitas Lima Ventura (1996:113) sustenta que “existindo ou não protestos na doutrina, resta clara a possibilidade das regras oriundas do MERCOSUL perderem seus efeitos frente à lei posterior que as confronte. Tal descumprimento

unilateral, referendado pelo entendimento pátrio, rompe qualquer possibilidade de coesão sistêmica.”

Após a abordagem e análise de concepções e algumas questões relativas ao conflito entre a lei interna e o tratado, efetuar-se-á semelhante procedimento no que tange ao conflito entre o tratado e a Constituição nacional.

Segundo Mirtô Fraga (1997:115), “é a lei suprema que determina quando, e mediante quais condições, pode o órgão representativo da organização política obrigá-la por compromisso assumido.

... a Constituição moderna admite a sua própria reforma, nos casos e condições, em seu texto, estabelecidos. Se entre eles figura a superveniência do compromisso assumido perante outro Estado, terá ela, então, consagrado a primazia indiscutível do Direito Internacional. Se, todavia, nenhuma referência faz a essa possibilidade, dever-se-á preferir a disposição constitucional à do tratado.”

É o que se observa no Brasil, ou seja, a Constituição Federal não faz nenhuma referência expressa a possibilidades nas quais algum tratado internacional prevaleça sobre seu texto.

Diante disso, alerta essa autora (1997:119-22): “Cumpra, aqui, distinguir os casos de conflitos do tratado com a Constituição que lhe é anterior daqueles outros em que se verifica a divergência com a posterior.

.....

(...) Ao celebrar tratados com outras Nações, o Estado assume em seu nome e não no dos homens que exercem o Poder, compromissos vários. Pelo princípio da identidade, deve respeitá-los. A obrigação assumida constitui um limite à sua liberdade que, entretanto, poderá ser restaurada, se lhe convier, com a denúncia do tratado, devendo, se for o caso, responsabilizar-se pelos danos oriundos desse procedimento.

A Constituição atual, ao estabelecer sua supremacia sobre os tratados, não ressaltou os compromissos assumidos anteriormente. Mas, é princípio elementar de Direito que uma parte não pode, unilateralmente, alterar os termos do pacto firmado, sob pena de responder pelos danos a que der causa.

.....

E como resolver-se o conflito entre Constituição e tratado posterior? Valladão preconiza a validade da norma interna; Marotta Rangel, a da internacional, salvo se o tratado foi concluído com [violação manifesta da norma interna concernente à competência para concluir normas convencionais (e desde que a parte reclamante não haja anteriormente reconhecido a validade do tratado cuja nulidade pleiteia)].

.....

Marotta Rangel parece encontrar um caminho para a solução do conflito entre a Constituição e o tratado. Tentarei resumir sua lição. Não pode haver o reconhecimento da supremacia absoluta da constituição sobre o tratado, já que ele implica ignorância das razões em favor da primazia da norma convencional sobre a interna. Por outro lado, não pode haver, também, o reconhecimento da superioridade absoluta da norma convencional sobre a constituição, porque seria desconhecer a importância da última na ordem jurídica, além de configurar um atentado à autonomia e à realidade social e política de cada Estado. Como resolver tal impasse? Muito fácil: compreendendo que a afirmação da primazia do tratado sobre a norma constitucional envolve um “problema técnico de emenda constitucional”, a ser previsto e regulamentado pelos Estados. Dessa forma, a aprovação de tratado que conflite com a constituição obedeceria à tramitação, não da lei ordinária, mas da emenda constitucional, pois admitir a prevalência do tratado contrário à Carta Magna é admitir, diz ele, a modificação da própria constituição.”

Mirtô Fraga (1997:122) aponta, sucintamente, os principais tópicos do pensamento de Marotta Rangel, realizando, em seguida, uma crítica em relação ao mesmo, no sentido de discordar que “a afirmação de predominância dos tratados sobre as leis constitucionais’ envolva um ‘problema técnico de emenda constitucional’. Se é

necessária a revisão constitucional para posterior conclusão de tratado, então o que se afirma, aí, não é a predominância do tratado, mas da própria Constituição, já que a conclusão daquele só ocorrerá, após a reforma e, conseqüentemente, em concordância com a Constituição, em seu texto vigente à data da aprovação.”

Definindo sua posição, conclui Fraga (1997:122-3) que a solução dessa questão “deve ser encontrada à luz do Direito Constitucional de cada Estado. Como afirmei, o Poder Constituinte é soberano e pode estabelecer a reforma da Carta, nos casos e nas condições que entender convenientes. (...)”

Embora se afirme que só é admitida a superioridade da Constituição sobre o tratado posterior, ‘se ele for concluído com violação manifesta da norma interna concernente à competência para concluir normas convencionais’, isto é, se houver, segundo o direito interno, invalidade formal,... essa afirmativa deve ser entendida em termos. Pois, se a Constituição estabelece que ato pode obrigar, internacionalmente, o Estado, se determina o procedimento ou as condições em que isso se torna possível, limita, também, a competência, impedindo certos acordos. A competência par firmar tratado deve, em nosso sistema jurídico, ser entendida, no sentido amplo: formal e material, uma vez que nossa Lei Maior não permite a nenhum ato, seja interno, seja internacional, contrariar disposição de seu texto.”

A posição da jurisprudência em face da problemática aqui aludida, é no sentido de não se admitir “a aplicação de tratado contrário à Lei Maior Não há ressalvas quanto a compromissos anteriores, impondo-se, porém, o respeito a eles, em virtude do princípio da identidade do Estado e em razão de não ser absoluto e ilimitado o Poder Constituinte.

.....

Atualmente, ... pode-se afirmar, com certeza quase absoluta, que o Supremo Tribunal não aplicará norma convencional contra dispositivo da Constituição, anterior ou posterior.

A solução mais coerente é a denúncia de tratado anterior, que conflite com norma constitucional posterior, e a não assinatura de convenção posterior contrária à Lei Maior.” (Fraga, 1997:125-6)

Semelhante linha de raciocínio segue José Francisco Rezek (1994:103-4), entendendo “que o primado do direito das gentes sobre o direito nacional do Estado soberano é, ainda hoje, uma proposição doutrinária. Não há, em direito internacional positivo, norma assecuratória de tal primado. Descentralizada, a sociedade internacional contemporânea vê cada um de seus integrantes ditar, no que lhe concerne, as regras de composição entre o direito internacional e o de produção doméstica. Resulta que, para o Estado soberano, a constituição nacional, vértice do ordenamento jurídico, é a sede de determinação da estatura da norma jurídica convencional. (...) Assim, posto o primado da constituição em confronto com a norma *pacta sunt servanda*, é corrente que se preserve a autoridade da lei fundamental do Estado, ainda que isto signifique a prática de um ilícito pelo qual, no plano externo, deve aquele responder.

Embora sem emprego de linguagem direta, a Constituição brasileira deixa claro que os tratados se encontram aqui sujeitos ao controle de constitucionalidade, a exemplo dos demais componentes infraconstitucionais do ordenamento jurídico. Tão firme é a convicção de que a lei fundamental não pode sucumbir, em qualquer espécie de confronto, que nos sistemas mais obsequiosos para com o direito das gentes tornou-se encontrável o preceito segundo o qual todo tratado conflitante com a constituição só pode ser concluído depois de se promover a necessária reforma constitucional.”

Fica claro, a partir da exposição de Rezek, a posição hierarquicamente superior da Constituição federal em relação ao tratado internacional, devendo este, inclusive e conseqüentemente, ser compatível com aquela, sob pena de ser declarado inconstitucional.

Irineu Strenger, ao abordar os possíveis conflitos entre tratados internacionais e o ordenamento jurídico estatal, abrangendo tanto as normas infra (já escandidas no presente trabalho), quanto as de nível constitucional. Isto posto, estabelece, o autor

1996:114), duas regras, sendo a primeira concernente à Constituição frente ao ato internacional.

“Assim podemos fixar duas regras:

1) Nenhum tratado internacional pode opor-se às normas constitucionais, porque entre nós vigora o preceito da primazia das leis constitucionais sobre todas as leis.

2) Se o direito interno posterior em discordância com o tratado internacional anterior, prevalece aquele sobre este, sobre o tratado.

Devemos salientar, contudo, que se é verdade que a maior parte da doutrina nacional aceita a primeira regra, quanto à segunda, a opinião da quase totalidade dos nossos tratadistas é contrária ...”

Sob esse prisma, corrobora Rechsteiner (1996:67): “No Brasil, um tratado internacional não pode ferir a Constituição, e, inclusive, está sujeito ao controle de constitucionalidade.” Conforme dispõe a própria Constituição Federal, em seu artigo 103, inciso III, alínea “b”, compete ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição, cabendo-lhe julgar recurso extraordinário que tenha por objeto a declaração da inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

Para Luís Roberto Barroso (1996:21-2), “assim como no direito interno, uma norma sujeita-se ao contraste constitucional tanto do ponto de vista formal quanto do material, também os tratados internacionais submetem-se a essa dupla apreciação. Por via de consequência, é possível avaliá-los sob dois aspectos: o de sua constitucionalidade extrínseca e o de sua constitucionalidade intrínseca.

A inconstitucionalidade, na primeira hipótese, também denominada ratificação imperfeita, ocorre quando o tratado aprovado viola as regras constitucionais de competência e de procedimento para sua celebração, aprovação parlamentar, ratificação e entrada em vigor. A doutrina oscilou em admitir-lhe a validade, a despeito do vício formal, ou proclamar-lhe a nulidade. (...)

A doutrina monista do primado do direito internacional só admite essa hipótese de inconstitucionalidade do tratado, rejeitando qualquer possibilidade de seu exame intrínseco para verificação de compatibilidade com a Lei Maior.”

Todavia, ainda segundo Barroso (1996:29-32) “entre nós, desde a primeira Constituição republicana se admite a verificação da constitucionalidade intrínseca de um tratado. (...) A Constituição de 1967-69 ensejava tal tipo de pronunciamento, em regra que foi reproduzida na Carta atual. De fato, no art. 102, III, *a*, da Constituição de 1988, prevê-se o cabimento de recurso extraordinário quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

É bem verdade que a dicção pura e simples da cláusula constitucional, tal como vem sendo reproduzida nos diferentes Diplomas, não infirma, *prima facie*, a tese ... acima exposta. É que, em verdade, ao prevê declaração de inconstitucionalidade de tratado, o texto constitucional só pode estar-se referindo àquele que seja posterior à Constituição. Isso porque, consoante regra consolidada do direito constitucional intertemporal brasileiro, não se declara a inconstitucionalidade de preceito anterior à ConstituiçãoPortanto, a letra expressa da Lei Maior não dirime a dúvida sobre a possibilidade de o tratado anterior prevalecer, mesmo que contraste com a nova norma constitucional.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal ... afastou, de forma taxativa, quaisquer incertezas que pudessem existir. A questão se impôs relativamente à cobrança do imposto sobre circulação de mercadorias (ICM) na importação de bens de capital de países membros do GATT. (...)

.....

Ao apreciar o caso, o Supremo Tribunal Federal firmou posição estreme de dúvida ao decidir:

‘Inadmissível a prevalência de tratados e convenções internacionais contra o texto expresso da Lei Magna (...)

Os acordos internacionais, como é o caso do GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*), protegem os produtos originários dos países contratantes. Todavia, não há como admitir, como deixou a entender a decisão recorrida, que na nova tributação autorizada pela Emenda Constitucional n. 23, deva ser atendido o que prescreve um tratado internacional (...)

Hierarquicamente, tratado e lei situam-se abaixo da Constituição Federal. Consagrar-se que um tratado deve ser respeitado, mesmo que colida com o texto constitucional, é imprimir-lhe situação superior à própria Carta Política'.

.....

Em síntese apertada de tudo que se vem de expor, é possível assentar que, no conflito de fontes interna e internacional, o estágio atual do direito brasileiro, consoante a jurisprudência constitucional e a melhor doutrina, é no sentido de que:

.....

B) O tratado celebrado na vigência de uma Constituição e que seja com ela incompatível, do ponto de vista formal (extrínseco) ou material (intrínseco), é inválido e sujeita-se à declaração de inconstitucionalidade ... por qualquer órgão judicial competente, sendo tal decisão passível de revisão pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário. O tratado que se encontrar em vigor quando do advento de um novo texto constitucional, seja este fruto do poder constituinte originário ou derivado, será tido como ineficaz, se for com ele incompatível.”

Em síntese, conclui-se que a posição majoritária na doutrina brasileira entende que o tratado internacional deve ser compatível, deve adequar-se à Constituição, posição esta que é corroborada e pragmatizada pela jurisprudência nacional. O que se deve buscar é uma forma razoável e condizente com o gradativo processo de integração, realidade hodierna flagrante, para compatibilizar a necessária eficácia dos acordos firmados internacionalmente (meios de viabilizar e concretizar a integração regional),

com o sistema constitucional brasileiro, destituindo a concepção arcaica de soberania, analisando-a sob um prisma progressista e, acima de tudo, realista, sem, contudo aniquilar a identidade do país.

Deve-se ter sempre em “pauta”, o escopo da aproximação, união, integração, o maior e mais célere desenvolvimento econômico, social, cultural, etc., dos países engajados nesse processo, entre eles o Brasil. Tanto que o artigo 4º da própria Carta Magna, em seu parágrafo único, precipuamente, expressa esse objetivo.

Com relação à efetividade, a possibilidade de aplicação do Protocolo de Medidas Cautelares, internamente, quando de sua promulgação, em virtude da supremacia da Constituição, será profundamente prejudicada. Isso, porque o Protocolo prevê, para o cumprimento das medidas cautelares em país do Mercosul, que não o de sua decretação, o “mecanismo” das cartas rogatórias. Todavia, o “instrumento” previsto naquele ato internacional vai, pelo menos em tese, de encontro à Constituição, pois, por ser considerada a “decisão”, no processo cautelar, uma sentença, e as sentenças, em observância do artigo 102, inciso I, alínea “h” da Constituição Federal de 1988, necessitarem, para serem executadas em território nacional, precisam ser submetidas ao processo de homologação, como já mencionado no capítulo antecedente. Nesse sentido, o mecanismo disposto no Protocolo, a princípio, é impróprio, pois para as cartas rogatória a Constituição Federal exige unicamente a concessão do *exequatur*. Essa situação é, entretanto, passível de solução, adotando-se para as cartas rogatórias, que possuam por objeto medidas cautelares (no âmbito do Mercosul), o procedimento da homologação de sentenças estrangeiras.

Não se está, aqui, em absoluto, condenando o método recomendado no tratado, visando a tornar mais célere o cumprimento das medidas cautelares, que, inclusive, em virtude de sua natureza, requerem a maior urgência possível para sua efetivação. Maior celeridade essa, obtida, pelo menos em tese, com a “substituição” da homologação pela concessão de *exequatur* às cartas rogatórias. Contudo, não se pode ignorar a impropriedade e o conflito entre os dispositivos nacional e externo, prevalecendo, conforme supramencionado, a Constituição Federal.

De outro lado, inconstitucionalidade (dupla) vislumbrada no Protocolo de Medidas Cautelares, é encontrada no artigo 19 do referido documento, quando dispõe que os juízes ou tribunais das zonas fronteiriças dos Estados-Partes poderão transmitir-se, de forma direta, os *exhortos* ou cartas rogatórias previstos neste Protocolo, sem necessidade de legalização.

Diante do acima exposto, fica evidente que o cumprimento das cartas rogatórias deprecadas por cidades vizinhas ao Brasil e pertencentes a algum dos três países integrantes do Mercosul, independe da concessão do *exequatur* (ou da homologação?) por parte do Supremo Tribunal Federal. A legalização da carta rogatória pelo Estado no qual se situa o juízo deprecado é dita desnecessária.

A Constituição Federal brasileira, como frisado no capítulo anterior, exige o *exequatur* para as cartas rogatórias e a homologação para as sentenças estrangeiras. O Protocolo de Medidas Cautelares abre, em seu artigo 19, uma exceção, específica para a concessão do mesmo, frente à determinada circunstância, qual seja, a presença de cidades fronteiriças. Ocorre, sem dúvida, choque frontal e nítido entre norma constante da Carta Magna e outra, integrante de um ato internacional firmado entre os países do Mercosul.

Suponha-se o seguinte caso prático: o juiz de Direito da cidade argentina de Bernardo de Irigoyen emite carta rogatória à autoridade competente brasileira, a fim de que seja seqüestrado determinado bem de Fulano de Tal, em Dionísio Cerqueira. Atente-se ao fato de que as cidades aludidas formam “zona fronteiriça” entre Argentina e Brasil.

Qual seria, então, a norma aplicável ao caso proposto? O cumprimento da carta está sujeito ao *exequatur* (ou homologação?) do STF, como preconiza a Constituição Federal de 1988? Ou a legalização da rogatória é desnecessária, de acordo com o que prescreve o Protocolo de Medidas Cautelares?

Neste caso, a carta rogatória deprecada pelo juiz da cidade argentina de Bernardo Irigoyen, para ser cumprida em território brasileiro, deveria, diante da

supremacia da Constituição, ser colocada à disposição do Supremo Tribunal Federal, para que o mesmo concedesse o *exequatur* (ou homologação?). Mencionou-se, há pouco, a existência, nesse caso, de uma dupla inconstitucionalidade. Isso porque, conforme assinalado anteriormente, de acordo com a Constituição, as sentenças cautelares, como as demais, via de regra, devem ser submetidas à homologação. Além disso, mesmo que pudessem ser cumpridas mediante carta rogatória, esta dependeria da concessão do “cumpra-se”, para ser efetivada, não a dispensando, por sua vez, a Constituição, como o faz o Protocolo, divergindo do que textualiza a Lei Maior brasileira.

Importante é fazer referência às principais etapas relativas aos “processos” de homologação e de concessão de *exequatur*, constitucionalmente previstos e disciplinados, basicamente no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Enfatize-se a morosidade que caracteriza o cumprimento de medida cautelar internacionalmente, mesmo com o Protocolo, se se resolver, é claro, a questão da previsão imprópria da utilização da carta rogatória. Pois, a despeito da tentativa de agilizar o trâmite, esse processo, empiricamente, configura-se extremamente moroso, incompatível, portanto com a urgência que a providência cautelar demanda. Se se for observar a Constituição, que prevê a homologação das sentenças estrangeiras, e a sentença cautelar é, indubitavelmente, uma sentença, então o processo ficará ainda mais lento. Mesmo considerando a carta rogatória como meio legítimo, no Brasil, para cumprir medida cautelar, a demora de sua tramitação é inconteste. Tem, ela, que percorrer um árduo caminho. Inicialmente, devem ser remetidas pelo juiz deprecante à Autoridade Central. Essa Autoridade remeterá, então, a carta ao Supremo Tribunal Federal. Concedido o *exequatur*, é, por seu turno, dirigida ao juiz competente para o efetivo cumprimento. Após cumprida, a carta percorre o mesmo trajeto, apenas no sentido contrário, até retornar ao Estado-Parte que deprecou o seu cumprimento.

O Protocolo de Medidas Cautelares foi, entretanto, ainda mais longe: dispensou, expressamente, no último parágrafo do artigo 19, o cumprimento do procedimento homologatório para as sentenças estrangeiras. Esse dispositivo, em tese, resolve o problema levantado, relativamente à impropriedade da utilização das cartas rogatórias,

pela exigência menor, apenas de concessão do *exequatur*. Mas, como ressaltado, apenas em tese, pois é norma frontalmente inconstitucional no Brasil, frente ao disposto no já várias vezes citado artigo 102, inciso I, alínea “h” da Constituição Federal.

A realidade que se constata frente a essas situações aqui expressadas, é que o Protocolo de Medidas Cautelares traz alguns avanços significativos. Entretanto, exatamente naqueles pontos em que ele ousa, a Constituição Federal brasileira funciona como um entrave, colocando óbices intransponíveis à sua aplicação, a não ser que o STF mude completa e radicalmente sua posição histórica nessa matéria, posição também majoritária na doutrina pátria.

Pode-se, então, questionar, qual a justiça que há no processo cautelar, e, conseqüentemente, no processo principal ao qual aquele, regra geral se refere, se se garante apenas e tão somente o acesso à propositura de uma ação cautelar, visando, a parte, entretanto, uma segurança, uma “garantia” de justiça, em virtude de se ver ameaçada de não ter sua pretensão satisfeita, ou melhor, de não ter um resultado útil no processo no qual pleiteia seu direito?

O que há, neste momento, é o “acesso a um justiça teórica”, onde a efetividade, a garantia de realização de direitos, perde-se em meio à retórica. Na prática, o cidadão, nacional de outro Estado-Parte do Mercosul, que necessitar ter um medida cautelar cumprida em território brasileiro, corre o sério risco de ter como certo o cumprimento, fatalmente tardio, da providência “de urgência”, fulminando os objetivos e a própria razão de ser da tutela cautelar. Essa não é, certamente, a “proteção” jurisdicional que os “cidadãos” do Mercado Comum do Sul almejam e merecem, como sujeitos ativos, construtores, protagonistas dessa empreitada permeada de expectativas e conquistas já implementadas.

Tendo em vista o que foi, neste capítulo abordado, em síntese, pode-se concluir que, diante de um conflito entre disposição de ato internacional (considerando-se como abrangente de tratado, convenção, protocolo, etc.) e uma norma de direito interno brasileiro, deverá prevalecer, segundo a posição atual do STF, a posterior, em virtude de

se considerá-las equivalentes, hierarquicamente e de prevalecer o princípio de que a norma posterior prevalece sobre a anterior. Quando se tratar de conflito entre tratado e norma constitucional, deverá esta prevalecer sobre aquele, em virtude da supremacia da constituição brasileira que, inclusive, prevê controle de constitucionalidade de atos internacionais.

Nesse sentido, os tratados internacionais passam a ter vigência em território nacional após o devido procedimento, legalmente estabelecido, que se finaliza com a promulgação do Presidente da República, quando, então, passa a vigir, sendo seu cumprimento “obrigatório”, quando necessário. Por outro lado, adquire vigência externa, obrigando seu signatário internacionalmente, após sua ratificação.

O processo cautelar é concluído, via de regra, por sentença cautelar, como processo autônomo que é, embora mantenha referibilidade com um processo principal. Dispõe artigo constitucional (art. 102, I, “h”) que as sentenças estrangeiras devem ser homologadas pelo STF para que possam ser cumpridas ou reconhecidas no Brasil, prevê, também, que as cartas rogatórias devem, para serem cumpridas, receber a concessão de *exequatur*.

Todavia, o Protocolo de Medidas Cautelares previu, para o cumprimento de medidas cautelares solicitado por um Estado-Parte do Mercosul a outro, o mecanismo das cartas rogatórias, assim como, em um de seus dispositivos (art.19), dispensou a concessão de “*exequatur*” quando se tratar de zonas de fronteira e, como regra geral, o processo de homologação de sentenças estrangeiras, quando para o cumprimento de medidas cautelares. Não se pretende desmerecer essa “tentativa” de agilização para o cumprimento de providências que tem sua razão de ser na própria urgência. Entretanto, é flagrante a inconstitucionalidade dessas disposições.

Faz-se mister encontrar meios para viabilizar, de forma mais efetiva, a cooperação jurisdicional entre os países do Mercado Comum do Sul, especificamente em relação à matéria cautelar, pela necessidade de rapidez que a envolve. É preciso que se crie uma nova concepção sobre as normas internacionalmente produzidas, ampliando a sua receptividade nos ordenamentos jurídicos nacionais, em especial na esfera

constitucional, porque, sem uma harmonização jurídica mínima, configura-se dantesca a dificuldade de integração, que dirá, de se consolidar, algum dia, uma comunidade.

Em que pese a ínfima profundidade lograda por este trabalho, tanto no que se refere à análise do Protocolo de Medidas Cautelares em si, quanto à análise de algumas das questões a ele conexas, conseguiu-se, aqui, vislumbrar o quão distante do ideal situa-se a cooperação jurisdicional no Mercosul.

Inúmeras são as razões dessa distância e da dificuldade em transpô-la. Uma das mais significativas, sob todos os aspectos, é a arraigada e arcaica noção de soberania, que norteia as disposições de Direito Internacional consagradas pelos Estados-Partes do Mercosul, especialmente quando tais disposições estão inscritas nas Constituições Federais (o que amplia os óbices em superá-las).

Em mais de uma oportunidade no corpo do trabalho, destacou-se o fato de que a noção de soberania é vista como a medida e o limite da cooperação jurisdicional, pois, quanto mais se defende aquela, mais exigências se fazem para que esta se viabilize.

Ocorre que, em um processo de integração com as pretensões do Mercosul, tal protecionismo à soberania é prejudicial. Pode-se dizer, inclusive, que é incompatível com a consecução dos escopos do Mercado Comum, que visa à desconstituição de barreiras e o fortalecimento comum.

Imperioso para a concretização dos objetivos do Tratado de Assunção é, pois, a reavaliação constitucional nos Estados-Partes, de maneira a se viabilizar o desenvolvimento de um conjunto normativo válido para o Mercosul, apto a conferir segurança às relações perpetradas em seu seio.

Especificamente no que toca à tutela de urgência, referindo-se aqui às medidas cautelares, cumpre observar que a morosidade imposta pelos procedimentos constitucionais de homologação de sentenças estrangeiras, que cumprem “velar” pela soberania estatal, é inegavelmente danosa, posto que pode torná-la inviável, restringindo, ainda que indiretamente, o acesso à justiça.

Quando se recorre a algum tipo de tutela de urgência, notório é que tal se dá, porque determinado bem, direito ou outro interesse legítimo, ainda que aparentemente, encontra-se seriamente ameaçado e, por isso, não pode o interessado esperar os procedimentos judiciais tradicionais, por demais alongados. Como compatibilizar a necessidade de celeridade com os trâmites morosos estabelecidos na Constituição Federal brasileira, por exemplo, que exige homologação para que as sentenças decretadas por juiz ou tribunal estrangeiro possa ser executada no Brasil, englobando-se, nesses casos, a sentença de processo cautelar, uma vez que nenhuma ressalva quanto a este foi feita, ou, mesmo no caso das cartas rogatórias, a concessão do *exequatur*?

Isto posto, conclui-se que é imprescindível maior vontade política para a implementação do Mercosul, da forma mais fiel possível em relação àquela idealizada por seus membros. Contudo, não basta aquela vontade alardeada nas Reuniões de Presidentes e Ministros. Muito mais significativa que essa, é a vontade que dever-se-ia manifestar no dia-a-dia, a fim de que as adaptações essenciais para que os Estados-Partes possam se efetivamente partes de um Mercado Comum, tornem-se realidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do exposto nos três capítulos desta monografia, é possível sintetizar a problemática da tutela cautelar no Mercosul nos tópicos que se seguem:

1 - A medida cautelar é a providência material efetiva, tomada pelo órgão jurisdicional, para preservar ou garantir uma situação de fato, relevante para a futura e útil prestação jurídica definitiva, tendo, como requisitos essenciais, o “periculum in mora” e o “fumus boni iuris”. O processo cautelar “serve” para a ação cautelar. O que aquele pretende, regra geral, é que se garanta o processo principal, sem que ele sofra mudanças ou alterações prejudiciais em função, precipuamente, do tempo e da demora.

2 - São, basicamente, características do processo cautelar, a celeridade, a acessoriedade, a provisoriedade, a instrumentalidade, a fungibilidade e a autonomia.

3 - Insetas no “edifício” da cooperação jurisdicional, estão as medidas cautelares, com papel bastante significativo, no amplo contexto da integração que pretende lograr o Mercosul. A importância de sua disciplina decorre, precipuamente, da necessidade de se facilitar o acesso ao Poder Judiciário no âmbito regional do Mercosul.

4 - A tramitação e demais disposições relativas às medidas cautelares no Mercado Comum do Sul, encontram-se, majoritariamente, disciplinadas pelo Protocolo de Ouro Preto, assinado em dezembro de 1994 e aprovado, no Brasil, pelo Decreto Legislativo n. 192, em 15 de dezembro de 1995.

5 - As medidas cautelares sob a incidência de regulamentação do referido Protocolo, podem destinar-se ao impedimento da ocorrência de danos que atinjam pessoas, bens ou obrigações de dar, fazer ou não fazer, e podem ser requeridas em processos ordinários, de execução, especiais ou extraordinários, de natureza civil, comercial, trabalhista ou penal, quanto à responsabilidade civil.

6 - No tocante à questão da lei aplicável, observa-se que o Protocolo preservou a soberania do Estado no qual se cumpre a cautelar, ao determinar que serão as leis deste Estado que regerão a execução da medida, não obstante ter sido ela decretada em outro Estado. Vê-se, aqui, consagrado o adágio “locus regit actum”

7 - Segundo dispõe o Protocolo de Medidas Cautelares, a sentença cautelar, poderá não ser cumprida em outro Estado-Parte do Mercosul, que não aquele onde foi decretada, caso ofenda à ordem pública do Estado requerido. Saliente-se que, além da não ofensa à ordem pública, no Brasil, prevê-se, também, a “preservação” da soberania e bons costumes, embora entendam alguns doutrinadores que a concepção de ordem pública engloba as duas outras.

8 - O Protocolo determina, para o cumprimento da providência cautelar, a via das cartas rogatórias, bem como dispensa, expressamente, o procedimento de homologação de sentenças estrangeiras. Dispensa, também, a própria concessão de *exequatur* para cumprimento das rogatórias, em se tratando de zonas de fronteira.

9 - Tais previsões vão, flagrantemente, de encontro à Constituição brasileira, em seu artigo 102, inciso I, alínea “h”.

10 - Os atos internacionais, para obterem caráter de obrigatoriedade na esfera territorial brasileira, devem, por sua vez, submeter-se a determinado procedimento, que

culmina com a promulgação pelo Presidente da República. Por outro lado, um tratado passa a obrigar, internacionalmente, seu signatário, a partir de sua ratificação.

11 - O protocolo de Medidas Cautelares não vige, ainda, internamente, por prescindir de promulgação. Entretanto, no âmbito externo, frente aos demais países do Mercosul, o Brasil já se obriga em relação às disposições do Protocolo, tendo em vista que já o ratificou.

12 - Quando da vigência de acordo internacional, devidamente promulgado, no ordenamento jurídico interno, conflitos entre este, a lei, infraconstitucional e a Constituição são passíveis de sobrevirem diante de caso concreto. Diante disso, o que se vislumbra, empiricamente, no Brasil, é, em se tratando de conflito entre acordo internacional e lei interna, a prevalência da posterior; situação que não se constata quando se tratar da Constituição Federal, uma vez que esta prevalece sobre o tratado, sendo, inclusive, este, passível de controle de constitucionalidade.

13 - Isto posto, diante da supremacia, praticamente absoluta da Constituição, os dispositivos, pode-se dizer, inovatórios contemplados pelo Protocolo, não serão, diante da estrutura jurídica atual, “repcionados” pela Carta Maior, inviabilizando, dessa forma, a aplicação do supramencionado ato internacional.

14 - Tendo em vista a inaplicabilidade, no Brasil, dos dispositivos do Protocolo que realmente significam um avanço em nível de acesso à justiça, pode-se afirmar que o ideal de efetividade, em matéria de cumprimento de medidas cautelares oriundas dos demais Estados-Partes do Mercosul, não será atingido quando ela tiver de ser cumprida em território brasileiro.

15 - Para finalizar, pode-se dizer que o Brasil, *a priori*, precisa optar, ou não, pela sua efetiva participação num mercado comum, com todas as conseqüências daí

advindas. Se a opção for no sentido positivo, obviamente, o primeiro passo que deve ser dado, é o que concerne à transferência de competências; o segundo passo, é a adoção da tese da supremacia da norma internacional frente a interna. Para tanto, ter-se-á como dificuldades imediatas a concepção vigente de soberania e a necessidade de alterar a Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Teoría de la acción cautelar*. Porto Alegre: S. Fabris, 1993.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- . Problemas e soluções em matéria de reconhecimento e execução de sentenças e laudos arbitrais estrangeiros. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual - quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 243-90.
- . Problemas relativos a litígios internacionais. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual - quinta série*. São Paulo: Saraiva: 1994. p. 139-62.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos & BATALHA, Sílvia Marina Labate. *Cautelares e liminares*. São Paulo: LTr, 1995.
- CALIXTO, Negi. O processo cautelar no Direito Internacional Privado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, a. 31, n. 124, p. 191-5, out./dez. 1994.
- CASTRO, Amilcar de. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- CORRÊA, Antonio. *Mercosul: soluções de conflitos pelos juízes brasileiros*. Porto Alegre: Fabris, 1997.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. v. VI.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada*. São Paulo Saraiva, 1994.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 4.

- LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. v. VIII, t. I
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: S. Fabris, 1994(a).
- . *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Rev. Tribunais, 1994(b).
- MARINS, Victor A. A. Bomfim. *Tutela cautelar*. Curitiba: Juruá, 1996.
- MARTINS, Adriano Kalfelz. Medidas cautelares no Mercosul. In: BASSO, Maristela (org.). *Mercosul: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-Membros*. Porto Alegre: Liv. Advogado, 1995. p. 370-85.
- FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público. Curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Solução de controvérsias no Mercosul: a realidade e as possibilidades. *Gênesis - Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, Gênesis, n. 3, p. 628-47, set./dez. 1996.
- . Mercosul: alguns conceitos básicos necessários à sua compreensão. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (org.). *Solução de controvérsias no Mercosul*. Porto Alegre: Liv. Advogado, 1997. p. 19-38.
- . Mercosul: uma introdução aos protocolos que tratam de matéria processual. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (org.). *Solução de controvérsias no Mercosul*. Porto Alegre: Liv. Advogado, 1997. p. 133-58.
- ROSA, Luís Fernando Franceschini da. *Mercosul e função judicial: realidade e superação*. São Paulo: LTr, 1997.
- SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. 4 v.
- SILVA NETO, Orlando Celso da e MELO, Suzana Soares. Considerações sobre cooperação jurisdicional no âmbito do Mercosul. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (org.). *Solução de controvérsias no Mercosul*. Porto Alegre: Liv. Advogado, 1997. p. 81-111.

SOSA, Angel Landoni. *Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario del Mercosur*. Montevideo: FCU, 1997.

STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. São Paulo: LTr, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela cautelar*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima. *A ordem jurídica do Mercosul*. Porto Alegre: Liv. Advogado, 1996.

ANEXOS

PROTOCOLO DE MEDIDAS CAUTELARES *

Os Governos da República Argentina, da República Federativa do Brasil, da República do Paraguai e da República Oriental do Uruguai, doravante denominados “Estados-Partes”,

Considerando que o Tratado de Assunção, firmado em 26 de março de 1991, estabelece o compromisso dos Estados-Partes de harmonizar suas legislações nas áreas pertinentes;

Reafirmando a vontade dos Estados-Partes de acordar soluções jurídicas comuns para o fortalecimento do processo de integração;

Convencidos da importância e da necessidade de oferecer ao setor privado dos Estados-Partes, um quadro de segurança jurídica que garanta soluções justas às controvérsias privadas e torne viável a cooperação cautelar entre os Estados-Partes do Tratado de Assunção,

Acordam:

Artigo 1

Objeto do Protocolo

O presente Protocolo tem por objeto regulamentar entre os Estados-Partes do Tratado de Assunção, o cumprimento de medidas cautelares destinadas a impedir a irreparabilidade de um dano em relação às pessoas, bens e obrigações de dar, e fazer ou de não fazer.

Artigo 2

A medida cautelar poderá ser solicitada em processos ordinários, de execução, especiais ou extraordinários, de natureza civil, comercial, trabalhistas e em processos penais¹, quanto à reparação civil.

* PROTOCOLO de Medidas Cautelares. Ouro Preto: 16 dez. 1994. Aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 192, de 15 dez. 1995 (DOU de 18 dez. 1995, s. I, p. 21346 e DSF de 16 dez. 1995).

¹ Ver Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais, art. 22.

Artigo 3

Admitir-se-ão medidas cautelares preparatórias, incidentais de uma ação principal e as que garantam a execução de uma sentença.

Artigo 4

Âmbito de Aplicação

As autoridades jurisdicionais dos Estados-Partes do Tratado de Assunção darão cumprimento às medidas cautelares decretadas por Juízes ou Tribunais de outros Estados-Partes, competentes na esfera internacional, adotando as providências necessárias, de acordo com a lei do lugar onde estejam situados os bens ou residam as pessoas objeto da medida².

Artigo 5

Lei Aplicável

A admissibilidade da medida cautelar será regulada pelas leis e julgada pelos Juízes ou Tribunais do Estado requerente.

Artigo 6

A execução da medida cautelar e sua contra cautela ou respectiva garantia, serão processadas pelo Juízes ou Tribunais do Estado requerido, segundo suas leis.

Artigo 7

Serão também regidas pelas leis e julgadas pelos Juízes ou Tribunais do Estado requerido:

- a) as modificações que no curso do processo, se justificarem para o seu correto cumprimento e, se for o caso, sua redução ou sua substituição;
- b) as sanções em decorrência de litigância de má-fé;
- c) as questões relativas a domínio e demais direitos reais.

² Vide LICC, art. 12, § 2.º.

Artigo 8

O Juiz do Tribunal do Estado requerido poderá recusar cumprimento ou, se for o caso, determinar o levantamento da medida, quando verificada sua absoluta improcedência, nos termos deste Protocolo.

Artigo 9

Oposição

O presumido devedor da obrigação ou terceiros interessados que se considerem prejudicados, poderão opor-se à medida perante a autoridade judicial requerida. Sem prejuízo da manutenção da medida cautelar, dita autoridade restituirá o procedimento ao Juiz ou Tribunal de origem, para que decida sobre a oposição segundo suas leis, com exceção do disposto na alínea *c* do artigo 7.

Artigo 10

Autonomia da Cooperação Cautelar

O cumprimento de uma medida cautelar pela autoridade jurisdicional requerida não implica o compromisso de reconhecimento ou execução da sentença definitiva estrangeira proferida no processo principal.

Artigo 11

Cooperação Cautelar na Execução da Sentença

O Juiz ou Tribunal, a quem for solicitado o cumprimento de uma sentença estrangeira, poderá determinar as medidas cautelares garantidoras da execução, de conformidade com as suas leis³.

Artigo 12

Medidas Cautelares em Matéria de Menores

Quando a medida cautelar se referir à custódia de menores, o Juiz ou Tribunal do Estado requerido poderá limitar o alcance da medida exclusivamente ao seu território, a espera da decisão definitiva do Juiz ou Tribunal do processo principal.

³ Vide PLL, art. 1.

Artigo 13

Interposição da Demanda no Processo Principal

A interposição da demanda no processo principal, fora do prazo previsto na legislação do Estado requerente, produzirá a plena ineficácia da medida cautelar preparatória concedida.

Artigo 14

Obrigações de Informar

O Juiz ou Tribunal do Estado requerente comunicará ao do Estado requerido:

a) ao transmitir a rogatória, o prazo - contado a partir da efetivação da medida cautelar - dentro do qual o pedido da ação principal deverá ser apresentado ou interposto;

b) o mais breve possível, a data da apresentação, ou a não apresentação da demanda no processo principal.

Artigo 15

O Juiz ou Tribunal do Estado requerido comunicará imediatamente, ao Estado requerente, a data em que foi dado cumprimento à medida cautelar solicitada, ou as razões pelas quais deixou de ser cumprida.

Artigo 16

Cooperação Interna

Se a autoridade jurisdicional se julgar incompetente para proceder o trâmite da carta rogatória, transmitirá de ofício os documentos e antecedentes do caso à autoridade jurisdicional competente de seu Estado.

Artigo 17

Ordem Pública

A autoridade jurisdicional do Estado requerido poderá recusar o cumprimento de uma carta rogatória referente a medidas cautelares quando estas sejam manifestamente contrárias a sua ordem pública⁴.

Artigo 18

Meio Empregado para Formulação do Pedido

A solicitação de medidas cautelares será formulada através de "exhortos" ou cartas rogatórias⁵, termos equivalentes para os fins do presente Protocolo.

Artigo 19

Transmissão e Diligenciamento

A carta rogatória relativa ao cumprimento de uma medida cautelar será transmitida pela via diplomática ou consular, por intermédio da respectiva Autoridade Central ou das partes interessadas⁶.

Quando a transmissão seja efetuada pela via diplomática ou consular, ou por intermédio das autoridades centrais, não se exigirá o requisito da legalização.

Quando a carta rogatória for encaminhada por intermédio da parte interessada, deverá ser legalizada perante os agentes diplomáticos ou consulares do Estado requerido, salvo se, entre os Estados requerente e requerido, haja sido suprimido o requisito da legalização ou substituído por outra formalidade.

Os Juízes ou Tribunais das zonas fronteiriças dos Estados-Partes poderão transmitir-se, de forma direta, os "exhortos" ou cartas rogatórias previstos neste Protocolo, sem necessidade de legalização.

Não será aplicado no cumprimento das medidas cautelares o procedimento homologatório das sentenças estrangeiras⁷.

Artigo 20

Autoridade Central

Cada Estado-Parte designará uma Autoridade Central encarregada de receber e transmitir as solicitações de cooperação cautelar⁸.

⁴ Vide LICC, art. 17.

⁵ Vide CF, art. 102, inc. I, alínea *h*; CPC, arts. 210 a 212; RISTF, arts. 225 a 229; e LICC, art. 12, § 2.º.

⁶ Vide CPC, art. 210, 2.ª parte.

⁷ Vide CF, art. 102, inc. I, alínea *h*.

⁸ Vide PLL, art. 2.

Artigo 21

Documentos e Informações

As cartas rogatórias conterão⁹:

- a) a identificação e o domicílio do juiz ou tribunal que determinou a ordem;
- b) cópia autenticada da petição da medida cautelar, e da denúncia principal, se houver;
- c) documentos que fundamentam a petição;
- d) ordem fundamentada que determine a medida cautelar;
- e) informação acerca das normas que estabeleçam algum procedimento especial que a autoridade jurisdicional requeira ou solicite que se observe; e
- f) indicação da pessoa que no Estado requerido deverá arcar com os gastos e custas judiciais devidas, salvo as exceções previstas no Artigo 25. Será facultativo à autoridade do Estado requerido dar tramitação à carta rogatória que careça de indicação acerca da pessoa que deva atender às despesas e custas, quando ocorrerem.

As cartas rogatórias e os documentos que as acompanham deverão estar revestidos das formalidades externas necessárias para serem considerados autênticos no Estado de onde procedam.

A medida cautelar será cumprida, a não ser que lhe faltem requisitos, documentos ou informações consideradas fundamentais, que tornem inadmissível sua procedência. Nesta hipótese, o Juiz ou Tribunal requerido comunicar-se-á imediatamente com o requerente, para que, com urgência, sejam sanados os referidos defeitos.

Artigo 22

Quando as circunstâncias do caso o justificarem, de acordo com a apreciação do Juiz ou Tribunal requerente, a rogatória informará acerca da existência e do domicílio das defensorias de ofício competentes.

Artigo 23

Tradução

As cartas rogatórias e os documentos que as acompanham deverão ser redigidos no idioma do Estado requerente e serão acompanhadas de uma tradução no idioma do Estado requerido.

⁹ Vide CPC, arts. 202 e 203.

Artigo 24

Custas e Despesas

As custas judiciais e demais despesas serão de responsabilidade da parte solicitante da medida cautelar.

Artigo 25

Ficam excetuadas das obrigações estabelecidas no Artigo anterior, as medidas cautelares requeridas em matéria de alimentos provisionais, localização e restituição de menores, e aquelas que solicitem as pessoas que, no Estado requerente, tenham obtido benefício da justiça gratuita.

Artigo 26

Disposições Finais

Este Protocolo não restringirá a aplicação de disposições mais favoráveis para a cooperação contidas em outras Convenções sobre medidas cautelares que estejam em vigor com caráter bilateral ou multilateral entre os Estados-Partes.

Artigo 27

As controvérsias que surgirem entre os Estados-Partes em decorrência da aplicação, interpretação ou descumprimento das disposições contidas no presente Protocolo serão resolvidas mediante negociações diplomáticas diretas^{10 11}.

Se, mediante tais negociações, não se alcançar acordo ou se a controvérsia só for solucionada parcialmente, aplicar-se-ão os procedimentos previstos no Sistema de Solução de Controvérsias vigente entre os Estados-Partes do Tratado de Assunção^{12 13}
¹⁴

Artigo 28

¹⁰ Vide TA, anexo III, item 1, 1ª parte.

¹¹ Vide PB, artigos 2 e 3.

¹² Vide TA, anexo III, item 1.

¹³ Vide PB, artigos 4 a 24.

¹⁴ Aplica-se também o sistema de solução de controvérsias previsto no Anexo do Protocolo de Ouro Preto, que trata da Reclamação à CCM.

Os Estados-Partes ao depositar o instrumento de ratificação ao presente Protocolo comunicarão a designação da Autoridade Central ao Governo depositário, o qual dará conhecimento aos demais Estados-Partes.

Artigo 29

O presente Protocolo, parte integrante do Tratado de Assunção, será submetido aos procedimentos constitucionais de aprovação de cada Estado-Parte e entrará em vigor trinta (30) dias depois do depósito do segundo instrumento de ratificação, com relação aos dois primeiros Estados-Partes que o ratifiquem.

Para os demais signatários, entrará em vigor no trigésimo dia posterior ao depósito do respectivo instrumento de ratificação.

Artigo 30

A adesão por parte de um Estado ao Tratado de Assunção implicará de pleno direito a adesão ao presente Protocolo.

Artigo 31

O Governo da República do Paraguai será o depositário do presente Protocolo e dos instrumentos de ratificação e enviará cópias devidamente autenticadas dos mesmos aos Governos dos demais Estados-Partes.

Outrossim, o Governo da República do Paraguai notificará aos Governos dos demais Estados-Partes da data de entrada em vigor do presente Protocolo e a data do depósito dos instrumentos de ratificação.

Feito na cidade de Ouro Preto, em 16 de dezembro de um mil novecentos e noventa e quatro, em um original, nos idiomas português e espanhol, sendo ambos os textos igualmente autênticos.