

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA-UFSC  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO  
CONVÊNIO UFSC/URI-FW

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO  
A INTERPRETAÇÃO UNIFORME DO PROTOCOLO DE MEDIDAS CAUTELARES  
NO ÂMBITO DO TRATADO DE ASSUNÇÃO

ALUNO: CASEMIRO MILANI JUNIOR



Prof. Dr.ª Olga M. B. A. de Oliveira  
Coordenadora CPGD/CCJ/UFSC

FLORIANÓPOLIS (SC), JANEIRO DE 2002

**A INTERPRETAÇÃO UNIFORME DO PROTOCOLO DE MEDIDAS CAUTELARES  
NO ÂMBITO DO TRATADO DE ASSUNÇÃO**

Dissertação de mestrado apresentada à Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Centro de Ciências Jurídicas, Curso de Mestrado em Direito, Convênio - UFSC/URI-FW, para obtenção do título de Mestre em Direito Internacional.

ORIENTADOR: PROF. DR. WELBER OLIVEIRA  
BARRAL

FLORIANÓPOLIS (SC), DE JANEIRO DE 2002

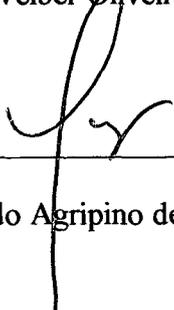
## CASEMIRO MILANI JÚNIOR

### A INTERPRETAÇÃO UNIFORME DO PROTOCOLO DE MEDIDAS CAUTELARES NO ÂMBITO DO TRATADO DE ASSUNÇÃO

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito junto ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina pela Banca Examinadora formada pelos seguintes professores:



Prof. Dr. Welber Oliveira Barral - Presidente



Prof. Dr. Osvaldo Agripino de Castro Júnior – Membro

Profª. Dra. Cecília Caballero Lois - Membro

Prof. Dr. Luiz Otávio Pimentel – Suplente

Florianópolis, janeiro de 2002



Profª. Dra. Olga Mª. B. A. de Oliveira  
Coordenadora CPED/CCJ/UFSC

---

**DEDICATÓRIA**

---

Dedico este trabalho a todos os meus colegas de turma do Mestrado de Direito Internacional da Universidade Federal de Santa Catarina, convênio com a Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, campus de Frederico Westphalen. Em cada um deles encontrei um amigo. Em cada um deles surpreendi a afeição pela disciplina jurídica. Em cada um deles identifiquei a boa essência.

Dedico ainda este trabalho à minha família e à Leticia.

---

---

**TERMO DE APROVAÇÃO**

---

Ata nº 05 da sessão de julgamento da Dissertação do(a) Mestrando(a) Casemiro Milani Júnior do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – Turma Especial Frederico Westphalen.

Aos vinte e cinco dias do mês de março de dois mil e dois, na sala 210 do CCJ, às 14:30 horas, reuniu-se a banca examinadora designada pela Coordenadora do Curso (Portaria nº 25/CPGD/2002), composta pelos professores: Dr. Welber de Oliveira Barral (Presidente), Dr. Osvaldo Agripino de Castro Junior, Dra. Cecília Caballero Lois (Membros) e Dr. Luiz Otávio Pimentel (Suplente) para julgamento da Dissertação do(a) Mestrando(a) Casemiro Milani Júnior, sob o título: “A Interpretação uniforme do protocolo de medidas cautelares no âmbito do Tratado de Assunção”. Abertos os trabalhos o(a) senhor(a) presidente designou a mim Marco Antonio Martins, para secretariar a sessão, e, logo a seguir após, se referir as normas regulamentares sobre o concurso deu a palavra ao Mestrando(a) para que em até 50 (cinquenta) minutos expusesse o seu trabalho, o que foi feito. Terminada a exposição passou-se à arguição. Os componentes da Banca fizeram suas críticas e observações pelo prazo regulamentar de vinte minutos, obedecida a seguinte ordem: Dr. Osvaldo Agripino de Castro Junior, Dra. Cecília Caballero Lois, e, por último, Dr. Welber de Oliveira Barral, presidente da banca. Concluída a arguição o(a) Mestrando(a) dispôs de vinte minutos para responder a arguição de cada componente da banca. Uma vez esgotado o prazo deferido ao Mestrando para responder o último examinador, o(a) senhor(a) presidente suspendeu a sessão para que fosse feito o julgamento. Foram distribuídos aos membros da banca envelopes contendo cédulas especiais, para efeitos de avaliação na forma do artigo 54 do RI/CPGD. Realizada a avaliação quanto à FORMA, PESQUISA, DEFESA E ARGUIÇÃO verificou-se haver atingido a média global de 9,6, correspondendo ao conceito “A”. Realizada a conversão e adaptação ao disposto no parágrafo único do artigo 55 do RI/CPGD resultou que a Dissertação foi aprovada com distinção. Reabertos os trabalhos, o(a) senhor(a) presidente deu conhecimento dos resultados, esclarecendo que na forma regimental o(a) mestrando(a) tem 15(quinze) dias, a contar desta data, para entregar ao seu orientador um exemplar devidamente corrigido, contendo as alterações determinadas pela banca examinadora, a qual se manifestará quanto ao cumprimento das mesmas também em 15 (quinze) dias. Após este prazo, terá o(a) mestrando(a) 60 (sessenta) dias para depositar os três exemplares da versão definitiva na secretaria administrativa do CPGD. Por fim, o presidente agradeceu a presença de todos e deu por encerrada a sessão, da qual eu Marco Antonio Martins lavrei a presente Ata que vai devidamente assinada pela banca examinadora e pelo(a) mestrando(a) aos vinte e cinco dias do mês de março do ano dois mil e dois.

The block contains three handwritten signatures in black ink. From left to right: the signature of the President of the exam board (Dr. Welber de Oliveira Barral), the signature of the student (Casemiro Milani Júnior), and the signature of the secretary (Marco Antonio Martins). The signatures are written in a cursive style.

---

## AGRADECIMENTOS

---

Ao professor Welber Oliveira Barral, raro exemplo de dedicação à pesquisa jurídica, pela sempre precisa e segura orientação, pela confiança depositada e pelos reiterados exemplos de comprometimento com o ensino do Direito.

Aos professores Ubaldo César Baltazar, Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira, Horácio Wanderlei Rodrigues, Cristian Guy Caubet, Rogério Silva Portanova, Odete Maria de Oliveira, Ricardo Soares Stersi dos Santos, Antônio Carlos Wolkmer, Vera Regina Pereira de Andrade, pelas aulas inesquecíveis e pelos reiterados exemplos de comprometimento com o ensino do Direito.

---

---

**RESUMEM / ABSTRACT**

---

El objetivo de este trabajo es comprobar por medio del estudio de las legislaciones internas y externas y en la literatura de cada Estado-Parte del Mercosur, mecanismos para hacer una interpretación uniforme del Protocolo de Medidas Cautelares; estudiar los principios y normas establecidas por el Protocolo de Medidas Cautelares firmado por los Estados-Partes del Mercosur, así como los criterios de concesión y ejecución de las medidas cautelares; comparar las legislaciones de los Estados-Partes del Mercosur, resaltando los puntos conflictantes y semejantes; cuestionar la efectividad de las disposiciones legales relacionadas con el procedimiento cautelar, en el ámbito del Mercosur; proponer soluciones para una interpretación más apropiada con los objetivos instituciones del Mercosur, pretendiendo una mayor efectividad.

El trabajo demuestra que la mutación y evolución de los conceptos tienen posibilitado, poco a poco, la introducción de normas de Derecho Internacional al nuestro plan interno. Es lo que se tiene visado en la secuencia de acuerdos internacionales que el Brasil tiene participado, reafirmando la voluntad de los Estados, especialmente en el Mercosur, de armonizar sus legislaciones, ofreciendo un cuadro que garantiza soluciones justas a las controversias.

---

---

## LISTA DE SIGLAS

---

01. UNIDROIT - Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado.
  02. CECA – Comunidade Européia do Carvão e do Aço.
  03. OEA – Organização do estados Americanos.
  04. CEPAL – Comissão Econômica para a América Latina.
  05. CIES – Conselho Interamericano Econômico e Social
  06. ALALC – Associação Latino Americana de Livre Comércio.
  07. ALADI – Associação Latino Americana de Intregração.
  08. GATT – Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio.
  09. POP – Protocolo de Ouro Preto.
  10. CMC – Conselho do Mercado Comum.
  11. GMC – Grupo do Mercado Comum.
  12. CCM – Comissão de Comércio do Mercosul
  13. TEC – Tarifa Externa Comum.
  14. CPC – Comissão Parlamentar Conjunta.
  15. FCES – Foro Consultivo Econômico e Social.
  16. SAM – Secretaria Administrativa do Mercosul.
  17. PMC – Protocolo de Medidas Cautelares
  18. EU – União Européia.
  19. CPC – Código de Processo Civil Brasileiro.
  20. STF – Supremo Tribunal Federal.
  21. LICC – Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.
  22. PRC – Processo de Revisão Constitucional.
  23. CF – Constituição Federal.
  24. RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.
-

---

## SUMÁRIO

---

INTRODUÇÃO.....	09
1 INTERPRETAÇÃO UNIFORME DO DIREITO INTERNACIONAL.....	15
1.1 Noção de direito uniforme.....	15
1.2 Noção de validade.....	25
1.3 Interpretação e aplicação.....	40
1.4 Mecanismos tradicionais de uniformização.....	60
2 PROTOCOLO DE MEDIDAS CAUTELARES NO TRATADO DE ASSUNÇÃO.....	76
2.1 Antecedentes históricos do Mercosul.....	76
2.2 Protocolo de medidas cautelares no âmbito do Mercosul.....	88
2.3 Autonomia da cooperação cautelar.....	106
2.4 Meio empregado para a formulação dos pedidos.....	120
3 INTERAÇÃO JUDICIÁRIA PELA CAUTELARIDADE NO TRATADO DE ASSUNÇÃO.....	136
3.1 Análise das Constituições da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai.....	136
3.2 Cautelares na Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai.....	146
3.3 Atuação supranacional das cautelares.....	162
3.4 Cautelaridade e cooperação jurisdicional integrada.....	182
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	194
ANEXO.....	201
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	210

---

## INTRODUÇÃO

---

O cenário internacional está sofrendo transformações com a formação de blocos regionais, e a conseqüente interdependência entre os países. Com a concretização do Tratado de Assunção, Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai estabeleceram um projeto de integração, o Mercado Comum do Sul - Mercosul, visando ao desenvolvimento econômico dos Estados-Partes, e a otimização das influências nas relações comerciais.

Uma integração econômica internacional é um projeto ambicioso, construído por detalhes, por sutilezas de interpretação e de administração, objetivando a ampliação de horizontes negociais.

Até os dias de hoje, três foram as fases na história de cooperação internacional: na primeira fase, os Estados, compreendendo as exigências da vida internacional, admitiram nas suas legislações certas regras relativas às notificações de atos judiciais e a atuação de meios de provas que interessam aos tribunais estrangeiros.

Na segunda fase houve uma preocupação de reciprocidade, que os Estados procuravam assegurar por meio de tratados especiais. Na terceira fase, o sentimento de cooperação e a insistente necessidade de providências tomaram maior amplitude, levando a realização de conferências internacionais e acordos coletivos, como o Tratado de Montevideu, de 1989, a Convenção de Haia, de 1995, e o Código de Bustamante, de 1928.

Desta forma, a evolução dos tempos tem viabilizado, pouco a pouco, a introdução de normas de Direito Internacional no plano interno dos Estados. É o que se tem visto na seqüência de Tratados Internacionais que o Brasil tem participado, reafirmando a vontade dos Estados, especialmente no Mercosul, de harmonizar sua legislações, oferecendo um quadro que garanta soluções justas às controvérsias privadas.

O Protocolo de Medidas Cautelares tem origem na necessidade de regulamentar, entre Estados-Partes, o Tratado de Assunção e impedir a irreparabilidade de um

plano em relação às pessoas, bens e obrigações de dar, de fazer ou de não fazer, podendo ser preparatória ou incidental, e requerida em processos Ordinários, de Execução, Especiais ou Extraordinários, de natureza Civil, Comercial, Trabalhista e em Processos Penais.

Todavia, um recorte específico tem de ser fixado, visando imprimir-lhe um mínimo de objetividade, e o caminho a ser percorrido exige que se reconheçam muitas problemáticas excluídas e outras tantas que, embora lastreadas no curso do trabalho e servindo mais como pano de fundo a suas argumentações, certamente não puderam receber o tratamento merecido.

A qualidade de qualquer estudo realizado no âmbito das ciências humanas depende basicamente da exata formulação dos conceitos que serão utilizados. Apesar da dogmática conceitual representar um valioso ponto de partida, o estudioso não pode aceitar a verdade imposta como imutável, mas também não pode negar a absoluta necessidade de um corte inicial no sistema.

Não há, nas ciências sociais, qualquer possibilidade de um estudo hermeticamente cerrado, ou seja, até para que se estabeleça uma discussão baseada em afirmação e justificação, deverão estar presentes as influências do meio.

Este trabalho objetiva demonstrar, através do estudo das legislações internas e externas e na literatura de cada Estado-Parte do Mercosul, mecanismos para fazer uma aplicação uniforme do Protocolo de Medidas Cautelares.

Ao mesmo tempo, este trabalho objetiva estudar os princípios e normas estabelecidas pelo Protocolo de Medidas Cautelares firmado pelos Estados-Partes do Mercosul, bem como os critérios de concessão e execução das medidas cautelares; comparar as legislações dos Estados-Partes do Mercosul, salientando os pontos conflitantes e semelhantes.

O trabalho questiona a efetividade das disposições legais relacionadas com o procedimento cautelar, no âmbito do Mercosul; propõe soluções para uma interpretação mais consentânea com os objetivos institucionais do Mercosul, visando a maior efetividade.

De qualquer forma, chegar a este ponto remonta a uma incessante tarefa de busca muitas vezes frustrada, e também de renúncias. Mas é precisamente nesse movimento de busca e de renúncias, de exclusões e inclusões, que as idéias vão assumindo contornos, encontrando identidade e desenhando os limites do presente trabalho.

Quanto à metodologia usada para a consecução da tarefa proposta para este trabalho, optou-se pela produção de um estudo de direito confrontando-se as disposições dos Estados-Partes do Tratado de Assunção. Neste confronto, foi adotado o critério de pesquisar a interpretação uniforme do Protocolo de Medidas Cautelares no Mercosul, preferencialmente a partir da leitura de doutrinas e dos próprios dispositivos destas regras estatais e não estatais, privilegiando-se, portanto, antes a letra da lei, convenção internacional ou outro ato enfocado; só quando necessário à elucidação de princípios, institutos e preceitos.

O método utilizado foi o indutivo, segundo o qual passa-se do particular para o geral, amplia-se o conhecido para ir ao encontro de um elemento ampliativo. A dissertação caminha, pois, ampliando o discurso inicial e instrumentalizando o método indutivo, de forma a torná-lo apto a atingir os objetivos propostos.

Do ponto de vista de sua estrutura, a presente dissertação está composta por três capítulos.

No primeiro capítulo trata-se de estabelecer a Interpretação Uniforme do Direito Internacional. Para tanto, as digressões históricas e conceituais limitam-se ao objetivo de alcançar um sentido jurídico e eminentemente prático para a interpretação uniforme, sem pretensões ao esgotamento semântico da expressão e seus desdobramentos em outras áreas do conhecimento.

Tomando em conta os critérios de uniformidade pode haver direitos semanticamente uniformes, que têm o mesmo significado, e direitos formalmente uniformes que têm a mesma origem institucional.

Neste primeiro capítulo serão explicitadas, também, as delimitações da abordagem adotada ao longo do trabalho. O Direito Uniforme é aquele expresso em um

Tratado Internacional ou formulado por organização internacional, sendo incorporado aos direitos internos por meio de normas específicas de cada ordenamento envolvido.

Neste capítulo é estudada ainda a validade da norma jurídica, que depende do critério adotado pelo titular do Poder Constituinte, seja originário ou derivado, não pelo jurista que representa apenas um agente interpretador dos critérios de validade adotados pela norma jurídica, sem qualquer poder real de criação do Direito.

A propósito, a identificação de um ordenamento jurídico, em âmbito internacional, impõe o reconhecimento de fontes próprias, que se diferenciam das ordens nacionais. Utilizando os critérios de classificação disponíveis no direito comunitário, pode-se identificar como direito originário do Mercosul o Tratado de Assunção, com os seus cinco anexos; os protocolos e acordos posteriores que complementam, destacando-se o Protocolo de Brasília, atinente ao anexo III do Tratado de Assunção, Protocolo de Ouro Preto.

Temos aqui normas de origem contratual que dependem naturalmente, por serem constitutivas da própria organização, da ratificação dos Estados signatários dos referidos acordos. No direito originário está contida a norma fundamental de uma ordem jurídica, qual seja, sua capacidade de produzir normas válidas. O direito derivado emana das instituições autônomas dos Estados-Partes do Tratado de Assunção.

A validade da norma jurídica pode ser vista como o vínculo estabelecido entre a proposição jurídica, considerada na sua totalidade lógico-sintática e o sistema de Direito posto, de modo que ela é válida se pertencer ao sistema.

Para pertencer a tal sistema, dois aspectos devem ser observados: primeiro, a adequação aos processos anteriormente estabelecidos para a criação da proposição jurídica (exceto no caso da recepção pela Constituição) e segundo a competência constitucional do órgão criador. Por isso, o jurista não tem o condão de criar uma norma jurídica válida.

No segundo capítulo inicia-se a perquirição do conteúdo do Protocolo de Medidas Cautelares no Tratado de Assunção, após uma pequena análise dos antecedentes históricos do Mercosul.

A abordagem ora proposta, contudo, não incide sobre a questão do aspecto político, ou de quaisquer direitos porventura criados para as partes. Busca-se, outrossim, analisar o protocolo de Medidas Cautelares no âmbito do Mercosul e a possibilidade de ser interpretado uniformemente.

O Mercosul, como ente internacional, por ter adquirido personalidade, obtendo dinâmica própria, vem atuando na adoção de normas para que todos os países envolvidos e seus cidadãos possam, de modo uniforme e sem maiores diferenças, ter acesso à justiça.

No Mercosul, as Medidas Cautelares estão inseridas no âmbito da cooperação jurisdicional. A importância de sua disciplina decorre da necessidade de ampliar e possibilitar o acesso à atividade jurisdicional no contexto do Mercosul.

O protocolo estabelece a legislação aplicável ao caso, valorizando a soberania do Estado-Parte em que se efetivar a medida cautelar. Em geral, a medida cautelar será regulada e julgada pelas leis e pelos juízes do Estado requerente.

Buscando gradativamente confluir o panorama para o foco central deste trabalho, promove-se o terceiro capítulo, que trata da interação judiciária pela cautelaridade no Mercosul.

Nesta parte busca-se identificar e analisar as Constituições e as legislações cautelares de cada país do Mercosul dos Estados-Partes, bem como a atuação supranacional das cautelares, visando indentificar a possibilidade de uma interpretação uniforme.

A perspectiva de solidificação de sistema jurídico supranacional envolve, indiscutivelmente, explícita e implicitamente, a superação da competência normativa dos Estados nacionais com relação às matérias que forem objeto de pactuação no âmbito do Mercosul.

Para a teoria do Direito, o Mercosul, assim como os fenômenos congêneres na esfera mundial, suscita reflexões em torno da relação entre as normas de Direito Internacional público e as normas de direito interno. A compatibilização das regras jurídicas emanadas desses campos distintos é questão que ganha contornos eminentemente práticos.

O objetivo deste trabalho é justamente apresentar, nos marcos estritos da questão acima colocada e ainda de forma esquemática, dilemas enfrentados no plano das ordens jurídicas brasileira, argentina, uruguaia e paraguaia, notadamente no âmbito do sistema constitucional e infra-constitucional, com o advento do Mercosul.

Neste capítulo também é abordada a atuação supranacional das cautelares e cooperação jurisdicional integrada. A partir de tais enfoques diferenciados, é que se espera estar colaborando para o desenvolvimento das pesquisas sobre o tema interpretação uniforme do Protocolo de Medidas Cautelares.

## CAPÍTULO I:

---

### 1 INTERPRETAÇÃO UNIFORME DO DIREITO INTERNACIONAL

---

#### 1.1 Noção de direito uniforme

A expressão direito uniforme surgiu na Idade Média, com o Império Romano, e na atualidade foi difundida com a criação do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado – Unidroit - que é uma organização intergovernamental independente, com sede em Roma, cujo objetivo consiste em estudar os meios de harmonizar e de coordenar o direito privado entre os Estados e de preparar gradualmente a adoção, por estes, de uma legislação de direito privado uniforme<sup>1</sup>.

O Instituto foi criado em 1926 como órgão auxiliar da Sociedade das Nações, tendo sido reconstituído em 1940 após dissolução desta entidade, com base num acordo multilateral, o Estatuto orgânico da Unidroit<sup>2</sup>.

A noção genérica de direito uniforme reúne duas concepções distintas. Por um lado, refere-se a conjuntos de normas semelhantes em seu sentido e formulação, que existem em mais de um Estado, por força da tradição, de origens históricas comuns ou mesmo da recepção. Por outro, faz-se referência à uniformização como um processo internacional de criação de normas comuns por meio de convenções internacionais, mediadas por instituto jurídico internacional a regra *pacta sunt servanda* do direito internacional e um sistema interno do ordenamento nacional, em que as regras uniformes cobram validade<sup>3</sup>.

Por outro lado, a expressão direito uniforme revela várias formas: uma referente à identidade textual de normas jurídicas que diz respeito ao direito uniforme

---

<sup>1</sup> ([www.gddc.pt/cooperacao/materia-civil-comercial/unidroit.html](http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-civil-comercial/unidroit.html)).

<sup>2</sup> ([www.gddc.pt/cooperacao/materia-civil-comercial/unidroit.html](http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-civil-comercial/unidroit.html)).

<sup>3</sup> COSTA, José Augusto Fontoura. *Normas de direito internacional*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 31.

espontâneo e intencional e, outra, à origem única dessas normas, que pressupõem uma relação formal entre as regras uniformes e sua origem comum.

Com efeito, não é incomum na História do Direito que deparemos com a adoção, em diversas comunidades, ou em unidades políticas diferentes, de regulamentações semelhantes. Quando esta for mediada por uma instituição legislativa, será a uniformização intencional; quando não, espontânea.<sup>4</sup>

Relativamente à uniformidade intencional, que é objeto de investigação deste trabalho, uma dicotomia é importante: pode-se falar de direito supranacional que pressupõe a aplicabilidade direta das regras emanadas de uma autoridade única.<sup>5</sup>

Por outro lado, a uniformidade formal depende da vigência internacional de uma convenção que contenha regras a serem internalizadas nos direitos nacionais e da vigência interna de normas originadas dessa convenção internacional.

É de direito uniforme dependente de internalização, elaborado em suas linhas gerais no âmbito internacional, mas que depende da inserção nos ordenamentos jurídicos nacionais para ter validade. Tomando em conta os critérios de uniformidade, podem-se ter direitos semanticamente uniformes, que têm o mesmo significado, e direitos formalmente uniformes, que têm a mesma origem institucional, embora nem sempre as regras pertençam a uma mesma cadeia de validade.

O direito uniforme em seu sentido formal é aquele expresso em um tratado internacional formulado por organização internacional, sendo incorporado aos direitos internos por meio de normas específicas de cada ordenamento jurídico envolvido.

Além da forma de uniformização anteriormente citada, um instrumento de uniformização importante é a adoção de leis iguais, que são propostas abertamente, aguardando adesão voluntária dos Estados sem criarem vínculo jurídico de direito internacional.

---

<sup>4</sup> COSTA, *op. cit.*, p. 28.

<sup>5</sup> *Idem*, p. 28.

A diferença central entre o direito uniforme convencional e o oriundo de leis iguais, é que o primeiro tem o suporte de uma obrigação internacional (vínculo formal), o que falta ao outro.

Para melhor clareza, usaremos a expressão direito uniforme para referir-nos ao direito uniforme formal que, como vimos anteriormente, é aquele expresso em um tratado internacional, sendo incorporado aos direitos internos por meio de normas específicas de cada ordenamento jurídico.

Para a criação e implementação de sistemas uniformes na atualidade, a uniformização deve relacionar-se com um projeto de transformação social por meio da implementação de um direito ideal, e a uniformização como resolução de problemas emergentes que reclamam uma solução global.

Essas duas tendências argumentativas têm-se alternado e complementado ao longo do tempo. A sedimentação dos Estados nacionais, a internacionalização das relações econômicas e sociais e o desenvolvimento da teoria jurídica são fundamentais para o direito uniforme.

Desta forma, a questão da uniformização deixa de ser simplesmente a da relação entre conteúdos semânticos dos sistemas, para ingressar também na esfera das relações entre ordenamentos das decisões que garantirá o início do processo uniformizador.

Por fim, faz-se necessário distinguir o direito uniforme como resultado de uma aproximação espontânea dos conteúdos diversos e o derivado de uma aproximação intencional voltada para um objetivo, razão pela qual será analisado especificamente no item a seguir.

### **1.1.1 Uniformidade espontânea e intencional**

Apenas existe sentido em se falar de uniformização do direito se há diferenças consideráveis entre os sistemas jurídicos. Na argumentação favorável à criação e implementação de sistemas normativos uniformes, existem duas tendências justificadoras que, embora com pontos de contatos importantes, são bastantes claras: a que relaciona a

uniformidade com o projeto de transformação social por meio da implementação de um direito ideal e a que relaciona a uniformização com a resolução de problemas emergentes que reclamam uma solução global<sup>6</sup>.

Como vimos no item anterior, que fala da noção de direito uniforme, os dois processos de uniformização, a uniformidade espontânea e a uniformidade intencional, podem ser diferenciados pela ausência de um imperativo fundamental no primeiro, que se apresenta no segundo.

A uniformidade espontânea não parte de um comando básico, mas do assemelhamento dos modos de produção, é resultado de transformações sociais. A existência de um modelo jurídico com base no qual se moldam os conteúdos dos demais direitos não é necessária, embora seja freqüente.

Frise-se que não é a mera existência de modelos exemplares que permite a efetiva harmonização espontânea: a generalização do aumento da influência do juiz na aplicação da lei deve-se muito mais à disseminação do Estado de bem-estar social do que à divulgação de teorias jurídicas<sup>7</sup>, assim como a aproximação da estrutura sócio-jurídica européia da americana.

A busca generalizada de soluções que diminuam o risco contratual, efetivamente, é que embasa o processo de concretização de regras internacionais eficazes, além de anteceder em muito os princípios Unidroit.

A uniformidade intencional tem como característica a finalidade de implementação de uma nova ordem, mesmo que parcial, com base nas instituições existentes. Embora a uniformização intencional se constitua de um processo com características distintas, não é totalmente independente da uniformização espontânea. São as condições sócio-econômicas e históricas que possibilitam a uniformidade espontânea e determinam o sucesso ou o fracasso da uniformidade intencional. No entanto a uniformidade espontânea não depende, em medida alguma, da intencional.

---

<sup>6</sup> COSTA, *op. cit.*, p. 46.

<sup>7</sup> CAPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993, p. 34-67.

O direito é como que um objeto material que se possa agarrar, transmitir e receber; na realidade, porém, ele constitui uma integração de camadas altamente emaranhadas e mutáveis: uma estrutura de múltiplos processos de caráter histórico, social, intelectual e psicológico, todos eles agrupados<sup>8</sup>.

Devido à diferença entre os processos, especialmente por meio da base institucional da uniformização intencional, aparentemente as regras são muito menos semelhantes no direito uniforme espontâneo.

De fato, o outro tipo de direito uniforme expressa-se por textos idênticos ou muito próximos (quando é necessária a tradução), porém, como a assimilação e a própria atribuição de significado dependem do ambiente e dos agentes de aplicação, não se pode estender para as normas a mesma conclusão sobre os textos<sup>9</sup>.

Frise-se que essas duas tendências argumentativas de uniformização têm-se alternado e complementado de maneiras diferentes no curso do tempo.

A questão da uniformização deixa de ser simplesmente a da relação entre os conteúdos semânticos dos sistemas para ingressar na relação entre ordenamentos. Destarte, faz-se mister investigar o tema uniformização em torno da codificação para melhor compreensão do direito uniforme.

No capítulo a seguir será estudado como é importante a centralização e a difusão do direito que conduz a proximidades de normas.

### **1.1.2 Uniformização em torno da codificação**

A metodologia utilizada na União Européia, para realizar a uniformização *lato senso* difere, fundamentalmente, dos mecanismos de unificação das normas de Direito Internacional Público. Na União Européia, o Conselho e a Comissão, através de uma diretiva, determinam aos Estados-Partes que reformem as suas legislações que tenham incidência sobre

---

<sup>8</sup> WIEACKER, F. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 133.

<sup>9</sup> COSTA, *op. cit.*, p. 30.

o funcionamento do Mercado Comum. As diretivas revelaram-se o melhor instrumento para realizar a aproximação das legislações dos Estados-Partes da Comunidade Européia.

Observe que os Estados não delegaram a sua competência legislativa formal à Comissão, porém, devem, em virtude do princípio da subordinação estatal, revisar uma determinada norma observando o conteúdo da diretiva.

O Direito Internacional Público clássico possui, como metodologia própria de uniformização, a Convenção e a Lei Uniforme, as quais surgem, necessariamente, de consenso entre os Estados, fundado na teoria da autodeterminação; igualdade, soberania e coexistência dos seres.

Faz-se inicialmente referência à União Européia porque entende-se que o processo de uniformização das normas no âmbito do Mercosul deve seguir os princípios comunitários, envolvendo, assim, uma natureza complementar, ao contrário da conflitante estrutura internacional clássica.

A metodologia das decisões dentro do Mercosul atende apenas a uma estratégia política externa, não pretendendo outorgar poderes a órgãos supra-estatais. Isto, por sua vez, se reflete sobre o processo de uniformização das normas, haja vista que a sua configuração possui a natureza do Direito Internacional clássico.

O artigo 1º do Tratado de Assunção exprime o compromisso dos Estados-partes de harmonizar suas legislações nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração<sup>10</sup>.

As áreas pertinentes são aquelas que os acordos não regulam e constituem ou podem constituir embaraço ao estabelecimento do Mercosul ou a integração econômica dos Estados-partes do Acordo.

---

<sup>10</sup> TRATADO DE ASSUNÇÃO. Assinado em 26 de Março de 1991, no Brasil, foi aprovado pelo Congresso Nacional em 25.09.91, através do Decreto nº 197, de 25.09.1991 (publicado no *Diário Oficial [da União]* em 26.09.1991); foi promulgado pelo Presidente da República, através do Decreto nº 350 (publicado no *Diário Oficial [da União]*, em 22.11.1991). O instrumento de ratificação foi depositado em 30.10.1991. Na Argentina, o instrumento de ratificação foi depositado em 30.10.1991. No Uruguai, o Tratado foi aprovado pela Lei nº 16.196, de 28.07.1991 e o instrumento de ratificação foi depositado em 06.08.1991. No Paraguai, o tratado foi aprovado pela Lei nº 9/91 e o instrumento de ratificação foi depositado em 06.08.1991. ([www.mj.gov.br](http://www.mj.gov.br)).

A uniformização tem por objeto suprimir ou atenuar as disparidades entre as disposições de direito interno, na medida em que exige o funcionamento do mercado comum, importando na alteração dos respectivos conteúdos.

De outro lado, no Tratado que instituiu a Comunidade Européia, a aproximação das legislações correlaciona-se com o procedimento especial para garantir o bom funcionamento do mercado comum, regulado pelos artigos 100 a 102<sup>11</sup>.

Tanto a uniformização como a aproximação das legislações pretendem estabelecer uma certa conformidade entre as disposições legislativas que já vigoram ou irão vigorar nos Estados empenhados num processo de integração<sup>12</sup>.

O Tratado de Assunção delimita a uniformização de maneira imprecisa e aparentemente restritiva, pois as áreas pertinentes são aquelas que o Tratado não regula, como vimos anteriormente. Na Comunidade Européia, a aproximação recai tanto sobre as disposições legislativas como as regulamentares e administrativas, ao contrário do que acontece no Mercosul que exclui as disposições regulamentares e administrativas<sup>13</sup>.

Alguns autores entendem ser impossível constituir um mercado comum deixando de fora da harmonização normas regulamentares e administrativas, pois existem inúmeros obstáculos desta natureza regulamentar e administrativa que impedem a livre circulação de bens, capitais, serviços etc.<sup>14</sup>

Desta forma, a uniformização das legislações deve se operar em sentido amplo, quer pela adoção de normas jurídicas, quer pela eliminação ou redução das diferenças entre as existentes que prejudicam a constituição e funcionamento do Mercosul.

---

<sup>11</sup> FARIA, Werter R. "Métodos de harmonização aplicáveis no MERCOSUL e incorporação das normas correspondentes nas ordens jurídicas internas" In: BASSO, Maristela (org). "*MERCOSUL seus efeitos, econômicos e políticos nos Estados-membros*". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 143.

<sup>12</sup> *Idem*, p. 144.

<sup>13</sup> FARIA, in BASSO, *op. cit.*, p. 144.

<sup>14</sup> A propósito, relata FARIA, *idem*. p. 144: "É impossível constituir um mercado comum deixando de fora da harmonização das normas regulamentares e administrativa. Pense nos obstáculos de natureza regulamentar ou administrativa que impedem ou dificultam a livre circulação de bens, de pessoas de serviços e de capitais, a livre concorrência e a liberação comercial, sobre tudo no que respeita a restrições não tarifárias e medidas de efeito equivalente".

Segundo leciona Deisy Ventura, as organizações comunitárias “teriam a vocação de substituir os Estados-Partes em certos domínios, para construir uma nova unidade política, econômica e social, através da transferência de parcela de suas competências”<sup>15</sup>. Com a delegação de competências legislativas, executivas, jurisdicionais e administrativas, cria-se uma ordem autônoma em relação aos Estados.

Juridicamente, os métodos adotados por cada bloco econômico (Mercosul e União Européia) podem ser caracterizados em razão da estrutura institucional dos mesmos, são antagônicos e conflitantes.

Mesmo que o Conselho do Mercosul adotasse normas para harmonizar as legislações dos Estados-Partes, a fonte que surgiria não seria autônoma como acontece na União Européia. Além do que, numa organização internacional dotada de órgãos exclusivamente intergovernamentais, como o Mercosul, o processo de produção do direito equipara-se ao do direito internacional.

As normas adotadas pelo órgão competente, ou por uma conferência diplomática realizada em seu seio, não gozam de eficácia direta, para serem incorporadas nos ordenamentos nacionais, estão sujeitas a formas determinadas pelas Constituições dos Estados-Partes<sup>16</sup>. Como salienta Guido F. S. Soares, num sistema de cooperação internacional: “O grau máximo que podem atingir as atividades normativas é o estabelecimento de um direito uniforme”<sup>17</sup>.

Assim não há que se falar, em sede de direito de cooperação<sup>18</sup>, na existência de normas supranacionais, que estariam acima dos poderes regulamentares dos Estados-partes.

---

<sup>15</sup> VENTURA, Deisy de Freitas Lima. *A ordem jurídica do Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 22.

<sup>16</sup> Sobre o processo de incorporação dessas leis e tratados internacionais na ordem interna Brasileira, ver o excelente artigo de Araminta de Azevedo Mercadante, *A processualística dos atos internacionais*. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Contratos internacionais e direito econômico no MERCOSUL*. São Paulo: LTr, 1996, p. 458-505.

<sup>17</sup> As instituições do Mercosul e as soluções de litígios no seu âmbito-sugestões *de lege ferenda*. In: BAPTISTA, Luiz Olavo, et al. *Mercosul: das negociações à implementação*. São Paulo: LTr, 1994, p. 303.

<sup>18</sup> A propósito, ensina VENTURA, *op. cit.*, p. 21: “[os] Os Estados podem constituir organismos políticos ou técnicos; de concertação, regulamentação ou gestão; universais ou regionais; mas a dicotomia entre órgãos de cooperação ou supra-nacionais é efetivamente o cerne do direito da integração que virá a se definir. Certos juristas emitem, inclusive, como enunciado de classificação, a oposição entre organizações de cooperação e

Frise-se que, apesar do caráter imperativo das normas de direito internacional, a sua aplicação pode ser obstada pela existência de normas nacionais que sejam incompatíveis ou pela emissão de normas nacionais posteriores que as revoguem. Apesar dos inúmeros avanços do direito internacional, e da prevalência do interesse público sobre o privado, ainda há países que não concedem à norma internacional posição distinta e mais elevada que das normas legais ordinárias.

O art. 38 do Protocolo de Ouro Preto não uniformiza a aplicação interna das normas emanadas dos órgãos do Mercosul, mas impõe aos Estados-Partes a obrigação de adotar as medidas necessárias para assegurar-lhes o cumprimento em seus respectivos territórios<sup>19</sup>. O art. 42 do Protocolo de Ouro Preto reforça o compromisso de adotar todas as medidas necessárias para assegurar nos territórios dos Estados-Partes o cumprimento das normas emanadas dos órgãos do Mercosul com capacidade decisória, mediante a atribuição de caráter obrigatório.

De outro lado, a uniformização *stricto sensu* em torno da codificação do direito é importante, porque os códigos unificam os direitos nacionais, substituindo os costumes regionais por leis e por suas qualidades intrínsecas a adoção de códigos, influencia os legisladores de diversas nações, que adotam legislações semelhantes.

Neste sentido, a utilização de alguns códigos como modelo para outros Estados atua, indubitavelmente, como impulso para a proximidade das diversas legislações, podendo ser tomada como raiz do desenvolvimento de um direito espontaneamente uniforme.

Frise-se, porém, que a identificação de um único tronco de onde derivam conteúdos semelhantes (ex.: os códigos civis francês e alemão) não é suficiente para que surja a uniformização. Também é necessário, como anteriormente já constatado na parte inicial, que

---

organizações de integração, percebendo as primeiras como forma de institucionalizar e dotar de continuidade determinadas ações cooperativas, entre Estados justapostos...”.

<sup>19</sup> PROTOCOLO DE OURO PRETO. Assinado em 17 de dezembro de 1994. No Brasil, o Protocolo foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 188 e publicado no *Diário Oficial da União* em 18.10.1995, sendo promulgado pelo Decreto nº 1.901, de 09.05.1996, que foi publicado no *Diário Oficial da União* em 10.05.1996. Na Argentina, o instrumento de ratificação foi depositado em 15.11.1995. No Paraguai, o Protocolo foi aprovado pela Lei nº 596/95 e o instrumento de ratificação foi depositado em 12.09.1995, ([www.mj.gov.br](http://www.mj.gov.br)).

se apresentem condições sócioeconômicas favoráveis, que permitam a semelhança da regulamentação tendente a resolver problemas semelhantes.

As condições políticas podem ser fundamentais, relativamente à ocorrência ou não da uniformização espontânea, como na anexação de territórios nas guerras, que impulsionou os Estados beligerantes na busca de teorias e modelos jurídicos autônomos, respectivamente<sup>20</sup>. Configurando e tomando a profissionalização da administração da justiça como um fato que está na base da possibilidade de uniformização.

Mesmo que sejam derogadas certas peculiaridades locais, regionais ou nacionais em favor de um direito positivo, torna-se no mínimo aceitável que a autoridade legislativa positive o direito por meio de um código, permitindo a uniformização pela adoção de modelos de único que deverá ser aplicado.

Não obstante, é importante destacar que a concepção jurídica positivista está na base da uniformização convencional. Assim, a uniformização em torno dos códigos liberais, sobretudo civis, pode ser vista como um processo que atende a finalidades sócioeconômicas.

O capitalismo industrial e imperialista, centrado na Europa e nos Estados Unidos, torna-se o modelo de produção dominante e, conseqüentemente, sua regulamentação entra em cena como tarefa jurídica fundamental. O positivismo tem, dessa forma, relações com a crescente necessidade de atuação do Estado, presente na expansão imperialista do capitalismo.

À medida que o capitalismo depende sobremaneira da mutabilidade instantânea das regras, o que seria impossível tanto em sistemas costumeiros e jus naturalistas, é que possibilitou a adoção dos códigos modelares (ex.: códigos civis francês e alemão) que criaram regras convencionais uniformes.

---

<sup>20</sup> A propósito, vide HUCK, Hermes Marcelo. *Da guerra justa à guerra econômica*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 9: “A guerra é um instrumento social que pressupõe um conflito de vontades entre coletividades politicamente organizadas, cada uma delas buscando prevalecer sobre a outra”. No mesmo sentido escreve CLAUSEWITZ, Carl von. *Da Guerra*. São Paulo: Martins Fontes, 1979, p. 73, o autor não hesita em admitir que “[a] A guerra é um ato de violência destinado a forçar o adversário a submeter-se a nova vontade”.

Por outro lado, é preciso colocar em cheque as teorias sobre a linguagem-signo, apoiadas na idéia de conceito e na supressão dos códigos de significação emergentes das dimensões extra-conceituais dos processos de significação<sup>21</sup>.

Na verdade, as significações socialmente conservadas são consequência de uma memória ou um arquivo institucional, sofrendo, portanto, o condicionamento do poder das instituições<sup>22</sup>.

No próximo item, que fala da noção de validade, permite uma análise mais detalhada e profunda do direito uniforme, à medida que aponta para as questões de sua efetividade nos sistemas jurídicos positivos.

## 1.2 Noção de validade

A qualidade de qualquer estudo realizado no âmbito das ciências humanas depende basicamente da exata formulação dos conceitos que serão utilizados. Apesar da dogmática conceitual representar um valioso ponto de partida, o estudioso não pode aceitar a verdade imposta como imutável, mas também não pode negar a absoluta necessidade de um corte inicial no sistema.

Não há, nas ciências sociais, qualquer possibilidade de um estudo hermeticamente cerrado, ou seja, até para que se estabeleça uma discussão baseada em afirmação e justificação, deverão estar presentes as influências do meio.

A afirmação do jurista Diego Martin Farrell ilustra a elasticidade dos conceitos, pois o citado autor toma como ponto básico do conceito de validade "o critério adotado pelo jurista", o que não se aplica ao ordenamento nacional, pois, no Brasil, a doutrina não é considerada fonte do Direito, mas apenas uma forma de interpretação.

Nas palavras do autor: "As normas jurídicas se consideram válidas quando concordam com o critério adotado pelo jurista. Pode dizer então que a validade não é uma

---

<sup>21</sup> Ver, sobre a teoria da linguagem-signo e as dimensões extra-conceituais, a sustentação oral da defesa da tese: *Considerações epistemológicas sobre o princípio da pureza metódica*, de autoria do Prof. Luiz Alberto Warat. *Apud*, ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. São Leopoldo: Unisinos, 1998, p. 16.

<sup>22</sup> ROCHA, *op. cit.*, p. 16.

propriedade das normas, sem uma relação entre a norma e o critério elegido. Quando a norma se ajusta ao critério ela se considera válida"<sup>23</sup>.

No ordenamento jurídico nacional, a validade de uma norma jurídica depende do critério adotado pelo titular do Poder Constituinte, seja originário ou derivado<sup>24</sup>, não pelo jurista que representa apenas um agente interpretador dos critérios de validade adotados pela norma jurídica, sem qualquer poder real de criação do Direito.

A propósito, a identificação de um ordenamento jurídico, em âmbito internacional, impõe o reconhecimento de fontes próprias, que se diferenciam das ordens nacionais. Utilizando os critérios de classificação disponíveis no direito comunitário, pode-se identificar como direito originário do Mercosul o Tratado de Assunção, com os seus cinco anexos<sup>25</sup>; os Protocolos e Acordos posteriores que o complementam, destacando-se o Protocolo de Brasília<sup>26</sup>, atinente ao Anexo III do Tratado de Assunção, e o Protocolo de Ouro Preto.

Temos aqui normas de origem contratual que dependem naturalmente, por constitutivas da própria organização, da ratificação dos Estados signatários dos referidos Acordos. No direito originário está contida a norma fundamental de uma ordem jurídica, qual seja, sua capacidade de produzir normas válidas. O direito derivado emana das instituições autônomas dos Estados-partes do Tratado de Assunção.

Os que têm uma visão do Direito como linguagem afirmam que o jurista tem um papel fundamental no preenchimento do conteúdo semântico de uma norma, mas, ainda

---

<sup>23</sup> MARTIN FARREL, Diogo. *Hacia un criterio empirico de validez*. Buenos Aires: Eudeba, 1963, p. 10.

<sup>24</sup> A propósito, vide BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 125: "Costuma-se distinguir o poder constituinte originário do poder constituinte constituído ou derivado. O primeiro faz a constituição e não de prende a limites formais: é essencialmente político ou se quiserem, extrajurídico. O segundo se insere na Constituição, é órgão constitucional de limitações tácitas e expressas, e se define como poder primacialmente jurídico, que tem por objeto a reforma do texto constitucional".

<sup>25</sup> São eles: I. programa de liberação comercial, II. Regime geral de origem, III. Solução de controvéncias, IV. Cláusulas de salvaguardas e V. Subgrupos de trabalho do Grupo Mercado Comum. Os anexos II e IV foram substituídos pelo acordo de Alcance parcial de Complementação econômica, assinado em 29 de novembro de 1991.

<sup>26</sup> PROTOCOLO DE BRASÍLIA. Assinado em 17.12.1991 na cidade de Brasília. Foi aprovado pela decisão MERCOSUL/CMC/DEC Nº 1/91 que se operou em 23.04.1993 após o último país, o Uruguai, ter depositado a sua ratificação. No Brasil o Protocolo de Brasília foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 88, de 01.12.1992, publicado no *Diário Oficial da União* [Brasília], em 01.12.1992 e promulgado pelo Decreto nº 922, de 10.09.1993, que foi publicado no *Diário Oficial da União* [Brasília], em 13.09.1993. Na Argentina, o instrumento de ratificação foi depositado em 28.12.1992. No Uruguai o Protocolo foi aprovado pela Lei nº 16.348, de 01.04.1993 e o instrumento de ratificação foi depositado em 22.04.1993. No Paraguai, foi aprovado pela Lei 18/92 e o instrumento de ratificação foi depositado em 22.04.1993.

assim, o mesmo não tem o poder de criar, pois ninguém nega que o Direito, hodiernamente, se origina basicamente do Estado.

A validade da norma jurídica pode ser vista como o vínculo estabelecido entre a proposição jurídica, considerada na sua totalidade lógico-sintática e o sistema de Direito posto, de modo que ela é válida se pertencer ao sistema.

Para pertencer a tal sistema, dois aspectos devem ser observados: primeiro, a adequação aos processos anteriormente estabelecidos para a criação da proposição jurídica (exceto no caso da recepção pela Constituição) e, segundo, a competência constitucional do órgão criador. Por isso, o jurista não tem o condão de criar uma norma jurídica válida.

Outro aspecto do modelo kelseniano, de aferição de validade de uma proposição jurídica, é a dedutibilidade<sup>27</sup>. Assim, oportuna se faz a invocação de alguns aspectos da dinâmica jurídica, vez que a dedução acontece quando o sistema atesta a validade de uma proposição jurídica quando aquela é consequência lógica das normas hierarquicamente superiores.

Tal método tem sempre como parâmetro final de validade a norma fundamental hipotética ou, nas palavras do jurista Hebert L. A. Hart, a regra de reconhecimento<sup>28</sup>.

A corrente do positivismo analítico, muito bem defendida pelo italiano Norberto Bobbio, ilustra que a validade de uma norma prescinde do fato da mesma ser ou não efetivamente aplicada na sociedade, vez que na definição de um Direito posto pelo Estado, atualmente tido como legítimo, não se induz o elemento eficácia<sup>29</sup>.

A validade não se confunde com a vigência, posto que pode haver uma norma jurídica válida sem que esteja vigente; isso ocorre claramente quando se vislumbra a *vacatio legis* ou quando o dispositivo legal é revogado, embora continue vinculante para os casos pretéritos.

---

<sup>27</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1984, p. 154.

<sup>28</sup> HART, Herbert. L. A. *The language of morals*. New York: Oxford University Press, 1986, p. 107. *Apud*, COSTA, *op. cit.*, p. 57.

A vigência representa a característica de obrigatoriedade da observância de uma determinada norma, ou seja, é uma qualidade da norma que permite a sua incidência no meio social. No caso brasileiro, a Lei de Introdução ao Código Civil trata da vigência da lei, estabelecendo de forma pragmática os critérios que determinam o início da vigência.

O art. 1º da LICC afirma em síntese que, salvo disposição em contrário, a lei começa a vigorar em todo o território nacional quarenta e cinco dias após a sua publicação. Nos Estados estrangeiros a obrigatoriedade da lei brasileira, quando admitida, se inicia três meses depois de oficialmente publicada. A maioria das leis, porém, traz em seu texto a data em que passará a vigor. Em geral, o início da sua vigência coincide com a data da sua publicação.

Por vezes, a norma jurídica perde a vigência quando outra a modifica ou a revoga, salvo nos casos em que a norma jurídica se destina à vigência temporária, estipulada no próprio texto legal ou em uma norma de hierarquia superior. Assim, pode-se concluir sintaticamente que a vigência está dividida em positivação e obrigatoriedade.

O professor da Universidade de Copenhague, Alf Ross, afirma, com base em sua influência realista, que um sistema de normas é vigente se for capaz de servir como um esquema interpretativo de um conjunto correspondente de ações sociais, de maneira que se torne compreensível para a sociedade esse conjunto de ações como um todo coerente de significado e motivação<sup>30</sup>.

Por fim, Ross afirma que tal capacidade do sistema se baseia no fato das normas jurídicas serem acatadas porque são sentidas como socialmente obrigatórias.

Voltando à distinção entre validade e vigência, Karl Larenz, afirma que não vê inicialmente distinção entre vigência e eficácia, que:

"Se o jurista pergunta se uma lei é válida, não tem em vista se a lei é sempre observada ou o é na maioria dos casos, mas se a pretensão de validade enquanto

---

<sup>29</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: ed. da UnB, 1991, p. 30.

<sup>30</sup> ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba, 1963, p. 30.

norma lhe é conatural se encontra justificada, de acordo com os preceitos constitucionais relativos à produção legislativa das normas<sup>31</sup>.

A conceituação da eficácia da norma jurídica é o aspecto mais importante e difícil do presente trabalho, posto que, enquanto alguns afirmam que vigência e eficácia se confundem (positivistas), há outros que alegam inexistir diferença entre validade e eficácia (realistas). A maioria distingue os três institutos e alguns, como o professor Paulo de Barros Carvalho, subdividem a eficácia em: a) técnica; b) jurídica; e c) social<sup>32</sup>.

As variáveis apresentadas não serão analisadas nesse item reservado apenas à conceituação, visto que cada uma das colocações acima enseja discussões doutrinárias baseadas nas teorias.

A eficácia de uma norma jurídica é a sua idoneidade para provocar, através da sotoposição de um fato aos fatos jurídicos descritos pela citada norma, as reações prescritas no seu conseqüente ou no ordenamento jurídico. A eficácia deriva diretamente dos efeitos da imputação normativa, partindo-se logicamente de uma relação de "dever-ser".

Como visto anteriormente a validade é conceituada como a pertinência a um sistema normativo, que permite a transmissão da imperatividade de cima para baixo, sendo a sua formulação mais conhecida a kelseniana, que lida com a noção de uma norma fundamental que transfere a validade para todas as normas integrantes do sistema, especialmente por meio da correção formal e material da produção normativa, mas também limitada pela eficácia<sup>33</sup>.

A validade lança diretamente suas raízes na convenção original. Haverá uma única regra, mas, se está baseada no direito interno de cada Estado-membro, então teremos diferentes regras, especialmente porque vinculadas a contextos sistemáticos diferentes.

A propósito, Hart afirma que, para que o direito se apresente como válido e suas regras como obrigatórias, parte-se de uma regra de reconhecimento não enunciada do

---

<sup>31</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 22.

<sup>32</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Hipótese de incidência tributária as normas gerais de direito tributário*. In: MORAES, Bernardo Ribeiro. *Interpretação no direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 207.

<sup>33</sup> KELSEN, *op. cit.*, p. 154.

ponto de vista interno (mas que do ponto de vista externo é uma questão de fato), que se apóia no consenso social, e como consenso das autoridades que o aplicam é que se constroem as cadeias de validade<sup>34</sup>.

Norberto Bobbio também trata da noção de direito como um sistema, sendo que a validade funciona como a pertinência a este. Como define a norma jurídica a partir da exterioridade e da institucionalização da sanção, e estas características se referem mais propriamente ao ordenamento jurídico, a norma válida é a que pertence ao ordenamento<sup>35</sup>.

De plano, importa advertir que não se adotará uma noção de sistema, segundo a qual as normas jurídicas guardariam entre si relação apenas de forma, destituída de conteúdo. Parece ser esta uma quimera teórica, preambularmente refutável, pois é impossível estabelecer uma completa disparidade entre ser e dever-ser, na condição de ponto de partida da auto-compreensão metodológica do fenômeno jurídico, que não se deixa espartilhar em tais em tais lindes<sup>36</sup>.

Essas formulações, mesmo com algumas diferenças entre si, podem ser tomadas como definidoras da validade, aceita como relação entre normas de um mesmo sistema jurídico. A opção por um dos dois modelos não chega a fornecer uma solução para o problema de saber se a regra uniforme é única ou se multiplica com a entrada nos sistemas nacionais.

A validade de uma norma específica depende de sua relação com outras normas, pois as normas que conferem validade a uma norma X não necessariamente são as mesmas relacionadas com a norma Y. Apenas a norma fundamental é que dá validade a todo o sistema.

As normas uniformes dependem, para adentrar num sistema estatal válido, de autorização constitucional. As normas dependerão, portanto, dos princípios constitucionais próprios de diferentes direitos, e uma aplicação admitida em um Estado não será possível em outro, pois os âmbitos territoriais de aplicação podem ser distintos.

---

<sup>34</sup> HART, *op. cit.*, p. 107.

<sup>35</sup> BOBBIO, *op. cit.*, p. 30.

<sup>36</sup> *Idem*, p. 72.

Por outro lado, se o âmbito territorial for o mesmo, então ou há identidade ou surge uma antinomia, que será normalmente resolvida conforme os critérios tradicionais de Leis (*ex superior, ex anterior*).

Como ensina Hans Kelsen, para haver conflito normativo as duas normas devem ser válidas, pois se uma delas não o for não haverá qualquer antinomia, já que uma das duas normas não existiria juridicamente, jamais se poderá afirmar que apenas uma é válida<sup>37</sup>.

Desta forma, subsiste a tese de que os tratados internacionais têm validade imediata, uma vez aprovados. A regra interna, indique ou não um procedimento específico, não trata da incorporação, mas da admissão da vigência de regras internacionais.

Essa tese, porém, não possui sentido no quadro teórico de descrição da validade apresentado. Seria equivalente a admitir que, sendo as regras uniformes aceitas, a norma produtora de validade não participaria da cadeia de validação<sup>38</sup>.

Isso não impede que o direito interno fixe normativamente a validade imediata dos tratados; uma vez aprovados, as normas internas não deveriam funcionar como limitadoras materiais de seu conteúdo e não poderiam excluir a norma atributiva da validade da cadeia normativa.

Mesmo em sistemas monistas, especialmente com base na delimitação espacial, as normas uniformes tanto no sentido formal quanto no material podem ser normas distintas (não idênticas), uma vez que podem derivar de cadeias de validação diferentes.

A identidade de normas pode ser percebida de melhor forma com o comparação entre normas uniformes e normas supranacionais, que será estudada no próximo item.

### **1.2.1 Direito supranacional e direito uniforme**

---

<sup>37</sup> KELSEN, *op. cit.*, p. 195.

<sup>38</sup> COSTA, *op. cit.*, p. 59.

A principal característica do direito supranacional é que várias normas originárias (constantes dos tratados constitutivos) ou derivadas (especialmente os regulamentos) são diretamente aplicáveis dentro do território dos Estados-partes.

De outro lado, o direito uniforme, contrariamente ao direito supra-nacional, depende da incorporação ao ordenamento nacional para que possa ter efeitos na esfera interna.

Frise-se que a presença ou não de trâmites burocráticos internos não será o critério de avaliação do que pertence ou não a um direito nacional, pois este pode conter regras de pertinência que impliquem a incorporação imediata das regras.

A supranacionalidade<sup>39</sup>, como instituto jurídico, internacionalmente materializa-se com a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), cujo tratado institutivo prescreve, no artigo 9º do capítulo I, o carácter supranacional das funções dos membros de seu órgão supremo e a obrigação, pelos Estados, de respeitá-lo<sup>40</sup>.

Desta forma, consolidava-se na Europa a percepção, concebida por Jean Monnet e Robert Schuman, de que a integração econômica setorial seria o caminho para que se pudesse, no futuro, alcançar a integração política e global.

O setor escolhido para deflagrar o processo foi justamente o do carvão e do aço, compondo um paradoxo: os recursos que sustentaram as sucessivas guerras seriam os primeiros meios de consolidação da paz, através do então revolucionário método proposto pelos franceses.

---

<sup>39</sup> Segundo TEIXEIRA, Antônio Fernando Dias. *A natureza das comunidades europeias*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 184: “Na sintaxe a palavra supranacionalidade é um adjetivo explicativo e etimologicamente é composto pelo prefixo “supra” (o que está acima de) pelo substantivo “nação” e pelo sufixo adjectivamente “idade” (...). Como terá surgido o léxico? Seguindo o prof. Mota de Campos o termo foi usado pela primeira vez por Sir Arthur Salter e utilizado em muito documentos elaborados após o término da Segunda Guerra Mundial mas só entraria no léxico jurídico oficial na (...) Declaração de Schuman, que esteve (...) na base do texto do Tratado de Paris, que instituiu a CECA”.

<sup>40</sup> Os austríacos, SCHWEITZER, Michael e HUMMER, Waldemar. *Derecho Europeo*. Buenos Aires: Depalma, 1987, p. 150-151, consideraram como primeira organização supranacional a União Aduaneira Alemã de 1834, conhecida como *Zollverein* (seria quanto à legislação aduaneira, mas esta percepção é discutível). De forma um tanto dissonante, afirmam que “El concepto de Supranacionalidad procede de los tiempos de fin de siglo y designaba originariamente el más alto grado del Derecho internacional o del Derecho natural sobre el derecho estatal. En el ámbito de la integración europea después de la Segunda Guerra Mundial sale a luz este concepto primeramente en las negociaciones de la Asamblea consultiva del Consejo de Europa, em efecto, en 1949 en la discusión sobre la nueva redacción de su estatuto, así como em 1950, em la presentación del Plan Schuman para

Os países aderiram à idéia de um mercado comum do carvão e do aço, criando um espaço de livre circulação e livre concorrência destes produtos. A maior inovação, todavia, foi o gesto de entrega da CECA às organizações internacionais que o mundo conhecia.

Com a referida entrega da CECA instalou-se o postulado da independência dela, diante das vontades nacionais, em benefício de uma vontade comunitária em construção. Estas peculiaridades definiram um perfil que passou a ser, em todo o mundo, associado como o de uma entidade supranacional: a constituição de uma esfera de jurisdição, gestão e principiologia diferenciadas das ordens nacionais.

A diferença básica a ser estabelecida entre organismos intergovernamentais e supranacionais é precisamente a detecção do interesse predominante. No primeiro caso trata-se de organismo destinado a cotejar interesses individuais.

Entidades supranacionais pressupõem a negociação em outro nível, para definir o interesse coletivo através do processo decisório próprio, a serviço do qual elas colocarão em funcionamento uma estrutura independente.

É lugar comum na doutrina Européia a identificação da supranacionalidade como o atributo original da ordem jurídica comunitária<sup>41</sup>, qualidade que faz dela um fenômeno absolutamente novo diante do direito internacional (típico direito de coordenação) inobstante serem as comunidades também organismos internacionais.

As organizações supranacionais (leia-se dotadas de uma ordem jurídica supranacional) teriam como características: a) autonomia de um conjunto de regras, diferenciado dos ordenamentos nacionais situados acima deles (princípio da primazia da regra comunitária), para proteger o interesse coletivo dos interesses nacionais; b) a origem de tais

---

la creación de la CECA. Finalmente encontró apoyo en el art. 9 V y VI del TCECA. Allí caracterizó él actividad de los miembros de la Comisión como supranacional”.

<sup>41</sup> TEIXEIRA, op. cit., p. 169: “A tese supranacional é, de fato, a dominante sufragada na doutrina do direito comunitário. Os teóricos supranacionalistas vêem as Comunidades Européias e (ou) o seu direito dotados de autonomia e identidade própria”.

regras, contratual via fonte primária; c) sua incorporação direta às ordens jurídicas nacionais, tema seguramente polêmico, também apresentado como de aplicabilidade imediata<sup>42</sup>.

O Estado é o cerne da noção de supranacionalidade, decorrendo uma maior necessidade de institucionalização de valores e interesses, pois um quadro institucionalizado parece essencial para a ordem jurídica comunitária. A supranacionalidade tem como requisito de existência a efetividade do poder, com vistas a realizar interesses e valores comuns.

Os organismos supranacionais devem tomar decisões e estabelecer regras que efetivamente ocasionem o engajamento dos Estados. A aplicabilidade de medidas legislativas, administrativas ou judiciárias se operam somente em certos domínios, definidos pelos tratados.

Frise-se que, além do ideário comum, é indispensável a autonomia deste organismo, no sentido de que ele se diferencie do poder dos Estados que o integram e sirva exclusivamente aos interesses comuns definidos.

Não se deve confundir a existência de um poder autônomo com a possibilidade de sanção por parte deste em relação aos Estados-Partes. Este é, sem dúvida, um elemento nuclear da ordem jurídica comunitária<sup>43</sup>.

A ordem jurídica comunitária pode utilizar-se de outros meios, não coercitivos, como vem ocorrendo na atualidade. Se a coercibilidade fosse *conditio sine qua nom* da supranacionalidade, os processos integracionistas em fase inicial jamais alcançariam a adesão de um número significativo de países.

---

<sup>42</sup> A propósito ver o texto de OLIVEIRA, Odete Maria de. "Relações Internacionais: breves apontamentos e contextualização". In: OLIVEIRA, Odete Maria de. *Relações internacionais e globalização: grandes desafios*. Ijuí: Unijui, 1998, p. 15-65.

<sup>43</sup> O vocábulo sanção é utilizado no sentido preconizado por Norberto Bobbio, na *Teoria della norma giuridica*, assim percebido por Tércio Sampaio Ferraz Jr. "Se uma norma prescreve o que deve ser e se o que deve ser não corresponde ao que é necessariamente, quando a ação real não corresponde à prevista, a norma é violada. Essa violação, que pode ser uma inobservância ou uma inexecução, exige uma resposta. Assim, a sanção é definida como um expediente através do qual se busca, num sistema normativo, salvaguardar a lei da erosão das ações contrárias. Ou, mais brevemente, a sanção é a resposta à violação da norma, sendo que a sanção "jurídica" é a resposta externa e institucionalizada"; texto de apresentação a BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: ed. da UnB, 1989, p. 9.

A presença ou não de trâmites burocráticos internos não será o critério de avaliação do que pertence ou não a um direito nacional, pois este pode conter regras de pertinência que impliquem a incorporação imediata das regras uniformes, que será estudado no próximo item.

### 1.2.2 Aplicabilidade direta

A superioridade das normas derivadas das instituições do Mercosul, quando em confronto com as normas nacionais, e a sua aplicabilidade imediata dentro do território dos Estados, são qualificativos atribuídos ao ordenamento da organização internacional.

Estes ordenamentos dependerão não só de previsão nos tratados constitutivos, como também da maneira como os ordenamentos nacionais tratam da recepção do direito internacional na órbita interna, bem como da hierarquia atribuída a essas normas quando em confronto com norma interna editada posteriormente<sup>44</sup>.

Cumprida nesta etapa verificar se as normas oriundas dos tratados constitutivos e da instituição do Mercosul engendrarão fatos jurídicos aptos a produzir efeitos; e, também, supondo a futura adoção de determinado grau de supranacionalidade, se tal conjunto de normas poderia ser munido de atributos com a aplicabilidade imediata, a aplicabilidade direta e a primazia da regra comunitária sobre o mandamento da ordem nacional.

Na ordem interna, eficácia não é sinônimo de vigência, em que pese ser a segunda pressuposto da primeira. Uma norma jurídica pode ter sido promulgada e publicada regularmente e jamais vir a produzir efeitos.

No entanto, estar em vigor concede-lhe a possibilidade de incidir sobre os fatos comuns; e a incidência é precisamente a eficácia da norma. A eficácia jurídica excede a

---

<sup>44</sup> Esta questão é sabidamente tormentosa para o Direito Internacional Público se opõe tradicionalmente duas teorias: dualista e monista. Para os primeiros, a ordem jurídica internacional é distinta da ordem jurídica interna, portanto, os atos daquela precisam da transformação para o sistema de fontes nacionais. Os segundos por sua vez, sustentam que ambas as ordens formam uma única ordem jurídica, restando contudo, estabelecer a relação hierárquica entre ambas (monismo com primado do direito interno: Wenzel; monismo como primado em direito internacional: Kelsen; monismo com primado de uma terceira ordem, a ordem natural: Truyol y Serra, *in*: ARRIGHI, Jean Michel. *La Solución de controversias entre normas internacionales y normas nacionales*. BOLETIM DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO INTERNACIONAL. ano XL-VII, jan/jun., 1994, ns., 91/92, p. 43.

eficácia da Lei. A norma jurídica é composta por uma previsão fática e um preceito. Para que ela incida, basta que se materialize o fato previsto: há automaticidade, incondicionalidade e inesgotabilidade no processo de juridicização de um fato.

Uma vez tornado jurídico pela norma, deve-se analisar se as conseqüências que a regra imputou ao fato também se materializaram. Aqui se fala da verdadeira eficácia jurídica<sup>45</sup>. Norberto Bobbio afirma que “Uma regra pode ser válida sem ser eficaz, mas que um ordenamento jurídico, tomado em seu conjunto, só é válido se for eficaz”<sup>46</sup>. É preciso que exista alguém legitimado a exercer a força para garantir que as conseqüências atribuídas pelo ordenamento aos fatos se materializem.

O direito uniforme de que se trata neste capítulo depende da incorporação ao ordenamento nacional para que possa ter efeitos na esfera interna. Isso pode ocorrer por meio de procedimentos específicos<sup>47</sup>.

O Tribunal das Comunidades Européias possui legitimidade ativa e passiva nas demandas, envolvendo os Estados-partes. No entanto, este Tribunal não possui competência para julgar a pretensão de um particular frente a um estado ou de outro particular que decorra da regra comunitária. O acórdão *Van Gend em Loos*<sup>48</sup> enuncia o fundamento do princípio da aplicabilidade direta, qual seja, a percepção de que os tratados visam além dos governos, criando órgãos que institucionalizam seus direitos soberanos, cujo exercício tanto afeta aos Estados-Partes como aos cidadãos<sup>49</sup>.

A aplicabilidade direta não atinge todas as regras de direito comunitário e, entre as atingidas, não o faz da mesma forma. Os tratados institutivos das Comunidades

---

<sup>45</sup> Sobre este processo ver MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 211.

<sup>46</sup> BOBBIO, 1991, *op. cit.*, p. 67, compreende a validade no sentido kelsiano, de conformidade à norma fundamental é justamente o comando para que se obedeça a ordem, efetivamente está ordem não estará conforme a ela se tal observância não de materializar.

<sup>47</sup> A respeito dos procedimentos para a incorporação de tratados internacionais ao ordenamento Brasileiro, ver, MERCADANTE, Araminta de Azevedo. *Contratos internacionais e direito econômico no Mercosul*. São Paulo: LTr, 1996 ( *passim*).

<sup>48</sup> Recueil de la jurisprudence de Cour de justice et du Tribunal de première instance, 1963, p. 1. Aff.26/62, *apud* BARAV, *op. cit.* Cristian Philip. *Dictionnaire juridique des communautés*. Paris: Presses Universitaires de France, 1993, p. 1180. *Apud*. VENTURA, *op. cit.*, p. 119.

<sup>49</sup> Na interpretação de Ami Barav, a sentença denota que o direito comunitário impõe obrigações aos sujeitos de direito dos países integrantes, mas também é destinado a engendrar direitos em seu benefício. Esclarece ainda

Europeias foram ratificados nas ordens internas de cada Estado-membro, mas a aplicabilidade imediata que impedirá um Tribunal Nacional de alegar incompletude dos procedimentos de recepção na ordem interna para fugir da sua aplicação.

As antigas decisões gerais do CECA são a principal fonte de direito derivada e equivalem ao poder legislativo das comunidades Europeias.

Estas decisões são comandos gerais e abstratos, cuja recepção não somente é indispensável, como vedada pela ordem nacional, a fim de evitar a criação de outro momento da entrada em vigor, que lhes pudesse alterar total ou parcialmente o conteúdo<sup>50</sup>.

O ordenamento do direito supranacional funciona com autonomia em relação às ordens nacionais internas. Essa autonomia existe porque não há interferência de normas produtivas internas na cadeia de validade do direito supranacional.

Desta forma, pode-se concluir que a aplicabilidade direta é a forma segundo a qual regras originadas de tratados ou mesmo derivadas de regras secundárias destes são válidas e eficazes, independentemente de qualquer norma nacional.

O problema desse tipo de ordenamento é a possível confusão de âmbitos espaciais de aplicação, pois as normas supranacionais são, assim como as internas, imediatamente vigentes nos mesmos territórios.

A solução dos conflitos potenciais, com base em âmbitos materiais, fixa-se a uma série de competências próprias para cada ordenamento.

---

que os critérios que uma disposição comunitária deve satisfazer para ser reconhecido um feito direto são a clareza, a precisão e a incondicionalidade. BARAV, *apud* VENTURA *op. cit.*, p. 105.

<sup>50</sup> “A Itália já foi objeto de condenação por este motivo. Ver CJCE 7/2/1973, Com. c/ Italie, aff, 39/72, Rec.101; 10/10/73 e Frontini, 18/12/1973, RTDE, 1976, 271. A propósito MUÑOZ MACHADO, Santiago. “*La unión europea y las mutaciones del Estado*. Madrid: Alianza, 1993, p. 159. “Considera esta jurisprudência obsoleta, porque muitos regulamentos exigem um desenvolvimento interno e porque o próprio Tribunal já criou fórmulas para impor limites às técnicas de redação para a incorporação de diretivas, portanto a reconhece. Acrescenta: “en la sentencia de 15 de octubre de 1986 el Tribunal de Justicia afirma que la norma de transposición tiene que ser una disposicion interna de carácter obligatorio que tenga el mismo valor juridico que la norma interna contraria que deba modificar-se; y en la de 3 de marzo de 1988 establece que las disposiciones de una directiva anterior deberán ser incorporadas mediante disposiciones adoptadas con motivo de la primera incorporación y que han de ser modificadas”.

Se existe conflito entre uma regra supranacional e uma interna, esse não será resolvido por um dos critérios para a solução de antinomias. Isso porque, se as competências determinadas são complementares, pelo menos uma das regras não será válida.

A preocupação dos internacionalistas volta-se para a fixação de modelos estáticos de origem da validade: (a) origem nos tratados constitutivos; (b) origem nas constituições dos Estados-Partes e (c) origem dupla.

Pode-se tomar a teoria de Kelsen, que parece aqui a mais adequada, para decidir qual deles deve ser utilizado, pois, a norma fundamental no topo do sistema único seleciona a validade com base na produção e na dinâmica jurídica.

Como visto anteriormente, o direito supranacional surge e deriva sua autonomia da eficácia das normas diretamente aplicáveis.

Por fim, o caráter supranacional deve ser percebido como requisito de existência da ordem jurídica comunitária, a menos que se venha a refutar a aceção doutrinária supra descrita acerca do ordenamento comum interestatal.

Evidentemente, em um primeiro momento os modelos de validade derivada do direito supranacional são importantes apoios argumentativos na tentativa de obtenção do consenso dos operadores do direito, mas a construção da autonomia e aplicabilidade direta é resultado do processo de formação de consenso entre os profissionais que lidam com o direito e o aplicam, assim como dos sujeitos que, no caso da União Européia, encontram forte apoio no sucesso econômico da integração<sup>51</sup>.

Para a norma jurídica ser aplicada diretamente, ela tem que abranger cadeias de validades diferentes, que serão a seguir estudadas no próximo item.

### **1.2.3 Auto-executoriedade e incorporação**

---

<sup>51</sup> COSTA, *op. cit.*, p. 62.

Em determinadas circunstâncias (em que não há aplicabilidade), as normas uniformes fundem-se em cadeias de validade diferentes e independentes dos direitos nacionais. Para tanto, seria necessário admitir que os tratados dos quais nascem as regras uniformes fossem em certo sentido auto-executáveis.

A auto-executoriedade refere-se tanto às relações externas de aplicação quanto às internas. Nas relações externas, o tratado figura como de criação de obrigações internacionais entre os Estados-Partes, e próprias do direito internacional. Em seu aspecto interno, a auto-executoriedade lida, basicamente, com dois problemas: a incorporação ao direito interno e sua hierarquia nesse sistema.

Quando a validade for imediata: ela pode estar no próprio tratado, no direito interno ou em uma cadeia autônoma, ou é possível que a própria norma uniforme funcione como norma-origem. Para a constituição de um sistema supranacional é necessário que os órgãos aplicadores dos diversos Estados alcancem um consenso sobre a constituição da cadeia de validação e que ela fosse potencialmente eficiente.

Considerar que existe uma cadeia autônoma de origem internacional é bastante difícil quando não se pode constatar uma única ordem de dois níveis.

À medida que o direito internacional cuida das relações entre os Estados, e reparte os âmbitos espaciais das competências nacionais, afastando-se da regulamentação direta de várias condutas, não pode cumprir a função de ordenamento supranacional diretamente aplicável, o que também afasta a hipótese de que a validade imediata seja derivada do tratado ou de outras normas internacionais.

Se os órgãos nacionais aplicadores do direito uniforme decidem deixar de reconhecê-lo como aplicável, a norma não será aplicada, como são, aliás, os órgãos aplicadores estatais que determinam o que é ou não aplicado, o direito internacional depende (como ordem autônoma diretamente aplicável) de um consenso amplo entre os Estados-partes.

O problema da falta de uniformidade da aplicação do direito uniforme pode parecer que não tenha uma solução à primeira vista, pois a presença de diferentes cadeias de validação pode implicar normas sistematicamente distintas.

As regras uniformes tendem a ser consideradas como pertencentes a correntes de validação que passam pelo direito interno. Não obstante, é possível afirmar que o direito internacional nunca será diretamente aplicável, mas até hoje não se pode dizer que o seja. Desta forma, no item a seguir será analisada a interpretação e aplicação do direito.

### 1.3 Interpretação e aplicação

Interpretar uma norma é interpretar um sistema inteiro. A esse propósito, é imperativo compreender a própria tarefa da exegese, sob o prisma de que o sistema é mesmo uma ordem axiológica ou teleológica, composta de normas, de princípios e de valores, devidamente hierarquizados pelo intérprete em diálogo com o sistema, nas suas presentes demandas.

Mais ainda: a interpretação jurídica tem que se tomar em consideração à abertura do sistema, entendida esta, nos termos de Claus Wilhelm Canaris, como incompletude do conhecimento dito científico e, concomitantemente, modificabilidade da própria ordem jurídica. Uma outra modalidade de abertura são as características do Direito, como se disse e nada autoriza crer que, em razão desta natureza, possa ser inviabilizada, é justamente ela que torna possível a sua determinação a partir da realidade<sup>52</sup>.

Em outros termos, tal abertura pode ser traduzida também como possibilidade de modificação do sistema jurídico, objetivando não apenas em função de alterações legislativas, mas através da concretização aplicacional.

Retido este aspecto, registre-se, outrossim, que cada preceito deve ser visto como uma parte viva do todo, eis que é do exame em conjunto que pode resultar melhor resolvido qualquer caso em apreço, desde que se busque descobrir qual é, na respectiva

---

<sup>52</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. *Die feststellung von Lucken im Gesetz*. Berlin: Duncker & Humblot, 1964, p. 109. Apud FREITAS, Juarez de. *A interpretação sistêmica do direito*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 45.

situação, o interesse mais fundamental<sup>53</sup>. Com efeito, diz bem Canaris, “só a ordenação sistemática permite entender a norma questionada não apenas como fenômeno isolado, mas como parte de um todo. (...) Inversamente, o sistema sofre através da ordenação de uma nova previsão, em certas circunstâncias, um enriquecimento ou uma modificação interiores (...) Existe, portanto um processo dialético de esclarecimento duplo<sup>54</sup>”.

O valor para a hermenêutica jurídica da chamada ordenação sistemática, a qual decididamente não pode ser confundida com um mero elemento ou método interpretativo, porque somente uma exegese que realize tal ordenação é capaz de estabelecer o alcance teleológico dos dispositivos, realizando o mister de harmonizar os comandos, de sorte a resguardar e a manter a unidade em meio à multiplicidade axiológica.

Em outras palavras, não se pode considerar a interpretação sistemática, como menciona o clássico Carlos Maximiliano, como um processo, dentre outros, da interpretação jurídica<sup>55</sup>. É, pois, a interpretação sistemática o processo hermenêutico, por essência, do Direito, de tal maneira que se pode asseverar que ou se compreende o enunciado jurídico no plexo de suas relações com o conjunto dos demais enunciados, ou não se pode compreendê-lo adequadamente. Nesse sentido, é de se afirmar, com os devidos temperamentos, que a interpretação jurídica é sistemática, ou não é interpretação.

Mais do que leis esparsas, o que importa compreender é o Direito. Mais do que a valorização deste ou daquele princípio singularmente considerado, o que precisa ser

---

<sup>53</sup> Segundo Martin Krielle, os elementos mais importantes na obtenção da resolução são a avaliação das conseqüências previsíveis, assim como a sua imparcial ponderação sob o prisma do interesse mais fundamental, *apud* LARENZ, Karl. *Diálogos*. Trad. José Cavalcante de Souza, Jorge Paleikat e João Crus Costa. São Paulo: Abril cultural, 1983, p. 176. A compreensão do processo mental que torna possível tal escolha está na dialética, aqui aceita no sentido de Platão, quando, na voz do estrangeiro, sintetiza de modo lapidar a obra de quem pratica a ciência da dialética: “Aquele que assim é capaz discerne, em olhar penetrante, uma forma única desdobrada em todos os sentidos, através de uma pluralidade de formas diferentes uma das outras envolvidas exteriormente por uma forma única repartida através de pluralidade de todos e ligada à unidade; finalmente, numerosas formas inteiramente isoladas e separadas; e assim sabe discernir, gêneros, as associações que para cada um deles são possíveis”.

<sup>54</sup> CANARIS, *op. cit.*, p. 176.

<sup>55</sup> Vide MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 156. É de se mencionar, a propósito desde texto que o autor citado, embora pensando a interpretação sistemática como um elemento da hermenêutica jurídica, adverte judiciosamente no sentido de que, para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito, não é suficiente conhecer as regras aplicáveis. “Parece necessário reuni-las e, num todo harmônico, oferecê-las ao estudo, em um encadeamento lógico (...) Descobertos os métodos de interpretação, examinados em separado, um por um; nada resultaria de orgânico, de construtor, se não os enfeixássemos em um todo lógico, em um complexo harmônico. À análise sucede a síntese. Intervenha a Hermenêutica, a fim de proceder a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e alcance das expressões do Direito”.

destacado é a necessidade da hierarquização dos princípios das normas e dos valores, à vista da condição de mutuamente entrelaçados.

O princípio da legalidade, por exemplo, é um dos importantíssimos e irrenunciáveis princípios jurídicos, mas a cognição do seu alcance somente é possível na leitura combinada com outros princípios de igual relevo, tais como da moralidade e mesmo da legitimidade.

A própria possibilidade de interpretar é vista com desconfiança, especialmente por atentar contra a exclusividade do legislativo de editar normas vinculantes. A marcha da justiça era freqüentemente turbada pelos apelos ao legislador ocupado com tarefas mais urgentes e, ademais, violava o próprio princípio da separação de poderes, pois o legislativo terminava por decidir os casos concretos.

A interpretação volta à aplicação judicial ironicamente por meio de um instrumento que buscava afastá-la de uma vez por todas: o código. Isso porque, embora a confecção dos códigos tenha como sentido promover o direito natural, termina por promover o positivismo, principalmente com base na escola da exegese.

O direito positivo passa a ser considerado como o objeto do labor interpretativo, abre-se o espaço para o desenvolvimento das teorias normativas modernas da interpretação. Nas teorias surge a preocupação com a descoberta do sentido do texto legal, deslocado de um ambiente de referência da escola exegética. Duas causas afastam da interpretação o uso exclusivo de enunciados descontextualizados.

Em primeiro lugar, as dificuldades próprias da linguagem, que não define as fronteiras do sentido com clareza, impedem que o sentido do enunciado seja sempre preciso<sup>56</sup>. O uso da linguagem é algo que tem lugar em um contexto dinâmico e, como não há uma metalinguagem superior absoluta, já que sempre são possíveis, os sentidos vão, na prática, alterando-se com o uso.

---

<sup>56</sup> BOBBIO, 1991, *op. cit.*, p. 64.

Por outro lado, e especialmente, a prática da aplicação do direito conduz a momentos de rigor, nos quais não é possível aceitar a interpretação literal e estrita. Nem sempre é possível encontrar no texto legal a solução mais satisfatória. Correntes doutrinárias defendem marcadamente maior participação do juiz no processo decisório: ele não pode ser meramente a boca que pronuncia as palavras da lei, mas deve fazer justiça<sup>57</sup>.

Essas teorias são contestadas por aquelas que, em nome da segurança, defendem um vínculo muito mais estreito com o texto legal. Nesse sentido, pode-se até encontrar tendências claras que, às vezes, aproximam a interpretação da compreensão estrita do direito positivo e, outras vezes, aproximam-se de sistemas heterodeterminantes<sup>58</sup>.

A inclinação do jurista quanto a essas teorias, assim como quanto ao método mais adequado para encontrar o sentido verdadeiro, se dá por ser influenciado ideologicamente. Um jurista de esquerda tenderá a inclinar-se pela flexibilidade, quando for necessária por razões de justiça material favorável aos pobres e excluídos, mas se aproximará do legalismo formalista para refutar a *lex mercatoria*. Um jurista liberal seguirá o caminho oposto. A postura do advogado, por outro lado, seguirá legitimamente os interesses de seus clientes, não sendo pela a presença de invocações tanto da flexibilidade quanto da segurança em uma mesma petição<sup>59</sup>.

O direito, como sistema, implica uma relação básica entre os elementos (normas), e a interpretação tende a funcionar tomando a totalidade do direito como base; a aplicação do direito será correta sempre que houver coerência não com as necessidades do caso concreto.

Assim, se ele tem base nos conceitos, sua compreensão lógica será a base da correção e da verdade; se são os interesses que fundam o direito, será a atenção a estes que conduzirá à verdade.

Do ponto de vista tradicional, a interpretação surge como solução do problema da determinação dos significados verdadeiros dos textos normativos. A tarefa dos

---

<sup>57</sup> COSTA, *op. cit.*, p. 115.

<sup>58</sup> *Idem*, p. 115.

<sup>59</sup> COSTA, *op. cit.*, p. 116.

internacionalistas tem sido buscar sua resolução relativamente aos conjuntos específicos de normas referentes a cada matéria.

O Direito Internacional Público preocupa-se principalmente com a interpretação dos tratados internacionais e dos atos de organização internacional, mas, cuida também da jurisprudência dos foros internacionais. Por outro lado, os juristas preocupados com o conflito de leis no espaço voltam-se tanto às normas sobre a aplicação do direito estrangeiro quanto às normas estrangeiras aplicáveis.

O problema da interpretação das normas estrangeiras apresenta alguns traços comuns à interpretação das normas uniformes. Quando se interpreta o direito estrangeiro surgem dúvidas quanto ao método: deve-se também usar o modo estrangeiro de compreensão<sup>60</sup>.

### **1.3.1 Interpretação de tratados e atos de organizações internacionais**

Os tratados internacionais podem ser definidos, segundo Francisco Rezek, como o “acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos”<sup>61</sup>. Para que os tratados internacionais apresentem condições de validade, é necessário que se verifique: a) capacidade das partes contratantes; b) habilitação dos agentes signatários; c) consentimento mútuo e d) objeto lícito e possível.

A entrada em vigor (vigência) de um tratado internacional ocorre nos planos temporal e espacial. A vigência não se confunde com a validade, com eficácia ou com a aplicabilidade da norma. A validade significa a conformidade a um comando superior, podendo ser normal ou material. Em sentido estrito, a vigência é o âmbito temporal ou espacial de validade em que a norma possui condição de ser invocada para produzir concretamente os seus efeitos.

---

<sup>60</sup> *idem*, p. 125.

<sup>61</sup> REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: Curso Elementar*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 87.

A vigência no plano temporal demarca o tempo de validade de uma norma, que nem sempre coincide com a validade formal, pois uma norma válida pode ter sua vigência postergada.

Uma norma válida, vigente e em vigor pode não ser eficaz. A eficácia de uma norma indica em que sentido técnico ela tem possibilidade de ser aplicada, de exercer, ou produzir, seus próprios efeitos jurídicos, porque se cumpre as condições para isto exigidas<sup>62</sup>.

A eficácia todavia não se confunde com a vigência, pois, pode a norma estar em vigor e não ter eficácia, e dependa da sua vigência, ainda que não atual. Destarte, no plano temporal os tratados entram em vigor na data neles prevista. Na ausência de previsão, a data da entrada em vigor pode ser definida pelas partes<sup>63</sup>.

Na ausência de acordo específico o tratado é tido como vigente tão logo obtido o consentimento em obrigar-se por parte de todas as partes negociadoras, ou vigente para a parte aderente tão logo manifeste sua adesão<sup>64</sup>.

Na ausência de previsão, explícita ou implícita no seu texto, um tratado não possui aplicação retroativa<sup>65</sup>. Um tratado, mediante aceitação das partes envolvidas, pode prever, por exemplo, que a entrada em vigor dependa do alcance de um número mínimo de participantes, ou haver sido fixado um período de tempo para que este início ocorra.

O depositário do tratado é incumbido de comunicar as ratificações, adesões e denúncias ao tratado, bem como o início, o término e as suspensões de vigência. Deve também guardar o texto original, os plenos poderes e os instrumentos de notificação que lhes sejam entregues. Deve, ainda, verificar a autenticidade de assinaturas, preparar cópias autenticadas e assegurar o registro<sup>66</sup>.

---

<sup>62</sup> DINIZ, Maria Helena. *Conflitos de normas*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 22-29.

<sup>63</sup> BAHIA, Saulo José Casali. *Tratados internacionais no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 61.

<sup>64</sup> CONVENÇÃO DE VIENA. De 1969, art. 24, § 2º. Também é o que diz a Convenção de Havana sobre tratados. Art. 8º: "Os tratados vigorarão desde a troca ou depósito das ratificações, salvo se por cláusula expressa, outra data tiver sido convencionada".

<sup>65</sup> *Idem*, art. 28.

<sup>66</sup> *Idem*, art. 77.

Um tratado pode ainda ter aplicação provisória, plena ou parcial, antes da entrada em vigor para todas as partes integrantes do tratado: cláusulas relativas à autenticação do seu texto ao estabelecimento do consentimento dos Estados etc<sup>67</sup>.

A propósito, no Brasil, não há qualquer possibilidade de aplicação provisória de tratado antes que o Congresso Nacional delibere a seu respeito, no tocante a cláusulas que tragam encargos ou compromissos gravosos à nação.

Desta forma, não havendo sentido na articulação de novos enunciados científicos, pois seriam suficientes os elaborados na Teoria Geral do Direito. É por meio dessa fragmentação do direito “genérico” que a dogmática internacionalista opera uma ruptura epistemológica fundamental, do discurso sobre técnicas hermenêuticas específicas.

Como evidenciou-se anteriormente, o tratamento da interpretação na Teoria Geral e na Filosofia do Direito vem influenciando as teorias do direito internacional. A interpretação surge como solução do problema da determinação dos significados dos textos normativos.

A tarefa dos internacionalistas tem sido a de buscar a sua resolução relativamente aos conjuntos específicos de normas referentes a cada matéria. O discurso dogmático do direito internacional apresenta alguns argumentos relacionados com a própria natureza, ou seja, as condições da política e das relações internacionais e as finalidades das normas que vinculam os Estados.

No caso de um Estado celebrar um tratado, que já se encontrava em vigor outro de conteúdo contrário, surge a questão de se definir qual deles deve prevalecer. Por vezes, a doutrina internacional diz que o predomínio é conferido ao primeiro tratado, caso o novo estipule encontrar-se ele próprio subordinado ao anterior.

Se as disposições do tratado anterior são compatíveis com as do novo, podem também continuar a ser aplicadas. O tratado anterior aplica-se no caso do novo tratado não reunir todas as partes do anterior.

---

<sup>67</sup> BAHIA, *op. cit.*, p. 63.

No caso acima citado, se as disposições são compatíveis, sendo as partes celebrantes dos dois tratados, o tratado anterior é aplicado. No entanto, sendo as disposições compatíveis e cuidando-se de partes onde uma delas não figure em ambos os pactos, o tratado em que ambas sejam partes deve prevalecer, frise-se, seja ela anterior ou posterior<sup>68</sup>.

No caso mais importante da incompatibilidade entre os tratados, Maria Helena Diniz prescreve a utilização dos critérios de *prior in tempore posterior in jus*, no caso de não serem as mesma partes, para garantir o cumprimento das obrigações anteriormente assumidas, *lex posterior derogat priori*, sendo o tratado entre as mesmas partes, quando haverá derrogação tácita do primeiro tratado. *Lex specialis derogat generale*, no caso de tratados sucessivos entre as mesmas partes e *lex superior derogat inferior*, considerando o valor da ordem pública internacional<sup>69</sup>.

No caso brasileiro, os Tratados Internacionais, mesmo que ratificados por Decreto do Executivo, pelo Presidente da República, para adquirirem aplicabilidade interna, deve-se distinguir se os tratados dizem ou não respeito a direitos e garantias individuais.

No campo dos referidos direitos, vige regramento Constitucional específico no parágrafo 1º do art. 5º, que anuncia possuírem as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais aplicação imediata, criando exceção ao regime geral de validade interna dos tratados. Frise-se que esta exceção está condicionada à edição de um decreto executivo<sup>70</sup>.

O tratado somente obriga as partes que manifestarem vontade por ele. Sem a expressa manifestação de vontade e sem a presença do consentimento do Estado-parte, um tratado não cria nem obrigações nem direito a terceiros<sup>71</sup>.

Após a interpretação dos tratados, trataremos no item seguinte da interpretação do direito estrangeiro, que é de suma importância para a interpretação uniforme.

---

<sup>68</sup> CONVENÇÃO DE VIENA, *op. cit.*, art. 30, § 4º.

<sup>69</sup> DINIZ, 1996, *op. cit.*, p. 45-46.

<sup>70</sup> Vide, a respeito, BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários a constituição do Brasil* (promulgada em 5 de outubro de 1988). São Paulo: Saraiva, 1989, p. 396.

<sup>71</sup> CONVENÇÃO DE VIENA, *op. cit.*, art. 34.

### 1.3.2 Interpretação do direito estrangeiro

A doutrina do direito internacional privado trata, em face das diferentes construções, o problema da interpretação do direito estrangeiro. As relações entre o direito internacional (direito estrangeiro) e o direito interno correspondem a tema de maior significação, tanto no âmbito do direito do Direito Internacional quanto do direito constitucional contemporâneo, que será no último capítulo analisado.

Esta importância, não exclusivamente teórica, relaciona-se à circunstância de que o correto entendimento das relações entre o direito internacional e o direito interno termina por revelar a própria essência daquele.

Ao lado desta importância convive, todavia, uma acirrada divergência doutrinária, inexistente talvez em qualquer outra matéria pertencente ao campo do direito internacional público.

A doutrina do direito internacional privado trata, entre outros, do problema da interpretação do direito estrangeiro. Como as regras sobre o direito aplicável implicam, muitas vezes, o dever do juiz nacional de resolver um litígio utilizando preceitos de ordem estrangeira, surgindo a preocupação sobre como estes deverão ser interpretados.

Com efeito, o juiz não deve interpretar o direito estrangeiro como se fosse órgão decisório estrangeiro, pois, como juiz nacional, sempre estará limitado pela ordem pública que em seu território original seria utilizada sem qualquer restrição.

Deve ser ressaltado que o estudo da interpretação de direito estrangeiro pressupõe uma discussão se a lei estrangeira tem a natureza de fato ou de direito e se o juiz pode ou não transformar o direito estrangeiro, e se deve ser tomado em consideração todo o direito estrangeiro, ou seja, costumes, jurisprudência e doutrina, ou apenas a lei.

É impossível falar da aplicação da lei estrangeira sem esbarrar na tradicional doutrina que afirma a impropriedade de se interpretar a lei estrangeira: Se esta tem a natureza de fato, é evidente que não pode ser interpretada, apenas constatada. Por outro lado,

entendemos poder o juiz interpretar o direito estrangeiro, restando saber que método deve ser utilizado.

Embora se aceite que a lei estrangeira tem a natureza de direito, isto não implica que a prova é desnecessária. A legislação brasileira reconhece a natureza de direito às regras estrangeiras, mas nem por isso deixa de exigir das partes a prova do direito estrangeiro. Mesmo assim, fica evidente que, afastada a natureza de fato e a restrição ao levado aos autos pelas partes na ação, o juiz pode utilizar seus próprios conhecimentos<sup>72</sup>.

Desta forma, o objeto da interpretação, portanto, não se restringe necessariamente àquele que foi trazido pelas partes interessadas. O juiz pode agir como o estrangeiro, lançando mão do conhecimento sobre o direito aplicável.

O uso de fontes não legais estrangeiras é apontado na doutrina como possível de ser utilizada, pois o juiz do foro não tem autoridade para transformar as regras ádvenas e, na falta de jurisprudência firme, das regras sobre interpretação<sup>73</sup>.

A questão relativa ao uso da jurisprudência e da doutrina estrangeiras é de grande importância para as teorias de interpretação do direito uniforme, de maneira que se faz necessário que a análise seja mais profunda.

O uso da jurisprudência e da doutrina é tido no sistema de *civil law* como fonte subsidiária do direito. Isso se dá porque no direito estrangeiro é entendida a prevalência da lei como fonte de direito.

Conforme tal visão, se a regra de conflito brasileira indica o direito de outro país, será, primordialmente, à lei de outro país que o juiz se reportará e apenas subsidiariamente lançará mão da doutrina e da jurisprudência.

Tenho que a interpretação apresenta-se muitas vezes como a semelhança de resultados diante de casos semelhantes. O compromisso do julgador não é tanto com uma verdade abstrata contida no texto, mas com a identidade das decisões do foro e estrangeiras.

---

<sup>72</sup> COSTA, *op. cit.*, p. 128.

<sup>73</sup> *Idem*, p. 129.

Mais do que a preocupação com a identidade de resultados, o uso dos métodos estrangeiros aponta de maneira clara e definida para a mudança de eixo teleológico entre a teoria geral da interpretação e a teoria da interpretação do direito estrangeiro aplicável.

Se a primeira claramente se volta à busca da verdade expressa na norma, a segunda tem como objeto a aproximação dos resultados obtidos no foro e no estrangeiro, pois, se tivesse a mesma preocupação da primeira, trataria de esboçar um método válido para todos os casos e não insistir, sempre, na diversidade de tratamento do direito nacional e do estrangeiro.

A descontinuidade entre os métodos de interpretação do direito nacional e do direito estrangeiro deriva da necessidade por razões práticas ou teóricas de justificar a busca da identidade. Essa busca da identidade implica dois procedimentos: a utilização de fontes materiais suplementares estrangeiras e a utilização de cânones interpretativos estrangeiros, pois esses métodos proporcionam a correta interpretação da lei estrangeira.

Da mesma forma, cabe esclarecer que o uso dos “métodos estrangeiros” pode ser perfeitamente estudado como utilização de fontes.

De outro lado, sem comprometer a soberania nacional e a ordem internacional, os Estados modernos têm permitido que em seu território se apliquem, em determinadas hipóteses, normas estrangeiras, admitindo assim a extraterritorialidade, para tornar mais fáceis as relações internacionais, possibilitando conciliar duas ou mais ordens jurídicas pela adoção de norma que dê solução mais justa<sup>74</sup>.

Nos conflitos entre a norma de direito internacional e a norma de direito interno<sup>75</sup>, que ocorre quando uma lei interna contraria um tratado internacional, a jurisprudência consagrará a superioridade da norma internacional sobre a interna, se esses conflitos forem submetidos a um juízo internacional.

---

<sup>74</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 159.

<sup>75</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Antinomia*. In: *Enciclopédia Saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 17.

Mas se forem levados à apreciação do juízo interno, poderá conhecer a autoridade relativa do tratado e de outras fontes jurídicas de ordem interna, entendendo-se que o legislador interno não pretendeu violar o tratado, exceto nos casos que o fizer claramente, hipótese que a lei interna prevalecerá.

A superioridade do tratado sobre a lei foi consagrada pela jurisprudência do Tribunal de Luxemburgo, que decidiu que a Lei internacional deve prevalecer sobre a lei nacional em caso de conflito de disposições<sup>76</sup>.

Neste item, um importante fato que deve ser levado em consideração é que tudo dependerá do reconhecimento das normas internacionais, feito pela lei nacional do juiz. No item a seguir será estudada a necessidade de uma interpretação e aplicação uniforme.

### **1.3.3 Fundamento da necessidade de interpretação e aplicação uniforme**

Interpretar é *inter pretare*, que deriva de *interpres*, isto é, mediador, corretor, intermediário, o intérprete é um intermediário entre o texto e a realidade; a interpretação consiste em extrair o sentido, desenterrar o conteúdo e fixar o sentido e alcance da norma jurídica. A aplicação é a subsunção do fato à norma, por meio de um silogismo normativo. Os silogismos, entretanto, são operações lógicas entre proposições.

Não seria pertinente aqui apresentar as condições lógicas de validade de um silogismo, mas apenas esclarecer que a relação entre o fato e a norma é intermediada por descrições.

Os fatos podem apresentar considerável complexidade e podem ser interpretados conforme modelos distintos de indicação de características relevantes. Cada aplicador do direito seleciona as características relevantes, descrevendo o fato conforme esquema interpretativo peculiar.

---

<sup>76</sup> DINIZ, 1996, *op. cit.*, p. 47.

No caso da aplicação das normas jurídicas, as características relevantes são, na maioria das vezes, fornecidas pelos enunciados textuais das fontes do direito, com base nas características tidas na lei como relevantes, é que se compõem as descrições dos fatos.

A comprovação dos fatos pelos meios procedimentais de prova implica no convencimento do julgador a respeito de uma ou outra descrição fática. As descrições relevantes são as que afirmam ou negam a presença de propriedades nos enunciados derivados das fontes do direito.

O fato juridicamente relevante é a descrição aceita e apoiada nos procedimentos probatórios de uma ocorrência, espaço temporal onde constam as mesmas propriedades explicitadas em uma preposição jurídica.

A aplicação do direito em relação a um caso concreto, portanto, surge como uma atividade complexa em que a descrição das propriedades dadas pela norma, a descrição das propriedades atribuídas ao fato e a relação entre as premissas, resultando em uma conclusão, que pode ser positiva ou negativa.

O cerne da aplicação ocorre pela relação entre preposições e diz respeito a propriedades delimitadas pelo decisor, as características relevantes permitem a caracterização de um conjunto de casos individuais.

Assim, a aplicação pode ser entendida como a relação de uma preposição normativa com amplo conjunto de casos individuais, o que é importante para que possa aferir se há ou não uniformidade.

A necessidade de uniformidade de interpretação pode derivar da identidade semântica. A identidade formal pode, todavia, servir como fundamento da unidade de significado.

Desta forma, a necessidade de interpretar uniformemente deriva da identidade formal, apenas é possível se a norma uniforme pertence ao ordenamento internacional. Se as regras pertencessem a cada ordenamento interno, a interpretação teria de observar a ordem interna, através de uma descontextualização relativa.

A origem formal comum que caracteriza o direito uniforme não se constitui em sua fonte, pois não lhes atribui a validade, que deflui imediatamente da ordem nacional. A unidade semântica existe, independentemente do vínculo formal, tendo em vista que as normas uniformes derivam de um único legislador internacional, articulador de um texto único. Esse texto expressaria uma vontade coerente e, portanto, implica a necessidade de uma interpretação única, as regras uniformes devem ser entendidas de maneira idêntica.

O direito deve ser interpretado de modo único, a uniformidade da aplicação aparece como uma simples consequência da descoberta dos significados verdadeiros. É possível tomar a uniformidade como um fim em si, pois, quando os Estados aderem a um tratado de uniformização têm o objetivo de harmonizar os direitos.

A uniformidade é, às vezes, apresentada como um instrumento para alcançar outros fins, como a garantia dos direitos humanos e o aumento do fluxo comercial etc.

Essa uniformidade da aplicação tem diferentes importâncias nas construções argumentativas. A necessidade de interpretar de uma única maneira toma ares de única via para a consecução dos fins aventados até àquelas em que estes disputam prevalência com outras metas, inclusive políticas.

Uma vez posta a necessidade de aplicação uniforme como objetivo, os fundamentos são prontamente esquecidos, tanto quanto se admite que a universalidade é um bem em si, quanto ao se afirmar o caráter instrumental do direito uniforme, permanece a necessidade de sopesar os outros bens ou outros meios para a consecução dos objetivos fixados.

O primeiro passo dos métodos uniformizadores caracteriza-se pela especificação do objeto a ser interpretado por meio de uma exclusão de normas nacionais. Com base na origem ou na finalidade uniformizadora, os sistemas de direito uniforme devem ser favoráveis à aplicação uniforme, considerados independentes dos sistemas nacionais.

Deve-se lembrar, todavia, que a exclusão das normas nacionais, que abarca não apenas as leis, mas também a jurisprudência e a doutrina, apresenta-se num aspecto

desfavorável à aplicação uniforme, pois o isolamento dificulta a unidade de compreensão e de utilização das normas.

Na falta de pontos de apoio para entendimento unificado dos textos normativos, o julgador pode utilizar referências substantivas, ou seja, aquelas que lhes são próprias. A construção de um método voltado para a aplicação uniforme, destarte, não se completa pelo isolamento, mas depende, num segundo momento, da contextualização das regras. É neste ponto, porém, que as dificuldades são sensivelmente maiores que relativamente à aplicação do direito estrangeiro, que já tem um contexto usual de aplicação<sup>77</sup>.

Inúmeros internacionalistas, quando procuraram estabelecer as relações entre o direito internacional e o direito interno, verificaram que estes ramos deveriam compor um único sistema, com base no princípio lógico da identidade, pois não deveria ser admitido que uma norma pudesse ter validade internacional sem possuir validade interna, e vice-versa. Todo o conhecimento científico tende a se organizar em um conjunto unificado, em um sistema<sup>78</sup>.

Através das normas sobre interpretação dos tratados existentes, na convenção de Viena é possível encontrar um método autônomo, passível de ser aplicado por todos os países.

As semelhanças comuns aos vários direitos nacionais, encontradas pelo direito e pela jurisprudência comparados são um auxílio importante, porque, com base nas diferenças e semelhanças permite ao aplicador do direito restringir ou ampliar o sentido do texto uniforme, sem necessidade de utilizar métodos nacionais, para buscar a adaptação às exigências concretas.

Como não poderia deixar de ser, o tratamento da interpretação e aplicação uniforme toma os rumos das teorias normativas, que traçam os métodos de aplicação, sem buscarem compreender os efetivos processos que conduzem à decisão.

---

<sup>77</sup> COSTA, *op. cit.*, p. 140.

<sup>78</sup> REUTER, Paul. *Droit international public*. Paris: PUF, 1958, p. 32.

Para esclarecer, as teorias normativas sofrem as críticas contundentes voltadas contra o seu caráter valorativo-cognitivo<sup>79</sup>.

Essa abordagem é, porém, pouco fecunda, pois se limita a dizer o que o sujeito deve fazer, sem descrever os processos subjetivos que conduzem ao conhecimento ou ao seu convencimento. A determinação do método “correto” apenas é possível por meio da emissão de imperativos doutrinários. Assim, jamais é possível afirmar a correspondência de uma descrição fática com a realidade: as verdades são sempre relativas ao método aplicado pelo observador.

O problema dos efetivos processos mentais subjetivos que levam a determinada decisão tampouco pode ser posto no centro de indagações, pois é impossível descrever as regras segundo as quais funciona um fenômeno que não se manifesta exteriormente.

Muito embora a psicologia e a neurologia vêm alcançando êxitos consideráveis no que concerne ao estudo das estruturas do pensamento, não é possível aplicar nas teorias atuais os problemas da hermenêutica jurídica. No próximo item serão estabelecidos quais os limites relevantes no momento da aplicação do direito, que é o da efetiva articulação da norma.

#### **1.3.4 Momento da articulação da norma**

Parece importante afirmar inicialmente que o momento da aplicação do direito é o da efetiva articulação da norma jurídica. A norma aplicada não pode existir como tal, fora de um contexto. No senso comum, as respostas mais evidentes da articulação da norma estão no momento da promulgação, da publicação ou da entrada em vigor da mesma. No entanto, essa resposta é insatisfatória.

As leis são articuladas por meio de textos descritivos de hipóteses e sanções, que ao seu turno são dispersos e necessitam de uma rearticulação para que possam ser usados normativamente. O julgador, no caso concreto, é quem articulará a norma com a aplicação de sanções, e construirá, mesmo que intuitivamente, uma representação normativa.

---

<sup>79</sup> COSTA, *op. cit.*, p. 143.

O julgador busca efetivamente um guia para sua ação. Para tanto, utiliza a jurisprudência, os costumes e a doutrina; no caso dos direitos predominantemente legislados, o julgador faz referência a sistemas como fontes supletivas integradas.

O raciocínio e a criatividade estimulada fazem com que as informações sejam facilitadas e decompostas, utilizando conceitos básicos, a analogia com outros institutos nacionais ou estrangeiros, direcionando a produção do discurso do operador estrangeiro.

O próprio sujeito que pretende ter conhecimento sobre as normas, ao torná-las como objeto, pressupõe-as como existentes previamente à interpretação/aplicação.

A recontextualização da norma é seletiva, ou seja, concentra-se em algumas características das normas. Com exceção do texto da norma, que conserva sua articulação original, as outras características recontextualizadoras atualizam-se no e por meio do discurso: são descrições, não realidades existentes, independentemente dos observadores.

O texto, que é resultado inequívoco da emissão legal, por vezes é tomado isoladamente e reencaixado nas situações atuais. Sua análise pode comportar, ainda, a relação com o contexto social específico da emissão original quando se comparam as conjunturas pretéritas e presentes ou mesmo com a vontade do legislador.

Já a tradição considera problemática esta última relação, por razões como o caráter insondável da mente humana e as composições das câmaras legislativas, em que o acordo sobre um texto não expressa uma vontade unitária, mas uma intrincada composição de vontades individuais<sup>80</sup>.

Várias vezes o texto isolado é considerado como uma norma existente. Porém, uma presunção da identidade norma/texto falsifica a constituição do mundo. À medida que falsifica, também reorganiza, pois traça uma linha divisória entre o direito e o não direito.

---

<sup>80</sup> COSTA, *op. cit.*, p. 156.

Dessa forma, as jurisprudências ou as doutrinas têm grande importância para a aplicação do direito, pois são o principal elemento remanescente da emissão original que se pretende tomar por base da aplicação.

Na aplicação moderna e contemporânea, os textos representam um importante limite, pois as decisões não se podem afastar sobremaneira do significado aceito no contexto da aplicação. Fundamental, portanto, observar também que a “vontade” do legislador e outras características do contexto original apenas se atualizam no contexto de aplicação, estas tampouco são normas.

Dessa maneira, a norma relevante para um caso específico apenas se articula no contexto da decisão. As decisões são formuladas, muitas vezes, na forma de assertivas racionais, apresentam um estado de coisas.

Vista pela ótica kelseniana, as decisões é uma norma individual e, portanto, não se limitam a esclarecer sobre um estado das coisas, as decisões constituem-se em ordens camufladas conscientemente ou não, buscam persuadir de que a ordem está em outro nível, ou seja, na legislação<sup>81</sup>.

O julgador articula uma norma, visando atingir a ação de um indivíduo ou grupo de indivíduos. O liame entre a decisão do julgador e o cumprimento da decisão depende da emissão de comandos, em um contexto em que não há dúvida sobre o caráter prescritivo dos enunciados.

Desta forma, as normas são articuladas efetivamente nos contextos decisórios concretos, quando há direcionamento com referência a fontes jurídicas, são genericamente chamados de “normas uniformes”, que não são senão os textos.

Portanto, a questão da aplicação uniforme do direito uniforme fica claramente fixada como a da utilização uniforme de um texto. Os diferentes pesos da lei ou, melhor

---

<sup>81</sup> A propósito, vide, SEARLE, J. *Actos de habla*. Buenos Aires: Planeta Agostini, 1994, p. 72: “considérese, por ejemplo, el dar una orden. Las condiciones preparatorias incluyen que el hablante esté en posición de autoridad sobre el oyente, la condición de sinceridad consiste en que el hablante desea que se lleve a cabo el acto ordenado, y la condición esencial tiene que ver con el hecho de que el hablante intenta que la emisión haga que el oyente lleve a cabo el acto”.

dizendo, dos textos originais passam a ser relevantes, tanto ou mais do que a possibilidade de atribuir diversos sentidos a um mesmo texto.

Como constatado, a verdade contida em um sistema genérico e abstrato passa a considerar não somente as diversas possibilidades interpretativas como, também, a importância do texto diante de outras possibilidades de justificação de uma solução em face de um caso concreto.

### **1.3.5 Limites da articulação da norma na aplicação**

Por princípio ou objetivo fundamental entende-se o critério ou a diretriz basilar de um sistema jurídico, que se traduz numa disposição hierarquicamente superior, do ponto de vista axiológico, em relação às normas e os próprios valores, sendo linhas mestras de acordo com os quais de deverá guiar o intérprete quando se defrontar com antinomias jurídicas.

Tais princípios podem estar valendo-se, em parte, da classificação de Jerzy Wróblewski, expressa ou implicitamente positivados<sup>82</sup>.

Sem o princípio da hierarquização axiológica, torna-se impossível explicar a aplicação usual do direito. Ao se inserir no conceito de sistema jurídico o elemento hierarquia, e ao se fazer expressa referência aos princípios e objetivos fundamentais da Constituição, quer-se facilitar desde logo o meio mais adequado para lidar com o tema das antinomias jurídicas.

A par disso, o conceito de sistema assim posto, pode vislumbrar possibilidades epistemológicas de uma síntese hermenêutica entre as visões da tópica jurídica e dos defensores do pensamento sistemático.

---

<sup>82</sup> Para WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Principes du droit. Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*. Paris: LGDJ, 1988, p. 317, haveria múltiplos tipos de princípios. Acolhe-se, de sua classificação, para os efeitos de nossa posição, o “príncipe positif du droit positif, à savoir soit une disposition légale, soit une norme construite à partir des éléments contenus dans les dispositions” e “princípios implícites du droit: c’est une règle traitée comme prémisses ou conséquence des dispositivos légales ou des normes”. Fiel ao enfoque assumido, não se adotam, de sua tipologia, as expressões “príncipe-construction du droit”.

Aliás, como reconhece o próprio Claus-Wilhelm Canaris, deve haver uma interpenetração e uma complementação mútua dos pensamentos sistemáticos e tópicos, afastadas as alternativas rígidas entre ambos<sup>83</sup>.

A abordagem do direito há de ser metodologicamente estruturalista e funcionalista a um só tempo, impondo-se também superar esta dicotomia se quiser ter uma visão empiricamente correta do objeto de interpretação<sup>84</sup>.

Não obstante isso, o direito moderno apresenta um sistema de aplicação em que a legitimação racional, muitas vezes com base nos textos legislativos, que implica o aparecimento do dever do julgador de justificar a sua decisão.

A justificação constitui-se de argumentos que buscam justificar a decisão, por meio de um processo comunicativo, ao passo que a motivação é um conjunto de causas que conduzem à seleção de uma solução. A necessidade genérica de legitimação pode estar em ambos os níveis, tanto ao julgador quanto ao contexto da decisão.

No caso do julgador, os limites da motivação são dados pelas balizas cognitivas e valorativas do julgador, as investigações sobre sua atividade buscam explicar processos psicológicos ou sociológicos determinantes de um quadro de referência. Esse quadro pode ser definido com base na capacidade de conhecer e valorar do indivíduo. Refere-se, portanto, às habilidades formais de processamento de informações, memória, raciocínio e criatividade.

Ao lado da descrição da composição dos quadros cognitivo-valorativos dos julgadores responsáveis pela articulação e escolha de soluções e dos contextos subjetivo e objetivo de externalização responsáveis pela seleção de alternativas possíveis de ser expressas, será feita a descrição dos processos decisórios conforme esses sistemas seletivos e, ademais, o esclarecimento de como é possível transformá-los.

Caso o conhecimento seja suficiente para que se encontre uma única solução possível, a decisão será bastante simples. Os limites de conhecimento podem implicar na

---

<sup>83</sup> CANARIS, *op. cit.*, p. 269.

<sup>84</sup> FREITAS, *op. cit.*, p. 44.

possibilidade de formular os problemas, se não se sabe sobre o que decidir, não pode haver decisão.

Se o conhecimento for suficiente para propor o problema, mas insuficiente para encontrar soluções, o julgador deve buscar uma solução, que pode ser encontrada na transformação do quadro cognitivo valorativo, ou apresenta declarando a inexistência do conflito em relação ao sistema determinante e, portanto, a manutenção da ordem existente.

É possível, com base na propositura do problema e na busca de sistemas provedores de solução, que sejam encontradas duas ou mais respostas possíveis. Caso existam duas ou mais respostas, o decidir converte-se numa questão de escolha, deixando de ser uma atividade orientada e passando a orientar-se pela razão prática.

As ações do julgador devem ser justificadas, apontando um motivo valorativo, se a ação é adequada para alcançar o seu êxito. Se o conflito se conduz para uma determinada solução, que se realiza em um sistema racional, que inclui a determinação e hierarquia de valores, é possível imaginar um modelo prático e funcional, que sempre será capaz de completar a difícil tarefa de decidir.

#### **1.4 Mecanismos tradicionais de uniformização**

O centro de todo o trabalho de uniformização sempre foi de estruturar e escolher um método que possibilitasse a aplicação uniforme das regras de direito uniforme.

As teorias tradicionais da aplicação do direito uniforme defendem a necessidade de uma interpretação uniforme, derivada de textos idênticos, que possuem o mesmo significado. Embora seja fácil afirmar que a aplicação deva ser uniforme, sua implementação efetiva não o é, há na doutrina apenas a estatuição normativa de como deve ser a aplicação uniforme devido ao caráter internacional das normas.

É o mais fácil, porém menos eficiente, especialmente à medida que falta reconhecer o caráter complexo do direito, que não é um sistema normativo único e coerente pré-conformado na realidade imanente.

Essa visão encontra a principal resistência no próprio modo de operação do direito, na constatação de que as estratégias de conservação e reprodução eficazes aponta caminho contrário àquele pretendido pelas utopias homogenizadoras.

O aparecimento de métodos interpretativos que buscam o fundamento da verdade no texto legal, a partir, inclusive, da crise de legitimidade do sistema jurídico formal, provoca a flexibilização dos contextos de externacionalização das decisões e o alto número de teorias normativas concorrentes torna complexo o sistema em que uma delas pretenda obter unanimidade entre os operadores.

Desta forma, a descrição de métodos capazes de implementar a verdade no texto legal, que teria como consequência a aplicação correta e a uniformidade, constitui-se no principal objetivo dos aplicadores do direito

A atribuição de competência interpretativa dos tribunais dos diversos países envolvidos na uniformização jurídica seria muito favorável, porque garante a presença dos Estados que formaram a convenção que implementou a aplicação do direito uniforme e afasta a influência dos governos nacionais, que sempre defendem os seus interesses.

A aplicação do direito uniforme, nos tribunais supranacionais nem é possível, devido à necessidade de afastar as fontes exclusivamente nacionais e de se utilizar a jurisprudência estrangeira.

Os principais mecanismos de uniformização normalmente propostos pelos doutrinadores são os seguintes: a) tribunais internacionais com competência para interpretar o direito internacional; b) não-utilização de fontes nacionais; c) utilização de jurisprudência estrangeira; d) utilização de normas “cogentes” à interpretação uniforme; e) leis que esclareçam sobre a metodologia a ser empregada<sup>85</sup>.

#### **1.4.1 Competência interpretativa dos tribunais**

---

<sup>85</sup> COSTA, *op. cit.*, p. 219.

A tese defendida pelos internacionalistas a respeito da interpretação uniforme do direito internacional, por meio de um tribunal internacional dotado de competência para interpretar as regras uniformes, tem sido muito difundida pelos aplicadores do direito internacional.

As exigências de uma integração a um sistema de solução de divergências que seja mais popularizado, mas sobretudo que envolva menos os Estados em termos políticos, parece ser o defeito que as críticas mais sérias fazem ao atual sistema de solução de divergências do Mercosul<sup>86</sup>.

Ademais, parece claro que a determinação dos Estados que compõem o Mercosul de não substituir o atual sistema, muito embora grande parte do estudiosos<sup>87</sup> têm sugerido a adoção imediata de um sistema semelhante ao europeu.

Na União Européia existe um Tribunal, denominado de Tribunal de Justiça das Comunidades Européias, que, sendo o órgão responsável pela solução de divergências é quem assumiu importante função política. Sua origem foi o Tribunal da Comunidade Européia do Carvão e do Aço - CECA<sup>88</sup>.

O Tribunal tanto exerce a sua competência no tocante às questões que envolvam a aplicação dos Tratados pelos Estados-Partes, como no que se refere às demais instituições comunitárias.

O projeto da Comunidade Européia era associado a conteúdo mais político do que econômico, sonhava com uma Europa unida, transformando o Velho Continente numa Federação, unificando-o, política e juridicamente.

Esse papel político ativo é que tem atraído os integracionistas deste lado do Atlântico, levando-os, na sua ânsia de promover a integração no seio do Mercosul, a desejar uma corte nos moldes da européia.

---

<sup>86</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo. "Solução de divergências no Mercosul". In: BASSO, Maristela (org). *Mercosul: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-Membros*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 179.

<sup>87</sup> A propósito Guido S. Silva e Vicente Marota Rangel, nos trabalhos que apresentaram em 1993, ao ILAM.

<sup>88</sup> BAPTISTA, in: BASSO, *op. cit.*, p.179.

O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias não foi fruto de um impulso ou de uma imposição, mas natural de uma evolução, onde foram criados órgãos supranacionais com poder de decisão e regulamentar, cuja ação afetava diretamente a vida dos cidadãos dos diversos países que integravam a Comunidade.

Como se pode observar na União Europeia, um tribunal internacional tem a vantagem de congregar juristas das diversas nações envolvidas, agindo com independência e imparcialidade; com a aplicação do direito, um Tribunal internacional forma um jurista que compreende as finalidades do direito uniforme.

Com o tribunal internacional, os juristas tendem a dar uma única compreensão do texto de origem convencional; se o tribunal der uma única interpretação, a aplicação será uniforme.

Muito embora do ponto de vista mais crítico é importante lembrar que a interpretação é uma atividade concomitante à aplicação do direito e não pode ser dissociada desta, seja quando se usa o termo para referir a um processo cognitivo, seja como a atividade seletiva expressa no contexto de externalização.

Mesmo que se admitisse como grande parte da doutrina tradicional a presença de dois momentos: um primeiro toma conhecimento do verdadeiro sentido da norma, o segundo se processa logicamente à subsunção, continuaria sendo impossível aceitar que um órgão se encarregue do primeiro e, outro, do segundo, pois se a subsunção depende da interpretação, o órgão aplicador deve fazê-la sempre.

O que faz um tribunal, a partir de uma competência “interpretativa”, é editar um texto normativo. Quando o juiz nacional, que decide os casos, aplica o direito uniforme, não pode fazê-lo sem uma compreensão do sentido da regra uniforme.

Por outro lado, também se pode argumentar que a tradição dos juizes nos sistemas ibéricos e nos países por estes colonizados é formalista e conformada, com escassa criatividade e quase nenhuma atividade política.

Não se vislumbra na atividade judicial de qualquer dos quatro países do Mercosul os traços de criatividade e de ativismo político que marcaram a atuação dos membros da Suprema Corte do Estados Unidos, ou do Tribunal da União Européia, salvo algumas exceções individuais.

A compreensão do sistema significa admissão de certos limites a partir dos textos relevantes indicados pelo contexto subjetivo de externalização. É um ato do órgão aplicador que não pode ser suprido por outro.

Além do que, a criação do Tribunal do Mercosul implicará a modificação, em diferentes graus, das Constituições dos países envolvidos, e será preciso constituir um órgão judicial supranacional que predomine sobre as estruturas dos respectivos poderes Judiciários, o que parece ser obstáculo intransponível.

Caso as mudanças de natureza dos mecanismos de integração em geral venha a demonstrar a necessidade e a utilidade de vir a se constituir uma Corte de Justiça no Mercosul, que não será superior à justiça de cada um dos países, mas que terá matérias de sua exclusiva competência, isto é, verificar a interpretação e a atuação que se dá às normas comunitárias.

É evidente que tal deficiência não passa despercebida pelo estamento burocrático do Mercosul, Já na II Reunião do Grupo *ad hoc* sobre aspectos institucionais, ocorrida em setembro de 1993, concluiu-se pela conveniência de criar-se um colégio arbitral, cuja função seria justamente a interpretação uniforme dos tratados constitutivos e do direito derivado do Mercosul<sup>89</sup>.

Nessa linha de sugestão também se acolhe a manifestação argentina, promovida na IV Reunião do Grupo *ad hoc* sobre aspectos institucionais, em setembro de 1994, em Brasília, onde se ventilou a possibilidade de criação de uma comissão de Magistrados, compostas pelos Ministros dos Supremos tribunais de cada Estado-Parte, cuja missão seria a interpretação uniforme e o controle da legalidade<sup>90</sup>.

---

<sup>89</sup> BOLETIM DE INTEGRAÇÃO LATINO-AMERICANO, n.11, fls. 103 a 105.

<sup>90</sup> VENTURA, *op. cit.*, p. 182.

Um problema dessa magnitude pode perfeitamente paralisar o avanço do processo integrativo e comprometê-lo definitivamente, como ocorreu com a integração andina.

Lá, a ausência de um Tribunal permanente com a missão precípua de interpretar uniformemente o direito comunitário, vinculando os Estados-Partes ao respeito de suas decisões, esteve na base do fracasso do Pacto Andino.

No Mercosul, a ausência de um órgão permanente, cuja função seja a de zelar pelo cumprimento do tratado pelos Estados-partes, e a quem caiba o controle da correta interpretação e aplicação do direito comunitário, impede uma pronta retorsão aos descumprimentos estatais e, mais grave ainda, dificulta a existência de uniformidade na aplicação do direito comunitário.

Um verdadeiro Estado de direito somente se constitui quando tais violações possam ser denunciadas por um órgão diverso dos Estados, pois não se pode esperar que aqueles que violam os tratados sejam algozes de si próprios.

A compreensão dos tribunais intérpretes não se confunde com, e tampouco supre, a compreensão do órgão aplicador. Muitos dos defensores dos tribunais intérpretes são merecedores do maior respeito, pois desenvolvem reflexões profundas a respeito do tema a partir de um instrumental dogmático.

O tribunal intérprete deve comunicar o resultado de seu processo hermenêutico aos tribunais nacionais, que a seu turno devem reconhecer as emissões a partir de sua própria configuração. O decisor aceitará ou não as fórmulas adotadas pelo tribunal internacional conforme seu quadro cognitivo-valorativo.

O mesmo não se repete com as sentenças interpretativas. As relações hierárquicas entre textos, que variam de um sistema normativo autorizado para outro, são complexas, envolvendo várias classes de enunciados.

Como a relevância das sentenças interpretativas é resultado da aceitação conforme as peculiaridades dos contextos subjetivos dos órgãos aplicadores, há diversas decisões possíveis.

Desta forma, a “interpretação” por uma corte internacional não garante, de maneira alguma, a aplicação uniforme. Apenas na aplicação pelo decisor que se encontra a solução mais adequada conforme o contexto subjetivo externalizado, composto no segundo grau por diversos sistemas normativos, terá sucesso mesmo que afaste ou interprete mal a sentença interpretativa.

A centralização institucional da emissão de textos traz embutida a noção veritativo-normativa da aplicação uniforme, que tende a ser engessadora. As decisões sobre quais são os sentidos de aplicação desejáveis não são juízos de legalidade, mas de oportunidade.

A produção de textos tendentes à implementação de sentidos de aplicação de distribuição das sanções mais rígidas busca sempre um mesmo tipo de uniformidade aplicativa, que é favorável à adaptação a objetivos técnicos e políticos.

A vantagem de um tribunal também está na despolitização do conflito, já que o confronto direto entre os Estados é substituído por uma instância mediadora alheia ao litígio e, portanto, capaz de veicular uma decisão baseada no direito.

De outro lado, todo o processo de integração envolve uma grande parcela de barganha política, que intervém decisivamente na formação dos atos comunitários. O papel decisivo de uma corte de justiça consistirá, justamente, na sua intervenção na fase pós-decisional, garantindo o respeito àquilo que foi acordado publicamente.

#### **1.4.2 Normas que obrigam a interpretação uniforme**

O tratamento da interpretação na Teoria Geral e na Filosofia do Direito, evidentemente, vem influenciando as teorias do direito internacional. A interpretação, do ponto de vista tradicional, surge como solução ao problema da determinação dos significados verdadeiros dos textos normativos.

Os jusnaturalistas preocupam-se principalmente com a interpretação dos tratados internacionais e dos atos de organizações internacionais assim como, de maneira menos direta, da jurisprudência dos foros internacionais de solução de controvérsias.

Por outro lado, os jusnaturalistas preocupam-se com o conflito de leis no espaço, e voltam-se tanto às normas sobre a aplicação de direito estrangeiro quanto, num segundo momento, às normas estrangeiras aplicáveis.

O problema da interpretação do direito uniforme surge com uma das primeiras preocupações, enquanto voltadas às regras oriundas de tratados internacionais ou organizações internacionais, tendo por objeto o conflito de leis ou a relação privada.

A interpretação das normas estrangeiras apresenta alguns traços comuns à interpretação das normas uniformes, atribuindo especial interesse à comparação entre estas. Quando se interpreta o direito estrangeiro, surgem dúvidas quanto ao método: deve-se buscar o modo estrangeiro de compreensão. Deve-se interpretar o direito estrangeiro na sua totalidade, considerando a jurisprudência, a doutrina e o costume, ou apenas a lei.

A doutrina jus-internacionalista tende a ser marginal para os contextos específicos formados em torno das outras especialidades, porque não torna a interpretação uniforme obrigatória por meio de determinações específicas dos tratados ou mesmo em leis internas.

Por mais que o discurso de parte dos internacionalistas procure desqualificar os demais juristas, como conservadores, excessivamente nacionalistas e superados, a adesão a sua doutrina nunca chega a ser genericamente bem sucedida.

Os internacionalistas, na qualidade de juristas, participam do sistema global, têm formação e geralmente exercem funções jurídicas, além do que suas afirmações são normalmente avaliadas conforme as regras sistemáticas do consenso.

Aprovando as afirmações dos internacionalistas como mais um sistema normativo, seu trabalho dogmático poderia integrar o conjunto de textos relevantes para as

relações internacionais. Frise-se, por fim, que apesar da pompa de internacionalistas, não implica nenhuma vantagem estrutural na aceitação de suas afirmações.

Os internacionalistas não são mais do que os constitucionalistas, civilistas etc, o seu discurso não prevalece sobre os demais, mas disputa espaço com outros. À medida que o direito se especializa, o conhecimento de cada ramo específico se torna complexo.

A primeira crítica à posição internacionalista é a que afirma que tais regras também devam ser interpretadas e, portanto, possam ser interpretadas diferentemente. A segunda crítica à posição internacionalista é se a regra sobre interpretação pode ser aplicada a sua própria interpretação. Portanto, as duas críticas à posição internacionalistas partem da auto-referência das normas de interpretação e são incluídas nos sistemas estatais modernos como fontes.

Nos sistemas normativos, sobre os quais se pretende emitir uma decisão, pedido ou defesa heterodoxos, não haverá outra saída a não ser a utilização de textos flexibilizadores e, de outro lado, se a opção for pela ortodoxia, as peças serão enrijecedoras.

É difícil e, por que não dizer quase impossível de conceber, um sistema normativo com uma única regra, pois sua construção dificilmente passaria como tecnicamente correta e, inexoravelmente, levaria a um fracasso.

Desta forma, utilizar uma única regra como limitadora das decisões implicaria em aparência de discricionariedade que não condiz com a postura de neutralidade do julgador na prolação da decisão pertencente à maioria dos sistemas autorizados.

No caso específico da aplicação uniforme, a regra formal sobre interpretação é um ponto de apoio para o ingresso das teorias normativas.

Uma regra emitida com a evidente finalidade de enrijecer um sistema pode vir a participar de um sistema normativo flexibilizador, talvez com a simples finalidade de ampliar as possibilidades de sucesso.

O principal problema que as regras sobre interpretação uniforme apresentam do ponto de vista das teorias normativas é o de que nem sempre serão utilizadas conforme a estrutura postulada como verdadeira.

Na decisão, sistemas diversificados de coação técnica cairão nas mãos de operadores que lidam com as mais diversas estruturas, autorizadas regionalmente, mesmo sem a permissão dos internacionalistas.

As regras sobre interpretação uniforme podem desempenhar um papel importante na aproximação dos perfis de aplicação se houver apoio para a constituição de sistemas normativos coerentes com essa finalidade.

O caráter internacional das normas contempla, pelo enunciado do art. 18 da Convenção Européia sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais Unidroit 1980<sup>91</sup>, um exemplo que se encaixa perfeitamente na afirmação feita anteriormente, uma vez que compreendida e valorada positivamente, passará a influir nas decisões tomadas que tendem a serem uniformes.

A diversidade de compreensão e formulação em cada direito nacional pode, de fato, ser uma causa importante da falta de uniformidade, pois a regra uniforme primária tende a ser encaixada na conformação tradicional dos institutos.

Desta forma, definitivamente a aplicação não será uniforme até que se insiram nos sistemas normativos regras que levem a conformações de primeiro grau relativamente independentes e completas.

Para tanto, um mecanismo de que é possível, depois da aprovação e ratificações, prover os operadores para oferecer informações a respeito de como a regra uniforme deve ser utilizada na construção dos institutos.

O fornecimento de informações é muito mais dinâmico, flexível e adaptável aos contextos envolvidos, do que qualquer outro mecanismo que dificulte a formação de

---

<sup>91</sup> COSTA, *op. cit.*, p. 238.

consenso. No caso do direito uniforme, pode recorrer à menção de fontes estrangeiras e internacionais, pode ser mais eficiente. Isso porque, se essas fontes são amplamente conhecidas pelos aplicadores do direito e poderão ser mencionadas com uma frequência muito maior, facilitando o acesso a textos tornados relevantes a partir dos demais mecanismos de uniformização.

A organização de cursos, palestras, tem se mostrado uma boa forma auxiliar na uniformização, especialmente por meio do chamado efeito multiplicador<sup>92</sup>. O acesso a textos considerados como relevantes é da maior importância para a uniformidade de aplicação, pela expansão geográfica do universo compartilhado de referências a fontes.

Os efeitos serão mais rápidos e concisos se os textos favoráveis à interpretação uniforme forem elaborados tendo em mente o potencial de cada centro de decisões para absorver as informações conforme contextos de externalização diferenciados, o que depende de estudos prévios a respeito do sistema nacional de cada país<sup>93</sup>.

Por fim, o fornecimento de informações selecionadas que permitem a formação de conjuntos mais homogêneos de textos relevantes pode ter reflexos substanciais, mesmo que um operador que deseje utilizar, por exemplo, fontes estrangeiras e não o possa fazer em virtude do desconhecimento, estará deixando de alimentar positivamente o círculo de inserção dos sistemas normativos favoráveis à uniformidade.

O acesso à informação permite a justificação técnica de decisões, enseja um incremento de sua utilização. Como é a generalização da utilização dessa informação que sedimenta a aceitabilidade das teorias e sistemas normativos que apoiam seu uso, a facilidade de acesso é importantíssima para a consolidação das transformações de segundo grau.

### 1.4.3 Formas de ação

---

<sup>92</sup> COSTA, *op. cit.*, p. 239.

<sup>93</sup> *Idem*, p. 240.

Cumpra assinalar que Ferrara emprega o termo “integração” tão somente para designar o preenchimento das lacunas da lei, quando da sua aplicação ao caso concreto<sup>94</sup>. Corresponderia o termo à idéia de tornar a lei *integral*, quando fosse defeituosa.

Alguns doutrinadores<sup>95</sup> utilizam o vocábulo como sinônimo de aplicação, com vistas postas na circunstância de que, ao aplicar a lei, o intérprete faz com que, de princípio puramente eidético<sup>96</sup>, a lei passe a integrar-se à realidade dos fatos sócio-jurídicos.

A aplicação ou integração do direito, na expressão de Carlos Maximiliano, “consiste no enquadrar-se um caso concreto em a norma jurídica adequada”<sup>97</sup>. Estabelecida a norma jurídica, e tendo, incidido, em meio a vida real, algum problema com ela relacionado, a solução a ser dada encerra três fases distintas:

A primeira fase concerne ao conhecimento da hermenêutica, isto é, do conjunto de regras que norteiam a arte de averiguar o direito contido nas leis e nas demais formas de que o mesmo se reveste. A segunda fase respeita à utilização dessas regras com referência ao conhecimento da norma que se tenha em vista, fase esta da mera interpretação do direito.

A terceira fase é dita como da integração dos resultados do trabalho interpretativo, no caso concreto, com o fito de melhor lhe dar a solução jurídica. Além das três fases antes citadas, José Augusto Fontoura da Costa acrescenta “o das regras sobre a formação do sistema global”<sup>98</sup>.

O esforço por transformar sistemas sócio-econômicos globais ou regionais com a simples finalidade de promover a aplicação uniforme é no mínimo equivocado, pois o ambiente se modifica em virtude de outros processos como a integração econômica etc.

Como foi anteriormente mencionado, no item 3.3., que fala do fundamento da necessidade de interpretação e aplicação uniforme das regras, deve-se considerar as tendências dos operadores de reconhecerem os problemas e encontrarem soluções conforme

---

<sup>94</sup> FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1940, p. 224.

<sup>95</sup> FRANCA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 55.

<sup>96</sup> *Idem*, p. 56 “Relativo à essência das coisas e não à sua existência ou função”.

<sup>97</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1918, p. 14.

<sup>98</sup> COSTA, *op. cit.*, p. 242.

seus quadros valorativo-cognitivos, assim como de limitar suas emissões de acordo com os objetivos.

As metas uniformizadoras, como vislumbrado anteriormente, são alcançáveis à medida que se atinge a conformação do contexto objetivo e por meio da adaptação dos operadores, dos contextos subjetivos, ajustando os limites das decisões a serem tomadas.

A primeira forma de transformação dos direitos é a provocada externamente, embora operada conforme as regras estruturais internas. Este momento é considerado por alguns doutrinadores o propício para agir no sistema.

Exige-se, porém, que as alterações do sistema jurídico sejam processadas dentro do próprio sistema, uma vez que os próprios mecanismos tradicionais operam desta maneira.

A preocupação principal é com a descrição de métodos capazes de implementar a interpretação correta, pois esta teria, como consequência, a aplicação correta e, obviamente, a uniformidade.

Desta forma, seu principal objetivo será então o de articular sistemas de interpretação e de fontes que expressem a verdadeira e objetiva configuração do sistema normativo externo à atividade dos operadores.

Deste ponto de vista, nada mais saudável do que os tribunais internacionais buscarem o reconhecimento de suas sentenças como textos relevantes, de suas sentenças como fontes.

Cabe destacar, ainda, que as regras sobre a interpretação pressupõem seu reconhecimento como textos relevantes necessários e que a diminuição do custo e seleção de informação apenas produzem efeitos se estas são aceitas como textos relevantes.

#### **1.4.4 Possíveis ações internas transformadoras**

Embora genéricas e abstratas, as leis incidem sobre questões particulares e concretas. Para impor uma lei, como visto anteriormente, é necessário converter uma regra geral em norma individualizada, transformar os termos abstratos em preceitos concretos.

A interpretação é um processo ou técnica de individualização e concretização de uma norma geral e abstrata<sup>99</sup>. Este processo contém dimensões criadoras.

O direito é um conhecimento tecnológico ou prático. O seu objetivo é a solução acertada de casos singulares e concretos. Desta forma, o jurista deve seguir um método para assegurar eficácia e precisão.

A interpretação é um pressuposto da aplicação, que é o momento da atividade do aplicador ou operador do direito. O esclarecimento do texto normativo antecede a sua aplicação. “A interpretação é a diagnose e, a aplicação, a mediação”<sup>100</sup>.

Não obstante, há quem pense que a interpretação e a aplicação configurem um ato incidível. A aplicação da norma, como subsunção jurídica, já contém em si a interpretação, que só pode ser realizada tendo em vista fatos sociais.

Desta forma, a hermenêutica jurídica, que é abrangente, tem como objeto o estudo e a sistematização dos processos lógicos de interpretação, integração e aplicação do direito. Na doutrina, a interpretação é logicamente anterior à aplicação: só depois de conhecer a regra é possível valorar juridicamente o caso singular.

O intérprete não sai do universo dogmático; só o aplicador do direito entra no mundo real ao aplicar a lei genérica e abstrata ao caso singular ou concreto. Essa aplicação vai ter como conseqüências importantes para outros sujeitos e para a estabilidade ou mudança de um sistema jurídico.

Kelsen considera a aplicação do direito por parte dos órgãos judiciais e administrativos como criações de direito e qualifica o produto da aplicação com o nome de

---

<sup>99</sup> RECASÉNS SICHES, Luis. *Introducion al estudio del derecho*. 5 ed. México: Porrúa, 1979, p. 210.

<sup>100</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 9.

norma individual (sentença). Neste caso, ele usa o mesmo nome (norma) para denominar o objeto da interpretação (norma geral) e o produto da interpretação (norma individual).

A norma consegue sua última determinação de conteúdo somente no processo de sua aplicação. O principal problema para o operador da norma exsurge quando se trata de assunto não previsto convenientemente no diploma legal.

Diante da lei omissa ou obscura o juiz deverá simplesmente declarar o autor carecedor de direito, por falta de fundamento; o juiz deverá remeter o caso à autoridade competente para fazer leis, solicitando a elaboração da norma aplicável ou, por fim, deverá julgar o pedido com base nos recursos supletivos em lei, já consagrados na doutrina.

A última assertiva acima transcrita é a atualmente adotada entre os aplicadores do direito; no caso brasileiro está previsto nos arts. 4º e 5º da atual Lei de Introdução ao Código Civil<sup>101</sup>, bem assim do art. 114 do Código de Processo Civil<sup>102</sup>.

Aparentemente, a lacuna é vista como falha do sistema que é assim incompleto. O direito, como sistema, é uma incompletude. “Estaticamente, o direito é lacunoso, mas dinamicamente ele é sem lacunas, visto que seu próprio dinamismo traz solução para qualquer caso *sob judice*, dada pelo Poder Judiciário ou pelo Poder Legislativo, mediante a criação e a aplicação de normas, o próprio direito vai suprimindo seus espaços vazios”<sup>103</sup>.

Dessa forma, os juízes, seguindo o princípio da proibição da denegação de jurisdição, apenas completam as lacunas, criando normas jurídicas individuais para cada caso concreto. No caso brasileiro, com fundamento nos artigos anteriormente citados.

O problema da integração está ligado à distinção entre a atividade legislativa, executiva e judiciária.

---

<sup>101</sup> BRASIL. Lei de introdução ao Código Civil – Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, publicado no *Diário Oficial da União*, de 9 e retificado em 17 de setembro de 1942. Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito; art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

<sup>102</sup> BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, publicada no *Diário Oficial da União*, de 17 de janeiro de 1973. Art. 114. Prorroga-se a competência, se o réu não opuser exceção declinatória do foro e do juízo, no caso e prazo legais.

A integração supõe a interpretação no momento da determinação da lacuna. A interpretação é, pois, um pressuposto da integração. O problema da lacuna só emerge quando não há em todo o sistema jurídico fonte que complemente especificamente determinada situação.

Por conseguinte, a interpretação tem por objeto as leis, os regulamentos, os decretos, os costumes jurídicos, os negócios jurídicos unilaterais ou bilaterais dentro do marco jurídico e provenientes do poder da autonomia da vontade, os atos unilaterais da soberania, subordinados às leis e que podem consistir em atos administrativos ou jurisdicionais, os fatos jurídicos, que possam ter relevância para o direito mediante um processo de seleção ou qualificação (tipificação).

Os tratados e convenções internacionais se incluem inicialmente na categoria dos negócios jurídicos; uma vez aprovados tornam-se direito interno, seguindo, então, todas as diretivas do direito nacional.

A informação normativa e a informação fática, constituindo o objeto da interpretação jurídica, formam o convencimento, sobre o qual atua o órgão processador de dados (juiz), que produzirá como resultado da interpretação judicial a sentença.

Os sistemas tratados produzem transformações em sua própria estrutura, conforme regras próprias e informações internamente articuladas. Para que se atinja a homogeneização dos perfis de aplicação, pode ser suficiente a modificação dos conjuntos de textos relevantes de um único centro de decisões.

As transformações provocadas internamente envolvem necessariamente a colaboração consciente dos operadores. Como estes pautam suas atividades em conformidade com seus quadros cognitivo-valorativos e contextos subjetivos de externalização, o primeiro passo dos processos transformadores busca configurá-los favoravelmente às metas.

---

<sup>103</sup> DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. São Paulo: Revista do tribunais, 1981, p. 257.

---

## **CAPÍTULO II:**

---

### **2 PROTOCOLO DE MEDIDAS CAUTELARES NO TRATADO DE ASSUNÇÃO**

---

#### **2.1 Antecedentes históricos do Mercosul**

A idéia de integração dos países da América Latina não é nova. Ao longo dos séculos a busca desta integração tem inspirado iniciativas importantes de se promover o desenvolvimento de uma região, tão marcada pela instabilidade política e econômica através do fomento a associações de países que, se bem sucedidas, poderiam ser o embrião de verdadeiras comunidades de nações na América do Sul.

A América do Sul tem assistido, mais acentuadamente nos dias atuais, o resultado da operosidade dos países da Europa em estabelecer um concerto quase continental, cujo início ocorreu há meio século e cuja complexidade e estágio de aprimoramento refletem, sem dúvida, a maturidade do processo conferida pelo tempo, mas também, marcadamente, a seriedade e o compromisso com que as nações componentes do projeto europeu se envolveram em lançar suas bases e soerguer um modelo de cooperação e integração regional jamais visto.

Tratam-se das Comunidades Européias, que buscando a consecução de objetivos e interesses prementes e inerentes a mais de uma nação, configuram-se em sistema de aproximação de países para o esforço e o bem comum, antes de mais nada, com base no Direito através de construção de normas de observância obrigatória às partes.

A implementação do processo de integração do Mercosul tem suas origens no desejo dos integracionistas de ver formar-se na América Latina a maior nação do mundo. Um dos principais precursores deste movimento foi Simón Bolívar, que idealizava a aproximação dos Estados Hispano-Americanos numa confederação.

A Carta da Jamaica, escrita em 06 de setembro de 1815, demonstra o pensamento do Libertador em relação aos caminhos políticos da América Hispânica:

“Eu desejo, mais do que qualquer outro, ver formar-se na América a maior nação do mundo, menos por sua extensão e riqueza do que por sua liberdade e glória. Ainda que aspire à perfeição do governo de minha pátria, não posso persuadir-me de que o novo Mundo seja, no momento, regido por uma grande república; como é impossível, não me atrevo a desejá-lo e menos ainda uma monarquia universal da América, porque este projeto, sem ser útil, é também impossível. Os abusos que atualmente existem não se reformariam e nossa regeneração seria infrutífera. Os Estados Americanos têm necessidade dos cuidados de governos paternos que curem as chagas e feridas do despotismo e da guerra...”<sup>104</sup>

Mário Lúcio Quintão Soares, reportando-se a aspectos mais remotos do processo de aproximação dos países da América do Sul também faz referência à figura histórica do Libertador<sup>105</sup>.

Em 22 de junho de 1826, precedido de negociações prévias que demonstram a resistência de algumas delegações em estabelecer a liberdade de comércio entre os Estados-Partes, foi instalado o Congresso do Panamá.

Entre as principais conquistas do Congresso do Panamá, conforme previsto no Tratado de União, Liga e confederação Perpétua, pactuado entre os participantes, encontram-se a doutrina do caráter permanente da Assembléia da Liga; sua autonomia de decisão; sua jurisdição soberana sobre o território que lhe servia de sede permanente e a divisão dos encargos de constituição de um exército e marinha confederados de acordo com a população de cada Estado-Parte<sup>106</sup>.

Como a sede da confederação estabelecida no Congresso do Panamá foi Tabucaya, para lá se dirigiram alguns delegados, visando a continuidade e o caráter permanente da liga, fato este que não se materializou.

<sup>104</sup> BELLOTTO, Manoel Lelo, *et al. Simón Bolívar*. São Paulo: Ática, 1983, p. 208.

<sup>105</sup> SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Direitos humanos, globalização e soberania*. Belo Horizonte: Inédita, 1997, p. 71: “O sonho de integração latino-americana nasceu com o libertador Simon Bolívar, que pretendeu reunir em torno de uma República as ex-colônias espanholas da América, objetivo esta manifesto no congresso Anfictiônico do Panamá, instalado em 22 de Junho de 1826. O Congresso Anfictiônico, em 15 de julho de 1826, aprovou o Tratado de União, Liga e Confederação perpétua entre as repúblicas da Colômbia, Centro América, Peru, México. O Aludido Tratado foi apenas ratificado pelos Estados da Colômbia e da Guatemala, frustrando o sonho de integração”.

<sup>106</sup> Sobre as conquistas do congresso do Panamá, ver o excelente livro: SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. *Mercosul e Arbitragem internacional comercial: aspectos gerais e algumas possibilidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 29.

Em 1831, 1838, 1839 e 1840, o México dirige convocação aos demais membros e nações ibero-americanas para participarem de novas conferências que não se realizaram<sup>107</sup>.

Aos poucos os ideais de Simon Bolívar foram superados pelos países interamericanos, pelo elemento intergovernabilidade, com ênfase ao interesse individual de cada país. A partir do fim da segunda Guerra Mundial e do início da guerra fria, as conferências passaram a demonstrar, acentuadamente, o caráter predominantemente político dos encontros como meio de manter os Estados da região alinhados ideologicamente aos Estados Unidos da América.

Desta forma, os temas políticos acabaram tornando-se o conteúdo da maior parte das resoluções adotadas, porém as resoluções no campo econômico ressaltavam a necessidade de intensificação e desenvolvimento do comércio intra-regional, bem como de uma formulação de planos nacionais de desenvolvimento econômico.

Neste aspecto, cria-se em 1948, pela Carta de Bogotá, a Organização dos Estados Americanos - OEA, que tinha por fim estabelecer a aproximação entre os Estados e promover a solidariedade entre os Estados da América, intensificando a colaboração mútua, defesa da soberania, integridade territorial e independência<sup>108</sup>.

Em reuniões estabelecidas pela OEA, bem como em estudos realizados pela Comissão Econômica para a América Latina CEPAL<sup>109</sup>, erigem-se as primeiras linhas da integração econômica.

Em 1954, reúne-se em Petrópolis, após o término da Décima conferência, o Conselho Interamericano Econômico e Social-CIES, que recomenda pela primeira vez a

---

<sup>107</sup> SANTOS, *op. cit.*, p. 31.

<sup>108</sup> *Idem.*, p. 36.

<sup>109</sup> PEREIRA, Ana Cristina. *Mercosul: o novo quadro jurídico da relações comerciais da América Latina*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 1997, p. 9-10: "Em 1948, uma resolução da CEPAL estabelecida como objeto de deliberação futura desse organismo a criação de uma união aduaneira latino americana...Mais adiante, em 1959, em um documento publicado sob autoria da CEPAL/ONU, foi estabelecido, como objetivo a longo prazo a livre circulação de bens e serviços, pessoais e capitais, sem entraves de espécie alguma, em um vasto mercado comum latino-americano".

necessidade do sistema interamericano apresentar colaboração ao estabelecimento de um plano de integração e cooperação econômica a todos os países que desejassem esta integração:

Constatou-se nessa reunião que o desenvolvimento econômico isolado (estatal) não poderia contar com um financiamento do tipo plano Marshall<sup>110</sup>, para a transformação de uma economia fundamentalmente exportadora de produtos primários em uma economia produtora de produtos manufaturados.

Neste sentido, realizou-se em 1957 a conferência Econômica da OEA na cidade de Buenos Aires, que, fundamentada em estudos efetuados pela Comissão Econômica das Nações Unidas para a América Latina – CEPAL - e pela Secretaria Geral da OEA, fortalecida a idéia de que a transformação econômica passaria por uma integração, voltada para a constituição de um mercado comum latino-americano<sup>111</sup>.

Os estudos desenvolvidos pela CEPAL concluíram que o atraso relativo da América Latina devia-se ao fato de que esta região não criava ou absorvia o progresso técnico oriundo dos países desenvolvidos, e que o eixo dinâmico para o crescimento econômico era justamente o progresso tecnológico, não difundido, logicamente pelas relações de mercado, e sim obtidos através de uma política estatal voltada para este aspecto<sup>112</sup>.

Estes estudos culminaram com a criação pelo Tratado de Montevideu em 18 de fevereiro de 1960, fundamentada em grande parte nos estudos desenvolvidos pela CEPAL da Associação Latino Americana de Livre Comércio-ALALC.

O objetivo básico da ALALC era a ampliação do mercado regional, favorecendo o alargamento dos mercados nacionais, através da implementação de uma política de eliminação gradual das barreiras ao comércio regional, num prazo de doze anos. Frise-se, que esta instituição, não alcançou o êxito almejado na busca de seus objetivos<sup>113</sup>.

---

<sup>110</sup> O Plano Marshall foi concebido pelo Secretário de Estado norte-americano de mesmo nome e se consubstanciava na ajuda na ajuda econômica maciça de capital norte americano a alguns países da Europa Ocidental e ao Japão cujas economias haviam sido duramente atingidas pelo esforço de guerra. Tal ajuda era vinculada a um aspecto ideológico que pretendia estabelecer uma certa tranquilidade econômica a determinados países, evitando um crescimento de tendências ideológicas contrárias à economia de mercado.

<sup>111</sup> DOS SANTOS, *op. cit.*, p. 38.

<sup>112</sup> *Idem*, p. 38.

<sup>113</sup> Segundo SOARES, Guido F. S. O direito supranacional nas comunidades Européias e na América Latina: o caso ALALC/ALADI e o Mercado Comum Brasil Argentina, *Revista dos Tribunais*, [São Paulo], v. 668, p. 19-

A ALALC, tornou-se indubitavelmente uma das propostas transformadoras da realidade econômica da região mas não conseguiu se tornar à integração preconizada pelas idéias da CEPAL ou contidas nas normas do Tratado<sup>114</sup>.

A ALALC seria sucedida pela Associação Latino-Americana de Integração - ALADI, com a assinatura do Tratado de Montevideu em 12 de agosto de 1980. Essa nova Associação entrou em funcionamento em 18 de março de 1981, quando foram depositadas em sua sede, em Montevideu, as três primeiras ratificações de países membros do Tratado<sup>115</sup>.

A ALADI, assim como a ALALC, busca a realização de um projeto de integração econômica regional, a ser alcançado a longo prazo<sup>116</sup>.

O Tratado de Montevideu de 1980, assim como o anterior, no Direito Internacional, caracterizava-se como um Tratado Marco<sup>117</sup>, de natureza multilateral, permanente, institucional e de alcance regional relativo à integração econômica.

Embora a ALADI não tenha tido muita projeção e resultados concretos desde a sua criação, em virtude de problemas tais como deficiências em sua estrutura institucional, recessão da economia falta de vontade política dos Estados-Partes, dentre outros, essa instituição alcançou resultados positivos no que se refere ao incentivo e concretização de acordos sub-regionais concluídos no seu âmbito. Nesse sentido, Brasil e Argentina estabeleceram entre si, em 1985, através da ata de Iguazu, um programa de integração

---

20, jun.1991. Os fracassos da ALALC deveram-se a vários fatores, dentre os quais destaca-se: a) predominância das políticas individuais dos Estados sobre a política do conjunto dos países membros; b) enfoque da integração regional sob o ângulo puramente comercialista e superficial, não abrangendo níveis de ação mais significativos por parte dos estados.

<sup>114</sup> A propósito, vide FARIA, José Ângelo Estrela. *O Mercosul: princípio finalidade e alcance do tratado de Assunção*. Brasília: Ministério das relações Exteriores do Brasil, p. xv: "Alalc foi cedo vítima do desinteresse político dos Estados-Membros, originário de diversos fatores e especialmente agravados a partir da década de 1970".

<sup>115</sup> DOS SANTOS, *op. cit.*, p. 59.

<sup>116</sup> *Idem*, p. 59.

<sup>117</sup> VICUÑA, Francisco Orrego. *Apud*, MELLO, Celso Delmanto de Albuquerque. *Direito internacional público*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v.1, 1982, p. 140: "Tratado Marco ou Tratado Constituição é aquele que se caracterizaria por não limitar a criação de normas gerais de validade de direito internacional, mas também institucionalizaria um processo internacional com órgãos e poderes próprios, e acima de tudo, com uma vontade própria diferente daquela dos Estados que contribuiriam para sua formação.

econômica - PICE, sobrevivendo a ele a assinatura, em 1988, do Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento, que espirava a formação de um espaço econômico<sup>118</sup>.

Frise-se que as relações inicialmente estabelecidas entre Brasil e Argentina expandiram-se entre os países circunvizinhos que procuram a sua inserção no processo de integração regional<sup>119</sup>.

### 2.1.1 Panorama jurídico-institucional

Superadas as dificuldades da década de 1980, seja pela redemocratização dos Estados Latino-Americanos, seja pela admissão, no âmbito do GATT, e da aproximação entre Brasil e Argentina, em 1995, com a assinatura da Declaração de Iguazu.

Por meio da Declaração viabiliza-se, em 1986, a assinatura da Ata para a integração Brasil-Argentina, com o objetivo de fomentar um programa de integração e cooperação econômica entre os dois países, bem como o Tratado de Integração, Cooperação de Desenvolvimento de 1988 e, finalmente, a ata de Buenos Aires, em 1990, onde efetivamente, define a criação de um Mercado Comum entre os dois países para 1998<sup>120</sup>.

Aderem ao projeto, em 1991, Uruguai e Paraguai, ocasião em que se assina o Tratado de Assunção, instrumento criador do Mercosul, conformado por princípios gerais e normas programáticas, em um total de vinte e quatro artigos<sup>121</sup>.

O Tratado de Assunção sofreu modificações no fim de 1994, quando os Estados-Partes aprovaram um Tratado adicional, denominado “Protocolo adicional ao Tratado de Assunção sobre a estrutura institucional do Mercosul”, comumente conhecido por Protocolo de Ouro Preto - POP, cujas normas derogaram aquelas do Tratado de Assunção que lhe fossem contrárias<sup>122</sup>.

<sup>118</sup> DOS SANTOS, *op. cit.*, p. 70.

<sup>119</sup> A propósito, vide BRANCO, Luziella Giardino B. *Sistema de soluções de controvérsias*. São Paulo: LTr, 1997, p. 129-136: “O acordo regional entre Brasil e Argentina provocou uma reação imediata dos países vizinhos que ficaram preocupados com o desenvolvimento que poderia deixá-los economicamente isolados”.

<sup>120</sup> ALMEIDA, Paulo Roberto. *O MERCOSUL no contexto regional e internacional*. São Paulo: Edições Aduaneiras, 1993, p. 93.

<sup>121</sup> OTERMIN, Jorge Perez. *El mercado comum del sur. Desde Assunción a Ouro Preto*. Montevideu. Fundación de Cultura Universitária, 1995, p. 18.

<sup>122</sup> ROSA, Luiz Fernando Franceschini da. *Mercosul e função judicial*. São Paulo: LTr, 1997, p. 86.

Ao lado desses dois Tratados foram parte também do direito primário do Mercosul. O POP introduziu mudanças na estrutura institucional do Mercosul, acrescentando, então, aos já existentes Conselhos Mercado Comum - CMC e Grupo Mercado Comum - GMC, e Secretaria Administrativa a Comissão Parlamentar/Conjunta, o Foro Consultivo Econômico e Social e a Comissão de Comércio do Mercosul - CCM.

A CCM havia sido criada pela decisão nº 9 do CMC, que na opinião de alguns autores violava o conteúdo do art. 18 do Tratado de Assunção, que havia estabelecido a necessidade de um novo tratado para promover modificações na estrutura institucional, bem como exorbitava a competência do CMC nele estabelecida<sup>123</sup>.

As intenções que moveram os Estados-Partes, no sentido de estabelecer, entre si, Tratado tendente à Constituição de Mercado Comum, basearam-se na necessidade de implementação de seus mercados nacionais mediante o aproveitamento mais eficaz de seus recursos disponíveis, preservação do meio ambiente, melhoramento das interconexões físicas e coordenação de políticas macroeconômicas<sup>124</sup>.

Optaram os signatários por fomentar a livre circulação de bens, serviços e dos chamados fatores produtivos, no espaço intra-regional, através da eliminação dos direitos alfandegários e restrições não tarifárias à circulação de mercadorias e de qualquer outra medida de efeito equivalente.<sup>125</sup>

Os Estados-Partes comprometeram-se ao estabelecimento de uma tarifa externa comum e à adoção de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados, além da coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados-Partes, harmonizando suas legislações nas áreas, para lograr o fortalecimento do processo de integração<sup>126</sup>.

### 2.1.2 Breve análise de seus propósitos

---

<sup>123</sup> OTERMIN, *op. cit.*, p. 82-83.

<sup>124</sup> TRATADO DE ASSUNÇÃO. *op. cit.*; Preâmbulo.

<sup>125</sup> *Idem*, art. 1º.

O Mercosul é um processo de integração que tem por escopo a constituição de um Mercado Comum entre os seus integrantes: Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai<sup>127</sup>.

Para a consolidação do Mercosul exige-se a adoção progressiva de modelos de integração, quais sejam:

a) Zona de Livre Comércio: estágio primeiro da integração, estabelecido por meio de tratados internacionais. Este modelo constitui uma das chamadas cinco liberdades: a liberdade de circulação de mercadorias<sup>128</sup>.

Para tanto, como ensina Casela, o estabelecimento de uma zona de livre comércio “pressupõe a eliminação de tarifas e barreiras não tarifárias, sejam estas técnicas, fito-sanitárias, quantitativas ou de qualquer natureza, que acarretem restrições ao comércio entre os Estados integrantes”<sup>129</sup>.

b) União aduaneira: incorporando a fase anterior, este modelo implica na adoção, pelos Estados-Partes, de uma Tarifa Externa Comum - TEC<sup>130</sup>, e de um regime geral de origem<sup>131</sup>, a serem aplicados em relação às importações provenientes de terceiros países.

<sup>126</sup> *Idem*, art. 1º.

<sup>127</sup> FÁRIA, José Ângelo Estrela. *O Mercosul: princípios, finalidades e alcance do tratado de Assunção*. Brasília: MRE/SGIE/NAT, 1993, p. XVI-XVII.

<sup>128</sup> Sobre o primeiro objetivo do Mercosul: FLORENCIO, Sérgio Abreu L. e ARAÚJO, Ernesto Fraga. *Mercosul hoje*. São Paulo: Malheiros, 1995. V. 2, p. 28: “O primeiro objetivo do MERCOSUL, a eliminação de tarifas e das restrições não tarifárias entre os seus parceiros, foi atingido em 31 de Dezembro de 1994, com algumas exceções, que serão gradativamente eliminadas, e das quais falaremos mais adiante. Ou seja, desde aquela data, um país pode importar produtos de outro integrante da Zona sem pagar tarifas. Ora como continua a haver tarifas para os países de fora do grupo, conclui-se que os integrantes do grupo têm uma vantagem. A esta vantagem chamamos de Preferência tarifária ou Margem de Preferência”.

<sup>129</sup> CASELLA, Paulo Borba. *Mercosul: exigências e perspectivas*. São Paulo: LTr, 1996, p. 320.

<sup>130</sup> A propósito, vide BATISTA, Luiz Olavo. *Impacto do Mercosul sobre o sistema legislativo brasileiro*. In: MERCADANTE, Araminta; CASELLA, Paulo Borba (org). *Mercosul: das negociações à implantação*. São Paulo: LTr, 1994, p. 16: “Estabelecida a alíquota comum normalizados os procedimentos de importação e exportação em face dos países de fora da zona aduaneira, os produtos circulam livremente em seu interior, onde recebem a proteção possível pela via da tarifa única e da dimensão do mercado abrangido”.

<sup>131</sup> Entende-se por regime geral de origem aquele segundo o qual são estabelecidos critérios para a eliminação da nacionalidade dos produtos que circulam no âmbito espacial do bloco econômico. Como esclarece PEREIRA, *op. cit.*, 166: “A regra de origem, portanto, determina qual o mínimo de conteúdo local que um produto deve apresentar para ser considerado nacional ou regional”. Caso o produto seja considerado de origem externa, incidirá sobre o mesmo a Tarifa Externa Comum.

c) Mercado Comum: o objetivo a ser atingido pelo Mercosul, o mercado comum engloba a união aduaneira, acrescentando-lhe a eliminação de restrições à livre circulação de capital e do trabalho.

Nesse modelo de integração, tem-se a consolidação das chamadas cinco liberdades: a liberdade de circulação de mercadorias, liberdade de estabelecimento, liberdade de circulação dos trabalhadores, liberdade de circulação de capitais e liberdade de concorrência.

A partir da constituição de um mercado comum, o programa de integração econômica pode evoluir a estágio mais avançado, atingindo a união econômica, monetária, ou até mesmo a união política<sup>132</sup>.

Concretizada a etapa da transição do Mercosul, vigora entre os Estados-Partes a União Aduaneira, no estágio de comunidade tarifária, comportando o estabelecimento do livre comércio entre os seus integrantes e de uma tarifa externa comum.

Para maior compreensão, será dedicado o próximo tópico à análise da estrutura orgânica do Mercosul.

### **2.1.3 Estrutura orgânica do Mercosul**

O projeto de integração só tem a sua eficiência assegurada devido à criação de órgãos executivos com real capacidade executória de decisões pelo Tratado de Assunção.

Para que a integração dos Estados-Partes do Mercosul se torne uma realidade duradoura, formando uma nova conjuntura social, econômica e política, é preciso mais que a vontade e a participação direta dos Estados-Partes. Faz-se necessário a criação e o funcionamento de órgãos próprios desse mercado comum.

---

<sup>132</sup> Nesse sentido, explica CASELLA, Paulo Borba. *Comunidade Européia e seu ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, 1996, p. 34: “A partir do mercado comum, surge a possibilidade de evolução subsequente rumo a mercado interno orgânico único, podendo chegar a uma união econômica, onde além da supressão de barreiras seja institucionalizada a unidade e a organicidade do mercado abrangido por esse território, podendo alcançar os patamares da união monetária, ou mesmo de grau maior ou menor de união política”.

Desta forma, a fim de realizar plenamente os objetivos traçados pelo Mercosul torna-se indispensável a existência e atuação de órgãos executivos<sup>133</sup>, incumbidos de zelar pela preservação e continuidade do processo integracionista.

O Tratado de Assunção estabeleceu em seu Artigo 9º a criação do Conselho do Mercado Comum e do Grupo do Mercado Comum para possibilitar a administração e execução do Tratado e dos acordos específicos, assim como das decisões adotadas durante o período de transição.

O Conselho do Mercado Comum é o órgão superior do Mercosul, de cúpula, composto pelos Ministros das Relações Exteriores e Ministros da Economia, manifestando-se por meio de decisões obrigatórias para os Estados-Partes<sup>134</sup>.

Ao CMC incumbe a condução da política de processo de integração e a tomada de decisões para assegurar o cumprimento dos objetivos estabelecidos no Tratado de Assunção. Dentre as suas funções está a de velar pelo cumprimento do Tratado de Assunção, seus Protocolos, bem como acordos firmados em seu âmbito.

As decisões tomadas pelo Conselho ficam a cargo do Grupo Mercado Comum - GMC, órgão executivo do Mercosul, formado por quatro representantes titulares e quatro alternos, por país, dentre membros dos Ministérios das relações exteriores, Economia e Banco Central<sup>135</sup>.

O artigo 16 do Tratado de Assunção estabelece que as decisões do CMC e do GMC serão tomadas por consenso e com a presença de todos os Estados-Partes durante o período de transição. Esse período foi justamente o compreendido entre 29 de janeiro de 1992, data da entrada em vigor do Tratado de Assunção, e 31 de dezembro de 1994, data prevista por este tratado para o estabelecimento do Mercado Comum.

---

<sup>133</sup> Como esclarece PEREIRA, *op. cit.*, p. 62: "Os órgãos criados diretamente pelo Tratado de Assunção não devem ser entendidos como órgãos do Mercosul, mas sim como órgãos do Tratado ele mesmo". Tal afirmativa deve-se ao fato de ter sido, o Mercosul, implementado somente a partir de 31 de dezembro de 1994, conforme dispõem o primeiro parágrafo do Artigo 1º do Tratado de Assunção.

<sup>134</sup> PIRES, Alice Catarina de Souza; FONSECA, Amanda Gonçalves; CROSHERE, Indira Lima. *Soluções de controvérsias no Mercosul*. São Paulo: LTr, 1998, p. 25.

<sup>135</sup> TRATADO DE ASSUNÇÃO. *op. cit.*; art. 14.

Nesse interstício, mais precisamente em 17 de dezembro de 1994, foi assinado o Protocolo de Ouro Preto com o objetivo de determinar a estrutura institucional definitiva do Mercosul<sup>136</sup>.

Dentre as funções do GMC está a de velar, no limite de sua competência, pelo cumprimento do Tratado de Assunção, seus protocolos e acordos firmados em seu âmbito, bem como zelar pelo cumprimento das decisões do CMC, dentro dos limites de sua competência, expressão essa introduzida pelo Protocolo de Ouro Preto, em seu art. 14. A CCM assiste o GMC, velando pela correta “aplicação dos instrumentos de política comercial comum acordados pelos Estados-Partes para o funcionamento da união aduaneira(...)”.

A sistemática de incorporação das normas derivadas dos órgãos do Mercosul, no âmbito dos Estados, também segue o modelo intergovernamental adotado pelo Tratado de Assunção e confirmado pelo POP. Assim, afastou-se expressamente qualquer possibilidade de aplicabilidade direta desse direito derivado, na esfera dos ordenamentos jurídicos dos Estados. Exige-se, desta forma, como ficou cabalmente demonstrado no capítulo anterior, que haja ratificação individual<sup>137</sup> de cada uma dessas normas pelos Estados, que o comunicam à Secretaria Administrativa.

Tão logo tenham sido os Estados comunicados, pela Secretaria Administrativa, da ratificação da norma por todos os demais, esta passa a ter vigência em trinta dias após aquela comunicação.

Relativamente ao sistema de solução de controvérsias, o POP manteve-o, essencialmente baseado no PBSC. Contudo, concomitantemente à criação da Comissão de Comércio do Mercosul, por meio de decisão do CMC nº 09/94, adicionou-se ao sistema existente um procedimento de reclamações contra a violação das regras concorrenciais, o qual remete eventualmente à utilização do sistema arbitral previsto no PSBC (Regimento interno do CCM, art. 18). Mais tarde o regulamento interno da CCM, aprovado pela decisão do CMC

---

<sup>136</sup> PROTOCOLO DE OURO PRETO, foi assinado em 17 de dezembro de 1994. No Brasil, o Protocolo foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 188, de 15.12.1995 e publicado no *Diário Oficial da União*, em 18.12.1995, sendo promulgado pelo Decreto nº 1.901, de 09.05.1996. Na Argentina, o instrumento de ratificação foi depositado em 15.11.1995. No Paraguai, o Protocolo foi aprovado pela Lei nº 596/95 e o instrumento de ratificação foi depositado em 12.09.1995 ([www.mj.gov.br](http://www.mj.gov.br)).

n.5/96, incorporou também um procedimento de consultas apresentadas pelos Estados à CCM<sup>138</sup>.

A Comissão de Comércio do Mercosul CCM é o órgão intergovernamental com poder decisório, encarregado de assistir o GMC e tem por função zelar pela aplicação dos instrumentos de política comercial comuns acordados pelos Estados-Partes para o funcionamento da união aduaneira, bem como acompanhar e revisar os temas e matérias relacionadas com as políticas comerciais comuns, com o comércio intra-Mercosul e com terceiros países.

Cabe ao CCM receber e examinar reclamações originadas pelos Estados-Partes, ou em demandas de particulares, conforme o procedimento previsto no anexo ao Protocolo de Ouro Preto. Integram a Comissão de Comércio do Mercosul quatro membros titulares e quatro alternos por Estado. Tal órgão é competente para apresentar propostas e firmar diretrizes, estas obrigatórias para os Estados-Partes.

A Comissão Parlamentar Conjunta – CPC, é o órgão representativo dos parlamentares dos Estados-Partes no âmbito do Mercosul, e cumpre-lhe acelerar a entrada em vigor das normas “comuns, através de recomendações, encaminhadas ao CMC, bem como auxiliar no processo de harmonização de legislação interna de cada país”<sup>139</sup>.

O Foro Consultivo Econômico-Social – FCES, tem como função consultiva ser um órgão de representação dos setores econômicos e sociais, manifestando-se mediante recomendações encaminhadas ao Grupo do Mercado Comum<sup>140</sup>.

Da mesma forma que a Comissão Parlamentar Conjunta - CPC, o Foro Consultivo Econômico Social - FCES, também se manifesta através de recomendações. Esse órgão tem função consultiva e é formado por igual número de representantes de cada Estado-Parte, representando os setores econômicos e sociais de cada país<sup>141</sup>.

---

<sup>137</sup> Ver a respeito da sistemática de incorporação dos Tratados, no ordenamento jurídico Brasileiro: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. *O poder de celebrar tratados*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995, p. 457.

<sup>138</sup> ROSA, *op. cit.*, p. 88.

<sup>139</sup> PIRES; FONSECA; CROSHERE, *op. cit.*, p. 29.

<sup>140</sup> *Idem*, p. 30.

<sup>141</sup> *Idem*, p. 30.

A Secretaria Administrativa do Mercosul – SAM, é o órgão de apoio operacional, com sede em Montevideu, e tem funções meramente técnicas e administrativas, dentre as quais destaca-se a de constituir arquivo oficial da documentação do Mercosul, bem como a de editar o boletim oficial do Mercosul, com as decisões adotadas no âmbito desse Mercado.

A Secretaria Administrativa do Mercosul – SAM, se eleva à categoria de órgão autônomo de apoio operacional, deixando de ser apenas uma parte do grupo do Mercado Comum. Sua sede permanente continua sendo Montevideu e ela é responsável também pela prestação de serviços aos demais órgãos do Mercosul<sup>142</sup>.

A SAM está a cargo de um diretor, eleito pelo Grupo do Mercado Comum por um período de dois anos, sendo vedada sua reeleição<sup>143</sup>.

## **2.2 Protocolo de medidas cautelares no âmbito do Mercosul**

Uma integração econômica internacional é um processo ambicioso, construído a partir de grandes necessidades calcadas em causas econômicas não tão recentes. Contudo, é um projeto construído por detalhes, por sutilezas de interpretação e de administração, objetivando a ampliação dos horizontes negociais<sup>144</sup>.

Antes dos dias de hoje, três foram as fases na história de cooperação internacional: na primeira, os Estados, compreendendo as exigências da vida internacional, admitiram na sua legislação certas regras relativas à notificação de atos judiciais ou à atuação de meios de provas que interessam aos tribunais estrangeiros.

No segundo período, houve uma preocupação de reciprocidade, que os Estados procuraram assegurar por meio de tratados especiais. Finalmente, o sentimento de cooperação e a insistente necessidade de providências tomaram maior amplitude, levando à realização de

---

<sup>142</sup> TRATADO DE ASSUNÇÃO. *op. cit.*; art. 15.

<sup>143</sup> PIRES, FONSECA, CROSHERE, Indira Lima. *op. cit.*, p. 30.

<sup>144</sup> MARTINS, Adriano Kalfelz. *Medidas cautelares no Mercosul*. In: BASSO, *op. cit.*, p. 520.

conferências internacionais e acordos coletivos, como o Tratado de Montevideu, de 1889, a convenção de Haia, de 1905, e o Código de Bustamante, de 1928<sup>145</sup>.

A normatização em matéria internacional é tarefa árdua, por vezes até prematura para alguns países. A variedade de costumes, tradições, concepções políticas, morais e legislativas constitui dificuldade inseparável de construção do sistema de direito internacional.

A abordagem ora proposta, contudo, não incide sobre a questão do aspecto político, ou de quaisquer direitos porventura criados para as partes. Busca-se, outrossim, analisar o Protocolo de Medidas Cautelares no âmbito do Mercosul, e a possibilidade de ser interpretado uniformemente.

O Mercosul, como ente transnacional, por ter adquirido personalidade, obtendo dinâmica própria, vem atuando na adoção de normas para que todos os países envolvidos e seus cidadãos possam, de modo uniforme, sem maiores diferenças, ter acesso ao poder judiciário.

Neste sentido os Estados-Partes firmaram um Tratado que definia os objetivos da integração econômica entre os Estados-Partes, como forma de alcançar maior inserção no mercado internacional, e os instrumentos para alcançá-la.

O Protocolo inicialmente cuidou de regular a “Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa”<sup>146</sup>.

A seguir foi feito um outro, o protocolo de “Jurisdição internacional em Matéria de Contratos Civis e Mercantis”, tentando disciplinar o foro de eleição e

---

<sup>145</sup> *Idem.* p. 520.

<sup>146</sup> PROTOCOLO DE LÃS LEÑAS, assinado em 27.06. 1992, no vale de Lãs Leñhas, Província de Mendoza, Argentina. Foi aprovado pela Decisão MERCOSUL Nº 05/92. No Brasil, o Protocolo foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 55 de 19.04.1995 e publicado no *Diário Oficial da União*, em 28.04.1995, foi promulgado pelo Decreto nº 2.067 de 12.11.96 e publicado no *Diário Oficial da União*, em 13.11.1996. O Instrumento de ratificação foi depositado em 16.02.1996. Na Argentina, foi aprovado pela Lei nº 24.578, de 25.10.1995 e o instrumento de ratificação foi depositado em 03.07.1996. No Paraguai, o Protocolo foi aprovado pela Lei nº 270/93 e o instrumento de ratificação foi depositado em 1996.

conseqüentemente abrindo oportunidade para a escolha da lei aplicável ao negócio jurídico neles representado<sup>147</sup>.

Após este protocolo foi feito outro, definindo “uma estrutura de natureza intergovernamental, suficientemente abrangente para comportar foros negociadores para as mais diversas área temáticas e suficientemente flexível para ajustar a dinâmica do processo de integração à medida que o mesmo evolui”<sup>148</sup>.

E, por fim, foi feito o Protocolo de Medidas Cautelares, que é o objeto mais aprofundado de nosso estudo, “que cuidou de normatizar o cumprimento de cartas rogatórias e de execuções de sentença estrangeiras oriundas de Países integrantes do Mercosul”<sup>149</sup>.

O Protocolo de Medidas Cautelares complementa o Protocolo de Lãs Leñas e preenche um vazio muito importante, pois permite uma série de inovações que serão analisadas mais profundamente a seguir.

No Mercosul, as Medidas Cautelares estão inseridas no âmbito da cooperação jurisdicional. A importância de sua disciplina decorre da necessidade de ampliar e possibilitar o acesso à atividade jurisdicional no contexto do Mercosul.

Pode-se dizer, por fim, que a diferença entre o Protocolo de Medidas Cautelares e os demais Protocolos antes citados é a simplificação do seu procedimento que será detalhadamente a seguir estudado.

### 2.2.1 Noções gerais

---

<sup>147</sup> PROTOCOLO DE BUENOS AIRES, foi assinado em 05.08.1994 em Buenos Aires, Argentina e foi aprovado pela Decisão MERCOSUL/CMC Nº 01/94 e de acordo com seu art. 17 a adesão ao tratado de Assunção implica em pleno direito à adesão ao protocolo. No Brasil, o Protocolo foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 129 de 05.10.1995, publicado no *Diário Oficial da União*, em 06.10.1995; foi promulgado pelo Decreto nº 2095 de 17.12.1996 e publicado no *Diário Oficial da União*, em 18.12.1996. O instrumento de ratificação foi depositado em 07.05.1996. Na Argentina, foi aprovado pela Lei nº 24.0669, de 03.07.1996 e o instrumento de ratificação foi depositado em 31.10.1996. No Paraguai, o Protocolo foi aprovado pela Lei nº 597/95 e o instrumento de ratificação foi depositado em 12.09.1995.

<sup>148</sup> PROTOCOLO DE OURO PRETO, *op. cit.*, art. 1º.

<sup>149</sup> PROTOCOLO DE MEDIDAS CAUTELARES, *op. cit.*, art. 21.

Toda ordem jurídica visa dar segurança aos seus jurisdicionados, quer pela composição dos conflitos, quer pela prevenção dos mesmos.

A doutrina é pacífica no sentido de que o processo tem por função alcançar relativamente ao caso específico deduzido pelas partes, uma provisão judicial de que, correspondendo à tradução da vontade da lei, ou do direito, assegure em concreto mandamento abstrato desta<sup>150</sup>.

As medidas cautelares, como instrumento de proteção do resultado do processo, sentido e sopesado através de juízos de verossimilhança, são causas de estudos que não obtiveram, ainda, conclusões homogêneas da doutrina. As tutelas de urgência representam uma conciliação entre duas exigências quase sempre contrastantes na justiça, quais sejam, a da celeridade e do acesso à justiça<sup>151</sup>.

No ensinamento de Calamandrei<sup>152</sup>, entre fazer logo, porém mal, e fazer bem, entretanto tardiamente, os provimentos cautelares visam sobretudo o fazer logo, deixando que o problema do justo, intrínseco do provimento, seja resolvido mais tarde, com a necessária ponderação, nas sossegadas formas do procedimento ordinário<sup>153</sup>.

A existência das ações cautelares como uma tutela de urgência é inevitável, na medida em que a tendência de ordinarização dos ritos, visando a atingir a justiça plena, é uma realidade presente nas codificações processuais modernas. Ao contrário dos processos de “conhecimento” e de “execução” o processo cautelar tem finalidade diversa e é acessório, sob a denominação de “preparatório”, “preventivo” ou “incidente” relativamente ao processo principal.

---

<sup>150</sup> MARTINS, in: BASSO, *op. cit.*, p. 520-534.

<sup>151</sup> Sobre o acesso a justiça no Direito Processual Brasileiro, ver: RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso á justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994 (*passim*).

<sup>152</sup> CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Pádua: Cedam, 1936, n° 8, p. 20.

<sup>153</sup> SANCHES, Sydney. *Poder cautelar geral do juízo no processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1978, p. 20: “A existência do direito acautelado é, no processo cautelar, aferida em termos de probabilidade, razão pela qual, seu exame se faz de maneira superficial e sumária, precisamente porque o requisito do *fumus boni juris*, consiste tão só na probabilidade da existência do direito invocado pelo autor da ação cautelar”.

Enquanto o processo principal visa à solução definitiva quanto à relação jurídica debatida, o cautelar busca uma providência que assegure os efeitos úteis da decisão proferida naquele<sup>154</sup>. O processo cautelar, pela sua natureza, procura obter com urgência uma solução provisória da lide, visto destinar-se a produzir efeitos enquanto não se formar a decisão definitiva no processo principal<sup>155</sup>.

Desta forma, conclui-se que a razão do processo cautelar é que não se pode simplificar o processo ordinário, de cognição, de modo a imediatamente julgar o pedido do autor, o aplicador do direito deve observar o devido processo legal. Com efeito, nota-se que a jurisdição não se esgota no declarar (*cognitio*) ou realizar (*executio*) o direito. A jurisdição se exerce também cautelarmente.

### 2.2.1.1 Natureza jurídica das normas

Muito embora no capítulo anterior já se haja feito menção à natureza jurídica das normas, é mister que se averigüe novamente, mesmo que superficialmente, a natureza jurídica das normas no âmbito do Mercosul. E isto porque a interpretação referente a qualquer decisão do Conselho do Mercado comum, *e.g.*, Protocolo de Ouro Preto, pode ser entendida por alguns como norma de *direito comunitário* e por outros como norma de *direito da cooperação*.

Para que a norma seja de direito comunitário são necessários certos requisitos, tais como: a) Superioridade Hierárquica, ou seja, gozam de supremacia frente aos ordenamentos jurídicos nacionais, pois possuem caráter supranacional, tendo os Estados-Partes interesses em comum e não justapostos<sup>156</sup>. b) Autonomia, que significa não receber instruções de nenhum governo. c) Auto-aplicabilidade, que é a possibilidade das normas se incorporarem automaticamente aos ordenamentos jurídicos dos Estados-Partes sem prévia aprovação interna, possuindo aprovação imediata.

<sup>154</sup> SANTOS, Moacyr Amaral Santos. *Ações cominatórias*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 39.

<sup>155</sup> MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 323. Neste sentido afirma que: “necessário se torna, para que os fins do processo não fiquem substancialmente comprometidos ou frustrados, que se impeçam, dentro do possível e razoável, os efeitos lesivos, de caráter irreparável, que possam advir da dilação ou demora processual, através de medidas ou providências adequadas, cujo *modus faciendi* a própria Lei processual regula”.

<sup>156</sup> OTERMIN, *op. cit.*, p. 23.

Estes requisitos, vale destacar, não se encontram em nível de Mercosul, mas podem ser encontrados na União Européia – UE, que apresenta normas comunitárias, porque são supranacionais, autônomas e auto-aplicáveis.

Na União Européia, ao contrário do Mercosul, há uma ordem jurídica comunitária, com um Tribunal de Justiça próprio que possui poder diferente do dos Estados que a integram e serve exclusivamente aos valores ou interesses comuns definidos.

No Mercosul não há uma ordem jurídica Comunitária, inexistente um Tribunal de Justiça capaz de impor sanções e as decisões do Conselho do Mercado Comum, não adquirem superioridade, na medida que o Mercosul não possui caráter supranacional, isto é, não existe uma soberania compartilhada, nem são autônomas, porque representam um conjunto de regras diferenciadas dos ordenamentos jurídicos dos Estados-Partes capazes de proteger-se contra interesses nacionais contrários.

Desta forma, o direito do Mercosul não é auto-aplicável, porquanto necessita ser incorporado aos ordenamentos internos de cada Estado-Parte por força do próprio Protocolo de Ouro Preto em seu art. 40, que exige “a sua incorporação ao ordenamento jurídico nacional”.

### **2.2.1.2 Objeto da regulamentação**

No campo internacional, tem-se originariamente a Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Medidas Cautelares, realizada em Montevideu, no ano de 1979. E recentemente, de forma mais direta, o Protocolo de Medidas Cautelares - PMC, firmado em Ouro Preto, cuja aprovação no Brasil ainda está em trâmite. Tendo por objeto regulamentar entre os Estados-Partes o Tratado de Assunção.

O cumprimento de medidas cautelares, destinado a impedir a irreparabilidade de um dano em relação às pessoas, bens e obrigações de dar, de fazer ou de não fazer, pode ser preparatória ou incidental, e requerida em processos ordinários, de execução, especiais ou extraordinários, de natureza civil, comercial, trabalhista e em processos penais, quanto à reparação civil.

Fica evidente que o objetivo do PMC é regulamentar o cumprimento de medidas cautelares, como também o foi a Convenção Interamericana sobre o cumprimento de Medidas Cautelares<sup>157</sup>.

Como se viu anteriormente, um dos objetivos fundamentais das medidas cautelares é impedir a irreparabilidade de um dano, ou seja, deve ser evitada a ocorrência do dano que possa ser irreparável, pois se o dano puder ser reparado não caberá nenhuma medida cautelar, tendo em vista ser essa supletiva da insuficiência normativa.

Frise-se, também, que para impedir a irreparabilidade de um dano, esse não poderá ter ocorrido, será sempre uma probabilidade ou possibilidade de dano<sup>158</sup>. Para o juiz conceder uma medida cautelar não poderá exigir uma prova total e acabada acerca do perigo, mas a demonstração da plausibilidade da ocorrência do risco, de vez que pelas características peculiares da tutela cautelar, a análise objetiva feita pelo juiz da causa terá que ser rápida e sumária, sempre anterior à precipitação dos fatos.

As medidas cautelares são provimentos jurisdicionais muitas vezes imprescindíveis à concretização da prestação jurisdicional. Conforme as lições de Liebman, explicitadas por Negi Calixto, de que “a atividade jurisdicional cautelar dirige-se à segurança e garantia do eficaz e do profícuo resultado das atividades de cognição e execução, concorrendo, dessa maneira, para o atingimento do escopo geral da jurisdição”<sup>159</sup>.

Nesse sentido, imperioso é o estabelecimento de um Protocolo, no âmbito do Mercosul, que harmonizasse o procedimento referente ao cumprimento de medidas cautelares. Tendo em vista que o Mercosul não possuía uma disposição específica referente ao cumprimento de medidas cautelares.

### 2.2.1.3 Escopo das medidas cautelares

---

<sup>157</sup> Sobre a Convenção Interamericana, consultar: CALIXTO, Negri. O processo cautelar no direito internacional privado. *Revista de informação legislativa*. Brasília, nº 124, p. 124-191, out/dez 1994.

<sup>158</sup> No que se refere a possibilidade de dano observa BAPTISTA, Ovídio. *Ações cautelares e o novo processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 71-72: “Com efeito, por definição, o dano continua sendo um simples risco e, neste terreno, jamais a parte poderá demonstrar a veracidade absoluta do que alega, a não ser no momento em que o risco do dano, transformando-se de uma mera potencialidade em atualidade, deixa de ser risco, para ser fato. Neste caso, como é crucial, a medida cautelar já seria inócua, pois o dano que se pretendeu evitar acaba de ocorrer”.

<sup>159</sup> CALIXTO, *op. cit.*, p. 191.

O preâmbulo do PMC indica qual a amplitude do entendimento a que seus termos obrigam.

“Os Governos da República Argentina, da República Federativa do Brasil, da República do Paraguai e da República Oriental do Uruguai, doravante denominados de “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 cautelara entre os Estados-Partes do Tratado de Assunção,**

Acordam (...).”

Desta forma, além da realidade político-jurídica, sob a qual teve origem, a comprovar que possui o escopo de fortalecimento dos laços, o PMC traz em sua parte introdutória o esclarecimento dessa realidade que não se apresenta acabada, mas encontra-se em fase de desenvolvimento que avança rumo à aproximação, o estreitamento, via da harmonização que se aprimora com este evento.

O escopo das medidas cautelares também pode ser encontrado no artigo 1º do PMC, ou seja, garantir segurança às partes, destinadas a impedir a irreparabilidade de um dano em relação às pessoas, bens e obrigações de dar, de fazer e de não fazer<sup>160</sup>. É cediço dizer que, em direito, chamam-se todas as coisas sobre as quais possam recair os direitos das pessoas, sejam materiais ou imateriais<sup>161</sup>.

Como se vê no PMC, há explícita vontade política dos Estados-Partes de viabilizar a efetividade das tutelas de urgência, na medida em que no seu artigo introdutório chama a si uma previsão de inesgotáveis possibilidades de subsunção do fato ao regulamento.

<sup>160</sup> PMC, *op. cit.*, art. 1º: “O presente Protocolo ter 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, de fazer ou de não fazer”.

<sup>161</sup> No ensinamento de BRANCATO, Ricardo Teixeira. *Instituições de direito público e de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 1991, p.: 125. “Bens materiais são as coisas corpóreas, fisicamente palpáveis; imateriais são as incorpóreas, objetos ideais sobre os quais se firmam relações jurídicas”.

### 2.2.2 Possibilidade de cabimento das medidas cautelares

Idêntico rumo os Estados-Partes decidiram tomar quanto aos ritos possíveis e o momento de se requerer a cautela.

O art. 2º do PMC prevê inúmeras possibilidades de cabimento, compreendendo uma gama de processos: a) o processo ordinário (leia-se o procedimento com fase de cognição mais ampla, previsto na legislação local); b) o processo de execução (leia-se inexistência de fase cognitiva); c) quaisquer outras espécies de procedimentos, englobados pelas expressões especiais ou extraordinários<sup>162</sup>.

A natureza dos processos pode ser Civil, Comercial, Trabalhista e Penal, sendo que neste último caso apenas no que se refere à reparação civil. Vale destacar que o crime, sendo um fato típico, antijurídico e culpável, ofende o interesse público, suscitando além da aplicação de uma sanção penal pelo ilícito a obrigação do agente de reparar o dano causado à vítima.

Dessa amplitude de possibilidades percebe-se, pois, que de um mesmo ato decorrem lesões a interesses diversos, relativos não só à esfera pública, mas também à privada.

Frise-se que no Brasil a legislação não prevê a possibilidade de cautelar de caráter civil no âmbito do próprio processo penal, com finalidades relacionadas à representação civil de dano por ato ilícito, sendo essa possibilidade uma das inovações contempladas pelo PMC.

É importante salientar que se encontra no Brasil, ainda em fase de tramitação, o Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos penais que também trata de medidas cautelares na área penal.

---

<sup>162</sup> PMC, *op. cit.*, art. 2º: “A medida cautelar poderá ser solicitada em processos ordinários, de execução, especiais ou extraordinários, de natureza civil, comercial, trabalhista e em processos penais, quanto a reparação civil”.

Segundo este Protocolo de Assistência Jurídica Mútua, a autoridade competente do Estado requerido diligenciará a prestação da cooperação cautelar, se esta tiver informações suficientes que justifiquem a procedência da medida solicitada<sup>163</sup>. Essa Medida terá de submeter-se à lei processual do Estado requerido.

Desta forma, o Estado requerido resolverá, conforme a sua própria lei, qualquer prestação relativa à proteção dos direitos de terceiros sobre os objetos que sejam matérias do PMC.

### 2.2.2.1 Cautelares preparatórias e incidentais

Serão admitidas segundo o art. 3º do PMC, cautelares preparatórias e incidentais<sup>164</sup> de uma ação principal e as que garantam a execução de uma sentença. Alguns doutrinadores denominam as cautelares preparatórias de preventivas, que visam as providências urgentes e provisórias, tendentes a assegurar os efeitos de uma medida principal, em perigo por eventual demora<sup>165</sup>.

Quando forem preparatórias ou preventivas as cautelares é condição *sine qua non*, de sua eficácia a propositura da ação principal, dentro de trinta dias, conforme dispõe a legislação do Estado requerente<sup>166</sup>.

As cautelares incidentais, ao contrário das preparatórias (ou preventivas), poderão ser solicitadas no curso do processo principal.

<sup>163</sup> Art. 22º do Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais.

<sup>164</sup> Segundo LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 18: “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”.

<sup>165</sup> Nos ensinamentos de SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 183. “A decisão, no processo de conhecimento, ou a providência executória no processo de execução, por exigirem longa série de atos processuais, demandam tempo comumente não pequeno. A aguardá-la, possivelmente, ao ser proferida, o interesse da parte esteja sacrificado. A decisão, ou a providência executória, poderá vir tarde demais. A demora, assim, poderá ser prejudicial à parte. É o que se chama *periculum in mora*. Em razão desse perigo, que poderá acarretar danos enormes à parte, existem as ações cautelares preventivas que visam a providências jurisdicionais urgentes e provisórias, assecuratórias dos efeitos próprios da sentença a ser proferida na ação de conhecimento ou do ato reclamado na ação de execução”.

<sup>166</sup> PMC, art. 13: “A interposição da demanda no processo principal, fora do prazo previsto na Legislação do Estado requerente, produzirá a plena eficácia da medida cautelar preparatória concedida”.

As cautelares incidentais poderão ser solicitadas, segundo o art. 2º do PMC, em processos ordinários, de execução, especiais ou extraordinários, de natureza civil, comercial, trabalhista, ou em processos penais, quanto à reparação civil.

Frise-se que as cautelares preparatórias e incidentais 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. 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.

Destarte, além das condições comuns às demais espécies de ação, tais como a possibilidade jurídica do pedido, legitimidade das partes e o interesse processual, a ação cautelar, mesmo sendo preparatória ou incidental exige ainda dois requisitos essenciais, a existência da *fumus boni juris* (verificação que à parte dispõem do direito à ação), e do *periculum in mora* (fundado temor, enquanto aguarda a tutela definitiva que venha a faltar às circunstâncias de fato favoráveis à própria tutela).

As cautelares preparatórias e incidentais não servem para simplificar demasiadamente o processo ordinário de cognição, de modo a julgar imediatamente o pedido do autor, pois a prestação jurisdicional deve obedecer ao *due process of law*, ou seja, o devido processo legal.

A título ilustrativo, pode-se mencionar uma série de medidas cautelares, preparatórias e incidentais dispostas no Código de Processo Civil brasileiro: **a) medidas cautelares que têm por escopo garantir a execução**, arresto (art. 813 do CPC), seqüestro (art. 822 do CPC), a caução (art. 826 do CPC), arrolamento de bens (art. 855 do CPC), a busca e apreensão (art. 839 do CPC), o atentado (art. 897 do CPC), as obras de conservação da coisa litigiosa ou judicialmente apreendida (art. 888, I do CPC), **b) medidas cautelares sobre bens (genéricas)**, exibição de coisas, documentos ou escrituração comercial (art. 844 do CPC), **c) medidas cautelares sobre prova**, produção antecipada de prova (art. 846 do CPC), **d) medidas cautelares sobre guarda de pessoas**, posse provisória dos filhos (art. 888, III), o afastamento do menor autorizado a casar contra a vontade dos pais (art. 888, IV do CPC), o depósito dos menores ou incapazes castigados imodernamente (art. 888, V do CPC),

e) **medidas cautelares sobre as pessoas**, os alimentos provisionais (art. 852 do CPC), o afastamento temporário do cônjuge (art. 888, VI do CPC).

### 2.2.2.2 Cumprimento das medidas cautelares

O PMC, no seu art. 4º<sup>167</sup>, consagrou que as autoridades judiciárias dos Estados-Partes do Tratado de Assunção darão cumprimento às medidas cautelares decretadas<sup>168</sup> 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 medida.

Desta forma, pode-se concluir que o Protocolo de Medidas Cautelares consagrou o princípio do *locus regit actum*, valorizando a soberania dos Estados-Partes em que se efetivar a medida cautelar.

Este princípio consagrado não se distancia da norma contida no Código de Direito Internacional Privado, mais conhecido como Código de Bustamante, que prevê a prevalência do direito processual dos Estados-Partes<sup>169</sup>. É imperioso destacar que este princípio também é encontrado no Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, Decreto nº 2.067, de 12.11.1996<sup>170</sup>.

Desta forma, a medida cautelar será regulada e julgada pelas leis e juízes ou tribunais do Estado requerente. Por outro lado, a sua execução e possível contracautela serão reguladas e implementadas pela legislação e juízes ou tribunais do Estado requerido. Essa

<sup>167</sup> PMC, *op. cit.* art. 4º: “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 medida”.

<sup>168</sup> Com relação à expressão “decretadas” colacionada no referido dispositivo, CORRÊA, Antonio. *Mercosul: soluções de conflitos pelos juízes brasileiros*. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 203: “...que deve ser considerada “sentença” a referência o “decreto”, tornando impossível o cumprimento quando se tratar de mero despacho concedendo liminar”. Saliencia ele existir julgado no Supremo Tribunal Federal neste sentido.

<sup>169</sup> CÓDIGO DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO, art. 319: “Aquele que recebe a carta ou comissão rogatória de deve sujeitar, quanto ao seu objeto à lei do deprecante e, quanto à forma de a cumprir, à sua própria Lei”.

<sup>170</sup> PROTOCOLO DE COOPERAÇÃO E ASSISTÊNCIA JURISDICIONAL EM MATÉRIA CIVIL, COMERCIAL, TRABALHISTA E ADMINISTRATIVA. Art. 12: “A autoridade jurisdicional encarregada do cumprimento de uma carta rogatória aplicará sua lei interna no que se refere aos procedimentos. Não obstante, a carta rogatória poderá ter, mediante pedido da autoridade requerente, tramitação especial, admitindo-se o

previsão contida no art. 4º do PMC é de suma importância, eis que define além das jurisdições aplicáveis quanto ao mérito e seu conteúdo, inclusive ao atendimento do *fumus boni juri* e do *periculum in mora*, a competência e o direito aplicável são dos Estados-Partes requerente.

Quanto à execução, inclusive a forma de penhora e depósito, a competência e a legislação são as do Estado-Parte requerido, ou seja, consagrou-se realmente o princípio do *locus regit actum*, que é a norma de Direito Internacional Privado comumente aceita pelos juristas<sup>171</sup>.

### 2.2.2.3 Jurisdições aplicáveis

O artigo 5º do PMC ressalta que a admissibilidade da medida cautelar será regulada pelas leis ou julgadas pelos países ou tribunais dos Estados requerentes<sup>172</sup>.

Quando uma lei estrangeira é invocada em lide de jurisdição nacional é necessário que a parte que alega o direito comprove o teor e a vigência da lei.

Quando a norma provier de país integrante do Mercosul, as informações sobre elas serão obtidas por intermédio das autoridades centrais que fornecer-se-ão mutuamente, a título de cooperação judicial, quando solicitadas.

Estas informações poderão ser sobre as matérias objeto do PMC. A regra, como veremos mais à frente, comporta uma ressalva, que permite a recusa em prestar a informação se houver ofensa à ordem pública.

O Estado que, além de prestar informações sobre as leis de seu direito, emitir opinião, dando interpretação sobre o sentido e alcance legal do seu direito, do texto legal e sua vigência, não será responsável pelo opinião emitida, nem estará obrigado a aplicar seu direito segundo a resposta fornecida.

---

cumprimento de formalidades adicionais em diligência da carta rogatória, sempre que isso não seja incompatível com a ordem pública do Estado requerido. O cumprimento da carta rogatória deverá efetuar-se sem demora”.

<sup>171</sup> A propósito MARTINS, in: BASSO, *op. cit.*, p. 526: “Dessa forma, o processo incluindo os atinentes à matéria internacional, por sua natureza pública, deve ser regulado pela lei do País onde o processo se desdobra. Por isso, o cumprimento de ordem cautelar, através de uma Carta Rogatória, deverá submeter-se ao princípio fundamental do *locus regit actum*”.

<sup>172</sup> PMC, *op. cit.*, art. 5º.

Por outro lado, em matéria de direito internacional processual toda ação proposta deve ser analisada sob dois ângulos distintos, a ótica interna do ato praticado admissibilidade e mérito, e sob a ótica externa do ato praticado na execução.

No que tange à ótica interna, o protocolo traz a possibilidade da medida cautelar ser regulada pelas leis e julgada pelos juízes do Estado requerente, reforçando a previsão contida no art. 4º do PMC.

No caso de medidas cautelares no âmbito do Mercosul, pode uma parte pleitear perante órgão jurisdicional de qualquer dos Estados-Partes, quem preencher os requisitos. À escolha da jurisdição implica também a vinculação da lei interna do país para solucionar controvérsias.

O problema, contudo, deve ser resolvido à luz dos princípios conhecidos, de que em se tratando de matéria contratual as partes têm autonomia de vontade<sup>173</sup>, de modo que podem, ao contratar, escolher de um lado a jurisdição competente para dirimir as controvérsias e podem, baseadas no mesmo princípio, estabelecer o direito aplicável.

O juízo de admissibilidade de uma medida cautelar exige exame de requisitos processuais tais como: competência, legitimidade das partes, possibilidade jurídica do pedido e interesse processual.

De conformidade com o disposto no *caput* do art. 5º, os requisitos processuais serão examinados pelas autoridades jurisdicionais segundo as leis do seu Estado.

Quanto à ótica externa, execução da medida cautelar, o art. 6º o PMC nos diz que a execução de medida cautelar e sua contracautela ou respectiva garantia serão processadas pelos juízes ou tribunais do Estado requerido, segundo as suas leis<sup>174</sup>.

#### **2.2.2.4 Situações excepcionais**

---

<sup>173</sup> Sobre a autonomia de vontade ver, MICHELS, Gilson Wessler. *Autonomia de vontades no juízo arbitral*. Florianópolis, UFSC, 2000. Monografia, p. 16-50.

<sup>174</sup> PMC, *op. cit.*, art. 6º.

Todas as questões referentes à execução de medidas cautelares, tais como penhora, depósito, contracautelas, garantias, com exceção ao recebimento da oposição<sup>175</sup>, serão processadas pelo juízo do Estado requerido segundo as suas leis, bem como aquelas previstas no art. 7º do PMC que disciplina três situações:<sup>176</sup>.

A primeira situação se apresenta quando, no curso do processo, se justificarem para seu correto cumprimento e, se for o caso, sua redução ou sua substituição<sup>177</sup>.

A sentença na ação cautelar existe, via de regra, com referência ao processo principal; ocorre que, embora tendo um processo cautelar sentenciado, poderá ele ser alterado a qualquer tempo, ou em decorrência de fatos surgidos posteriormente à prolação da sentença, uma vez que surjam situações que justifiquem a sua modificação.

A segunda situação, em decorrência à litigância de má-fé. Entende-se por 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.

A terceira situação é a questões relativas a domínio e demais direitos reais previstas no art. 7º letra “c”. No Brasil há competência exclusiva de conformidade com o

---

<sup>175</sup> *Idem*, art. 9º: “O presumido devedor da obrigação ou terceiros interessados que se consideram prejudicados, poderão opor-se a 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 as suas leis do disposto na alínea C do artigo. 7º”.

<sup>176</sup> *Idem*, art. 7º: “Serão também regidas pelas leis e julgadas pelos Juizes ou tribunais do Estado requerido, segundo suas leis: a) as modificações que no curso do processo, se justificarem para os eu 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”.

<sup>177</sup> Com relação às expressões “sua redução ou a sua substituição” colacionada no referido dispositivo, ver: CORRÊA, *op. cit.*, p. 208: “As duas situações elencadas no dispositivo, que são a afirmação de que seriam caso de modificação a redução ou a substituição, não constituem *numerus clausus*, portanto fechado, mas mera exemplificação dada a enormidade de situações que permitem ser deferida uma medida cautelar. A autoridade, portanto, quem decidirá quanto ao alcance da medida ou sua modificação, sempre buscando atingir o resultado buscado”.

disposto nos artigos 89 do Código de Processo Civil e § 1º do art. 12 da Lei de Introdução ao Código Civil<sup>178</sup>.

Frise-se ainda que poderá, todavia, o Estado-Parte requerido recusar-se ao cumprimento ou determinar o levantamento da medida, quando verificada a sua absoluta improcedência<sup>179</sup>.

Com relação ao mérito na ação cautelar, interessante se faz mencionar a existência de divergências no que concerne a sua existência. Todavia, entendendo-se por mérito o núcleo de qualquer pedido deduzido em juízo, no qual se apura a existência ou não de fundamento no que pleiteia.

#### **2.2.2.5 Possibilidade de surgir antinomias nas decisões**

O art. 8º do PMC trata da possibilidade de surgir antinomias de decisões, uma vez que decretada a medida cautelar por um Estado-Parte que se reconheça competente para examinar a matéria, obedecendo às leis vigentes, roque para o seu cumprimento em território de outro Estado-Parte, onde estejam situados os bens ou residam as pessoas a serem alcançadas, o juiz deste segundo Estado-Parte recuse o cumprimento ou, se for o caso, determine o levantamento da medida quando verificada sua absoluta improcedência, nos termos do Protocolo<sup>180</sup>.

A cooperação cautelar estabelecida no PMC não retirou a autonomia dos Estados-Partes, quer quanto à avaliação das decisões proferidas, tanto no processo cautelar como no processo principal.

Verifica-se que o PMC primou pela valorização e reconhecimento da soberania do Estado-Parte requerido, ou seja, daquele aonde a medida cautelar deveria ser executada.

---

<sup>178</sup> Segundo BASSO, Maristela. *Da aplicação do direito estrangeiro pelo juiz nacional*. São Paulo. Saraiva: 1988, p. 56. "Também é competente a autoridade brasileira quando a obrigação tiver de ser cumprida no Brasil, consoante art. 12 da LICC. Nesse sentido RT 580/70-71 e TAMAG".

<sup>179</sup> PMC, *op. cit.* art. 8º: "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 deste protocolo".

A primeira possibilidade que surge para a recusa do cumprimento da decisão é quando a autoridade verificar a sua absoluta improcedência<sup>181</sup>. A interpretação mais adequada para o termo seria a “lógica”, ou seja, “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 um objeto, mas no país rogado é do conhecimento público que este objeto é inalienável, por pertencer ao Estado que deve cumprir a carta rogatória. Desta forma, ao receber uma carta rogatória extraída de uma medida cautelar ou de um processo cautelar em processo que tramitou no estrangeiro, solicitando que se cumpra uma medida ilegal, deve recusar-se a tal.

Ao oferecer a sua recusa, o Poder Judiciário deduzirá razões de modo a demonstrar que a sentença, embora formalmente perfeita, já que decorrente de processo judicial que foi obedecido o devido processo legal, não tem como ser cumprida.

A segunda possibilidade que surge para a recusa do cumprimento da decisão é quando a autoridade rogada recebe autorização para, ao invés de recusar ao cumprimento diante de situação nova, de seu conhecimento, determinar o levantamento da medida.

Cite-se como exemplo o fato que no Brasil existe a Lei Federal nº 8.009, que trata de impenhorabilidade, de modo que se for ordenado cautelar de seqüestro, o Juiz rogado, em face da permissão legal, recuse o seu cumprimento.

#### 2.2.2.6 Oposição

A oposição é uma instituição de origem germânica. No direito romano, o *iudicium* se estabelecia entre as partes, autor, réu e juiz. A sentença, e assim a coisa julgada, produzia efeitos em relação às partes, não a terceiros: *aliis nec prodest, nec nocet*.

---

<sup>180</sup> *Idem*: “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 deste protocolo”.

<sup>181</sup> Com relação às expressões “verificar a sua absoluta improcedência” colacionada no referido dispositivo, CORRÊA, *op. cit.*, p. 209. “A expressão não é muito clara. Se decorre de um “decreto” de órgão judiciário após ser cumprido o *deu process of law*, que equivale, na terminologia dos tratados a, “sentença”, se outra autoridade judiciária puder reconhecer que é absolutamente improcedente traz perplexidade”.

Como intervenção no processo das partes entrou o instituto para o direito canônico e o direito comum (direito italiano medieval). Por influência do direito canônico, a oposição tomou nova forma: não mais intervenção do terceiro no processo das partes, mas ação autônoma de terceiros contra ambas as partes.

O PMC criou, no art. 9º, o instituto que denominou de oposição, que embora guarde similitude com aquele conhecido em direito processual, contém algumas diferenças<sup>182</sup>. De conformidade com o disposto no referido artigo, além de terceiros interessados que se considerarem prejudicados, também o presumido devedor da obrigação poderá 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, excepcionando-se na alínea “c” do art. 7º, ou seja, “as questões relativas a domínio e demais direitos reais”.

No direito brasileiro, o instituto na oposição está disciplinado no Capítulo IV, que fala da Intervenção de Terceiros, mais precisamente nos art. 56 a 61 do Código de Processo Civil Brasileiro.

No caso da oposição do Código de Processo Civil, o terceiro pode ingressar com este tipo de medida em processo pendente. A oposição tem lugar antes da sentença de mérito. Proferida esta, com efeito de coisa julgada, sujeita-se a outra disciplina que não a oposição. Desta forma, nos processos pendentes na oposição tradicional o terceiro pode ingressar a qualquer tempo com este tipo de medida. Nos dois tipos de oposição pode-se dizer que a intervenção é voluntária ou facultativa do terceiro na lide.

Na oposição esculpida no PMC, como o terceiro não pode ser atingido por uma sentença, deverá provocar o conhecimento de seu direito de ação autônomo, diferentemente entretanto da oposição quanto instituto de direito processual civil.

---

<sup>182</sup> PMC, *op. cit.*, art. 9º: “O presumido devedor da obrigação ou terceiros interessados que se consideraram prejudicados, poderão opor-se à medida perante a autoridade judicial requerida. Sem prejuízo da manutenção da

Frise-se que os dois modelos de oposição devem observar o *due process of law*, sob pena de ser anulado todo o processo.

Alguns autores entendem que o instituto criado pelo PMC emprega terminologia que equivale a “defesa”, porque o atingido pela medida se defende da pretensão deduzida pela parte<sup>183</sup>.

Contudo, quando o PMC prevê que terceiros interessados que se consideram prejudicados poderão opor-se à medida perante a autoridade judiciária requerida, guarda conformidade com o instituto nacional.

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 da “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 (art. 7º, alínea “c”).

Essa exceção, ao que parece, vai ao encontro do *caput* do art. 8º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, na medida que o mesmo assim dispõe: “Para qualificar bens e regular as relações a eles concernentes, aplicar-se-á a lei do país onde estiver situados”.

O Supremo Tribunal Federal – STF, equipara os Tratados Internacionais à legislação interna ordinária. O Protocolo, por ser cronologicamente mais recente, aplica-se em detrimento à Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

### **2.3 Autonomia de cooperação cautelar**

A cooperação cautelar estabelecida no art. 10 do PMC não retirou a autonomia dos Estados-Partes, quer quanto à avaliação das decisões proferidas, tanto no processo

---

medida cautelar, dirá autoridade restituíra 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 art. 7º”.

<sup>183</sup> A propósito, CORRÊA, *op. cit.*, p. 211: “Já no instituto criado pelo Protocolo, permite que “ o presumido devedor da obrigação” faça uso dele. Pelo visto, a terminologia empregada equivale a “defesa”, porque o atingido pela medida se defende da pretensão deduzida pela parte”.

cautelar como no processo principal, quer quanto à soberania de sistemas legais internos de cada Estado-parte<sup>184</sup>. Em igual sentido, a norma contida no art. 9º da convenção Interamericana sobre Carta Rogatória.

No art. 10, há reafirmação da autonomia da jurisdição de cada país, sem vinculação a anterior atendimento de rogatória para o cumprimento da medida cautelar decretada pelo juiz ou tribunal de um País, com relação ao reconhecimento da ação principal quando tiver de ser executada.

A idéia de autonomia das decisões é bastante comum no direito processual, e não se diferencia muito do direito internacional processual. No primeiro caso, o juiz que conceder uma liminar cautelar, baseado no princípio da verossimilhança, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, não fica jungido a essa decisão na hora de sentenciar no processo principal, já que aqui a sentença está baseada noutro princípio da certeza.

No segundo caso, no direito processual internacional o princípio é o mesmo, porque se a autoridade jurisdicional requerida cumprir determinada medida cautelar, isto não pode implicar o compromisso desta mesma autoridade em ter de reconhecer ou executar uma sentença definitiva estrangeira no processo principal<sup>185</sup>.

Esta regra se explica porque as razões e os requisitos que levaram a autoridade judicial estrangeira a cumprir a medida cautelar não serão iguais para o cumprimento da sentença estrangeira definitiva.

Desta forma, para admitir a execução em território nacional há necessidade de ser investigado o aspecto formal do processo de onde ele se originava, mas também quanto aos requisitos relativos à soberania de cada país, por força da norma de sobredireito.

Mesmo que o Estado-Parte dê cumprimento à medida cautelar, essa circunstância não o obriga a dar cumprimento à sentença definitiva. A avaliação sob a ótica de harmonia do sistema legal interno pode ser feita a qualquer momento, até a execução final.

---

<sup>184</sup> PMC, *op. cit.* art. 10: “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”.

A homologação da sentença estrangeira, que constitui a porta de entrada no país e também para que a própria justiça nacional exerça sua força coativa sobre a pessoa atingida por ela, depende de não ofender a soberania e a ordem pública e os bons costumes (art.17 da Lei de Introdução ao Código Civil).

Frise-se que entre outras inovações o PMC aboliu a homologação pelo Supremo Tribunal Federal, conferindo o controle aos juizes encarregados de fazer cumprir as decisões. No Brasil, essa inovação da abolição da homologação da sentença estrangeira pelo STF é questionável frente à existência de expressa exigência constitucional neste sentido.

Caso seja atendida a carta 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 provocar a recusa da execução da referida medida.

### **2.3.1 Cooperação cautelar na execução da sentença**

O art.11 do PMC autoriza expressamente que tanto o juiz como o Tribunal a quem for solicitado o cumprimento de uma sentença, portanto na fase de execução, poderá determinar as medidas garantidoras da execução, de conformidade com as suas leis<sup>186</sup>.

Uma vez admitida a sentença estrangeira como válida e já estiver 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 que se encontram investidos de autorização para deferi-las.

Como se viu anteriormente, a pretensão à segurança é a finalidade de uma medida cautelar, e para que esta segurança possa ser alcançada é mister que o juiz ou o

---

<sup>185</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. *Processo Cautelar no Mercosul*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 188.

<sup>186</sup> PMC, *op. cit.* art. 11: “O Juiz ou o Tribunal, a quem for solicitado o cumprimento de uma sentença estrangeira, poderá determinar as medidas cautelares garantidoras da execução, de conformidade com as suas Leis”.

tribunal, em algumas situações urgentes, se valham de um poder de polícia<sup>187</sup> para resguardar a irreparabilidade de um dano em relação às pessoas, bens e obrigações de dar, de fazer, e de não fazer, de conformidade com o art. 1º do PMC<sup>188</sup>.

Essas cautelares de ofício só poderão ser decretadas incidentalmente, vale dizer, no curso de outro processo. Como visto anteriormente, vigora dentro do direito internacional processual o princípio do *locus regit actum*; logo, o juiz ou tribunal requerido será o competente para o cumprimento de uma sentença estrangeira e para determinar as medidas garantidoras da execução.

Quando numa execução para a entrega da coisa certa o devedor transfere os bens para terceiro, com a nítida intenção de fraudar a execução, pode o juiz determinar a apreensão e depósito de tais bens até a solução do caso.

Pode-se afirmar, por fim, que além de garantir celeridade ao processo este dispositivo visa dar efetividade ao cumprimento das decisões judiciais, transferindo ao juiz da ação de execução poderes para atuar em defesa da jurisdição, como se fora o juiz do feito, atuando como cooperador para o cumprimento da decisão judicial.

No entanto, o Juiz ou o Tribunal pode deixar de cumprir uma Carta Rogatória se concluir que a execução da ordem conflita como o ordenamento positivo ou contrarie os princípios constitucionais que dirigem o sistema nacional (art. 17)<sup>189</sup>.

Em recente acórdão, o STF manifestou-se no sentido de que o objeto da diligências não pode ser incompatível com a ordem pública e os bons costumes, nem contrariar qualquer dispositivo da organização judiciária do lugar onde será realizada<sup>190</sup>.

<sup>187</sup> Segundo LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 18: “A Cautela de ofício, do art. 797, constitui providência de natureza administrativa, emanada de um autêntico poder de polícia do juiz, no resguardo de bens e pessoas confiadas por lei a sua autoridade”.

<sup>188</sup> A propósito, CORRÊA, *op. cit.*, p. 213: “Se por exemplo cuida-se de uma obrigação de não fazer, onde haja descumprimento de sentença. Como este tipo de sentença transforma-se em perdas e danos, parece-nos razoável entender que o juiz, provocado, poderá determinar que os bens do devedor sejam arrestados ou apreendidos e depositados a fim de que suportem o pagamento sem possibilidade de desvio, danificação ou mesmo deterioração”.

<sup>189</sup> MARTINS, *op. cit.*, p. 528.

<sup>190</sup> BRASIL. [Supremo Tribunal Federal]. Agravo Regimental nº 5.815-2. Tribunal Pleno, *Diário da Justiça da União* de 13.11.1992 in *JSTF*. [Brasília]: Lex, Vol. 171, p. 79.

### 2.3.2 Medidas cautelares em matéria de menores

De todos os dispositivos do PMC o que mais chama atenção é o do art.12<sup>191</sup>, que se refere às medidas cautelares em matéria de menores, uma vez que as relações comerciais que constituem objeto do Tratado de Assunção, exigem um tratamento jurídico diferente das relações sociais e familiares.

As Medidas Cautelares objeto deste protocolo, segundo transparecia inicialmente, visava atender aos conflitos surgidos das relações comerciais, tendo em vista a liberação das fronteiras e o incremento comercial, de modo que todos alcancem o desenvolvimento uniforme e atinjam o objetivo final que é o bem público.

Com verdadeira inovação processual, foi inserido um dispositivo que está voltado especialmente para o Direito de família, que 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 das medidas exclusivamente ao seu território, à espera da decisão definitiva do Juiz ou Tribunal requerente.

No Brasil, a personalidade tem sua medida na capacidade, que é reconhecida, num sentido da universalidade, no art. 2º do Código Civil, que prescreve que “todo homem é capaz de direitos e obrigações” emprega o termo “homem” na acepção de todo o ser humano, sem qualquer distinção de sexo, idade, credo, raça etc.

Da análise do art. 2º do Código Civil surge a noção de capacidade<sup>192</sup>, que é a maior ou menor extensão dos direitos de uma pessoa. De modo que a esta aptidão, oriunda da personalidade, para adquirir direitos e contrair obrigações na vida civil, dá-se o nome de *capacidade de gozo ou de direito*.

A capacidade de direito não pode ser recusada ao indivíduo, sob pena de negar a sua qualidade de pessoa, despindo-o dos atributos da personalidade. Entretanto, tal

---

<sup>191</sup> PMC, *op. cit.*, art. 12: “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”.

<sup>192</sup> O termo capacidade advém do latim *capere*, isto é, agarrar, prender, tomar as mãos, apoderar-se, apreender, adquirir, apanhar.

capacidade pode sofrer restrições legais quanto ao seu exercício pela intercorrência de um fator genérico como tempo (maioridade ou menoridade), de uma insuficiência somática (loucura, surdo, mudez).

Aos que assim são tratados por lei, o direito denomina de “incapazes”. Logo a *capacidade de fato ou de exercício* é a aptidão de exercer por si os atos da vida civil dependendo portanto, do discernimento que é critério, prudência, juízo, tino, inteligência, sob o prisma jurídico.

A capacidade jurídica da pessoa natural é limitada, pois uma pessoa pode ter o gozo de um direito, sem ter o seu exercício por ser incapaz; logo, seu representante legal é quem exerce em seu nome. A capacidade de exercício pressupõe a de gozo, mas esta pode subsistir sem a de fato ou exercício.

A incapacidade termina, em regra, aos 21 anos de idade quando o indivíduo adquire a maioridade civil ou aptidão para exercer os atos da vida civil. A lei civil brasileira possui um instituto denominado de “pátrio poder”<sup>193</sup>, que determina seja exercido pelos pais, um na falta do outro, ou por terceiro designado pelo Juiz de família, estando ausentes os representantes legais.

Existem situações em que embora possuam representantes legais os menores, estes não exerçam o pátrio poder por motivos diversos; é o caso dos pais separados, um deles morando no estrangeiro, deixa a família e os filhos com o outro.

Se por motivos diversos o cônjuge que tem a guarda dos filhos também os abandona, ficando os mesmos em situação irregular, o outro cônjuge pode requerer medida cautelar visando buscar os filhos, que são menores de idade.

Esta situação enquadra-se no art. 12 do PMC, de modo que pode ser emitida rogatória para outro país integrante do Mercosul, destinada a buscar menores para o requerente do provimento jurisdicional.

---

<sup>193</sup> Segundo DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, [s. d.], p. 302. “O pátrio poder pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não

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 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 de inopino, com pessoa com quem não tenha afinidades ou já não tenham interesses comuns, ainda que mantenham entre si laços sanguíneos.

Cabe ao magistrado aplicar a lei visando, precipuamente, ao atendimento do bem-estar do menor, preservando-o a fim de evitar que sofra prejuízo de toda ordem, que possam ser irreparáveis no seu processo de desenvolvimento e formação.

O PMC, no seu art. 12, de forma inovadora e, por que não dizer inteligente, atentou para o fato de que situação como a que foi acima exemplificada acontece a todo o momento, razão pela qual deve ser previsto no processo de integração.

### 2.3.3 Interposição da demanda no processo principal

Serão admitidas, segundo o art. 3º do PMC, cautelares preparatórias e incidentais<sup>194</sup> de uma ação principal e as que garantam a execução de uma sentença.

Alguns doutrinadores denominam as cautelares preparatórias de preventivas, que visam as providências urgentes e provisórias, tendentes a assegurar os efeitos de uma medida principal, em perigo por eventual demora<sup>195</sup>.

---

emancipado, exercido, em igualdade de condições que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho”.

<sup>194</sup> Segundo LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 18: “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”.

<sup>195</sup> Nos ensinamentos de SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 183: “A decisão, no processo de conhecimento, ou a providência executória no processo de execução, por exigirem longa série de atos processuais, demandam tempo comumente não pequeno. A aguarda-la, possivelmente, ao ser proferida, o interesse da parte esteja sacrificado. A decisão, ou a providência executória, poderá vir tarde demais. A demora, assim, poderá ser prejudicial à parte. É o que se chama *periculum*

Quando forem preparatórias ou preventivas as cautelares é condição *sine qua non* de sua eficácia a propositura da ação principal, dentro de 30 dias, conforme dispõe a legislação do Estado requerente<sup>196</sup>.

As cautelares incidentais, ao contrário das preparatórias ou preventiva, poderão ser solicitadas no curso do processo principal. As cautelares incidentais poderão ser solicitadas, segundo o art. 2º do PMC, em processos ordinários, de execução, especiais ou extraordinários, de natureza civil, comercial, trabalhista, ou em processos penais, quanto à reparação civil.

Frise-se que as providências preparatórias e incidentais 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.

Desta forma, abrem-se duas possibilidades para ser concedida uma medida cautelar, que é aquela através de liminar, no início do processo ou então na sentença, quando formada a relação processual e são produzidas provas relativas ao direito da parte, bem como o perigo de demora, que, se não afastado, atingirá a esfera do requerente de forma indelével, impossibilitando o retorno ao estado anterior.

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.

Destarte, além das condições comuns às demais espécies de ação, tais como a possibilidade jurídica do pedido, legitimidade das partes e o interesse processual, a ação cautelar, mesmo sendo preparatória ou incidental, exige ainda dois requisitos essenciais, a existência da *fumus boni juris* (verificação que a parte dispõe do direito à ação), e do

---

*in mora*. Em razão desse perigo, que poderá acarretar danos enormes à parte, existem as ações cautelares preventivas que visam a providências jurisdicionais urgentes e provisórias, assecutorias dos efeitos próprios da sentença a ser proferida na ação de conhecimento ou do ato reclamado na ação de execução”.

<sup>196</sup> PMC, *op. cit.* art. 13: “A interposição da demanda no processo principal, fora do prazo previsto na Legislação do Estado requerente, produzirá a plena eficácia da medida cautelar preparatória concedida”.

*periculum in mora*, (fundado temor, enquanto aguarda a tutela definitiva que venham a faltar às circunstâncias de fato favoráveis à própria tutela).

As cautelares preparatórias e incidentais não servem para simplificar demasiadamente o processo ordinário, de cognição, de modo a julgar imediatamente o pedido do autor, pois a prestação jurisdicional deve obedecer ao *due process of law*, ou seja, ao devido processo legal.

Algumas medidas cautelares atingem a pessoa contra quem a ação principal será dirigida, de modo que não podem ficar indefinidamente sofrendo os efeitos dela decorrentes em que se aparelhe a lide onde o direito das partes será objeto de ajuizamento. Por outro lado, o art. 880 do Código de Processo Civil Brasileiro estabelece três situações em que a medida cautelar perde a sua eficácia.

A primeira situação acontece quando a parte não intentar a ação principal no prazo de trinta dias contados da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório.

A segunda situação acontece quando, embora concedida a medida cautelar, não for executada em trinta dias. A terceira situação acontece quando o juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem julgamento do mérito.

Uma vez cessados os efeitos da medida cautelar por qualquer dos motivos, a lei veda que seja repetida com base nos mesmos fundamentos. A medida cautelar só pode ser proposta novamente com base em fundamentos novos ou diferentes daqueles que justificaria a primeira.

Frise-se que o Estado onde tramitar a ação cautelar pode estabelecer uma sanção pela omissão na propositura da ação principal, ou seja, a perda da eficácia da medida cautelar concedida através da sentença.

Concedida a cautelar em um país, e executada em outro, desde que executada, passa a fluir o prazo para a propositura da ação principal, devendo ser comprovado por quem

foi atingido pela sentença proferida na ação cautelar ou então exigido pelo próprio juiz ou Tribunal ao beneficiário da medida, prova de que foi distribuída a ação principal<sup>197</sup>.

#### 2.3.4 Obrigação de informar

O PMC concede poderes ao Juiz ou Tribunal do Estado requerido para tornar ineficaz a medida cautelar se o requerente e beneficiário dela não propuser a ação principal no prazo estabelecido nas leis do país onde está tramitando a ação cautelar.

Antes de tornar ineficaz a medida cautelar, o Juiz deve *ad cautelam* comunicar-se com o Estado requerido para verificar os prazos a partir da efetivação da medida cautelar. O art. 14 do PMC cuida desta comunicação e, por que não dizer, da obrigação de informar<sup>198</sup>.

A alínea “a” do art. 14 determina a quem solicita o cumprimento de uma medida cautelar que se comunique no próprio corpo da carta rogatória ou em documento oficial o prazo para a propositura da ação principal, contando evidentemente da data em que foi efetivado o cumprimento da medida.

Os aplicadores do direito, em especial os advogados, devem observar os prazos para interposição nas leis de cada país, sob pena de tornar inócuo o processado. Este dispositivo destina-se a verificar que se constate o atendimento dos requisitos para que continue a ter vigência os efeitos da cautelar e ao mesmo tempo dar conhecimento às questões estabelecidas nas leis nacionais dos países rogantes.

A alínea “b” do art. 14 determina para que o Juiz ou Tribunal rogante comunique ao Juízo ou Tribunal rogado se o autor da cautelar deu entrada ou deixou de requerer a ação principal no prazo estabelecido nas leis nacionais.

---

<sup>197</sup> CORRÊA, *op. cit.*, p. 217.

<sup>198</sup> PMC, *op. cit.*, art. 14: “O Juiz ou o Tribunal do Estado requerente comunicará ao Estado requerido: a) ao transmitir a rogatória, o prazo, contado a partir 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”.

Se o autor ingressou com a ação principal no prazo estabelecido nas leis nacionais, a comunicação afastará qualquer dúvida e, o mais importante, permitirá que a cautelar continue a gerar efeitos.

Por outro lado, se for alcançado pela contumácia<sup>199</sup>, destina-se a dar ciência relativamente ao atingido e encerrem o cumprimento da rogatória, uma vez que foi desacolhida uma determinação legal.

Como se pode verificar, o art.15 do PMC, por sua vez, está endereçado ao juiz ou tribunal rogado. Este dispositivo determina que o Juiz ou o 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<sup>200</sup>.

Este dispositivo visa permitir que seja contado o prazo para o ingresso com a ação principal, caso em que, se omitida, perderá a eficácia, e visa, também, documentar o processo, solucionar quanto ao seu prosseguimento, caso seja impossível atender a solicitação em face dos requisitos relativos à soberania de cada país, por força da norma de sobredireito.

### 2.3.5 Cooperação interna

Quanto à expedição da ordem cautelar pelo Estado requerente, não parece ser uma questão que possa suscitar dúvidas maiores que as já existentes sobre o tema cautelar. Verificada a competência, a parte ajuíza o processo cautelar em seu país segundo o direito material e processual local, atendendo aos requisitos indispensáveis à sua propositura. Assim, como já se disse, a sua concessão é regulada pelas normas do Estado-Parte requerente, sendo remetida ao Estado-Parte requerido através de cartas rogatórias.

---

<sup>199</sup> A propósito SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 558: “CONTUMÁCIA. Derivado do latim *contumatia*, de *contumax* (orgulhoso, soberbo, desdenhoso, obstinado), em sentido amplo, quer significar a obstinação de alguém em não comparecer a juízo, quando a isso é obrigado ou nisso tem interesse. Na técnica jurídica, a *contumácia*, indicando essa obstinação, mostra a desobediência deliberada em não comparecer a juízo, quando convocado para isso. Mas, como sanção a esta desobediência, decreta a lei o estado de revelia contra a pessoa *contumaz*, seguindo o processo o seu curso, se possível essa continuação, ou se paralisando, cessando a instância, se esta é a imposição”.

<sup>200</sup> PMC, *op. cit.* art. 15: “O Juiz ou o 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”.

O dispositivo contido no art.16 sustenta que, se a autoridade jurisdicional requerida se julgar incompetente para proceder ao trâmite da carta rogatória, transmitirá de ofício à autoridade jurisdicional competente em seu Estado<sup>201</sup>.

A hipótese tratada por este artigo denota o fracionamento da jurisdição nacional, porque os Estados julgam os casos não excluídos pela Constituição Federal, ou seja, a competência, para a justiça Federal, Trabalhista, Militar e Eleitoral está expressa na própria Constituição, as demais competências não constantes na Constituição são de competência da justiça dos Estados denominadas de “competência residual”.

As justiças estaduais fracionam a sua jurisdição, dividindo-a em territórios denominados de comarcas, com um ou mais juízes de direito, que atuam exclusivamente em relação a determinadas matérias<sup>202</sup>.

Por fim, o dispositivo determina que o juiz do Estado-Parte requerido, cujos bens a serem atingidos encontram-se fora do seu território, independente de qualquer outra formalidade, reconheça a sua competência em razão do território, remetendo a carta rogatória de ofício para a autoridade jurisdicional que entender competente, encerrada a sua participação.

### 2.3.6 Ordem pública

Como visto anteriormente, o PMC tomou o acertado caminho da valorização da soberania do Estado-Parte requerido, ou seja, daquele país onde vai ser executada a medida cautelar.

A ordem forânea é aceita; contudo, quando o Juiz ou Tribunal poderá recusar seu cumprimento se verificar a sua absoluta incompetência, para julgar de acordo com a lei local (art. 8º).

---

<sup>201</sup> PMC, *op. cit.* art. 16: “Se a autoridade jurisdicional requerida se julgar incompetente para proceder ao trâmite da carta rogatória, transmitirá de ofício os documentos e antecedentes do caso à autoridade jurisdicional competente de seu estado”.

<sup>202</sup> A propósito, CORRÊA, *op. cit.*, p. 219: “Um Juízo de Direito possui território delimitado onde detém competência para exercitar a jurisdição relativa às causas que lhes chegam ao conhecimento. Pode ser que oriunda de países integrantes do Mercosul lhe chegam às mãos rogatórias de ações cautelares para o devido cumprimento”.

Desses dois artigos depreende-se inevitavelmente que, apesar de esforços para a integração internacional, mantém-se presente e eficaz a soberania dos Estados-Partes.

O Juiz ou Tribunal, de conformidade com o art. 17 do PMC, pode deixar de cumprir uma carta rogatória se concluir que a execução da ordem conflita com o ordenamento positivo ou com os princípios constitucionais que dirigem o sistema interno nacional, a ordem pública<sup>203</sup> e os bons costumes<sup>204</sup>.

Logo, é evidente que ao juiz do foro competirá a difícil tarefa de qualificar o conceito em apreço, com a finalidade de salvaguardar o interesse público, afastando a norma estrangeira apontada como aplicável pelo direito internacional se contrária à ordem pública.

O controle da ordem pública, de conformidade com a Constituição Federal, era efetivado pelo Supremo Tribunal, mas essa atribuição foi transferida pelos Tratados ao próprio Juiz ou Tribunal competente, em razão da matéria e do território.

Por outro lado, o caráter eminentemente axiológico das decisões do Supremo Tribunal Federal pode ser considerado como um problema para verificar os infratores da ordem pública.

O Supremo Tribunal Federal, 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<sup>205</sup>. O dispositivo legal do artigo em epígrafe utiliza a expressão “manifestamente contrária à ordem pública<sup>206</sup>”, como sendo um requisito da não ofensa.

---

<sup>203</sup> SILVA, *op. cit.*, p. 291: “ORDEM PÚBLICA - Entende-se a situação e o estado de legalidade normal, em que as autoridades exercem suas principais atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protesto. Não se confunde com a ordem jurídica, embora seja uma consequência desta e tenha sua existência formal justamente dela derivada”.

<sup>204</sup> Na lição de TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1967, p. 10: “O objeto das diligências não deve ser incompatível com a ordem pública e os bons costumes, nem contrariar qualquer dispositivo da organização judiciária do lugar onde será realizada (...)”.

<sup>205</sup> Quando da preservação da ordem pública BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 243: “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

Sob a ótica brasileira 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 já mencionados no Protocolo.

Alguns juristas entendem ser um sinônimo da ordem social a ordem pública que abrange todas as manifestações sociais relevantes<sup>207</sup>. Frise-se que o direito interno é mais amplo ao indicar que deve ser recusado o cumprimento quando ofender a soberania, a ordem pública e os bons costumes.

De qualquer forma, no âmbito do Mercosul, o único limite de aplicação é a ordem pública, não sendo aplicável às demais possibilidades expressamente previstas na Lei de Introdução ao Código Civil.

Não se aplicam, nessa situação, os requisitos do art.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 PMC, norma especial e mais nova, apenas excepciona a ordem pública como justificativa para o não cumprimento das medidas cautelares.

O sobredireito nacional é falho quanto ao instituto denominado de “fraude à lei”, existindo algumas legislações que expressamente consideram como fraude à lei, qualquer violação a ordem pública.

---

o cumprimento de decisões compatíveis com os princípios políticos, éticos, sociais, que estão na base da mesma organização do Brasil como Estado”.

<sup>206</sup> A propósito, sobre a expressão manifestamente contrária a ordem pública, CORRÊA, *op. cit.*, p. 220: “Manifestamente contrária a ordem pública é aquela que se aprende *ictu oculi*, que não exige maiores indagações, sendo reconhecida facilmente pelo julgador numa leitura, dispensadas maiores indagações”.

<sup>207</sup> Sobre o entendimento de ser sinônimo de ordem social a ordem jurídica, DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretado*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 349: “Como sinônimo da ordem social, a ordem jurídica abrange todas as manifestações relevantes, inclusive a soberania nacional e os bons costumes. A ordem nacional é a relativa ao interesse geral da sociedade, regido por normas jurídicas, tradições, concepções morais e religiosas, ideológicas políticas econômicas etc...”.

Alguns juristas<sup>208</sup> entendem que somente com um melhor exame dos dispositivos do art.17 permite-se apontar a noção de ordem pública referida, envolvendo a “fraude à lei”.

Desta forma, a noção de ordem pública conduz à não aplicação da lei estrangeira, que, em virtude de desajustamento às concepções legais territoriais, possa prejudicar o Estado onde deveria ser aplicada.

## 2.4 Meio empregado para a formulação dos pedidos

A solicitação de Medidas Cautelares, segundo o art.18<sup>209</sup> do PMC, será efetuada por exhortos ou “cartas rogatórias” que são consideradas expressão equivalentes.

A terminologia jurídica nacional não registra a palavra “exhortos”<sup>210</sup>. Por carta rogatória entende-se a precatória que é expedida para a requisição de atos que devam ser praticados em território estrangeiro<sup>211</sup>.

Desta forma, 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.

<sup>208</sup> A propósito, CORRÊA, *op. cit.*: “Melhor exame permite apontar que a noção de “ordem pública” referida no art. 17 pode envolver a “fraude à lei”, dependendo das circunstâncias ou do caso específico submetido ao julgador”.

<sup>209</sup> PMC, *op. cit.* art. 18: “A solicitação de Medidas Cautelares será formulada por “exhortos” ou cartas rogatórias, termos equivalentes para os fins do presente protocolo”.

<sup>210</sup> CONVENÇÃO INTERAMERICANA SOBRE CARTAS ROGATÓRIAS, aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 61, de 19 de Abril de 1995, Ratificado em 27 de novembro de 1995, foi internado com norma através do Decreto nº 1.899, de 09 de Maio de 1996, publicado no *Diário Oficial* [da União], [Brasília], de 10 de maio de 1996, nº 90, Seção I, p. 8007. No artigo 1 cuida do emprego de expressões, dispondo que: “Para os fins desta convenção as expressões “exhortos” ou “cartas rogatórias” são empregadas como sinônimos dos textos em espanhol. As expressões “cartas rogatórias”, “comissions rogatoires” e “letter rogatory”, empregadas nos textos em português, francês e Inglês, respectivamente, compreendem tanto os “exhortos” como as “cartas rogatórias”.

<sup>211</sup> Nos ensinamentos de SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 178: “A citação far-se á mediante carta rogatória quando citado se encontrar em Estado estrangeiro. Diz a lei que se expedirá “carta rogatória”, quando dirigida a autoridade judiciária estrangeira” (Cód, cit., art. 201). A carta rogatória, quanto á sua admissibilidade e modo de cumprimento, obedecerá ao disposto na convenção internacional, se houver; “ a falta desta, será remetida à autoridade estrangeira, por via diplomática, depois de traduzida para a língua do país em que há de se praticar-se o ato”. (Cód. Cit., art.210). Conterá as cartas os requisitos essenciais das cartas em geral (Cód. Cit., art.202. Ver nº 434). “As vezes, o Estado

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 competente.

Os exortos ou “cartas rogatórias” constituem pedidos simplificados de juízos ou Tribunais para outros congêneres, para o cumprimento de diligências processuais. As cartas rogatórias não devem conter disposições executórias e necessitam de homologação pelo Tribunal<sup>212</sup>. Alguns autores classificam a carta rogatória em ativa ou passiva, com base nas providências processuais<sup>213</sup>.

O PMC, instituindo este tipo de procedimento, faz com que haja uma mudança de determinações do Poder Judiciário de outros países.

As cartas rogatórias, que se destinam apenas a dar impulso processual, sem caráter executório, são sujeitas ao chamado *exequatur*.

O PMC cuida apenas de medidas cautelares, não há necessidade de “homologação” da sentença estrangeira, porque este trabalho se posiciona no sentido de que o próprio juiz ou o Tribunal ao qual for endereçada examina os requisitos e lhe dá o cumprimento ou a recusa.

Por fim, sucintamente, constituem-se cartas rogatórias em pedidos simplificados de um juízo para outro, com o escopo de que se efetuem diligências de caráter processual.

#### 2.4.1 Transmissão e diligenciamento

---

estrangeiro exige mais do que isso, razão por que é de toda conveniência consultar, antes, a legislação do Estado rogado”.

<sup>212</sup> A propósito, SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 304: “As cartas rogatórias não devem conter disposições executórias, pois que, em tal caso, antes que sejam cumpridas, necessitam da homologação do Tribunal próprio, a fim de que possam ter força no país em que são apresentadas”.

<sup>213</sup> Sobre as cartas rogatórias ativas e passivas SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978, p. 89: “A carta rogatória é um 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.

O art.19 do PMC cuida de quatro situações diferentes sobre a transmissão e diligenciamento de medidas cautelares<sup>214</sup>.

A primeira situação diz respeito ao **modo de se transmitir uma solicitação**, a segunda à **autenticação dos documentos**, a terceira à **autorização para a parte fazer o encaminhamento**, e a quarta à **permissão para as autoridades das fronteiras suprimirem as formalidade** dos Estados-Partes.

Quanto ao modo 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”.

As autoridades diplomáticas, no caso o Ministério das Relações Exteriores do país rogante, recebe o documento e o transmite para o congênere do país onde será cumprida. Este, por sua vez, o transfere para a autoridade central, que encaminha a carta rogatória para a autoridade judiciária.

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 requerentes e requeridos haja sido suprimido o requisito da legalização ou substituído por outra formalidade<sup>215</sup>.

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

---

<sup>214</sup> PMC, *op. cit.* art. 19: “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 feita 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 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 a necessidade de legalização. Não será aplicado no cumprimento das medidas cautelares o procedimento homologatório das sentenças estrangeiras”.

<sup>215</sup> A propósito, CORRÊA, *op. cit.*, p. 219: “O dispositivo fala também em “autoridades consulares”. Estes não são funcionários de carreira, mas detentores de título honorífico e executam representação geralmente em locais onde exista colônia de estrangeiros, para facilitar os seus negócios e documentar nascimentos e óbitos ou então intervir obtendo vistos de permanência etc. Geralmente tem atuação em relações comerciais, desenvolvendo intercâmbio”.

públicos emanados de um Estado-Parte são reciprocamente válidos nos outros Estados, possuindo a mesma força probante que seus próprios instrumentos públicos.

No mesmo sentido, os documentos originários de autoridade jurisdicional ou outras autoridades administrativas de um Estado-Parte, que sejam tramitados por intermédio da autoridade central, ficam isentos de qualquer outra legalização, certificação ou formalidade análoga, quando forem apresentados em outro Estado-Parte.

Assim, as escrituras públicas, as certidões de validade, data, veracidade e assinatura ou conformidade com o original proveniente de autoridade com delegação estatal para fazê-lo, são válidas nos outros países do Mercosul como se fossem emitidas no próprio Estado requerido, independente de qualquer outra formalização.

A autoridade central poderá solicitar certidões dos assentos de registro civil, a pedido do Estado por ela representado, e os Estados integrantes do Mercosul deverão atender o pedido, fazendo-as chegar ao destino, ou seja, ao juízo onde ocorre o feito. Essas certidões serão remetidas quando a solicitação vise atender fins exclusivamente públicos.

Por outro lado, a parte que tem interesse no cumprimento rápido da medida, até para evitar que pereça o seu direito, está autorizada a pessoalmente encaminhar a rogatória. Neste caso, o PMC exige que seja a documentação autenticada perante a Embaixada ou Consulado.

Diante do acima exposto, o PMC facultou ao requerente optar pelo caminho que melhor lhe convier<sup>216</sup>.

A única maneira do Estado requerido não exigir a documentação autenticada é se este tiver um outro tratado dispensando a autenticação de documentos entre os Estados-Partes.

---

<sup>216</sup> Nesse sentido MARTINS, Adriano Kalfez. *Medidas cautelares no Mercosul*. In: BASSO, Maristela (org.). *Mercosul: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-Membros*. Porto Alegre: Liv. Advogado, 1995.p. 532: “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 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”.

Uma inovação importante trazida pelo PMC é o fato que nas zonas fronteiriças<sup>217</sup> dos países do Mercosul as autoridades judiciárias poderão transmitir-se, de forma direta, as cartas rogatórias de medidas cautelares, sem a necessidade da legalização, ou seja, sem a necessidade de acionar as autoridades centrais dos Estados-Partes<sup>218</sup>.

Frise-se que o termo “legalização” está fazendo referência à “autenticação”, pois, como constatado por outros autores, este dispositivo não prima pela clareza.

Muito embora o PMC tenha dispensado a legalização, tal disposição é manifestamente contrária ao disposto na Constituição Brasileira, pois, em seu art.102, I, “h”, estabelece a necessidade de concessão de *exequatur*<sup>219</sup> pelo Supremo Tribunal Federal, para que as cartas rogatórias possam ser cumpridas por autoridade judicial brasileira.

O dispositivo também dispõe que o procedimento homologatório<sup>220</sup> das sentenças estrangeiras não será aplicado no cumprimento das medidas cautelares. Frise-se que nem todos os Estados encaram da mesma maneira as sentenças estrangeiras<sup>221</sup>.

#### 2.4.2 Conteúdo das cartas rogatórias

O PMC busca uma desburocratização, facilitando o cumprimento dos *exhortos*. O artigo 21<sup>222</sup> do Protocolo de Medidas Cautelares disciplina o conteúdo das cartas rogatórias.

<sup>217</sup> Alude MARTINS, *op. cit.*, p. 532: “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 *mens legis*. As referidas zonas fronteiriças podem ser definidas tecnicamente como aquelas cidades abrangidas pela jurisdição territorial do juízo sediado em cidade contígua à fronteira”.

<sup>218</sup> PMC, *op. cit.*; art. 19.

<sup>219</sup> A propósito SILVA, *op.cit.*, p. 243: “Palavra latina, de exsequi, 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”.

<sup>220</sup> A esse respeito CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários a constituição brasileira de 1998*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 308. A homologação de sentença estrangeira pode ser entendida “[c] Como a aprovação, pelo órgão judiciário competente de um Estado, de sentença prolatada em outro, a fim de que decisão deste adquira executoriedade em todo o território nacional do país aprovador. Toda a 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 ser executada”.

<sup>221</sup> Acresce FERREIRA, Pinto. *Comentários a constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 109: “Nem todos os Estados encaram de maneira idêntica as sentenças estrangeiras para a sua execução no território. Os sistemas existentes podem ser agrupados em cinco modelos diversos”.

O referido dispositivo não oferece dificuldades na sua interpretação. Deve inicialmente indicar de forma clara o Juízo ou Tribunal ao qual é endereçada. A carta rogatória deve vir acompanhada de uma cópia autenticada da inicial da medida cautelar e, se já estiver distribuída, da inicial da ação principal.

Desta forma, 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<sup>223</sup>.

Tais formalidades correspondem às assinaturas autenticadas 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 (tradução), para a compreensão, pelas autoridades, da intenção completada pelo documento.

Os documentos que instruíram o pedido de cautelar devem também acompanhá-la, bem como o teor do despacho que determinou a medida cautelar. Se for determinado algum procedimento especial para o cumprimento da deliberação deve ser consignado em seu corpo.

Deve estar consignado na carta rogatória o nome e o endereço da pessoa que no Estado requerido estará incumbida de suprir as despesas com o cumprimento das diligências. Este artigo permite à autoridade rogada que não cumpra a solicitação, se ausente a indicação do responsável pelo cumprimento das despesas.

No Brasil, os indivíduos carentes, de conformidade com a Lei Federal nº 1.060/1950, quando assistidos pelo Estado, gozam do denominado benefício da Assistência Judiciária Gratuita.

---

<sup>222</sup> PMC, *op. cit.*, art. 21: “As cartas rogatórias conterão: a) a identificação e o domicílio do Juiz ou Tribunal que determinou a ordem; b) cópia autenticada da petição da medida, e da demanda principal, se houver; c) documentos que fundamentem 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 o Estado requerido deverá arcar com os gastos e custas judiciais devidas, salvo as exceções previstas no art. 25. Será facultativo à autoridade do Estado requerido dar tramitação à carta rogatória que careça da indicação acerca da pessoa que deva atender às despesas e custas, quando ocorrerem”.

<sup>223</sup> PMC, *op. cit.*; art. 21.

Frise-se que este benefício somente é concedido a indivíduos que não dispõem de recursos suficientes para custear as despesas da demanda sem prejuízo do sustento próprio e de seus dependentes.

A jurisprudência brasileira inclina-se pelo deferimento da Assistência Judiciária Gratuita, com a simples afirmação nos autos do processo que não possui recursos suficientes para custear as despesas de demanda sem prejuízo do sustento próprio. Essa afirmação admite prova em contrário do requerido mediante uma impugnação ao deferimento da Assistência Judiciária Gratuita, que é apensada aos autos do processo.

Se for comprovado pelo juízo que a parte tinha condições esta será condenada ao pagamento das custas processuais acrescidas de até o seu décuplo, conforme entendimento do magistrado que decidir o processo.

Quando as circunstâncias exigirem, de conformidade com o art.22<sup>224</sup> do PMC, no curso do processo, de acordo com a apreciação do magistrado do Juiz ou Tribunal requerente, a rogatória informará acerca da existência e do domicílio das defensorias de ofício<sup>225</sup>.

A medida cautelar será cumprida, desde que não lhe faltem os requisitos, documentos e informações consideradas fundamentais, que tornem inadmissível sua procedência.

Diante dessa hipótese, ou seja, se defeitos extrínsecos forem vislumbrados, será expedida autorização para que a autoridade judiciária do Estado requerido entre diretamente em contato com o Estado-Parte requerente, a fim de sanear as carências existentes.

---

<sup>224</sup> PMC, *op. cit.* art. 22: “Quando as circunstâncias do caso a justificarem, de acordo com apreciação do Juiz ou Tribunal requerente, a rogatória informará acerca da existência e do domicílio das defensorias de ofício competentes”.

<sup>225</sup> Acrescenta, CORRÊA, *op cit.*, p. 227: “Mas, como os Procuradores não podem se deslocar ao País vizinho e nem podem obter verbas para custear uma demanda, pagando perícias, etc., funcionam as defensorias públicas que teriam competência para assistir o demandante que está beneficiado pela assistência judiciária gratuita. Essa consignação permitirá ser contratado para cumprir alguma determinação judicial ou sanar algum vício na rogatória que seja de sua responsabilidade”.

Alguns autores vêem dificuldade em que um Juiz nacional se entenda com outro Juiz da Argentina, por exemplo, sem conhecer do idioma ou dominá-lo com alguma proximidade da perfeição<sup>226</sup>.

Em todo o caso, o dispositivo, como visto anteriormente, está autorizando e, se algum magistrado decidir que deve entender-se com um colega, poderá fazê-lo.

O que parece é que foi conferido ao PMC, além da busca pela desburocratização, o escopo de agilizar o trâmite e cumprimento da medida cautelar pois, diante da urgência inerente a tais providências, aquelas devem ser as menos rebuscadas possíveis, tentando superar a imensa burocracia que permeia as relações judiciais internacionais.

Alguns dispositivos são pouco claros, porque enquanto se criou a Autoridade Central com finalidade específica, em algumas situações é omitida a sua presença.

#### 2.4.3 Autoridade central

Para receber e transmitir solicitações de cooperação cautelar, ficou estipulado no art. 20<sup>227</sup> do PMC que cada parte designará uma autoridade central<sup>228</sup> que cuidará da tramitação das cartas rogatórias, recebendo e dando andamento às petições de assistência jurisdicional, fazendo-as chegar ao poder judiciário competente, a fim de implementar a cooperação jurisdicional.

---

<sup>226</sup> CORRÊA, *op. cit.*; p. 227 “O dispositivo determina que quando a rogatória seja enviada a Estado cujo idioma não equivalha ao do rogante, que esteja, acompanhada da tradução oficial. A medida é conhecida, necessária e pertinente, porque a autoridade não dominando a língua estrangeira estaria impossibilitada de lhe dar cumprimento. Vem sendo observado nestas notas que o Brasil possui idioma diferente, de modo que os demais Países entre si dispensam a exigência”.

<sup>227</sup> PMC, *op. cit.* art. 20: “Cada parte designará uma Autoridade Central encarregada de receber e transmitir as solicitações de cooperação cautelar”.

<sup>228</sup> O Brasil firmou o “Acordo de Cooperação Judiciária em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa no Uruguai, em 28 de Dezembro de 1992. Este Tratado foi aprovado pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 77, de 09 de Maio de 1995, publicado no *Diário Oficial da União*, nº 91, de 15, 05 de 1991. Através do Decreto nº 1.850, de 10.04.1996, entrou em vigor no Brasil. No art.2º, ficaram definidas as “Autoridades Centrais” dos contratantes. Dispõe que “Para fins do presente acordo, a autoridade central da República Federativa do Brasil será o Ministério das Relações exteriores, e a autoridade central da República Oriental do Uruguai será o Ministério da Educação e Cultura. Para esse efeito, as autoridades centrais se comunicarão diretamente entre elas, com intervenção das autoridades competentes quando necessário”.

Alguns autores entendem que a figura da autoridade central também foi criada para eliminar a burocracia, que exigia comunicações entre os Ministérios das Relações Exteriores, com os Ministérios da Justiça e destes com as cúpulas do Poder Judiciário.

Ainda não foi definido qual será a autoridade central indicada por cada país, mas em acordo no mesmo sentido que este, firmado com o Uruguai em 28.12.1992, o Brasil indicou como autoridade central o Ministério das Relações Exteriores, enquanto o Uruguai, o Ministério da Educação e Cultura.

Para o sistema estabelecido no PMC, se o Ministério das Relações Exteriores vier a ser escolhido como Autoridade Central, passará a tratar diretamente com os juizes envolvidos nos pedidos de execução de sentenças ou cartas rogatórias.

A escolha da autoridade central deverá ser comunicada ao Governo do País depositário do Protocolo, que é o Paraguai, e este ficará encarregado de dar conhecimento aos outros Estados-Partes. A autoridade central poderá ser substituída a qualquer momento, desde que o Estado-Parte comunique imediatamente ao Governo depositário, para que dê conhecimento da substituição aos demais.

O intercâmbio entre essas autoridades pode ser acrescido pela intervenção de outras respectivamente competentes, sempre que necessário. Isso leva a crer que existe permissão para que os juizes, acaso apontados como competentes para processar e julgar uma lide, entrem em contato direto com as autoridades centrais para fornecer-lhes elementos para o cumprimento da decisão.

Por fim, de conformidade com o art. 28<sup>229</sup> do PMC os Estados-Partes, ao depositarem o instrumento de ratificação, comunicarão a designação da autoridade central.

#### **2.4.4 Domicílio das defensorias de ofício competentes**

---

<sup>229</sup> PMC do, *op. cit.* art. 28: “Os Estados-partes ao depositar o instrumento de ratificação ao presente protocolo comunicarão a designação da Autoridade Central ao Governo depositário, o qual Dara conhecimento aos demais Estados-partes”.

Quando as circunstâncias exigirem, de conformidade com o art. 22<sup>230</sup> do PMC, no curso do processo, de acordo com a apreciação do magistrado do Juiz ou Tribunal requerente, a rogatória, este informará acerca da existência e do domicílio das defensorias de ofício<sup>231</sup>.

A medida cautelar será cumprida, desde que não lhe faltem os requisitos, documentos e informações consideradas fundamentais, que tornem inadmissível sua procedência. Diante dessa hipótese, ou seja, se defeitos extrínsecos forem vislumbrados, será expedida a autorização para que a autoridade judiciária do Estado requerido entre diretamente em contato com o Estado-Parte requerente, a fim de sanear as carências existentes.

Alguns autores vêem dificuldade em que um Juiz nacional se entenda com outro Juiz da Argentina, por exemplo, sem conhecer do idioma ou dominá-lo com alguma proximidade da perfeição<sup>232</sup>. Em todo o caso, o dispositivo, como se viu anteriormente, está autorizando e se algum magistrado decidir que deve entender-se com um colega, poderá fazê-lo.

No Brasil como se afirmou anteriormente existe um sistema de assistência judiciária aos necessitados, que são assistidos por procuradores do Estado que patrocinam as ações.

As medidas cautelares objeto deste protocolo, segundo transparência inicialmente, visava atender aos conflitos surgidos das relações civis e comerciais, tendo em vista, a liberação das fronteiras e o incremento comercial, de modo a que todos alcançassem o desenvolvimento uniforme e atinjam o objetivo final, que é o bem público.

Com verdadeira inovação processual, foi inserido um dispositivo que está voltado especialmente para o Direito de família, que estabelece que nos casos em que a cautelar relacionar-se à custódia de menores, o Juiz ou Tribunal do Estado requerido poderá

---

<sup>230</sup> *Idem*, art. 22: “Quando as circunstâncias do caso a justifiquem, de acordo com apreciação do Juiz ou Tribunal requerente, a rogatória informará acerca da existência e do domicílio das defensorias de ofício competentes”.

<sup>231</sup> Acrescenta, CORRÊA, *op. cit.*, p. 227: “Mas, como os Procuradores não podem se deslocar ao País vizinho e nem podem obter verbas para custear uma demanda, pagando perícias, etc., funcionam as defensorias públicas que teriam competência para assistir o demandante que está beneficiado pela assistência judiciária gratuita. Essa consignação permitirá ser contratado para cumprir alguma determinação judicial ou sanar algum vício na rogatória que seja de sua responsabilidade”.

limitar o alcance das medidas exclusivamente ao seu território, à espera da decisão definitiva do Juiz ou Tribunal requerente.

Este dispositivo salvaguarda algumas ações em que haja interesse de menores, que exige a intervenção do Ministério Público, assim como acontece com a lei brasileira.

#### 2.4.5 Tradução

O dispositivo do art. 23<sup>233</sup> determina que, quando a rogatória seja enviada a Estado cujo idioma não equivalha ao do rogante, esteja acompanhada de tradução oficial<sup>234</sup>.

A tradução faz-se necessário inicialmente porque a autoridade, não dominando a língua estrangeira, estará impossibilitada de lhe dar cumprimento. Além do quê, o Brasil é o único país integrante do Mercosul que possui idioma diferente dos demais, que por terem o mesmo idioma dispensam tal exigência.

Juntamente com o texto do pedido deverão ser traduzidas as peças processuais que acompanham a carta rogatória e os textos dos documentos para facilitar o trabalho do juiz que irá cumprir a solicitação.

O PMC não penaliza com a nulidade a falta de tradução, mas poderá impedir o desenvolvimento válido e regular do processo, podendo ensejar, inclusive, a recusa ou denegação do cumprimento da rogatória<sup>235</sup>.

O idioma oficial para ser utilizado nas cartas rogatórias e documentos é o da autoridade requerente, mas deverão estar acompanhados de tradução para o idioma da requerida.

---

<sup>232</sup> CORRÊA, *op. cit.*, p. 225.

<sup>233</sup> PMC, *op. cit.* art., 23: “As cartas rogatórias e os documentos que acompanham deverão ser redigidos no idioma do Estado requerente e serão acompanhadas de tradução oficial”.

<sup>234</sup> A propósito SANTOS, *op. cit.*, p. 178. “Será expedida “carta rogatória”, quando dirigida a autoridade judiciária estrangeira” (Cód. cit., art.201). A carta rogatória, quanto á sua admissibilidade e modo de cumprimento, obedecerá ao disposto na convenção internacional, se houver; “a falta desta, será remetida à autoridade estrangeira, por via diplomática, depois de traduzida para a língua do país em que há de se praticar-se o ato”. (Cód. Cit., art.210). Conterá as cartas os requisitos essenciais das cartas em geral (Cód. Cit., art. 202. Ver nº 434)”.

<sup>235</sup> PMC, *op. cit.*; art. 21.

#### 2.4.6 Custas e despesas

O dispositivo do art. 24 determina que as custas judiciais serão de responsabilidade da parte solicitante da medida cautelar<sup>236</sup>. Desta forma, é regra que todas as despesas com o cumprimento da carta rogatória são de responsabilidade de quem requer o seu cumprimento, no caso, o autor da ação.

Até mesmo as despesas que devem ser pagas antecipadamente, como as destinadas a custear diligências, perícias, etc, devem ser pagas pelo autor da ação. Deve estar consignado na carta rogatória o nome e o endereço da pessoa que no Estado requerido estará incumbida de suprir as despesas com o cumprimento das diligências.

O art. 21 do PMC autoriza a autoridade rogada que não cumpra a solicitação se ausente a indicação do responsável pelo cumprimento das despesas.

No Brasil, os indivíduos carentes, de conformidade com a Lei Federal nº 1.060/1950, quando assistidos pelo Estado, gozam do denominado benefício da Assistência Judiciária Gratuita. Frise-se que este benefício somente é concedido a indivíduos que não dispõem de recursos suficientes para custear as despesas da demanda, sem prejuízo do sustento próprio e de seus dependentes.

Por outro lado, o art 25<sup>237</sup> do PMC trata das exceções das obrigações estabelecidas no art. 24 do referido Protocolo. As causas de alimentos provisionais são dispensadas, confirmando a afirmação de que o PMC ampliou a jurisdição em matéria cautelar, envolvendo agora o direito de família.

As causas que envolvam a localização, apreensão e depósito de menores também estão dispensadas do pagamento de custas. Alguns autores entendem que nas ações

---

<sup>236</sup> PMC, *op. cit.*, art. 24: “As custas judiciais e demais despesas serão de responsabilidade da parte solicitante da medida cautelar”.

<sup>237</sup> PMC, *op. cit.* art. 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 a pessoas que, no Estado requerente, tenham obtido o benefício da justiça gratuita”.

que não envolvam o direito de família, mas os autores tenham o benefício da assistência judiciária, também estão dispensados do pagamento das custas para o cumprimento<sup>238</sup>.

A extensão desse benefício aos casos internacionais também já estava prevista no art. 382 do Código de Bustamante: “Os nacionais de cada Estado contratante gozarão, em cada um dos outros, do benefício da assistência judiciária, nas mesmas condições dos naturais”.

#### 2.4.7 Disposições finais

O artigo 26 do PMC ressalva a existência de outros tratados sobre medidas cautelares que estejam em vigor<sup>239</sup>. Os Tratados a que este artigo se refere são aqueles que os Estados-Partes do PMC participem mediante a adesão. Desta forma, e existência do PMC, específico para o Mercosul, não inibirá a aplicação de outras normas de outros Tratados Multilaterais.

Esse dispositivo visa à aplicação da norma mais ampla por parte do aplicador do direito que melhor se ajustar o caso. O artigo 27 do PMC estabeleceu, para evitar que os signatários rompam, retirando a sua adesão, um critério de solução diplomática<sup>240</sup>.

Este critério possibilita que Estados-Partes do PMC discutam o objeto do litígio e cheguem a um consenso. Mas se porventura as negociações não resultarem numa solução satisfatória para ambas as partes, será aplicado outro Tratado, destinado a solucionar os litígios entre os integrantes do Mercosul<sup>241</sup>.

---

<sup>238</sup> A propósito, CORRÊA, *op. cit.*, p. 227. “Nas, ações que não envolvam direito de família ou menores, mas cujos autores tenham obtido o benefício da assistência judiciária, também estão dispensados do pagamento das custas para o cumprimento de cartas rogatórias expedidas em medidas cautelares”.

<sup>239</sup> PMC, *op. cit.*, art. 26: “Este Protocolo não restringirá a aplicação das disposições mais favoráveis para a cooperação contidas em outras Convenções sobre medidas cautelares que estejam em vigor com caráter bilateral ou multilateral entre Estados-partes”.

<sup>240</sup> *Idem*, art. 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. 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”.

<sup>241</sup> CORRÊA, *op. cit.*; p. 229.

O Tratado de Assunção, no seu anexo III, prevê a criação de um sistema de solução de controvérsias, dispondo inicialmente sobre as divergências entre os Estados, que deverão ser enfrentadas primeiro por negociações diretas entre os litigantes, depois por etapas sucessivas pela atuação do Grupo do Mercado Comum (GMC) ou do Conselho do Mercado Comum (CMC).

O Protocolo de Brasília trata como obrigatória para os Estados-Partes, para o fato, sem a necessidade de um acordo especial, a jurisdição do Tribunal arbitral que será constituído, para, em cada caso (*ad hoc*), conhecer e resolver todas as controvérsias a que se refere o Protocolo.

Na hipótese de um dos Estados-Partes na controvérsia, após instituída a jurisdição arbitral, não cumprir o laudo no prazo de trinta dias, é facultado aos demais impor medidas compensatórias temporárias, visando obter o cumprimento da decisão<sup>242</sup>.

Quanto a essa disposição, alguns autores entendem ser de valor duvidoso dado a disparidade das dimensões das economias dos países do Mercosul, padecendo, assim, do mesmo defeito das sanções autorizadas pelo GATT<sup>243</sup>.

O âmbito de aplicação de um sistema de solução de controvérsias durante a fase de implementação do Mercosul é ilimitado, justamente por seu caráter transitório. A sua competência é, sobretudo, interpretativa, pronta a dirimir controvérsias que possam surgir entre os Estados-Partes como consequência da aplicação do Tratado.

O sistema de solução de controvérsias adotado pelo Protocolo de Brasília é marcado, sobretudo, pelo consenso e transitoriedade. Essa fase de transitoriedade foi importantíssima no sentido de superar impasses que pudessem ser empecilhos ao prosseguimento do plano integracionista e de apoiar a implementação do Tratado, com a correta interpretação de seus termos, e impondo a sua aplicação em caso de omissão.

Desta forma, visando solucionar as dificuldades de implementação do Mercado Comum é que se constituiu o mecanismo de solução de divergências do Protocolo de Brasília,

---

<sup>242</sup> BAPTISTA, in: BASSO, *op. cit.*, p. 178.

<sup>243</sup> *Idem*, p. 178.

que inovou como fez o PMC, permitindo que mesmo os impasses surgidos politicamente possam ser contornados pela busca da solução dos interesses econômicos e jurídicos afetados.

É por isso que o sistema de solução de controvérsias assenta-se muito mais na atuação diplomática que na jurídica. Hoje, o sistema de solução de controvérsias que deve ser aplicado de conformidade com o art. 27 do PMC é aquele que se fundamenta no anexo III do Tratado de Assunção, e principalmente no Protocolo de Brasília.

O dispositivo contido no art. 28<sup>244</sup> do PMC recomenda aos Estados-Partes que, quando da sua adesão seja também indicado o nome da “Autoridade central” de cada País, visando a efetiva implementação do PMC.

A figura da autoridade central também foi criada para eliminar a burocracia, que exigia comunicações entre os Ministérios das Relações Exteriores com os Ministérios da Justiça e destes com as cúpulas do Poder Judiciário. Criou-se a figura da autoridade central, a qual deve entender-se diretamente com as congêneres dos demais países do Mercosul e promover o andamento de solicitações de cumprimento de cartas rogatórias ou de execuções de sentença.

A escolha da autoridade central deverá ser comunicada ao Governo do país depositário do Protocolo, que é o Paraguai, e este ficará encarregado de dar conhecimento aos outros Estados-Partes.

A autoridade central poderá ser substituída a qualquer momento, desde que o Estado-parte comunique imediatamente ao governo depositário, para que dê conhecimento da substituição aos demais<sup>245</sup>.

O intercâmbio entre as autoridades centrais dos Estados-Partes pode ser acrescido por intervenção de outras autoridades competentes, sempre que solicitado. Desta forma, os juízos competentes para processar e julgar uma lide podem entrar em contato direto com as autoridades centrais para fornecer-lhes os elementos para o cumprimento da decisão.

---

<sup>244</sup> PMC, *op. cit.*, art. 28: “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”.

O dispositivo contido no art. 29 do PMC recomenda aos Estados-Partes integrantes do Tratado de Assunção, a submissão do presente Protocolo aos procedimentos Constitucionais de aprovação<sup>246</sup>.

A análise dos referidos procedimentos será feita no item 01 do próximo capítulo. Após cumpridos os procedimentos Constitucionais integrado com a lei nacional, o PMC, ainda depende do seu depósito junto ao Governo do Paraguai, escolhido para tal finalidade.

O Protocolo passa a vigor trinta dias após a efetivação do referido depósito, que é considerado o ato final de aceitação das suas disposições. O dispositivo do art. 30 do PMC diz respeito à adesão dos Estados-Partes ao Tratado de Assunção e ao presente Protocolo<sup>247</sup>.

O dispositivo do art. 31 do PMC designa o Governo do Paraguai como depositário do presente Protocolo, bem como designa para enviar cópias dos instrumentos de ratificação aos governos dos demais Estados-Partes<sup>248</sup>.

Para fazer uma interpretação uniforme do direito internacional que foi objeto da proposta de defesa do projeto, no primeiro capítulo foi estudada a interpretação uniforme, no segundo, o PMC com a finalidade de conhecer a lei “fonte primária” que deve ser aplicada uniformemente, e a interação judiciária pela cautelaridade, que será estudada no capítulo seguinte.

---

<sup>245</sup> PMC, *op. cit.*; art. 20.

<sup>246</sup> *Idem*, art. 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”.

<sup>247</sup> *Idem*, art. 30: “A adesão por parte de um Estado ao Tratado de Assunção implicará de pleno direito a adesão ao presente Protocolo”.

<sup>248</sup> *Idem*, art. 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 da data dos instrumentos de ratificação”.

---

### CAPÍTULO III:

---

## INTERAÇÃO JUDICIÁRIA PELA CAUTELARIDADE NO TRATADO DE ASSUNÇÃO

---

### 3.1 Análise das Constituições da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai

Os Estados-Partes, com o Mercosul, vivem de fato, do ponto de vista político e jurídico, sua primeira experiência significativa de integração institucional em nível internacional.

Isto porque o Tratado de Assunção, de 26 de março de 1991, subscrito por Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai, traz consigo a perspectiva do estabelecimento de um *liame* destinado a se converterem inclusive, em fatores determinantes de modificações substanciais das ordens jurídicas nacionais.

Mais do que mero acordo no plano das relações exteriores dos quatro países, capaz tão somente de comprometer os respectivos governantes com a edição de normas de direito interno, o que efetivamente se está em debate, é a possibilidade de edificação de um sistema de normas supranacional.

A perspectiva de solidificação de tal sistema jurídico envolve, indiscutivelmente, explícita e implicitamente, a superação da competência normativa dos Estados nacionais com relação às matérias que forem objeto de pactuação no âmbito do Mercosul<sup>236</sup>.

---

<sup>236</sup> A esse respeito, observa CASELLA, Paulo Borba. A integração econômica e seu Tratado Constitucional, *in* "MERCOSUL: desafios a vencer". Conselho Brasileiro de Relações Internacionais, São Paulo, 1994, p. 95: "(a) A criação e implementação de mercado comum e a inserção de um Estado e seu ordenamento jurídico é institucional nesse mercado exigem adaptações, que vão das constituições à legislação ordinária, até a divisão das competências legislativas e atribuições dos tribunais".

Para a teoria do Direito, o Mercosul, assim como os fenômenos congêneres na esfera mundial, suscita reflexões em torno da relação entre as normas de Direito Internacional público e as normas de direito interno.

A compatibilização das regras jurídicas emanadas desses campos distintos é questão que ganha contornos eminentemente práticos. O objetivo deste intróito é justamente apresentar, nos marcos estritos da questão acima colocada e ainda que de forma esquemática, dilemas enfrentados no plano das ordens jurídicas brasileira, argentina, uruguaia e paraguaia, notadamente no âmbito dos sistemas constitucionais, com o advento do Mercosul.

Todas as delegações remetem e justificam as suas propostas e atitudes às limitações de origem constitucional. A verificação da veracidade destas ponderações também é fundamental para que se possa tratar da hipótese básica que dá nome a este capítulo. A seguir, serão enunciados alguns elementos teóricos necessários para fundamentar a apreciação do tema sobre o prisma Constitucional de cada Estado-Parte.

### **3.1.1 Constituição da Argentina**

A Lei n. 24.309 (de 29 de dezembro de 1993) declarou a necessidade da revisão parcial da Constituição da Nação Argentina de 1853, já reformada nos anos de 1860, 1866, 1898 e 1957. Nos dispositivos dos art. 2º e 3º traz os temas para os quais o Congresso Nacional estava habilitado a debater na Convenção Constituinte. Entre eles, como letra “i” do art. 30, encontra-se:

“INSTITUTOS DA INTEGRAÇÃO E HIERARQUIA NOS TRATADOS”.

Na reforma de 1994, o art. 67 da Constituição foi substituído pelo art. 75, sendo nele introduzidos os seguintes incisos:

“Capítulo quarto

Atribuições do Congresso

Artigo 75 - Corresponde ao Congresso:

(...)

22.- Aprovar ou rejeitar os tratados concluídos com as demais nações e com os órgãos internacionais e as concordatas com a Santa Sede. Os tratados e concordatas

têm hierarquia superior às leis.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; a Declaração Universal dos Direitos Humanos; a Convenção Americana dos direitos humanos; o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos e seu Protocolo Facultativo; a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial; a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; a Convenção contra a Tortura e outros Tratos ou Castigos Cruéis, Inumanos ou Degradantes; a Convenção sobre os Direitos do Níbio; nas condições de sua vigência, tem hierarquia constitucional, ao derrogar algum artigo da primeira parte dessa Constituição e devem entender-se complementando os direitos e garantias por elas reconhecidas. Só poderão ser denunciados, neste caso, pelo Poder Executivo nacional, prévia aprovação da terça parte da totalidade dos membros de cada Câmara.

Os demais tratados e convenções sobre direitos humanos, após serem aprovados pelo Congresso, requerem o voto da terça parte da totalidade dos membros de cada Câmara para gozar da hierarquia constitucional.

24. Aprovar tratados de integração e delegar competências ao jurídico, a órgãos estatais em condições de reciprocidade e igualdade e que respeitem a ordem democrática e os direitos humanos. As normas ditadas, em consequência, são hierarquias superiores às leis.

A aprovação desses tratados com os Estados de América Latina requer da maioria absoluta da totalidade dos membros de cada Câmara. Em caso de tratados com outros Estados, o Congresso da Nação, com a maioria absoluta dos membros de cada Câmara, declarará a conveniência da aprovação do tratado e só poderá ser aprovada com o voto da maioria absoluta da totalidade dos membros de cada Câmara, depois de cento e vinte dias do ato declarativo.

A denúncia dos tratados referidos a nesse inciso, exigirá a prévia aprovação da maioria absoluta da totalidade dos membros de cada Câmara”.

Da leitura destes dispositivos fica claro a preocupação dos legisladores argentinos em possibilitar a recepção da regra comunitária no ordenamento jurídico nacional. Não parece possível interpretação que refute a admissão, pela ordem argentina, de um direito supranacional.

A Constituição destaca a obrigatoriedade da observância de dois princípios: *reciprocidade e igualdade*<sup>237</sup>.

Na Constituição fica claro uma hierarquia de regras internacionais<sup>238</sup>, entre a Constituição e as leis, inferior à primeira e superior às segundas.

<sup>237</sup> A propósito, VENTURA, *op. cit.*, p. 69: “Parece seguro que se trata de uma salvaguarda de soberania, pois pela *reciprocidade* se condiciona a delegação de competências e jurisdição à atitude idêntica por parte dos demais membros da organização em tela. Por outro lado, via exigência da *igualdade*, pressupõe-se um sistema equânime de tomada de decisões”.

<sup>238</sup> DROMI, Roberto, EKMEKDJIAN, Miguel A., RIVERA, Júlio C. *Derecho comunitario: sistemas de integración, régimen del Mercosur*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995, p. 268: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante

Os Tratados de direito internacional, segundo a Constituição Argentina, constituem-se numa ordem superior, eis que o artigo 31 da mesma Carta, inalterado pela reforma de 1994, prescreve outra ordem hierárquica para os tratados em geral.

### 3.1.2 Constituição do Brasil

Ao contrário da grande maioria das cartas Constitucionais modernas, a Constituição Brasileira deixa de fazer regulamentação das relações entre o direito interno e o direito internacional.

Alguns autores consideram a falta de regulamentação das relações entre o direito interno e o direito internacional como a grande omissão em se tratando de questões internacionais<sup>239</sup>.

A Constituição da República Federativa do Brasil contém as seguintes disposições atinentes aos temas ora investigados.

“Art.1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem os seguintes fundamentos: I- Soberania; (...)

Art.4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I- independência nacional; II- prevalência dos direitos humanos; III- autodeterminação dos povos; IV- não intervenção; V- igualdade entre os Estados; VI- defesa e paz; VII- solução pacífica dos conflitos; VIII- repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX- Cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X- Concessão de asilo político.

Parágrafo único- A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade Latino Americana de nações”.

Os mesmos autores concluem diante do exposto no parágrafo único que o país conta com autorização constitucional para buscar a sua integração em uma comunidade Latino-Americana<sup>240</sup>.

---

cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del pacto de 11 de noviembre de 1859”.

<sup>239</sup> Ver MELLO, Celso D. de Albuquerque, A grande omissão, item 13 de. A revisão do direito constitucional na Constituição de 1988. *Revista ciências sociais*. Rio de Janeiro, a. I, n.º1, 1995.

<sup>240</sup> Diante do texto constitucional, BASTOS, op. cit., p. 464: presente dispositivo [parágrafo único do art. 4º] deixa certo que o país conta com a autorização constitucional para buscar sua integração em uma comunidade latino-americana de nações”.

Contudo, os mesmos autores afirmam que o texto Constitucional não esclarece de forma clara e expressa a forma desta integração<sup>241</sup>.

Outros autores oferecem uma interpretação mais exata do ponto de vista técnico, referindo a ausência de outros mecanismos constitucionais capazes de dar sentido concreto a tal regra programática<sup>242</sup>.

Desta forma, não se pode falar em aplicabilidade direta ou primazia de regras comunitárias<sup>243</sup>. As discussões produzidas no âmbito da fracassada revisão constitucional de 1993 trazem elementos de grande interesse sobre o tema em estudo, uma vez que a proposta revisional (PRE) nº 001079-1, de autoria do Deputado Adroaldo Streck, propunha a substituição do parágrafo único do art. 4º (supra) pelo texto a seguir descrito:

- 1º. As normas de direito internacional são parte integrante do direito brasileiro.
- 2º. A integração econômica, política, social e cultural, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações, constitui objetivo prioritário da República Federativa do Brasil.
- 3º. Desde que expressamente estabelecido nos respectivos tratados, as normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais, de que o Brasil seja parte, vigoram na ordem interna Brasileira”.

Frise-se que está foi a única, entre as 28 apresentadas, PRE acatadas pelo relator geral do processo de revisão constitucional, que supriu algumas falhas, identificando quais as regras de direito internacional que integrariam a ordem jurídica nacional.

Todavia, a excelente alteração de redação apresentada pelo relator foi rejeitada em 2 de fevereiro de 1994 e o texto do art. 4º da Constituição de 1988 permaneceu nos

---

<sup>241</sup> *Idem* p. 466: “O texto Constitucional não esclarece de maneira expressa se a forma desta integração deve guardar respeito aos princípios clássicos da soberania ou se envolve a possibilidade de integração em organismos supra-nacionais. Quer-nos parecer, no entanto, que a mera existência do artigo implica uma opção por está última forma. Do contrário, ele seria desnecessário, posto que organização sem caráter supra-nacional já existe na América latina. De outra parte, a expressão utilizada “integração” envolve certamente a participação de entidades que não sejam de cunho meramente associativo”.

<sup>242</sup> DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. *Constituição e relações exteriores*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 182: “Oferece interpretação mais exata, do ponto de vista técnico, referindo a ausência de outros mecanismos constitucionais capazes de dar sentido concreto a tal regra programática. Percebe tal dispositivo como permissivo da incorporação ao sistema jurídico de regras que assegurem tratamento diferenciado às pessoas e produtos originários dos Estados latino-americanos, ressaltando que não se cogita constitucionalmente da transferência de soberania para organizações supra-nacionais”.

mesmos moldes. Caso lograsse aprovação, a proposta do relator teria promovido uma aproximação significativa com os textos vigentes na Argentina e no Paraguai.

Mesmo sendo minoritária esta corrente de interpretação da Constituição brasileira, alguns autores afirmam ainda que verificar a existência de uma ordem jurídica comunitária no Mercosul pressupõe, indubitavelmente, um permissivo constitucional que não é encontrado na Constituição em vigor no Brasil, exceto por interpretações bastante discutíveis<sup>244</sup>.

No mesmo sentido, Luiz Olavo Baptista percebe os artigos 22 a 24 como impeditivos da participação brasileira num órgão internacional, que emita normativas e regulamentos comuns, pois eles determinam as competências legislativas das unidades federativas e não mencionam possibilidade de delegação. Sustenta, ainda, que tais artigos são cláusulas pétreas, não podendo portanto ser modificados<sup>245</sup>.

Desta forma, a Constituição brasileira traz antinomias, pois conta com autorização constitucional para buscar a sua integração em uma comunidade latino-americana (art. 4º, parágrafo único da CF) e ao mesmo tempo impede a participação brasileira num órgão internacional, que emita normativas e regulamentos comuns, pois eles determinam as competências legislativas das unidades federativas e não mencionam possibilidade de delegação (art. 22 a 24 da CF).

---

<sup>243</sup> A propósito, MELLO, Celso Albuquerque. *Direito constitucional internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994: p. 121: "A constituição Brasileira estabelece a admissão de qualquer restrição à soberania e ao mesmo tempo no parágrafo único do art.4º fala em integração econômica".

<sup>244</sup> DROMI; EKMEKDJIAN; RIVERA, *op. cit.*, p. 44: "A cooperação entre povos para o progresso da humanidade [art.4º, IX, CF] "é" a diretiva máxima para o Estado no Campo das relações internacionais". Referindo-se aos artigos 177 e 178 que tratam dos monopólios, sustentam o que segue: "Es obvio que lãs disposiciones de estos dos artículos deben ceder frente a los Estados miembros Del Mercosur; vale decidir, que uma correcta hermenêutica de los mencionados artículos de la Constitución de la República Federativa Del Brasil, trae como inevitable conclusión que lãs limitaciones referidas no resultam aplicables a lãs empresas argentinas, paraguayas y uruguayas".

<sup>245</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo. *As instituições do MERCOSUL - comparações e perspectiva, O MERCOSUL em movimento*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 54: "Um organismo como o Conselho da União Européia acumula funções legislativas com as administrativas, o que afrontaria a regra da separação de poderes, que faz parte da chamada cláusula pétrea da Constituição. (...) É esse um importante obstáculo à criação de órgãos comunitários com o poder de editar normas, como ocorreu na CEE; sem reforma da Constituição nessas matérias, parece-me impossível a ratificação de tratados nesse sentido. E sem dúvida uma reforma que afronte a cláusula pétrea é incabível. Uma competência legislativa própria, dos órgãos comunitários, portanto, mercê dos limites Constitucionais, seria inexistente, o que nos forçaria a continuar com o processo atual de criar normas pela via dos tratados (tal como ocorreu, aliás com sucesso, no âmbito do Benelux). Não bastassem esses fatos, seria difícil imaginarmos o Congresso Nacional aprovando um tratado que lhe retirasse poderes, para transferi-los a um órgão internacional, provavelmente formado por pessoas indicadas pelo Executivo".

As regras constitucionais atinentes ao tema, vigentes nos demais Estados-Partes, serão tratadas a seguir.

### 3.1.3 Constituição do Paraguai

A Constituição do Paraguai<sup>246</sup>, de 20 de junho de 1992, é a única, entre os países-membros do Mercosul, que refere literalmente a admissão de uma ordem jurídica supranacional, ao contrário do que acontece com a Constituições dos outros países integrantes do Mercosul.

A Constituição do Paraguai é também a que dedica o maior número de artigos às relações exteriores, como pode ser visto nos dispositivos abaixo colacionados:

“Parte II - ORDENAMENTO POLITICO DA REPÚBLICA TITULO I- DA NAÇÃO E DO ESTADO CAPITULO 1 DAS DECLARAÇÕES GERAIS. Artigo 137. DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

A lei suprema da República e a Constituição em que estão os tratados, convênios e acordos internacionais aprovados e ratificados, as leis ditadas pelo Congresso e outras disposições jurídicas de inferior hierarquia, sancionadas em consequência, integram o direito positivo nacional na ordem da relação anunciada.

Quem tentar mudar dita ordem, às margens dos procedimentos previstos nesta constituição, incorrerá em delitos que serão penalizados diante da lei.

Esta Constituição não perderá sua vigência nem deixará de observar por atos de força ou fora derrogar por qualquer outro meio diferente que ela dispõe.

Carecem de validade todas as disposições, os atos de autoridades opostas às leis estabelecidas nesta Constituição.

Artigo 138.

DA VALIDEZ DA ORDEM JURÍDICA

Autoriza-se aos cidadãos a resistir a ditos usurpadores, por todos os meios a seu alcance. Na hipótese de que esta pessoa ou grupo de pessoas, invocando qualquer princípio ou representação contrária a esta Constituição, detentor do poder público, seus atos declaram-se nulos e sem nenhum valor, não vinculante e, pelo mesmo, o povo em exercício de seu direito de resistência à opressão, fica dispensado de seu cumprimento.

Os estados estrangeiros que, por qualquer circunstância, se relacionem com tais usurpadores, não poderão invocar nenhum pacto, tratado nem acordo escrito ou autorizado pelo governo usurpador, para exigí-lo posteriormente como obrigação ou compromisso da República do Paraguai.

(...)

CAPITULO II

DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Artigo 141.

DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Os tratados internacionais validamente celebrados, aprovados por lei do Congresso cujos instrumentos de ratificação foram trocados ou depositados, formam parte do ordenamento legal interno com a hierarquia que determina o artigo 137.

<sup>246</sup> PARAGUAI. Republica del Paraguay Constitucion Nacional. Edicion Oficial, Castellano-Guarani. Asuncion, Paraguay, junho de 1992.

Artigo 142.

#### DA DENÚNCIA DOS TRATADOS

Os tratados internacionais relativos aos direitos humanos não poderão ser denunciados a não ser pelos procedimentos que regem a emenda desta Constituição.

Artigo 143.

#### DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

A República do Paraguai, em suas relações internacionais, aceita o direito internacional e se ajusta aos seguintes princípios:

- 1) a independência nacional;
- 2) a autodeterminação dos povos;
- 3) a igualdade jurídica entre os Estados;
- 4) a solidariedade e cooperação internacional;
- 5) a proteção internacional dos direitos humanos;
- 6) a livre navegação dos rios internacionais;
- 7) a não intervenção, e
- 8) condena toda forma de ditadura, colonialismo e imperialismo.

Artigo 144. DA RENÚNCIA À GUERRA

A República do Paraguai renuncia à guerra, mas sustenta o princípio de legítima defesa. Esta declaração é compatível com os direitos e obrigações do Paraguai, em seu caráter de membro das Organização das Nações Unidas e da Organização dos Estados Americanos, ou como parte em tratados de integração.

Artigo 145.

#### DA ORDEM JURÍDICA SUPRANACIONAL

A República do Paraguai, em condições de igualdade com outros Estados, admite uma ordem jurídica supranacional que garanta a vigência dos direitos humanos, da paz, da justiça, da cooperação e do desenvolvimento, no político, econômico, social e cultural.

Ditas decisões só poderão adotar-se por maioria absoluta de cada Câmara do Congresso”

Na Constituição paraguaia, o legislador referiu a posição hierárquica dos tratados internacionais em geral, validamente celebrados, como situada entre a Constituição e as leis ordinárias, como semelhante à da Argentina.

Não referiu na Constituição às regras oriunda de organismo supranacionais. Quando se refere à vaga expressão “*otras disposiciones juridicas de inferior jerarquía, sancionadas em consecuencia*”, colocou-as abaixo da lei. A Constituição paraguaia não estipulou diferença entre os tratados assinados com Estados latino-americanos e os firmados com os demais países.

Quando admite uma ordem jurídica supranacional, a Constituição paraguaia estipula de forma, em parte, equivalente ao diploma argentino, o princípio da igualdade. Mas logo a seguir refere que ditas decisões só poderão ser adotadas por maioria absoluta de cada Câmara. Pode-se interpretar que o *quorum* lá estipulado diz respeito à decisão de admitir tal ordem, reforçando o permissivo constitucional *in caso*, ou que se trata da necessidade de aprovação pelo Legislativo nacional das decisões do organismo.

### 3.1.4 Constituição do Uruguai

A Constituição do Uruguai<sup>247</sup> não contém, assim como a brasileira, menção à supranacionalidade ou à ordem jurídica comunitária. A referida Constituição também não traz a definição de hierarquia nominativa entre regras internacionais e nacionais.

Serão colacionadas para análise as regras Constitucionais atinentes ao tema:

#### SEÇÃO 1

Da Nação e sua soberania

Artigo 1º. A República Oriental do Uruguai e a associação política de todos os habitantes compreendidos dentro de seu território.

Artigo 2º. Ela é e será para sempre livre e independente de todo poder estrangeiro.

(...)

#### CAPÍTULO II

Artigo 42. A soberania em toda sua plenitude existe radicalmente na Nação, a que lhe compete o direito exclusivo de estabelecer suas leis, do modo que mais adiante se expressará.

#### CAPÍTULO IV

Artigo 6º. Nos tratados internacionais que celebre a República preponderará a cláusula de que todas as diferenças que surjam entre as partes contratantes, serão decididas pela arbitragem de outros meios pacíficos.

A República procurará a integração social e econômica dos Estados Latino-americanos, especialmente no que se refere à defesa comum de seus produtos e matérias primas. Assim mesmo, preponderará a efetiva complementação de seus serviços públicos.

(...)

#### SEÇÃO V

Do Poder Legislativo

(...)

Artigo 85. À Assembléia Geral compete:

(...)

7º Decretar a guerra e aprovar o reprovar por maioria absoluta de votos do total de componentes de cada Câmara, os tratados de paz, aliança, comércio e as convenções ou contratos de qualquer natureza que celebre o Poder Executivo com potências estrangeiras”.

A Constituição uruguaia define a integração latino-americana como algo que deve ser procurado, mas tendo como prioridade a defesa comum da produção local e a complementação de serviços públicos.

A Constituição uruguaia impõe a exclusividade nacional para estabelecer as leis vigentes em seu território. Finalmente, a Constituição refere-se à solução de controvérsias pela arbitragem ou outros meios pacíficos, em nada admitindo um poder de sanção internacional.

<sup>247</sup> URUGUAI. *Constitucion de la Republica Oriental del Uruguay*. Montevideo: Câmara de Senadores, 1986.

Alguns autores<sup>248</sup> afirmam ser surpreendente encontrar interpretações da carta uruguaia, que depreendem um permissivo para a formação da ordem jurídica comunitária<sup>249</sup>.

Por outro lado, na acepção comunitarista, que concebe a ordem comunitária como resultado do duplo fenômeno da autonomia e da hierarquização, resta patente a inexistência de um ordenamento comum no Mercosul<sup>250</sup>.

Analisando os dispositivos Constitucionais de cada Estado-Parte, tomando como ordem jurídica comunitária o sistema de regras que guardam entre si apenas relações de fundamentação ou derivação, poderia deduzir-se a existência de um ordenamento comum no Mercosul, cujo liame opera-se pelo Tratado Constitutivo, acordos complementares e decisões dos organismos autônomos, todos e em tudo que forem incorporados às ordens jurídicas nacionais.

O desequilíbrio entre as legislações fundamentais de cada Estado há pouco foi exposto. Mas o próprio Protocolo de Ouro Preto faz sua opção, frente a este critério, definindo no artigo 2º a natureza intergovernamental dos seus órgãos e concebendo no artigo 40 o complexo processo de incorporação das decisões.

A princípio, parece haver contradição quando o artigo 42 determina que as

<sup>248</sup> A propósito, VENTURA, *op. cit.*, p. 75: “É surpreendente, portanto, encontrar certas interpretações que depreendem da Carta uruguaia um permissivo para a formação de uma ordem jurídica comunitária, no âmbito do MERCOSUL ou de qualquer outro organismo de integração inter-estatal”.

<sup>249</sup> Comentando o artigo 4º, DROMÍ; EKMEKDJIAN; RIVERA, *op. cit.*, p. 44: “La consagración de este principio básico de organización estatal no obsta a que se ileven a cabo procesos de integración que deleguem facultades legiferantes a órganos supranacionales”. Obstaría o quê, então, tal dispositivo?

Sobre o artigo 6º: “Este inciso incorpora así una cláusula de tipo programática: la integración social y económica con los Estados latinoamericanos, procesos que importan necesariamente la delegación de prerrogativas legislativas a cuerpos comunitarios”. Parece bastante precipitada, para dizer o mínimo, esta dedução.

E ainda: “La preferencia categorica dei constituyente uruguayo por este tipo de mecanismos de solución de controversias, al punto de instituirlo en directiva para la negociación de futuros acuerdos, pone de relieve la visión de avanzada en ei momento de sancionar ei texto constitucional”. Bueno, se o legislador realmente teve uma visão avançada ao sancionar o texto, deduz-se que ele optou por refutar a supra-nacionalidade ou qualquer outro tipo de sanção internacional, com vistas à resolução de conflitos intra-bloco”.

<sup>250</sup> DALLARI, *op. cit.*, p. 11: “A análise feita por Pedro Dallari sobre o sistema constitucional brasileiro, que também poderia ser estendida ao caso uruguaio, por si só seria suficiente para demonstrá-lo: “a) o Tratado de Assunção, em que pese a diretriz constitucional de estímulo à integração latino-americana, se equipara, do ponto de vista jurídico, à generalidade dos tratados internacionais, tendo seu conteúdo, por decorrência de entendimento jurisprudencial, força equivalente à das leis, por elas podendo ser modificado; b) não há equacionamento constitucional claro para a definição acerca da cogência, inclusive face a eventual oposição no

normas emanadas da estrutura orgânica deverão, quando necessário, ser incorporadas aos ordenamentos jurídicos nacionais mediante seus procedimentos próprios<sup>251</sup>.

Está evidente que devem ser incorporadas todas aquelas decisões que produzem conseqüências jurídicas, pois que existe apenas um procedimento previsto para entrada em vigor, comum a todas as regras oriundas do Mercosul: o do artigo 40.

No próximo item será analisada a regulamentação das medidas cautelares nos Estados-Partes do Tratado de Assunção, pois, para se ter uma interpretação uniforme deve-se analisar se os dispositivos são compatíveis.

### 3.2 Cautelares na Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai

O processo, nos países do Mercosul, tem por função alcançar, relativamente ao caso específico deduzido pelas partes, uma provisão judicial que, correspondendo à tradução da vontade da lei, ou do direito, assegure em concreto um mandamento abstrato.

A classificação que determina os tipos de processo é adotada de acordo com a natureza da providência pretendida pela parte. Assim, os processos, nos países do Mercosul, recebem a denominação de processo de conhecimento, processo executivo e processo cautelar. Quanto ao critério relativo à ordem legal dos atos ou do procedimento, classificam-se em ordinários ou especiais.<sup>252</sup>

Sem interesse nos dois primeiros processos, este trabalho se concentra no processo cautelar. O cautelar serve para a ação cautelar. Tem finalidade diversa e é acessório, sob denominação de preparatório, preventivo ou incidente ao processo principal<sup>253</sup>.

---

âmbito do ordenamento jurídico interno, das decisões emanadas das instâncias deliberativas componentes da estrutura do Mercosul”.

<sup>251</sup> A propósito RAMOS, Rui Manuel Gens de Moura. *Direito internacional privado e constituição; introdução a uma análise das suas relações*. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 108. “[n] Não poderá deixar de se assinalar o silêncio do Tratado de Assunção sobre a problemática da composição dos litígios no interior do Mercosul e a força vinculativa das normas a serem adotadas pelos seus órgãos, assim como os efeitos que lhes devam ser reconhecidos nos ordenamentos jurídicos dos Estados membros. Na verdade, da posição que a este propósito vier a ser tomada dependerá a vertebração de um verdadeiro ordenamento jurídico do Mercosul que se crê indispensável ao devir do processo de integração”.

<sup>252</sup> CORRÊA, *op. cit.*, p. 200.

<sup>253</sup> *Idem*, p. 200.

Enquanto o principal visa a solução definitiva quanto à relação jurídica debatida, o processo cautelar busca uma providência que assegure os efeitos úteis da decisão proferida naquele<sup>254</sup>. Tais providências, que são preventivas e assecuratórias, não definitivas mas provisórias, não são um fim em si mesmo, mas um meio idôneo para que a providência definitiva produza todos os seus efeitos úteis<sup>255</sup>.

O processo cautelar não pode simplificar o processo ordinário, de cognição, de modo a imediatamente julgar o pedido do autor. Este depende do cumprimento do devido processo legal, que impede o desenrolar-se com rapidez e subaneidade, ferindo o preceito Constitucional.

Há medidas específicas nas leis dos Estados-Partes de natureza cautelar que se destinam a assegurar futura execução de sentença, mas existem outras que garantem os atos introdutórios, buscando a produção de provas de forma antecipada, impedindo que desapareça ou torne impossível de ser colhida, tudo por efeito da demora processual.

Nos quatro países do Mercosul os pressupostos do processo cautelar são o *periculum in mora* e o *fumus boni iures*. Enquanto o primeiro diz respeito ao perigo da demora no julgamento que permitirá a modificação do estado anterior, frustrando a prestação jurisdicional, o segundo diz respeito à pretensão razoável.

### 3.2.1 Medidas cautelares na Argentina

Na legislação argentina as Medidas Cautelares encontram-se expressas no Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, lei nº 17.454 de 18 de agosto de 1981, mais especificamente no capítulo III, artigos 195 a 237.

As providências cautelares, de conformidade com a legislação argentina poderão ser solicitadas antes ou depois de concluída a demanda, a menos que tenha previsão legal em lei que esta deva ser interposta preventivamente. O pedido cautelar deverá expressar

---

<sup>254</sup> SANTOS, *op. cit.*, p. 39.

<sup>255</sup> A propósito MARQUES, *op. cit.*, p. 323: “Pela sua natureza o processo cautelar procura obter com urgência, e pois depressa, uma solução provisória da lide”.

o direito que se pretende assegurar, a medida que se pede, a disposição de lei em que se funda e o cumprimento dos requisitos que correspondem em particular à medida requerida<sup>256</sup>.

Os juízes deverão abster-se de decretar medidas cautelares quando o conhecimento da causa não for de sua competência. Contudo, a medida ordenada por juiz incompetente será válida sempre que haja sido disposta de conformidade com as prescrições daquele capítulo, porém não prorrogará a sua competência<sup>257</sup>.

As medidas cautelares podem ser decretadas e cumpridas sem a audiência da outra parte. Nenhum incidente apresentado pelo destinatário da medida poderá deter o seu cumprimento. Se o afetado não houver tomado conhecimento das medidas na sua execução, será notificado pessoalmente e por carta dentro de três dias. Quem houver obstado a medida será responsável pelos prejuízos pela demora. A providência que admitir ou denegar a medida cautelar será recorrível pela apelação, subsidiária ou direta<sup>258</sup>.

A medida cautelar só poderá ser decretada sob a responsabilidade da parte que a solicitar. É a parte quem deverá dar caução por todas as coisas, danos e prejuízos que puder ocasionar nas hipóteses previstas no primeiro parágrafo do art. 208. O juiz graduará a qualidade e montante da caução de acordo com a maior ou menor verossimilhança do direito e das circunstâncias do caso. Poderá oferecer-se a garantia de instituições bancárias ou de pessoas de notória responsabilidade econômica<sup>259</sup>.

Não se exigirá caução se quem obteve a medida for a nação, uma província, uma de suas repartições, uma municipalidade ou pessoa que justifique ser reconhecidamente abonada e aqueles que atuarem com o benefício da assistência judiciária gratuita<sup>260</sup>.

Em qualquer estado do processo, a parte contra quem se houver efetivado uma medida cautelar poderá pedir que se aumente ou diminua a caução, provando sumariamente que é insuficiente ou hiposuficiente. O juiz decidirá, ouvindo previamente a outra parte<sup>261</sup>.

---

<sup>256</sup> ARGENTINA. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, art. 195.

<sup>257</sup> ARGENTINA, *op. cit.*, art. 196.

<sup>258</sup> *Idem*, art. 198.

<sup>259</sup> *Idem*, art. 199.

<sup>260</sup> *Idem*, art. 200.

As medidas cautelares subsistirão enquanto durar as circunstâncias que as determinaram. Em qualquer momento em que estas cessarem, a parte poderá requerer o seu levantamento. O juiz, para evitar prejuízos e gravames desnecessários ao titular dos bens, poderá dispor uma medida cautelar distinta da solicitada, ou limitá-la, tendo em conta a importância do direito que visa proteger. Se houver perigo na conservação dos bens ou na desvalorização dos mesmos, o juiz poderá ordenar a venda da forma mais conveniente, abreviando os trâmites<sup>262</sup>.

A caducidade das medidas cautelares será produzida de pleno direito se houverem sido ordenado e efetivadas antes do processo, se se tratar de obrigação exigível não se interpuser a demanda dentro de dez (10) dias seguintes a sua entrada, ainda que a outra parte haja interposto recurso.

As despesas, os danos e os prejuízos causados serão a cargo de quem houver conseguido a medida e esta não poderá ser proposta novamente pela mesma causa. Os impedimentos e embargos se extinguirão em cinco anos da data da sua anotação no registro a que corresponda, salvo se a petição da parte se reescreveu antes do vencimento do prazo, por ordem do juiz que atendeu o processo<sup>263</sup>.

Procederá ao seqüestro dos bens móveis e semoventes objetos da jurisdição quando o embargo não assegure o direito invocado pelo solicitante, sempre que se pretendem instrumentos que tragam verossimilhança ao direito, cuja efetividade se quer garantir. Procederá, assim mesmo, com igual condição, toda vez que seja indispensável prover a guarda e conservação de coisas para assegurar o resultado da sentença definitiva. O juiz designará depositário à instituição oficial ou pessoas que melhor convença, fixará sua remuneração e ordenará o inventário, se for indispensável<sup>264</sup>.

Fora dos casos previstos nos artigos precedentes, quem tiver fundado motivo para temer que durante o tempo anterior ao reconhecimento judicial de seu direito, este puder sofrer um prejuízo eminente e irreparável poderá solicitar as medidas urgentes que, segundo

---

<sup>261</sup> *Idem*, art. 201.

<sup>262</sup> *Idem*, art. 202.

<sup>263</sup> ARGENTINA, *op. cit.*, art. 207.

<sup>264</sup> *Idem*, art. 221.

as circunstâncias, forem mais aptas para assegurar provisoriamente o cumprimento da sentença<sup>265</sup>.

A proteção da pessoa está expressa nos artigos. 234 a 237. Poderá decretar a guarda: 01) de mulher menor de idade que tentar contrair matrimônio, entrar em comunidade religiosa ou exercer determinada atividade contra a vontade de seus pais ou tutores; 02) de menores ou incapazes que sejam maltratados por seus pais, tutores, curadores ou guardas, ou induzidos por eles a atos ilícitos, desonestos, expostos a graves regras físicas e morais; 03) de menores incapazes abandonados e sem representantes legais quando estes estiverem impedidos de exercer as suas funções; 04) de incapazes que estejam em processo com seus representantes legais, em que se contesta o pátrio poder, tutela, curatela e seus efeitos<sup>266</sup>.

### 3.2.2 Medidas cautelares no Brasil

Na legislação brasileira as Medidas Cautelares encontram-se expressas no Código Processual Civil, lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973, no livro III, artigos 791 a 889.

O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente. Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes.

Além dos procedimentos cautelares específicos, que o Código regula no Capítulo II, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação<sup>267</sup>.

Poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução. As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal<sup>268</sup>.

---

<sup>265</sup> *Idem*, art. 232.

<sup>266</sup> ARGENTINA, *op. cit.*, art. 234.

<sup>267</sup> BRASIL, CPC, art. 798.

O requerido será citado, qualquer que seja o procedimento cautelar para, no prazo de cinco dias, contestar o pedido, indicando as provas que pretende produzir. Conta-se o prazo, da juntada aos autos do mandado: I - de citação devidamente cumprido; II - da execução da medida cautelar, quando concedida liminarmente ou após justificação prévia<sup>269</sup>.

Não sendo contestado o pedido, presumir-se-ão aceitos como verdadeiros os fatos alegados pelo requerente (artigos 285 e 319); caso em que o juiz decidirá dentro em cinco dias. Se o requerido contestar no prazo legal, o juiz designará audiência de instrução e julgamento, havendo prova a ser nela produzida.

É lícito ao juiz conceder liminarmente ou, após justificação prévia, a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer<sup>270</sup>.

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, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente. Cabe à parte propor a ação no prazo de trinta dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório.

As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo acima e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas. Salvo decisão judicial em contrário, a medida cautelar conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.

Cessa a eficácia da medida cautelar: I - se a parte não intentar a ação no prazo estabelecido no art. 806; II - se não for executada dentro de 30 (trinta) dias; III - se o juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem julgamento do mérito. Parágrafo único. Se

---

<sup>268</sup> *Idem*, art. 799.

<sup>269</sup> BRASIL, CPC, *op. cit.*, art. 802.

<sup>270</sup> *Idem*, art. 804.

por qualquer motivo cessar a medida, é defeso à parte repetir o pedido, salvo por novo fundamento<sup>271</sup>.

O indeferimento da medida não obsta a que a parte intente a ação, nem influi no julgamento desta, salvo se o juiz, no procedimento cautelar, acolher a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor. Sem prejuízo do disposto no art. 16 do CPC, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida<sup>272</sup>.

Os Procedimentos Cautelares Específicos serão regulados pelos artigos 813 a 889. O arresto tem lugar: I - quando o devedor sem domicílio certo intenta ausentar-se ou alienar os bens que possui, ou deixa de pagar a obrigação no prazo estipulado; II - quando o devedor, que tem domicílio: a) se ausenta ou tenta ausentar-se furtivamente; b) caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens que possui; contrai ou tenta contrair dívidas extraordinárias; põe ou tenta pôr os seus bens em nome de terceiros; ou comete outro qualquer artifício fraudulento, a fim de frustrar a execução ou lesar credores; III - quando o devedor, que possui bens de raiz, intenta aliená-los, hipotecá-los ou dá-los em anticrese, sem ficar com algum ou alguns, livres e desembargados, equivalentes às dívidas; IV - nos demais casos expressos em lei.

O juiz, a requerimento da parte, pode decretar o seqüestro: I - de bens móveis, semoventes ou imóveis, quando lhes for disputada a propriedade ou a posse, havendo fundado receio de rixas ou danificações; II - dos frutos e rendimentos do imóvel reivindicado, se o réu, depois de condenado por sentença ainda sujeita a recurso, os dissipar; III - dos bens do casal, nas ações de separação judicial e de anulação de casamento, se o cônjuge os estiver dilapidando; IV - nos demais casos expressos em lei.

Aplica-se ao seqüestro, no que couber, o que o Código estatui acerca do arresto<sup>273</sup>. Incumbe ao juiz nomear o depositário dos bens seqüestrados.

---

<sup>271</sup> *Idem*, art. 808.

<sup>272</sup> *Idem*, art. 810.

<sup>273</sup> BRASIL, CPC, *op. cit.*, art. 823.

A caução pode ser prestada pelo interessado ou por terceiro. Aquele que for obrigado a dar caução requererá a citação da pessoa a favor de quem tiver de ser prestada, indicando na petição inicial: I - o valor a caucionar; II - o modo pelo qual a caução vai ser prestada; III - a estimativa dos bens; IV - a prova da suficiência da caução ou da idoneidade do fiador<sup>274</sup>.

O juiz pode decretar a busca e apreensão de pessoas ou de coisas. Na petição inicial exporá o requerente as razões justificativas da medida e da ciência de estar a pessoa ou a coisa no lugar designado.

A justificação prévia far-se-á em segredo de justiça, se for indispensável. Provado quanto baste o alegado, expedir-se-á o mandado que conterà: I - a indicação da casa ou do lugar em que deve efetuar-se a diligência; II - a descrição da pessoa ou da coisa procurada e o destino a lhe dar; III - a assinatura do juiz, de quem emanar a ordem<sup>275</sup>.

Tem lugar, como procedimento preparatório, a exibição judicial: I - de coisa móvel em poder de outrem e que o requerente repute sua ou tenha interesse em conhecer; II - de documento próprio ou comum, em poder de co-interessado, sócio, condômino, credor ou devedor; ou em poder de terceiro que o tenha em sua guarda, como inventariante, testamentário, depositário ou administrador de bens alheios; III - da escrituração comercial por inteiro, balanços e documentos de arquivo, nos casos expressos em lei.

Observar-se-á, quanto ao procedimento, no que couber, o disposto nos artigos 355 a 363, e 381 e 382<sup>276</sup>.

A produção antecipada da prova pode consistir em interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial. O requerente justificará sumariamente a necessidade da antecipação e mencionará com precisão os fatos sobre que há de recair a prova. É lícito pedir alimentos provisionais: I - nas ações de desquite e de anulação de casamento, desde que estejam separados os cônjuges; II - nas ações de alimentos, desde o despacho da petição inicial; III - nos demais casos expressos em lei.

---

<sup>274</sup> *Idem*, art. 829.

<sup>275</sup> BRASIL, CPC, *op. cit.*, art. 841.

<sup>276</sup> *Idem*, art. 845.

Procede-se ao arrolamento sempre que há fundado receio de extravio ou de dissipação de bens. Pode requerer o arrolamento todo aquele que tem interesse na conservação dos bens<sup>277</sup>.

Quem pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica, seja para simples documento e sem caráter contencioso, seja para servir de prova em processo regular, exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção. A justificação consistirá na inquirição de testemunhas sobre os fatos alegados, sendo facultado ao requerente juntar documentos. No processo de justificação não se admite defesa nem recurso.

Todo aquele que desejar prevenir responsabilidade, prover a conservação e ressalva de seus direitos ou manifestar qualquer intenção de modo formal, poderá fazer por escrito o seu protesto, em petição dirigida ao juiz, e requerer que do mesmo se intime a quem de direito<sup>278</sup>. O protesto ou interpelação não admite defesa nem contra-protesto nos autos; mas o requerido pode contra-protestar em processo distinto.

A mulher que, para garantia dos direitos do filho nascituro, quiser provar seu estado de gravidez, requererá ao juiz que, ouvido o órgão do Ministério Público, mande examiná-la por um médico de sua nomeação<sup>279</sup>.

O protesto de títulos e contas judicialmente verificadas far-se-á nos casos e com observância da lei especial. O juiz poderá ordenar a apreensão de título não restituído ou sonogado pelo emitente, sacado ou aceitante; mas só decretará a prisão de quem o recebeu para firmar aceite ou efetuar pagamento, se o portador provar, com justificação ou por documento, a entrega do título e a recusa da devolução.

### 3.2.3 Medidas cautelares no Paraguai

---

<sup>277</sup> *Idem*, art. 856.

<sup>278</sup> BRASIL, CPC, *op. cit.*, art. 867.

<sup>279</sup> *Idem*, art. 877.

Na legislação paraguaia as Medidas Cautelares encontram-se expressas no Código Procesal Civil, lei nº 1337/88 de 16 de junho de 1995, mais especificamente no título XIV, capítulo II, artigos 691 a 730.

As providências cautelares, de conformidade com a legislação paraguaia, poderão ser solicitadas antes ou depois de concluída a demanda, a menos que tenha previsão legal que esta deva ser interposta preventivamente<sup>280</sup>.

O juiz, para evitar prejuízos ou gravames desnecessários ao titular dos bens, poderá dispor de uma medida cautelar distinta da solicitada, ou limitá-la, temendo a quantidade a importância e a natureza do direito que se vai proteger<sup>281</sup>.

Quem solicitar uma medida cautelar deverá, segundo a natureza dela: a) acreditar *prima facie* da verossimilhança do direito que invoca; b) acreditar no perigo de perder a frustração do seu direito e da urgência da adoção da medida segundo as circunstâncias do caso; c) outorgar contra cautela para responder todas as custas e os danos e prejuízos que puder ocasionar se houvesse pedido sem direito, salvo aqueles casos em que não se levaria requerer pela natureza da medida solicitada<sup>282</sup>.

Ordenada uma medida cautelar, será cumprida sem mais trâmites e sem necessidade de conhecimento da parte contrária, que em todos os casos será notificada pessoalmente por carta dentro dos três dias do cumprimento da mesma. As resoluções que concederam as medidas cautelares serão apeláveis sem efeito suspensivo. As que negam as medidas cautelares serão também, porém com efeito suspensivo. As medidas cautelares subsistirão enquanto durar as circunstâncias que as determinaram. Em qualquer momento em que estas cessarem a parte poderá requerer o seu levantamento<sup>283</sup>.

Em qualquer momento o afetado pela medida cautelar poderá pedir a redução ou substituição de uma medida cautelar por outra, quando decretada for excessiva ou vexatória. Poderá também dar garantia suficiente para evitar algumas das medidas cautelares

---

<sup>280</sup> PARAGUAI. Código Procesal Civil de la República del Paraguay, art. 691.

<sup>281</sup> PARAGUAI, CPC, *op. cit.*, art. 692.

<sup>282</sup> *Idem*, art. 693.

<sup>283</sup> *Idem*, art. 697.

reguladas pelo Código ou para obter seu imediato levantamento. Ditas garantias consistirão em fiança, jóias, hipoteca ou outra segurança equivalente<sup>284</sup>.

Quando a medida se tratar sobre bens móveis, mercadorias ou materiais de primeiras necessidades para o funcionamento do estabelecimento comercial, industrial ou afins, o juiz poderá autorizar, sem outro trâmite, a realização de atos necessários para não comprometer o processo de comercialização e fabricação.

Produzir-se-á a perda do efeito de pleno direito das medidas cautelares que se houverem ordenado e efetivadas antes do processo, tratando-se de obrigações exigíveis, não se interpuser na demanda dentro de dez dias seguintes ao de sua interposição. As despesas e os danos e prejuízos causados serão a cargo de quem houver obtido a medida e esta não poderá ser proposta novamente pela mesma causa<sup>285</sup>.

As medidas cautelares registradas se extinguirão de pleno direito dentro nos cinco anos de feita a sua anotação no registro respectivo, salvo que a petição de parte seja reinscrita antes do vencimento do prazo, por ordem do julgador que atender ao processo.

Sem prejuízo do disposto no art. 700, quando se dispuser levantar uma medida cautelar por qualquer motivo que demonstre que o requerente abusou e se excedeu no direito que a lei outorga para obtê-la, a sentença o condenará a pagar os danos e prejuízos se a outra parte houver solicitado. A determinação do montante dos gastos se acrescentará pelo trâmite do processo de conhecimento sumário<sup>286</sup>.

Os juízes deverão recusar de ofício de decretar medidas cautelares em assuntos em que o conhecimento da causa não for de sua competência, porém, em caso de não o fazerem, serão válidas, sempre que houverem sido ditadas pelas disposições do Código, sem que isto importe prorrogação de sua competência para atender o juiz que deveria tomar a iniciativa<sup>287</sup>.

---

<sup>284</sup> *Idem*, art. 698.

<sup>285</sup> PARAGUAI, CPC, *op. cit.*, art. 700.

<sup>286</sup> *Idem*, art. 702.

<sup>287</sup> *Idem*, art. 703.

Não se exigirá caução se quem obteve a medida for: a) o Estado, uma das suas repartições, um Município, pessoa reconhecidamente que tenha dinheiro conforme o disposto no código civil e leis especiais; b) pessoa que atue com benefícios de litigar eximida das obrigações pelo Código<sup>288</sup>.

Em qualquer estado do processo, a parte contra quem se houver feito e efetivada uma medida cautelar poderá pedir que se majore a caução provando sumariamente que é insuficiente. O juiz resolverá, ouvindo previamente a outra parte.

Poderá pedir embargo preventivo o credor de dívida em dinheiro ou espécie que se encontrar em alguma das seguintes condições: a) a existência do crédito esteja demonstrada com instrumento público, ou privado atribuído ao devedor, reconhecida à firmada por informação sumária de um das testemunhas; b) fundado na petição ou em um contrato bilateral, se justifique a sua existência da mesma forma do inciso anterior, devendo neste caso provar-se, além disso sumariamente, o cumprimento do contrato por parte do ator, salvo se este oferecesse cumprir ou que sua obrigação for a prazo; c) a dívida está justificada por livros de comércio lavrados na devida forma pelo autor, o resultado do boleto do corretor de acordo com seus livros, nos casos em que estes podem servir de prova; d) estando a dívida sujeita a condição suspensiva o requerente de prazo, a parte acredite sumariamente que o devedor trata de alienar, ocultar e transportar seus bens, sempre que justifique do mesmo modo que por qualquer causa haja diminuído, notadamente a responsabilidade do seu devedor depois de contraída a obrigação<sup>289</sup>.

Durante o processo poderá decretar-se o embargo preventivo: a) quando um dos litigantes houver sido declarado indisciplinado, no caso do artigo 72; b) sempre que a confissão expressa ou ficta resultar da verossimilhança do direito, e ele sugere a contestação da demanda ou reconvenção; c) se quem solicitar houver obtido sentença favorável, ainda que estivesse recorrido<sup>290</sup>.

Nos casos que deve efetuar o embargo, o juiz trabalhará na forma prescrita no juízo executivo. E se limitará aos bens necessários para cobrir os créditos que se reclama as

---

<sup>288</sup> PARAGUAI, CPC, *op. cit.*, art. 705.

<sup>289</sup> *Idem*, art. 708.

<sup>290</sup> *Idem*, art. 709.

contas. Entretanto, não se pode dispor o seqüestro da administração judicial do embargado, uma vez que o devedor poderá continuar com o uso normal da coisa<sup>291</sup>.

Os bens embargados serão depositados por ordem judicial, porém, se se tratar de bens móveis penhoráveis da casa em que vive o embargado, este será sempre constituído como depositário dos mesmos, salvo se por circunstâncias especiais não for possível. O depositário dos bens penhoráveis deverá colocá-los à disposição do juiz dentro do segundo dia de haver sido intimado judicialmente. Se não houver causa justificada, o juiz remeterá os antecedentes à justiça penal<sup>292</sup>.

Em todos os casos em que houver lugar para embargos estes não poderão fazer efetivar-se por não conhecer de bens do devedor ou por não cobrir estes a importância do crédito reclamado. Poderá solicitar contra aquela inibição geral de alienar e gravar seus bens. A medida será escrita no seu registro respectivo<sup>293</sup>.

Poderão ser seqüestrados os bens móveis e semoventes objeto do juízo, sempre que seja necessário prover a sua guarda e conservação para assegurar o resultado da sentença definitiva. Procederá assim mesmo quando o embargo não assegurar por si só o direito invocado pelo solicitante.

#### **3.2.4 Medidas cautelares no Uruguai**

Na legislação uruguaia as Medidas Cautelares encontram-se expressas no Código General del Processo, Lei nº 15.982 de 13 de abril de 1988, no Título II, capítulo I, artigos 311 a 889.

As medidas cautelares poderão ser adotadas em qualquer processo, tanto no contencioso como no voluntário. Se a adoção em qualquer estado da causa e incluso como diligência preliminar da mesma. Neste caso as medidas cautelares perderão efeito de pleno

---

<sup>291</sup> *Idem*, art. 710.

<sup>292</sup> PARAGUAI, CPC, *op. cit.*, art. 713.

<sup>293</sup> *Idem*, art. 719.

direito se não se apresentar à demanda dentro de trinta dias de cumpridas, condenando-se o peticionário ao pagamento de todos os gastos do processo e dos danos e prejuízos causados<sup>294</sup>.

As medidas cautelares são decretadas sempre por petição da parte, salvo se a lei autorizar a dispor de ofício, adotando a responsabilidade de quem as solicitar.

Poderão adotar-se as medidas cautelares quando o tribunal entender que são indispensáveis para a proteção do direito e sempre que exista perigo de lesão ou frustração do mesmo pela demora do processo. A existência do direito e o perigo de lesão e frustração deverão justificar-se sumariamente<sup>295</sup>.

Será competente para entender a medida cautelar, se a mesma for como diligência preliminar, o tribunal que o é para julgar o processo posterior. Se o tribunal se considerar incompetente, deverá rechaçar de plano sua intervenção. Sem embargo da medida ordenada pelo tribunal incompetente será válida se cumprir os demais requisitos legais, porém não se prorrogará a competência, devendo remeter a atuação no bem que seja requerido ou no bem que se ponha manifesta incompetência não prorrogada pelo tribunal que seja incompetente<sup>296</sup>.

A medida será decretada sem o conhecimento e intervenção da outra parte. Nenhum incidente ou petição apresentada pelo destinatário da medida poderá deter o seu cumprimento. Se o afetado não houver tomado conhecimento das medidas na forma completa e concreta com motivo da sua execução, se notificará dentro do terceiro dia de cumprida. Em todos os casos poderão oferecer garantias substitutivas, sem que o trâmite desta petição obste o cumprimento da medida disposta, porém cumprida, se o tribunal estimar suficiente a garantia substituída, ordenará cesse a disputa<sup>297</sup>.

A providência que admita ou denegue uma medida cautelar será recorrível mediante reposição e apelação subsidiária, também toda outra providência modificativa da medida. O tribunal poderá dispor das medidas que entender indispensáveis, entre outras, a proibição de inovar, a anotação preventiva da lide, os embargos o seqüestro, a designação do

---

<sup>294</sup> BRASIL, CPC, art. 311.

<sup>295</sup> URUGUAI, Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay, art. 312.

<sup>296</sup> *Idem*, art. 314.

vendedor, do auditor, do interventor e de qualquer outra pessoa idônea para o cumprimento da finalidade cautelar<sup>298</sup>.

A resolução que disponha sobre uma intervenção necessariamente fixará seu prazo, que poderá ser prorrogado, a justificativa sumária da sua necessidade e das faculdades do interventor, que se limitarão às estritamente indispensáveis para assegurar o direito que se invoque, devendo na medida do possível procurar a continuação da exploração da intervenção<sup>299</sup>.

Fora dos casos regulados nos artigos anteriores poderá o tribunal adotar as medidas provisionais que julgue adequadas<sup>300</sup>, ou antecipar a realização de determinadas diligências, para evitar que se cause à parte uma lesão grave ou de difícil reparação, antes da sentença.

Poderão tramitar pela via incidental as questões diferentes das principais, dependentes de sua formulação e ordenadas em sua decisão das mesmas, sempre que não proceda a seu respeito outro meio de tramitação<sup>301</sup>. O incidente com regra não suspende o trâmite do principal se a lei ou tribunal assim o dispuser, por entender que o resultado seja indispensável para o adequado diligenciamento.

Os incidentes relativos a questões apresentadas na audiência se formularão verbalmente, e serão decididas de imediato pelo tribunal, sem outro recurso que o de reposição, sem prejuízo de fazer valer a circunstância como causa de impugnação (artigo 249), a ajuizar recurso de apelação contra a sentença definitiva.

### **3.2.5 Análise comparativa das legislações cautelares de cada país do Mercosul**

Analisando as legislações dos Estados-Partes é possível elaborar algumas reflexões:

---

<sup>297</sup> *Idem*, art. 315.

<sup>298</sup> URUGUAI, CPC, *op. cit.*, art. 316.1.

<sup>299</sup> *Idem*, art. 316.2.

<sup>300</sup> *Idem*, art. 317.

<sup>301</sup> *Idem*, art. 318.

TABELA COMPARATIVA DAS MEDIDAS CAUTELARES

ARGENTINA Codigo procesal civil y comercial de la Nación Argentina. Lei nº 17.454 de 18 de agosto de 1981.	BRASIL Código Processual Civil. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.	PARAGUAI Código procesal civil. Lei nº 1337, de 16 de junho de 1995.	URUGUAI Codigo general del proceso. Lei nº 15982, de 13 de abril de 1988.
<p><b>01.</b> As providências cautelares, de conformidade com a legislação Argentina, poderão ser solicitadas antes ou depois de concluída a demanda, a menos que tenha previsão legal em lei que deva ser interposta preventivamente</p> <p><b>02.</b> As medidas cautelares podem ser decretadas e cumpridas sem audiência da outra parte.</p> <p><b>03.</b> Não se exigirá caução se quem obteve a medida cautelar for a nação, uma província, uma municipalidade ou aqueles que atuarem com os benefícios da assistência judiciária gratuita.</p> <p><b>04.</b> Em qualquer estado do processo, a parte contra quem se houver efetivado uma medida cautelar poderá pedir que se aumente ou diminua a caução.</p> <p><b>05.</b> A caducidade das medidas cautelares será produzida de pleno direito se não se interpuser a demanda no processo principal, no prazo de dez dias.</p>	<p><b>01.</b> O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal, e deste é sempre dependente.</p> <p><b>02.</b> Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem audiência da outra parte, após justificação prévia ou se o requerente prestar caução real ou fidejussória.</p> <p><b>03.</b> A medida cautelar poderá ser substituída de ofício ou a requerimento da parte, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão.</p> <p><b>04.</b> As medidas cautelares conservam sua eficácia no prazo de trinta dias, mas podem a qualquer tempo ser revogadas e modificadas, salvo decisão judicial.</p> <p><b>05.</b> Cessa a eficácia da medida cautelar se a parte não intentar a ação no prazo de trinta dias.</p>	<p><b>01.</b> As providências cautelares, de conformidade com a legislação paraguaia, poderão ser solicitadas antes ou depois de concluir a demanda, a menos que tenha previsão legal que esta deva ser interposta preventivamente.</p> <p><b>02.</b> O juiz, para evitar prejuízos, poderá dispor de uma medida distinta da solicitada ou limitá-la à quantidade, à importância e à natureza do direito que se vai proteger.</p> <p><b>03.</b> Quem solicitar uma medida cautelar deverá outorgar contracautela para responder aos danos e prejuízos que puder ocasionar, salvo aqueles casos em que não se levaria a requerer pela natureza da medida solicitada.</p> <p><b>04.</b> Em qualquer momento o afetado pela medida cautelar poderá pedir a redução ou substituição de uma medida cautelar por outra, quando esta for excessiva ou vexatória.</p> <p><b>05.</b> Produzir-se-á a perda do direito se as medidas cautelares efetivadas antes do processo não forem interpostas dentro de dez dias.</p>	<p><b>01.</b> As medidas cautelares poderão ser adotadas em qualquer processo, tanto no contencioso como no voluntário.</p> <p><b>02.</b> A medida será decretada sem o conhecimento e intervenção da outra parte.</p> <p><b>03.</b> Em todos os casos as partes poderão oferecer garantias substitutivas, porém se o tribunal estimar suficiente a garantia, ordenará cesse a disputa.</p> <p><b>04.</b> O tribunal poderá dispor das medidas que entender indispensáveis, entre outras a proibição de inovar, anotação preventiva da lide.</p> <p><b>05.</b> As medidas cautelares perderão efeito, de pleno direito, se não se apresentar a demanda dentro de trinta dias de cumpridas.</p>

Desta forma, pode-se deduzir a existência de um ordenamento jurídico comum no Mercosul, cujo *liame* opera-se pelo Tratado constitutivo, ou seja, o PMC; o pequeno desequilíbrio entre as legislações de cada Estado-Parte há pouco exposto é superado pelo PMC.

### 3.3 Atuação supranacional das cautelares

Os pontos a seguir comentados visam ilustrar a disposição dos Estados-Partes do Mercosul em construir uma realidade internacional diversa da até então conhecida na região, acenando positivamente, e de forma espontânea, ao trabalho pelo progresso e bem-estar comum, com base em novos paradigmas.

A abordagem ora proposta busca analisar a situação da interação judiciária no Mercosul, perscrutando as fases de desenvolvimento por que têm passado os esforços de natureza eminentemente processual, analisando-se, mais proximamente, o instituto da cautelaridade como instituto processual apto a possibilitar busca de garantia de direitos, ou como forma de preservação dos direitos através da atuação preventiva do poder público sobre uma situação de fato.

O estudo do direito processual, a partir do final do século XIX, que tiveram por escopo afirmá-lo como disciplina autônoma e portadora de objeto próprio, atravessou, até chegar aos dias atuais, fases razoavelmente distintas entre si e que, doutrinariamente, receberam no Brasil a denominação de sincretista, autonomista e, finalmente, instrumentalista<sup>303</sup>.

Rompendo-se, portanto, com as noções incipientes da ação como atributo, espécie de apêndice do direito substancial, e vislumbrando-se a relação processual qualquer que seja a definição que se adote como sendo composta por pressupostos próprios, e existente “apesar” do direito material, pode-se destacar a autonomia científica do direito processual.

Desta forma, superado o entendimento imanentista da ação e, de forma sistemática, passando-se à construção de teoria da relação processual ao largo do vínculo

---

<sup>303</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 17.

formado pelos interesses e pretensões existentes entre as partes, voltaram-se as atenções para a razão de ser do processo, com a finalidade de aprimorá-lo e capacitá-lo para seu mister. Eis a fase instrumentalista.

Qualquer movimento no sentido de se fazer do processo instrumento hábil e eficiente para aquilo a que se destina, exige conhecimento de seus escopos, qual a sua finalidade, para então dotá-lo de meios através dos quais possa ser utilizado com efetividade. E falar em efetividade do processo é falar em obtenção, através deste, da atuação concreta do direito de forma proveitosa a todos os que a ele recorrem. É a repercussão satisfatória da atividade de justiça pública quando chamada a se manifestar. E isso não seria possível, talvez sequer imaginável, não fossem certos instrumentos que compõem o processo, os quais visam conferir segurança às partes e respeito ao processo, através da cautelaridade.

Indispensável que é a atividade cautelar, assecuratória da manutenção de situação ou estado de fato relativo à relação processual validamente instaurada e apta a desenvolvimento regular, seu estudo é indicativo da busca pela eficácia da manifestação jurisdicional e reflete a necessidade da segurança jurídica, que tem reflexos, inclusive, sobre o próprio processo, no sentido de que o afasta do descrédito da sociedade a que se dirige, quando em muitos casos evita que se torne inócuo face a manobras de qualquer das partes que intente fraudá-lo.

Contudo, na interpretação do significado da mobilização a que se têm lançado os Estados-Partes, concentra-se a pesquisa no estudo do Protocolo sobre Medidas Cautelares como experiência cooperativa de cunho processual, que possibilita aos judiciários nacionais dos Estados componentes do Mercosul um contato mais estreito, promovendo, de forma inédita na região, um tipo de cooperação. No caso, de natureza processual, que transcende o mero ímpeto de interação internacional, movido por uma necessidade isolada, constituindo-se em parte importante do esforço despendido na busca de coesão tanto ampla quanto profunda dos países envolvidos e suas instituições.

É verdade que o cumprimento de diligências judiciais em um país, a requerimento do judiciário de outro, é instituto já consolidado entre as nações da comunidade internacional, ou, dizendo-se de outra forma, cada país, dentro do princípio da soberania dos ordenamentos jurídicos, estabelece regras para o cumprimento, em seu território, de

expedientes judiciais oriundos de outro, a rogo daquele e, respeitadas tais regras, ou preenchidos os requisitos estabelecidos em lei pelo país requerido, poderá este então proceder à execução da diligência rogada.

Não o seria sem fundamento a afirmação de que, viabilizando a prática de atos judiciais em seu território, a pedido de outro, um país abre terreno à reciprocidade de tratamento, não se isolando dos demais, já que eventualmente necessitará reclamar a cooperação desse outro, em situação semelhante.

Ocorre, contudo, que o desenvolvimento de uma tal conduta na convivência entre os países tem objetivo eminentemente prático de tornar possível e efetiva a prestação jurisdicional dentro de cada território nacional. Conforme o caso, portanto, o Poder Judiciário, chamado a se manifestar e prestar a tutela requerida pelas partes, não pode levar sua missão a contento porque, naquela demanda, existem fatos cujo esclarecimento está ligado à prova que só pode ser produzida em outro país, ou, de outra forma, por exemplo, carece de medida acautelatória que, antevendo a possibilidade de prejuízo ao requerente, deverá incidir sobre um bem em território estrangeiro.

Nas relações internacionais informadas pelos parâmetros tradicionais do Direito Internacional Público, a filosofia da colaboração entre os países, através de seus judiciários, ou seja, a de evitar que o provimento perseguido ante o judiciário de um país seja prejudicado, torne-se inócuo, ou seja, até mesmo impossibilitado de se conseguir, por haverem elementos necessários seja para o proferimento da decisão, seja para garantia de que produza efeito - que transcendem as fronteiras do país onde tem curso a demanda.

Este impulso tem, entretanto, caráter de mero auxílio mútuo, reconhecidamente indispensável em alguns casos, mas que se exaure quando atingidos os objetivos de cada ato, no caso concreto. Ou seja, a providência requerida pelo judiciário de um país ao de outro, é o fim, em si mesma, almejado pelo requerente, para que possa dar continuidade ao andamento processual que daquele ato dependia.

O projeto regional do Mercosul, entretanto, constitui realidade distinta daquela que se apresenta no âmbito das relações internacionais tradicionais, onde, no que respeita a diligências processuais no exterior, constata-se mero sistema de colaboração

interjurisdicional.

O ambiente em que se encontra imerso o PMC, como afirmado, é diverso, destacado do centro tradicional das relações internacionais. Teve origem o referido diploma em uma realidade própria e específica, qual seja, o epicentro de um projeto de criação de uma comunidade de nações, conforme claro comando constitucional brasileiro, e que teve efetivo início no Tratado de Assunção. Não cabe, presentemente, discutir o futuro do Mercosul, as crises por que passa, as possibilidades de estagnação, progresso ou mesmo desaparecimento do trabalho até aqui desenvolvido nas diversas áreas contempladas pelo projeto de tão grande importância.

Particularmente, o que se pretende abordar do ponto de vista do processo é a oportunidade que representa a experiência de cooperação cautelar intra-zonal, criada no Mercosul, bem como articular esforço no sentido de se auferir o significado mais profundo do ímpeto integrativo cristalizado no PMC, no sentido de se apreender a importância, na aproximação de países rumo à construção de Zona de Mercado Comum, da jurisdição compartilhada.

Na análise dos movimentos de aproximação e estreitamento de laços que gradativamente unem os Estados-Partes do Mercosul, desenvolve-se a pesquisa ao largo de proposições mais ousadas, voltadas para a jurisdição supranacional, no estudo da função que realmente vá caber ao processo, em pretendido espaço internacional comum, funcionando este como o único catalisador hábil à acomodação dos diferentes interesses, eis que instrumento da segurança e manifestação da vontade concreta não de um ou de outro, mas do Direito.

É bem de se dizer que um sistema de mera colaboração jurisdicional entre países, instituído de forma isolada e com esta única finalidade, prescinde de organização comunitária. A colaboração pura e simples, alijada de um projeto de formação de Zona de Mercado Comum não justifica a criação de organismos comunitários porque em um caso como este nem se está a cogitar a criação de uma comunidade.

Desta forma, a colaboração pura e simples ocorre por tratados assinados pelos interessados, como é o caso dos tratados de extradição que o Brasil firmou com vários países da comunidade internacional. Nestes casos, a experiência e importância da convenção

internacional se fundem com a finalidade em seu texto contida, qual seja, o interesse em auxiliar outros países em seu exercício da função jurisdicional e se beneficiar, em contrapartida, do auxílio dos mesmos, quando necessário.

O Protocolo sobre Medidas Cautelares, contudo, surgiu em ambiente peculiar. Nasceu como apêndice importante de um projeto de criação de um Mercado Comum (MC), proposto pelos Estados-Partes. É evidente que os objetivos assentados nos diplomas constitutivos não foram todos alcançados e indiscutível o fato de que enormes são os obstáculos a se enfrentar. O que se coloca, contudo, é que o projeto de cooperação cautelar, devido ao berço onde é embalado, carrega consigo significado maior do que mera boa vontade de países em interagir<sup>304</sup>.

E o significado está na oportunidade que representa, em permitir, no mesmo espaço em que se pretende criar mercado que seja comum, sob regulação normativa comum, a criação de sistema próprio para decidir lides, e isto não como cópia do modelo europeu ou de qualquer outro, mas como consequência lógica da experiência que ora se inicia, dado o meio em que ocorre.

### 3.3.1 Procedimento cautelar e medida cautelar no Mercosul

Além da realidade político-jurídica sob a qual teve origem, a comprovar que possui o escopo de fortalecimento de laços, o PMC traz em sua parte introdutória o esclarecimento dessa realidade que não se apresenta acabada mas, ao contrário, encontra-se em fase de desenvolvimento que avança rumo à aproximação, o estreitamento, via da harmonização que se aprimora com este evento, mas encontra-se ainda em marcha, em perseguição da desejada segurança jurídica.

Convivendo com o processo de conhecimento e de execução, tendo o primeiro o objetivo de tornar possível a construção de um *decisum* na forma de sentença *stricto sensu*, pelo poder público legitimamente representado pelo órgão judiciário, e o segundo, permitir se concretizem seus efeitos jurídicos, o processo cautelar lhes é, por assim dizer, instrumento

---

<sup>304</sup> FRANÇA, Gustavo Gomes. *Interação judiciária pela cautelaridade*. Belo Horizonte. [s. d.]. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Católica de Minas Gerais, p. 40.

garantidor, que a ambos confere incolumidade<sup>305</sup>.

E o acautelamento, quando se faz necessário, se de alguma forma não requerido *in limine*, nos próprios autos, poderá ser obtido através de um processo para isso destinado, ou, como pontifica Chiovenda, de “uma forma de ação (ação assecuratória); e é mera ação, que não se pode considerar como acessório do direito acautelado”<sup>306</sup>.

A existência do processo de natureza cautelar está, portanto, justificada, pela necessidade de medidas que nem o processo de conhecimento nem a ação executória podem prover, as quais se voltam para a conservação da ordem jurídica na medida em que, com a agilidade própria desse expediente, evita que direito subjetivo seja ameaçado ou lesado.

Assim é o processo cautelar, que com estrutura procedimental semelhante ao processo de conhecimento, tem por objetivo outras medidas, ou medidas de outra natureza, por Chiovenda chamadas “medidas especiais, determinadas pelo perigo ou pela urgência”<sup>307</sup>.

Para cumprimento da medida cautelar dentro do mesmo espaço político onde foi proferida, serão observadas as normas de processo nesse espaço vigentes, como soem ser, dada a localidade tanto da medida, quanto da realidade processual sobre a qual incide.

Mencionou-se, exemplificativamente, o Código de Processo Civil brasileiro, em

<sup>305</sup> A propósito vide, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 369: “o processo de conhecimento, tendente à formulação da norma jurídica concreta que deve reger determinada situação, e o processo de execução, por meio do qual se atua, praticamente, essa norma jurídica concreta, têm um denominador comum: visam um e outro àtomada de providências capazes de, conforme o caso, preservar ou reintegrar em termos definitivos a ordem jurídica e o direito subjetivo ameaçado ou lesado. Por isso se diz que constituem modalidades de tutela jurisdicional imediata ou satisfativa. A ambos se contrapõe, em tal perspectiva, o processo cautelar, cuja finalidade consiste apenas 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, e por seu intermédio exerce o Estado uma tutela jurisdicional mediata.”

<sup>306</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 273: “Os procedimentos cautelares não tendem a um juízo definitivo sobre uma ação civil, nem a uma execução satisfativa (e nem, por isso mesmo, à definitividade). Tendem sim à introdução e à atuação dos provimentos (ou providências), destinadas a prevenir, o contratempo que, enquanto se discute sobre a subsistência (fundamento) de uma ação e à satisfação à qual tende *ope iudicis*, desapareçam os meios ou os bens necessários, na hipótese, para realizá-la ou ocorra qualquer outro acidente, que a torne impossível ou mais difícil. Pela forma (processo) pois, se distinguem estes de todos os outros, porque exigem antes de tudo uma certa cognição do juiz acerca da razão e da oportunidade da cautela provisória de atender (ou não atender) à expectativa pela decisão definitiva, e em seguida uma eventual execução forçada, sempre nos limites de sua finalidade particular.”

seu artigo 796, segundo o qual o procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no decurso do processo principal. Já o capítulo II, Livro III, do referido diploma é dedicado a procedimentos cautelares específicos, que nominadamente arrolados, a partir do art. 813, não esgotam ou limitam o direito da parte em perseguir provimento cautelar de que necessite em caso não previsto nos artigos do capítulo II, e tampouco restringe o poder que detém o juiz de determinar medidas provisórias, investido legalmente pelo chamado *poder geral de cautela*, que lhe assiste o art. 798 inserto no mesmo Livro, mas no capítulo anterior<sup>308</sup>.

Não obstante sua atividade interditória de fraudes e lesões, ou conservatória de direitos, na medida em que intercede coibindo atos que agravem a situação de uma parte ou exponham a risco a *soddisfazione* pela concessão da tutela final em expediente cognitivo ou executivo, evitando se torne inócua tal concessão, o procedimento cautelar guarda, em sua estrutura, alguma identidade com a atividade cognitiva a que tem um início, ou seja, uma fase postulatória, uma fase de apreciação da postulação, e finalmente a fase decisória, com a concessão, ou não, do provimento requerido<sup>309</sup>.

Assim, o procedimento cautelar comum, tal como regulado no Capítulo 1 do Título Único do Livro III, tem a estrutura básica de um processo *cognitivo*. Isso se explica pelo fato de que, no processo cautelar, não obstante se possam praticar atos de feição executiva, existe *em regra* um pedido que se submete à apreciação do órgão judicial, e a cujo respeito tem este de proferir-se, para deferir-lo ou indeferir-lo. Visa-se, pois, a emissão de uma *sentença*. Daí haver lugar para a realização dos tipos fundamentais de atividade, característicos do processo de conhecimento: atividade postulatória, atividade instrutória, atividade decisória<sup>310</sup>.

O processo cautelar tem seu início, portanto, como qualquer processo; a partir do ajuizamento de petição inicial, dirigida, se já pende o processo principal, ao órgão perante o qual este tramita. Se, interposto o recurso, tal processo encontra-se no tribunal, aí é que a medida cautelar deverá ser requerida, como prevê o art. 800, § 12, do CPC. Segundo o *caput* de referido dispositivo, se ainda não foi proposta a ação principal, ao juiz competente para

---

<sup>307</sup> CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 272: “provisórias acautelatórias ou conservadoras, porque expedidas antes de se declarar a vontade concreta da lei que nos garante um bem, ou antes de se realizar a sua atuação, para garantia de sua futura atuação e prática; e são várias, conforme a *vária natureza do bem a que se aspira*”.

<sup>308</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 154.

<sup>309</sup> FRANÇA, Gustavo Gomes. *Idem*, p. 45.

dela conhecer é que se dirige o processo cautelar chamado preparatório. Dentre todos os elementos que deve conter a peça vestibular, ressalta-se *a exposição sumária do direito ameaçado e o receio da lesão*, além das provas que serão produzidas, que em tese consubstanciarão o convencimento do julgador acerca da plausibilidade do receio alegado.

O PMC vem regulamentar o cumprimento de medidas cautelares entre os Estados-Partes do Mercosul, com o fim de evitar a irreparabilidade de um dano em relação às pessoas, bens e obrigações de dar, de fazer ou de 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, sendo admitidas medidas cautelares preparatórias, incidentais de uma ação principal e as que garantam a execução de uma sentença.

Pelo princípio da adesão territorial, segundo o qual a jurisdição não transcende as fronteiras do Estado a que serve, o cumprimento de medidas cautelares requeridas por um país a outro obedecerá as normas de processo deste último. No espaço do Mercosul tal princípio é mantido, devendo as autoridades jurisdicionais dos Estados-Partes dar cumprimento às medidas cautelares decretadas por Juízes ou tribunais de outros Estados-Partes, adotando as providências necessárias, de acordo com a lei do lugar onde estejam situados os bens, objeto da medida<sup>311</sup>.

O juízo da admissibilidade da medida cautelar é realizado pelo Juiz ou Tribunal do país requerente. A sua execução e a exigência de contra-cautela ou respectiva garantia serão processadas pelo Juiz ou Tribunal do Estado requerido, conforme suas leis. Verifica-se aí a convivência, em um mesmo fenômeno processual, das normas de processo de países distintos. Tal não constitui fato de todo inédito, visto que o cumprimento de rogatórias ocorrido dentro da sistemática tradicional leva a que as normas de processo vigentes no local da concessão de uma medida cautelar ou do proferimento de uma sentença não transcendem fronteiras, e caso a efetivação daquela ou a execução dessa devam ocorrer em país distinto, as normas desse país é que serão observadas.

Verifica-se, entretanto, que a supressão da instância homologatória empresta

---

<sup>310</sup> MOREIRA, *op cit.*, p. 373.

<sup>311</sup> FRANÇA, *idem*, p. 46.

significativo sentido de continuidade ao processo, permitindo seja vislumbrado traço de supranacionalidade, que tem início com o exercício da “ação” em uma circunscrição jurisdicional nacional, mas que produz efeitos concretos em outra.

### 3.3.2 Sentença estrangeira e tutela cautelar no Mercosul

O PMC é, portanto, meio de cooperação processual que, senão construído dentro de realidade a que se possa propriamente chamar *comunitária*, representa substancial contribuição para o seu advento, como confirmação da intenção, por parte do Brasil, pela implementação do comando contido no art. 4º, § único da Constituição Federal.

Antônio Corrêa, escrevendo a respeito das soluções de conflitos dadas por juízes brasileiros em virtude das disposições legais construídas no seio do Mercosul, em particular, no que respeita ao PMC, dedica importante capítulo no estudo acerca das “normas criadas por este Tratado, que foi internado e portanto vige dentro do território nacional...”<sup>312</sup>.

Não obstante eventuais dificuldades que se possam encontrar perante às legislações nacionais dos Estados-Partes, para a observância do teor do Protocolo, fato que remeterá às infundáveis discussões acerca do conflito entre direito interno e convenções havidas entre países, o seu texto tem o propósito de facilitação no cumprimento de medidas cautelares entre os Estados-Partes do Mercosul.

De outra forma, o PMC visa a simplificação do processamento de tais medidas, como que admitindo pontualmente para este fim a plausibilidade de que seja vislumbrado o esboço de um espaço jurisdicional comum, pois, prevista a ausência do controle normalmente cometido às cortes supremas internas para a concessão de *exequatur*, a discrepância única que se constata em relação às medidas cautelares ordinárias ou internas é a observância das regras de processo do país requerido, tão somente para fins de execução.

Colocando-se de outra forma, uma medida cautelar requerida por um país do Mercosul a outro é como uma ordem direta proferida internamente por um juiz e endereçada a

---

<sup>312</sup> CORRÊA, *op. cit.*, p. 199: “O Mercosul enquanto ente transnacional, por ter adquirido personalidade, obtendo dinâmica própria, vem atuando na adoção de normas para que todos os países envolvidos e seus cidadãos possam de modo uniforme, sem maiores diferenças Ter acesso ao Poder Judiciário”.

um jurisdicionado nacional. Desde que não ofenda a soberania nacional do país requerido ou não represente afronta à sua ordem pública, a medida cautelar conhecerá como trâmite a mera transmissão pela Autoridade Central, o que é muito mais singelo do que a *delibação*, procedimento através do qual se verifica a presença de requisitos e tudo quanto exija a lei nacional do país requerido para que se possa executar, ali, a medida solicitada.

Conforme previsto na alínea “h” do inciso I do artigo 102 da Constituição Federal brasileira de 1988, é da competência do Supremo Tribunal Federal a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias. Tal como no Brasil, os demais países da comunidade internacional estatuem instâncias jurisdicionais investidas de competência correspectiva, ou seja, para apreciar pedido oriundo de judiciário estrangeiro. Isto significa que em sede de relações internacionais, como tradicionalmente conhecidas, não existe um hermetismo dos ordenamentos jurídicos a ponto de não restar espaço para que seja dado atendimento, em um território, a procedimento jurisdicional proveniente de outro<sup>313</sup>.

Ocorre, por outro lado, que a convalidação, em um país, de ato executório ou equivalente, oriundo de outro, tem estado adstrita ao cumprimento de exigências legais, às quais cada Estado, em seu espaço, tem liberdade para dispor. É certo que existe uma série de valores e bens comuns em uma nação, cuja preservação é preocupação constante. A admissão de atos originalmente ligados a um meio social, em outro, de forma indiscriminada, pode ser prejudicial à sociedade que os acata indistintamente. Os interesses nacionais, portanto, constituem ponto de observância obrigatória quando se pretende tornar ato executório estrangeiro apto a surtir efeitos em um país.

Prescreve o artigo 15 da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro que será executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro quando: (a) passada perante juiz competente, em conformidade com a lei processual do país onde tramitou o processo em questão, buscando-se desta maneira a conformidade com o que preconizam as regras de processo brasileiras, segundo as quais a inobservância das regras de competência absoluta geram nulidade da decisão; (b) quando houverem as partes sido citadas ou for legalmente verificada a revelia, confirmando o primado do princípio do contraditório e da ampla defesa

---

<sup>313</sup> FRANÇA, *op. cit.*, p. 55.

onde, por isso mesmo, só será convalidada a sentença estrangeira proferida em processo onde à parte foi proporcionada a devida oportunidade, na forma da lei, de saber que contra ela uma ação foi proposta.

Mesmo se a parte citada não se manifesta, assume a condição legal de ré, quando regularmente citada, tiver a decisão transitada em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida, em correlação lógica com as normas de processo brasileiras segundo as quais não se executa, de forma definitiva, decisão da qual cabe recurso, em respeito ao princípio do duplo grau de jurisdição que assegura à pessoa sobre quem impende o teor desfavorável de uma sentença a oportunidade de submeter tal decisão à reapreciação em instância superior, conforme o caso. Se estiver traduzida por intérprete autorizado, não sendo sequer razoável seja cometida a incumbência de tradução da sentença estrangeira a qualquer pessoa sem a garantia da oficialidade do ato ou sem o compromisso, que obriga ao tradutor pela fidelidade ao sentido do conteúdo da decisão, responsabilizando-o pelo dolo em emprestar ao texto significado ali não expresso para favorecer uma parte ou desfavorecer a outra.

Existe, ao final do art. 15 da LICC, a exigência da homologação pelo Supremo Tribunal Federal da sentença estrangeira a ser executada no Brasil, sendo esta a instância competente para este mister. A previsão de que somente terá eficácia no Brasil a sentença estrangeira após homologada pelo Supremo, a teor do artigo 483 do CPC, leva a que os referidos requisitos são, na verdade, os indispensáveis à homologação da sentença estrangeira no Brasil, sendo que, de fato, o requisito necessário à execução consiste tão somente na própria homologação pelo STF<sup>314</sup>.

De sorte que, ausentes vários ou apenas um dos requisitos descritos artigo 15 da LICC, fica obstada a homologação. Impossibilitada a homologação, por qualquer motivo, impossível será a execução.

Sendo basicamente esta a sistemática para se conferir eficácia à sentença estrangeira, no Brasil, observados os procedimentos previstos pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, necessária se faz a análise da sentença proferida por uma das

---

<sup>314</sup> FRANÇA, *op. cit.*, p. 59.

jurisdições nacionais de um dos países que integram o Mercosul, em uma situação singular. Suponha-se uma demanda onde, de forma preparatória, ou, intercorrentemente, tenha a parte requerido e obtido tutela cautelar que, circunstancialmente, deva ser cumprida em outro país do Mercosul. Considere-se ainda, no presente caso, que por força do PMC de 1994 o país requerido tenha, sem a necessidade do *exequatur*, através da autoridade jurisdicional competente, feito cumprir a referida medida em seu território. Em face de tais situações torna-se importante salientar que o PMC não tem o condão de subtrair às autoridades jurisdicionais dos países do Mercosul o cometimento legal que sempre tiveram de conhecer dos pedidos de homologação de sentença estrangeira, antes que esta pudesse ser executada em seus territórios. O respeito à forma de como soberanamente dispõem as leis processuais nacionais é sempre de ser exaltado, sendo correta a afirmação de que as ulteriores mudanças na configuração das leis processuais dos países do Mercosul, por força dos Protocolos em seu âmbito assinados, não podem ser interpretadas, em qualquer hipótese, como assalto à soberania, por qualquer das partes.

O esforço da integração, na acepção mais profunda que o termo admita, passa também, portanto, pela modernização, ou melhor, pela remodelagem dos meios de cooperação na seara da jurisdição. A idéia de ação integrada dentro da região está aquém do que pode vir a ser, mas os passos dados são deveras importantes e precisam ser enxergados conforme o que realmente significam, ou seja, com todo o seu potencial construtivo de um espaço comunitário, conforme ordena a Constituição.

Sempre que um Estado-Parte do Mercosul faz efetivar uma medida cautelar em seu território, agindo em conformidade com o PMC, não atenta contra seu próprio ordenamento ou em desfavor de sua soberania. Muito embora, dentro do seu complexo de normas existam insertos dispositivos que tratam do cumprimento de medidas cautelares estrangeiras de forma diferente, a livre iniciativa de adesão convencional, sempre que feita de forma regular, torna-se fonte de direito interno que, a despeito do desentendimento monista/dualista, passa a constituir norma com força de ordenança pública, de cuja observância não se pode passar ao largo<sup>315</sup>.

A referência feita à questão da soberania traz em si, de um lado, o propósito de

---

<sup>315</sup> FRANÇA, *op. cit.*, p. 62.

colocar em ressaltado o fato de que se tem em mãos um Protocolo regularmente havido entre o Brasil e outros países, não por imposição, mas em continuidade ao trabalho de integração plena que iniciou-se com o Tratado de Assunção e, de outro, chamar a atenção de que seu conteúdo não obriga as partes além do expressamente avençado. Se fica estabelecida entre os países a obrigação de dar cumprimento, em seu território, às medidas cautelares provenientes dos demais países do Mercosul, não se subsume, daí, a obrigação de reconhecimento à sentença proferida no processo principal, preservando-se, nesse particular, o que dispõe o ordenamento processual nacional de cada um dos Estados-Partes<sup>316</sup>.

Convencionalmente, o cumprimento de medidas cautelares em países estrangeiros se dá pelo requerimento feito através do expediente da carta rogatória. Ensina Beat Walter Rechsteiner que “igualmente, decisões estrangeiras em processos cautelares são equiparadas às sentenças estrangeiras, necessitando de prévia homologação para que possam ser cumpridas no Brasil”<sup>317</sup>.

A concessão de uma medida cautelar, portanto, feita por um juiz à parte que a requer, possui estrutura de decisão judicial. É verdade que não se trata de decisão terminativa ou definitiva que põe fim a um processo. Mas sempre será uma determinação judicial que, ocorrida pré ou endo processualmente, se tiver que surtir efeitos em jurisdição estrangeira, deverá passar, necessariamente, pelo crivo da autoridade aí competente, que se encontra a serviço de um Estado soberano que tem interesses a preservar. Nesse sentido é que as medidas cautelares estrangeiras se equiparam, no Brasil, à sentença, cuja definição contida no art. 162 do CPC, não obsta o entendimento acerca da necessidade de homologação, pelo Supremo Tribunal Federal, de cartas rogatórias de medidas cautelares no Brasil.

Dessa forma incidem sobre as medidas cautelares originárias de outros países para cumprimento no Brasil certos requisitos. É que, devido a seu caráter executório, ou seja,

---

<sup>316</sup> A esse respeito escreve CORRÊA, *op. cit.*, p. 213: “Mas se atendida rogatória oriunda de um decreto cautelar, não está dispensada a futura sentença de mérito na ação principal ser objeto de exame dos requisitos não só formais mas relativos à soberania, caso em que poderá ser recusada a execução. A lei, evitando dúvidas que poderiam causar primeiro o atendimento de rogatória cautelar, que vincularia ao cumprimento de futura sentença, expressamente dispôs que não há reconhecimento prévio ou tácito de futuramente vir a reconhecer validade para a sentença na ação principal. Em sendo assim, a sua execução no Brasil dependerá do atendimento dos requisitos do art. 17 da LICC, que o juiz encarregado, pois não mais se sujeita ao crivo da homologação perante o Supremo Tribunal Federal, deverá examinar se estão preenchidos para determinar o seu cumprimento”.

<sup>317</sup> RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado. Teoria e prática*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 211.

por se tratar de ato a ser praticado, efetivado em território nacional a rogo da autoridade estrangeira, faz-se necessária a chancela do órgão jurisdicional de maior estatura em nosso meio, para se conhecer da regularidade do pedido, segundo a lei brasileira, e se certificar que seu conteúdo não ofende a soberania nacional. Tal análise, contudo, não representa revisão de mérito, mas mero controle por ato de natureza judicial, já que se forma verdadeiro processo.

A exequibilidade das cartas rogatórias de países estrangeiros, por força do art. 211 do Código de Processo Civil, obedece às disposições do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal - RISTF. Desta forma, depara-se com o sistema clássico de remessa da carta à autoridade judiciária do país requerido, pela via diplomática, para instauração do procedimento ao final do qual somente é que pode ser obtido o *exequatur*, tornando a diligência, então, apta ao devido cumprimento na circunscrição jurisdicional competente conforme as regras de processo nacional, que aliás, em tudo, deverão ser observadas. Após o cumprimento, então, ocorre a devolução ao juízo requerente.

Eventualmente pretender-se-á que a medida cautelar proferida em um país seja cumprida em outro, rompendo-se com a noção de localidade e mesmo de concentração, do ponto de vista físico, já que um mesmo expediente processual passa a envolver, conectar, duas circunscrições jurisdicionais distintas, autônomas e soberanas entre si, portadoras de normas de processo próprias. Pelo princípio da jurisdição no Brasil chamado *adesão territorial*, há por certo de ombrear com outros a ele análogos em países estrangeiros, não se aplica regras de processo estrangeiras em território nacional, ao contrário do que determinam as normas de Direito Internacional Privado, quando há ligação de uma demanda com outro meio e sua lei, mas essa sempre de natureza material.

### **3.3.3 Aplicabilidade direta das medidas cautelares**

Em sede de direito internacional público, não tendo sido compreendida de maneira uniforme pelos estudiosos é a da inserção, em um ordenamento jurídico, das normas produzidas em tratados internacionais, do ponto de vista da hierarquia e da obrigatoriedade de sua observância.

Cada Estado-Parte tem prevista, em sua legislação, a fórmula através da qual tais regras passam a integrar seu direito, dispondo sobre qual a posição hierárquica reservada

às normas produzidas por meio de tratados internacionais<sup>318</sup>.

Os Estados componentes da comunidade internacional usualmente interagem através de convenções relativas a diversas matérias acerca das quais criam mutuamente direitos e obrigações, sendo que o advento, dentro dos respectivos territórios, de regulações jurídicas daí surgidas impõe expectativa a este meio social, naquilo que tange cada governo, cidadão e mesmo entidades com personalidade jurídica, conforme o caso<sup>319</sup>.

Não obstante se desconheça com exatidão que status possui a norma gerada através de tratado internacional em um determinado ordenamento, fato que, aparentemente, carece apenas da inclusão na Lei Fundamental de cada país, de dispositivo que o declare expressamente, tem-se que, cumpridas as formalidades legais previstas para a convalidação de um tratado, estão criadas normas aptas a serem observadas pelos signatários da convenção.

Para que o tratado internacional possa surtir efeitos no Brasil, é necessário que seja dado cumprimento às formalidades de assinatura, aprovação, ratificação, promulgação e publicação. Naturalmente que precede, à assinatura de um Tratado, a chamada fase de negociação<sup>320</sup>.

Desnecessário salientar, a propósito do advento do PMC e os benefícios que dele se pretende auferir tanto no plano meramente processual quanto no contributo que representa à integração regional, que esforços negociais de vulto internacional só se justificam por verdadeira necessidade dos países envolvidos em estabelecer concerto sobre determinada matéria. Pode-se afirmar, portanto, que um assunto ou questão de relevante interesse nacional é verdadeiro pressuposto para que um país se obrigue perante outros, por força de tratados.

No Brasil, a celebração de atos internacionais é competência privativa do

---

<sup>318</sup> A propósito GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Reforma constitucional e o problema da superioridade hierárquica dos tratados frente às leis internas. *Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política*. RT, ano 7., n. 27., abr/jun. 1999. "O problema da superioridade dos tratados frente às leis internas é puramente de cultura jurídica. A maior aceitação de normas emanadas dos foros internacionais varia de sociedade para sociedade".

<sup>319</sup> FRANÇA, *op. cit.*, p. 64.

<sup>320</sup> A propósito, LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. *Tratados internacionais no Brasil e integração*. São Paulo: LTr, 1998, p. 46: "O comprometimento, tanto no caso dos contratos quanto no caso dos Tratados, é precedido de uma fase negocial onde as partes envolvidas verificam a compatibilidade dos interesses em causa. Nos tratados internacionais esta etapa ganha urna conotação política, entrando em cena toda a habilidade e talento dos agentes diplomáticos dos Estados e Organizações internacionais".

Presidente da República, conforme prevê o art. 84 da Constituição Federal de 1988. O Presidente da República, com o permissivo do dispositivo constitucional, não precisará ou não deverá, necessariamente, estar presente quando da celebração de atos internacionais, de uma forma geral, em que o Brasil figure como parte, podendo ser representado<sup>321</sup>.

Relembra Sérgio Mourão, que as reservas podem ser apresentadas em forma de declaração unilateral de país que, embora interessado em firmar o tratado, apresenta formalmente sua discordância com parte de seu texto, se desobrigando, nesse particular, em relação aos demais, sempre que tal escusa não conduza à impossibilidade de implementação do tratado, por incompatível com sua finalidade<sup>322</sup>.

Embora devidamente assinado, o tratado não gera automaticamente os efeitos dele esperados. Não obstante aposta a firma do chefe do executivo ou de quem o esteja a representar, esta não tem o condão de torná-lo definitivo, como compromisso assumido pelo Brasil em face de outros países, força do cometimento congressional previsto no art. 49 da Constituição Federal de 1988.

Concluída a negociação de um tratado, é certo que o Presidente da República, como responsável pela dinâmica das relações exteriores, está livre para dar curso, ou não, ao processo determinante do consentimento<sup>323</sup>. Obtida a aprovação pelo Congresso Nacional, do

---

<sup>321</sup> *Idem*, p. 23: “Constata-se, dessa forma, que o Presidente da República pode conferir a um representante diplomático a competência para celebrar tratados. No plano dos Estados, pessoas físicas ou jurídicas podem conferir poderes a um procurador, mediante instrumento de procuração *ad negotia*, para a celebração de um contrato. Da mesma forma, no plano internacional, o Presidente da República pode conferir plenos poderes a um representante diplomático, mediante carta de plenos poderes, para a celebração de um tratado. Francisco Rezek destaca que alguns representantes diplomáticos não necessitam de carta para que sejam investidos de plenos poderes. São eles o Ministro das Relações Exteriores e os chefes de missão diplomática. Estes últimos, entretanto, somente em “tratados bilaterais entre o Estado acreditante, que envia o representante diplomático, e o Estado acreditado, que recebe o representante diplomático”.

<sup>322</sup> LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. *Idem*, p. 23.

<sup>323</sup> É bastante esclarecedora é a lição de REZEK, *op. cit.*, p. 68-69: “Concluída a negociação de um tratado, é certo que o presidente da República - que, como responsável pela dinâmica das relações exteriores (...), está livre para dar curso, ou não, ao processo determinante do consentimento. (...) tanto pode o chefe do governo mandar arquivar, desde logo, o produto a seu ver insatisfatório de uma negociação bilateral ou coletiva, quanto determinar estudos mais aprofundados na área do Executivo, a todo momento; e submeter, quando melhor lhe pareça, o texto à aprovação do Congresso. Tudo quanto não pode o presidente da República é manifestar o consentimento definitivo, em relação ao tratado, sem o abono do Congresso Nacional. Este abono, porém, não obriga à ratificação. Isto significa, noutras palavras, que a vontade nacional, afirmativa quanto à assunção de um compromisso externo, repousa sobre a vontade conjugada dos dois poderes políticos. A vontade individualizada de cada um deles é necessária, porém não suficiente. O êxito na Câmara e, em seguida, no Senado, significa que o compromisso foi aprovado pelo Congresso Nacional. Incumbe formalizar essa decisão do parlamento, e sua forma, no Brasil contemporâneo, é a de um decreto legislativo, promulgado pelo presidente do Senado Federal, que o faz publicar no Diário Oficial da União.

tratado internacional, não se pode ainda tê-lo por válido, ou apto a surtir efeitos em território nacional. Segue-se então o momento da chamada *ratificação*, uma confirmação, perante a nação ou nações com as quais o compromisso foi negociado, de que seu texto foi aprovado no Brasil.

Depositado o instrumento de *ratificação* junto ao país depositário, serão os demais países interessados no acordo cientificados do aceno positivo do Brasil em dar continuidade ao procedimento convencional, o que só vai acontecer se a mesma confirmação for feita por um eventual *quorum* mínimo pré-estabelecido, não sendo interessante o depósito feito por um número inferior de países, ao prosseguimento pactual.

A *ratificação*, segundo a sistemática vigente no Brasil, também não é bastante para estabelecer o tratado como válido e conferir vigência a seu conteúdo ante o ordenamento jurídico nacional. Dispõe o artigo 1º da LICC que: “Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país 45 (quarenta e cinco) dias depois de oficialmente publicada”.

Depreende-se do dispositivo inaugural da LICC que para a entrada em vigor de lei - irrelevante a fonte de onde se origina - é indispensável a sua publicação oficial. Além da publicação, através da qual os destinatários de uma lei nova têm oportunidade de tomar conhecimento de seu teor, tornou-se necessário, no Brasil, com o passar do tempo, o expediente da promulgação<sup>324</sup>.

O direito de cada país, portanto, de forma soberana e autônoma, dispõe sobre quais os procedimentos legais a serem observados para a formulação válida de uma convenção com outros países, bem como para sua regular recepção como fonte de normas válidas em seu âmbito jurisdicional. O Brasil consagrou fórmula especificamente para este

---

<sup>324</sup> *Idem*, p. 84: “O ordenamento jurídico, nesta república, é inteiramente ostensivo. Tudo quanto o compõe - resulte de produção legislativa internacional ou doméstica presume publicidade oficial e vestibular. Um tratado regularmente concluído depende dessa publicidade para integrar o acervo normativo nacional, habilitando-se ao cumprimento por particulares e governantes, e à garantia de vigência pelo judiciário. Não faz sentido, no Brasil, a idéia de que a publicidade seja dispensável quando o fiel cumprimento do pacto internacional possa ficar a cargo de limitado número de agentes do poder público: mais ainda que a do particular, a conduta do governante e do servidor do Estado pressupõe base jurídica apurável pelo sistema de controle recíproco entre poderes, e, destarte, jamais reservada ao conhecimento exclusivo dos que ali pretendem fazer repousar a legitimidade de seu procedimento. No Brasil se promulgam por decreto do Presidente da República todos os tratados que tenham feito objeto de aprovação congressional ... 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.

mister, composta por fases singelamente destacadas acima, para serem cumpridas conjuntamente. A inobservância de uma dessas fases, seja a assinatura, a aprovação interna, o depósito de instrumento de ratificação, ou a não publicação e promulgação, comprometem todo o processo de recepção, no Brasil, das normas convencionais, impossibilitando que sejam validamente aplicadas em território nacional.

Por outro lado, tem-se que o efetivo implemento das etapas descritas, através das autoridades cometidas de competência para cada ato, na forma da lei, é bastante em si para conferir às normas criadas em tratados a qualidade de válidas no Brasil. Naturalmente que se está a discorrer acerca da dinâmica de estruturação da normatividade internacional sobre a qual se desenvolveu o Direito Internacional Público, a partir do abandono ao isolacionismo, por parte dos Estados e da incrementação de intercâmbios movidos por necessidades pontuais que, por sua vez, conduziram as nações a compromissos mútuos.

O nível de aproximação e interação internacional que se conseguiu fomentar em tais bases encontra limites, entretanto, no culto à soberania pelos diversos países. E a visão desvirtuada de soberania, como atributo do governo, ou emanada do governante, e não como imperativo de inviolabilidade da vontade popular, possibilitou, por sua vez, o descumprimento de acordos havidos entre países<sup>325</sup>.

Ao adotar o direito comunitário, os países integrantes do concerto europeu lançaram as bases para uma experiência extremamente bem sucedida, considerando-se seu vulto e os resultados alcançados desde o esforço de reconstrução no pós-guerra. Mas a construção de um sistema de direito e de um órgão jurisdicional sobre novos paradigmas não é tarefa simples.

---

<sup>325</sup> Com referência à experiência integracionista européia, GARCIA JÚNIOR, Armando Álvares. *Conflitos entre normas do Mercosul e direito interno*. São Paulo: LTr, 1997, p. 96: “[I] Logo no início do processo, os Estados comunitários adotaram soluções clássicas, próprias do direito internacional, fazendo depender da Constituição de cada Estado a atribuição da força exata que o direito comunitário possuía em face de suas regras internas. Em outras palavras, diferença alguma existia, para esses Estados, entre direito internacional público e direito comunitário. Contudo, o desenrolar do processo integracionista evidenciou a falta de adequação dessa postura normativa, já que a atribuição de força às regras internacionais em face do direito interno, oferecida pelas normas constitucionais de cada país, imprimiam diferentes velocidades ao processo de internalização das regras adotadas em âmbito comunitário, resultando total falta de homogeneização. Nesse contexto, decorrendo de uma forte vontade política, embora isso tenha ocorrido com consideráveis dificuldades, os Estados-Membros da Comunidade venceram suas resistências de: 1) no plano político, abandonar o conceito - tão arraigado, principalmente entre nós, latino-americanos - de soberania nacional indivisível, aceitando seu exercício conjunto mediante a transferência de certas competências a uma organização; e 2) no plano jurídico, abandonar a concepção dualista. A aceitação do direito comunitário impulsionou reformas constitucionais em cada um dos

A questão da vontade política, como bem situa o autor citado, tem fundamental importância na implantação das medidas necessárias à construção do Mercosul, em todos os aspectos, mas principalmente na harmonização jurídica interna, aparelhando aos Estados-Partes, através das devidas adaptações constitucionais, para a convivência com o direito convencional em nível hierárquico próprio de uma comunidade de países, como ordena a Constituição<sup>326</sup>.

Não obstante a diferença no ritmo que os Estados-Partes do Mercosul imprimem na sua preparação para a adoção de direito que se possa chamar comunitário, em seu mais evoluído contexto, ou seja, onde as normas emanadas dos órgãos comunitários, mormente as de observância obrigatória pelos Estados-Partes, sejam por eles recebidas automaticamente, os Tratados assinados em seu âmbito encerram significado peculiar.

À semelhança do ocorrido durante a construção da União Européia, guardadas as devidas proporções, tratavam-se de ações conjuntas, com um fim único, viabilizar a concretização da Unidade, que somente mais tarde se verificou, com a criação da Corte Européia, ou Tribunal de Justiça das Comunidades Européias, cuja jurisprudência confirmou a *primazia* das normas criadas naquele âmbito sobre os ordenamentos nacionais.

Tome-se por exemplo, na América-Latina, o Protocolo de Ouro Preto, em seu artigo 40, a propósito das normas emanadas dos órgãos do Mercosul. Constata-se, com base no dispositivo acima, o funcionamento do sistema de aplicação interna das normas emanadas dos órgãos do Mercosul em bases de direito internacional público. Trata-se de internação de normas conforme os padrões tradicionais, de acordo com procedimento previsto em cada país, para sua posterior observância nos respectivos territórios<sup>327</sup>.

---

Estados-Membros no tocante às normas que pudessem eventualmente obstaculizar o processo integracionista”.

<sup>326</sup> A propósito do aparelhamento constitucional que reclama o processo de integração, com expressa disposição sobre o lugar reservado ao direito convencional, discorre GALINDO, *op. cit.*, p. 150-151: “A inclusão de um dispositivo de tal tipo está muito relacionada com a condução da política externa brasileira em relação ao Mercosul - uma visão mais cautelosa no que se refere à evolução institucional do bloco econômico. Mesmo podendo não ser conveniente em termos de política externa um dispositivo constitucional neste sentido, acreditamos na sua inevitabilidade, se quisermos avançar no processo de integração. Melhor que isto ocorra no presente momento, quando nossa Carta Constitucional passa por uma enorme modificação. A Argentina já procedeu a uma reforma constitucional no sentido de conceder superioridade hierárquica aos tratados e ao direito derivado de organizações supra-nacionais de integração em relação às leis. Mais ainda, atribui a alguns tratados de direitos humanos status de direito constitucional”.

<sup>327</sup> FRANÇA, *op. cit.*, p. 75.

É imperativo se ressaltar, contudo, que, tanto as normas emanadas dos órgãos do Mercosul como os Tratados e Protocolos assinados em seu seio, inobstante a diversidade de conteúdos que carregam, e a forma tradicional que observam, têm um ponto em comum: são pilares da grandiosa obra de construção da integração latino-americana de nações. São instrumentos manejados dentro de um conceito preambular a qualquer análise baseada em moldes passados, e que está descrito na parte exordial do Tratado de Assunção, onde se confirma que o mesmo: "... deve ser considerado como um novo avanço no esforço tendente ao desenvolvimento progressivo da integração da América Latina, conforme o objetivo do Tratado de Montevideu de 1980"<sup>328</sup>.

Vislumbra-se, portanto, que embora através de formalidades de incorporação em moldes pré-comunitários, trata-se de inegável esforço de comunitarização ou, de outra forma, de atos conjuntos cuja finalidade precípua é a de viabilizar a construção de uma comunidade de países.

O PMC, portanto, com base no que tem sido exposto, poderá ser analisado ou do ponto de vista do direito internacional público, regente das chamadas relações internacionais tradicionais, ou desde já conforme os padrões inerentes à comunitarização, que se inicia na região e que, embora incipiente, é detentora de legitimidade e legalidade bastantes para que os atos ali produzidos estejam plasmados da orientação com que os basilares princípios do direito comunitário mais intimamente ligados à questão das leis informam e coordenam a relação entre as normas criadas pela comunidade e as normas de direito interno dos Estados-Partes, conforme a seguir se expõe:

a) Primeiramente, tomando-se o PMC, e indagando-se a respeito de sua aplicabilidade com base no direito internacional, ter-se-á, de início, que saber como dispõe a legislação brasileira para que o conteúdo de um tratado passe a surtir efeitos no Brasil. Conforme exposto acima, os procedimentos previstos pela lei e pela praxe brasileiras são os da *assinatura*, precedida da fase de negociação, o da aprovação congressional, vindo após o depósito da *ratificação* seguido da publicação e promulgação pelo executivo.

---

<sup>328</sup> Trecho do texto preambular do Tratado de Assunção de 26/03/1991.

Com base na legislação brasileira, portanto, o PMC passou a fazer parte do ordenamento interno, posto que cumpriu todas as formalidades sem as quais isso não seria possível, e sendo que a *vacatio* prevista na lei já é de muito transcorrida. Isto leva a que o conteúdo do PMC é agora norma nacional e detém aplicabilidade efetiva pelos tribunais brasileiros que deverão atuar *cooperativamente* com os demais no Mercosul, porque assim se obrigou o Brasil que achou por bem honrar mais esse compromisso que é parte integrante na tarefa de construir o Mercosul<sup>329</sup>.

b) Os procedimentos descritos referem-se à forma utilizada para tratar da matéria, que se constitui, em primeira análise, na cooperação processual no âmbito do Mercosul. Em análise mais detida, a constatação é de que se trata, na verdade, da viabilização do Mercosul, ou de contribuição importante neste sentido. E, dentro dessa realidade, a questão da aplicabilidade direta de normas haveria de obedecer o princípio comunitário da *primazia*<sup>330</sup>.

A primazia de normas criadas em seio comunitário, sobre as normas dos direitos nacionais, não se instala pela mera inclusão, nos tratados, de sua previsão, como uma declaração que entretém força própria. Aliás, tal previsão não é conhecida; o que há é o labor dos órgãos instituídos pelas comunidades em reconhecer *primazia* como um princípio sob cuja luz se torna possível a uma comunidade de países, abandonando o tradicional associativismo, existir como tal<sup>331</sup>.

Indispensável é colocar em relevo que o projeto de cooperação jurisdicional para cumprimento de cautelares pouco significa, se observado isoladamente. Mas não se encontra isolado; ombreia com outros esforços, todos envidados dentro do projeto maior que é o projeto comunitário, com paradigmas peculiares e informado por princípios próprios, em realidade que ocupa espaço além do direito internacional, de onde partiu.

### 3.4 Cautelaridade e cooperação jurisdicional integrada

A mobilização de nações rumo a iniciativas de cunho associativo ou de

<sup>329</sup> FRANÇA, *op. cit.*, p. 78.

<sup>330</sup> *Idem*, p. 78.

<sup>331</sup> *Idem*, p. 78.

integração, de uma forma geral, normalmente tem como fundamento questões pontuais que dizem respeito a assuntos de interesse comuns aos Estados envolvidos que, em determinado momento histórico, clamam pela união de forças ou capacidades produtivas, para fazerem face a situações peculiares a determinadas regiões, ou mesmo em decorrência de comunhão ideológica que torna próximos países territorialmente contíguos<sup>332</sup>.

Estas e outras iniciativas de aproximação entre nações soberanas que se baseiam em intercâmbios localizados, têm assumido, em determinadas circunstâncias, contornos que transcendem os até hoje traçados pelas relações internacionais convencionais. A construção das Comunidades Europeias, no pós-guerra, deram início a essa renovação.

No âmbito dessas relações *sui generis*, cuja implementação o mundo passa a assistir como sendo a nova conformação geopolítica não isolacionista, é criada, antes de mais nada, uma nova realidade jurídica. Ou seja, para que as comunidades de países constituam espaços sociais inéditos e passem a implantar políticas e economias comuns, terão primeiramente que estabelecer normas, e estas, por sua vez, deverão ter sua autoridade assegurada.

É nessa perspectiva que se indaga acerca da normatividade relativa a tais espaços, sua legitimidade, enquanto oriunda da vontade de vários povos, sua aplicabilidade, enquanto endereçada a destinatários distintos, e sua exigibilidade, conquanto realmente oponível, via do processo, *sobre as nações*, seus governos e sua população, em uma comunidade de países, através de sistema jurisdicional de competência supra-estatal, legalmente cometido de jurisdição comunitária.

### **3.4.1 Efetividade do procedimento cautelar e supranacionalidade normativa**

O trabalho em curso apoia-se em um texto legal, tal como descrito, criado no âmbito do Mercosul, o PMC, imerso nas seguintes e notórias circunstâncias: nem bem o Mercosul é uma realidade comunitária, nem tampouco a legislação em seu âmbito erigida incide de modo uniforme sobre os Estados-Partes.

---

<sup>332</sup> *Idem*, p. 86.

As Constituições dos países que compõem o Mercosul vão aos poucos se tornando receptivas às normas oriundas de órgãos supranacionais, em compasso com o alcance que *chaque État membre pretendit attribuer lui-même*, a tais normas. A problemática da supranacionalidade normativa suscita dificuldades que se multiplicam pelo número de países envolvidos.

Veja-se o caso do Brasil, com base em análise feita pelo STF, em pedido de cumprimento de Medida Cautelar oriundo da Argentina- se bem que apreciado em 4 de maio de 1998, quando o PMC não havia sido ainda internado ao ordenamento jurídico brasileiro, o que só veio ocorrer em 14 de junho de 1998:

“Mercosul, PMC (Ouro Preto/MG). Ato de direito internacional público. Convenção ainda não incorporada ao direito interno brasileiro. Procedimento constitucional de incorporação dos atos internacionais que ainda não se concluiu. O PMC adotado pelo Conselho do Mercado Comum (Mercosul), por ocasião de sua VII Reunião, realizada em Ouro Preto/MG, EM Dezembro de 1994, embora aprovado pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo n. 192/95), não se acha formalmente incorporado ao sistema de direito positivo interno vigente no Brasil, pois, a despeito de já ratificado (instrumento de ratificação depositado em 18.3.97), ainda não foi promulgado, mediante decreto, pelo Presidente da República. Considerações doutrinárias e jurisprudenciais em torno da questão da executoriedade das convenções ou tratados internacionais no âmbito do direito brasileiro. Precedentes: RTJ 58/70, Rei. Mm. Oswaldo Trigueiro, ADIn. 1.480-DF, Rei. Mm. Celso de Mello.

Trata-se da carta rogatória expedida pela Justiça da República da Argentina com a finalidade de viabilizar a efetivação, em território brasileiro, de atos de caráter executório (fls. 6).

A d. Procuradoria-Geral da República, ao opinar pela concessão do exequatur, fundamentou-se na existência do PMC celebrado, no âmbito do Mercosul, pelos Governos da Argentina, do Brasil, do Paraguai e Uruguai. Em seu parecer, o Ministério Público Federal enfatizou que “O objeto da carta encontra respaldo no PMC firmado entre Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, que prevê a possibilidade de cumprimento de medidas cautelares destinadas a impedir a irreparabilidade de um dano em relação às pessoas, bens e obrigações de dar, fazer e não fazer, desde que atendidos os requisitos do art. 21 da mesma Convenção, o que ocorre no presente caso” (fls. 52/53)

Não obstante as valiosas ponderações expendidas pela Procuradoria-Geral da República, entendendo incabível a concessão do exequatur na espécie destes autos, eis que as diligências rogadas pela Justiça argentina revestem-se de nítido caráter executório.

Essa particular característica da medida judicial ora solicitada na presente carta rogatória basta, por si só, para inviabilizar a pretendida concessão do exequatur, no que concerne à efetivação dos atos de índole executória.

É que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em tema de cartas rogatórias passivas, tem, invariavelmente, repellido a possibilidade jurídica de concessão do exequatur para efeito de realização, em território brasileiro, de diligências de natureza executória:

“Sempre se entendeu que as cartas rogatórias executórias são insuscetíveis de cumprimento no Brasil. E preciso notar, porém, que o caráter executório de uma rogatória se há de aferir, não pela natureza da demanda que lhe dá origem, mas pela finalidade que a anima, traduzida na realização, no Brasil, de atos de constrição judicial inerentes à execução forçada.”

(RTJ 72/659-667, Rei. M. Oswaldo Trigueiro - trecho do voto do M. Xavier de

Albuquerque - grifei)

“(...) constitui princípio fundamental do direito brasileiro sobre rogatórias o de que nestas não se pode pleitear medida executória de sentença estrangeira que não haja sido homologada pela Justiça do Brasil.” (RTJ 93/51 7, 519, Rel. Mm. Antônio Neder - grifei)

“A Carta Rogatória é a solicitação de autoridade judiciária estrangeira para autoridade judiciária brasileira, ou vice-versa, tendo por objeto a realização de um ato processual relativo a um pleito. A carta pode ter por escopo a citação, intimação, notificação, inquirição, exames, etc. ... Na tradição do direito brasileiro, inspirada no princípio da cooperação judiciária internacional, sempre se acolheu a Carta Rogatória com a finalidade de citação ou inquirição. Isto já vem do Aviso n. 1 de outubro de 1847, contanto que fosse desprovida de caráter executivo(...)

(...) Ora, a jurisprudência desta Corte é pacífica em conceder exequatur à Carta Rogatória de intimação, porque ela não requer a prática de qualquer ato de execução.” (RTJ 103/536, 541, Rei. p/ o acórdão Mm. Alfredo Buzaid - grifei)

Essa orientação jurisprudencial - reiterada em outros julgamentos do Supremo Tribunal Federal (CR 5.715 -CR 6.958) - encontra apoio em autorizado magistério doutrinário, que, na análise do tema, e na perspectiva do sistema jurídico brasileiro, adverte que as cartas rogatórias passivas não podem revestir-se de eficácia executória (Hermes Marcelo Huck, “Sentença Estrangeira e Lex Mercatoria”, p. 35/39, item n. 6, 1994, Saraiva; Wilson de Souza Campos Batalha, “Tratado de Direito Internacional Privado”, vol. 11/408-409, 2ª ed., 1977, RI; Amílcar de Castro, “Direito Processual Internacional”, p. 585-586, item n. 334, 4 ed., 1987, Forense; Agostinho Fernandes Dias da Silva, “Direito Internacional Privado”, p. 170, item n. 179, 1971, Rio de Janeiro; Haroldo Valladão, “Direito Internacional Privado”, vol. 11/370, item n. 1.216, 11 ed., 1976, Freitas Bastos; Maria Helena Diniz, “Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada”, p. 304, item n. 6, 1994, Saraiva, v.g.)

Vê-se, portanto, que constitui característica fundamental do sistema normativo brasileiro a pré-exclusão de qualquer atividade de índole executória em tema de cartas rogatórias passivas (vale dizer, aquelas expedidas por Tribunais estrangeiros e dirigidas ao Supremo Tribunal Federal), pois, em tal hipótese, impor-se-á necessária e prévia homologação da respectiva decisão estrangeira, a efetivar-se em procedimento específico a ser instaurado, no âmbito desta Corte, nos termos do CPC (arts. 483 e 484) e do RISTF (arts. 215 a 224).

Em regra, as cartas rogatórias encaminhadas à Justiça brasileira somente devem ter por objeto a prática de simples ato de informação ou de comunicação processual, ausente, desse procedimento, qualquer conotação de índole executória, cabendo relembrar, por necessário, a plena admissibilidade, em tema de rogatórias passivas, da realização, no Brasil, de medidas científicas em geral (intimação, notificação ou citação), consoante expressamente autorizado pelo magistério jurisprudencial prevalecente no âmbito desta Suprema Corte (RTJ 52/299 - RTJ 87/402 - RTJ 95/38 - RTJ 95/518 - RTJ 98/47 - RTJ 103/536 - RTJ 110/55).

Não constitui demasia enfatizar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido de considerar insuscetíveis de cumprimento, no Brasil, as cartas rogatórias passivas revestidas de caráter executório, ressalvadas, unicamente, aquelas expedidas com fundamento em atos ou convenções internacionais de cooperação interjurisdicional (CR. 7.899; Rei. Mm. Celso de Mello - CR 7.618 (AgRg), Rel. Mi Sepúlveda Pertence - CR 7.914, Rei. Mi Celso de Mello - CR 8.168, Rei. Mi Celso de Mello, v.g.)

No caso ora em análise, observo, como precedentemente já enfatizado, que as diligências solicitadas pela Justiça rogante revestem-se de caráter executório. Sendo insuscetível de cumprimento, em nosso País, mediante simples procedimento rogatório, a diligência em questão, revela-se inviável, no caso, a concessão do pretendido exequatur.

Nem se alegue, para justificar a pretendida concessão exequatur, que as diligências rogadas embora de caráter executório - encontrariam fundamento em convenção internacional consubstanciada no PMC aprovado pelo Conselho do Mercado Comum (Mercosul), por ocasião da sua VII Reunião realizada em Ouro Preto/MG, nos dias 16 e 17 de dezembro de 1994.

É que esse ato de direito internacional público muito embora aprovado pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo n. 192/95, não se acha formalmente incorporado ao sistema de direito positivo interno vigente no Brasil, pois a despeito de já ratificado (instrumento de ratificação depositado em 18.3.97), ainda não foi promulgado, mediante decreto do Presidente da República.

Na realidade, o PMC (Mercosul) - que se qualifica como típica Convenção Internacional - não se incorporou definitivamente à ordem jurídica doméstica do Estado brasileiro, eis que ainda não se concluiu o procedimento constitucional de sua recepção pelo sistema normativo brasileiro.

A questão da executoriedade dos tratados internacionais no âmbito do direito interno analisado esse tema na perspectiva do tema constitucional brasileiro, tal como resultou debatido no julgamento da ADIn. 1480-DF, Rei. Mi Celso de Mello - supõe a prévia incorporação desses atos de direito internacional público ao plano da ordem normativa doméstica. Não obstante a controvérsia doutrinária em torno do monismo e do dualismo tenha sido qualificada por Charles Rousseau ("Droit International Public Approfondi", p. 3/16, 1958, Dalloz, Paris) no plano do direito internacional público, como mera "discussion d'ecole", torna-se necessário reconhecer que o mecanismo de recepção, tal como disciplinado pela Carta Política brasileira, constitui a mais eloqüente atestação de que a norma internacional não dispõe, por autoridade própria, de exequibilidade e de operatividade imediatas no âmbito interno, pois, para tornar-se eficaz e aplicável na esfera doméstica do Estado brasileiro, depende, essencialmente, de um processo de integração normativa que se acha delineado, em seus aspectos básicos, na própria Constituição da República.

Daí a precisa observação de João Grandino Rodas ("Tratados Internacionais", p. 17, item n. 8, 1991, RI): "É corolário da teoria dualista a necessidade de, através de alguma formalidade, transportar o conteúdo normativo dos tratados para o Direito interno, para que estes, embora já existentes no plano internacional, possam Ter validade e executoriedade no território nacional. Consoante o monismo, não será necessária a realização de qualquer ato pertinente ao Direito interno após a ratificação.

Grande parte dos Estados, seguindo a concepção dualista nesse pormenor, prescreve sejam os tratados já ratificados incorporados à legislação interna através da promulgação ou simples publicação."

Não obstante tais considerações, impende destacar que o tema concernente à definição do momento a partir do qual as normas internacionais tornam-se vinculantes no plano interno excede, em nosso sistema jurídico, à mera discussão acadêmica em torno dos princípios que regem o monismo e o dualismo, pois cabe à Constituição da República - e a esta, somente - disciplinar a questão pertinente à vigência doméstica dos tratados internacionais.

Sob tal perspectiva, o sistema constitucional brasileiro - que não exige a edição de lei para efeito de incorporação do ato internacional ao direito interno (visão dualista extrema) - satisfaz-se, para efeito de executoriedade doméstica dos tratados internacionais, com a adoção de iter procedimental que compreende a aprovação congressional e a promulgação executiva do texto convencional (visão dualista moderada).

Uma coisa, porém é absolutamente inquestionável sob o nosso modelo constitucional: a ratificação - que se qualifica como típico ato de direito internacional público não basta, por si só, para promover a automática incorporação do tratado ao sistema de direito positivo interno. É que para esse específico efeito, impõe-se a coalescência das vontades autônomas do Congresso Nacional e do Presidente da República, cujas deliberações individuais - embora necessárias - não se revelam suficientes para, isoladamente, gerarem a integração do texto convencional à ordem interna, tal como adverte, José Francisco Rezek ("Direito Internacional Público", p. 69, item n. 34, 5ª ed. 1995, Saraiva).

Desse modo, e para além da controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas, impõe-se reconhecer que, em nosso sistema normativo, é na Constituição da República que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao ordenamento doméstico brasileiro. Para esse efeito, a Lei Fundamental da República qualifica-se como a sedes material que se mostra essencial à identificação do procedimento estatal concernente à definição do

momento a partir do qual as normas constantes de tratados internacionais passam a vigorar, com força executória, no plano do sistema jurídico nacional.

O exame da Carta Política promulgada em 1988 permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República que além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto.

A própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao analisar a questão pertinente à inserção dos atos internacionais no âmbito do direito positivo interno brasileiro, destacou - na perspectiva da disciplina constitucional que rege esse processo de recepção que, "Aprovada essa Convenção ao pelo Congresso Nacional, e regularmente promulgada, suas normas têm aplicação imediata, inclusive naquilo em que modificarem a legislação interna" (RTJ 58/70 Rel. Mm. Oswaldo Trigueiro). Esse entendimento jurisprudencial veio a ser confirmado e reiterado no julgamento da ADI n. 1.480 - DF, Rel. Mm. Celso de Mello, ocasião em que se enfatizou, uma vez mais, que o decreto presidencial, que sucede à aprovação congressual, do ato internacional e à troca dos respectivos instrumentos de ratificação, revela-se - enquanto momento culminante do processo de incorporação desse ato internacional ao sistema jurídico doméstico - manifestação essencial e insuprimível, especialmente se considerados os três efeitos básicos que lhe são pertinentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno.

Lapidar, sob essa perspectiva, a decisão proferida pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que, bem apreciando a questão da integração dos tratados internacionais ao nosso direito interno - e refletindo o próprio magistério da doutrina (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "Comentários à Constituição Brasileira de 1988", vol. 2/21, 1992, Saraiva) acentuou: "... No direito brasileiro, dá a Constituição Federal, competência privativa ao Presidente da República para celebrar tratados e convenções internacionais ad referendum do Congresso Nacional competência exclusiva para resolver com os Estados estrangeiros, pelo Presidente da República (...) Assim, celebrado o tratado ou convenção por representante do Poder Executivo, aprovado pelo Congresso Nacional e promulgado pelo Presidente da República com a publicação do texto em português no órgão de imprensa oficial, tem-se como integrada a norma da convenção internacional no direito interno." (Revista 'de Jurisprudência do TJRS, vol. 4/193, Rel. Des. Paulo Boeckel Velloso)

O eminente Ministro Francisco Rezek, hoje Juiz da Corte Internacional de Justiça, em Haia, ao discorrer sobre esse tema em valiosíssima obra monográfica ("Direito dos Tratados", p. 384/386, itens ns. 321 e 322, 1984, Forense), ressalta a imprescindibilidade da promulgação presidencial, dos tratados celebrados pelo Brasil (desde que já definitivamente aprovados pelo Congresso Nacional), sob pena de absoluta ineficácia jurídica desses atos internacionais no plano doméstico: "O ordenamento jurídico, nesta república - resulte de produção legislativa internacional ou doméstica - presume publicidade oficial e vestibular. Um tratado regularmente concluído depende dessa publicidade para integrar o acervo normativo nacional, habilitando-se ao cumprimento por particulares e governantes, e garantia de vigência pelo Judiciário. No Brasil se promulgam, por decreto do Presidente da República, todos os tratados que tenham feito objeto de aprovação congressional, cuida-se de um decreto, unicamente porque os atos do Chefe de Estado costumam ter esse nome (...) Vale aquele como ato de publicidade da existência do tratado, pois o órgão oficial, para que o tratado - cujo texto completo vai em anexo - se introduza na ordem legal, e opere desde o momento próprio".

Vê-se, portanto, que a aprovação congressual e a promulgação executiva atuam, nessa condição, como pressupostos indispensáveis da própria aplicabilidade, no plano normativo interno, da convenção internacional celebrada pelo Brasil (Celso D. de Albuquerque Mello, "Curso de Direito Internacional Público", vol. 1/577 e 601 -

603, itens 904 e 933-935, 2ª ed., 1956, RJ).

Torna-se inescusável admitir, portanto, que o PMC celebrado no âmbito do Mercosul ainda não se acha formalmente incorporado ao sistema de direito positivo interno do Brasil, razão pela qual não pode ele ser invocado, no plano doméstico, como fundamento de concessão do *exequatur*, em tema de cartas rogatórias com efeito executório.

Cumpra assinalar, finalmente, que os atos internacionais uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se no mesmo plano de validade e eficácia das normas infraconstitucionais. Essa visão do tema foi prestigiada em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE. n. 80.004-SE (RTJ 83/809, Rel. p/ o acórdão Mm. Cunha Peixoto), quando se consagrou, entre nós, a tese - até hoje prevalecente na jurisprudência da Corte (e recentemente reiterada no julgamento da ADI n. 1.480-DF, Rel. Mi Celso de Mello) - de que existe, entre tratados internacionais e leis internacionais brasileiras, de caráter ordinário, mera relação de paridade normativa.

A normatividade emergente dos tratados internacionais, dentro do sistema jurídico brasileiro, por isso mesmo, permite situar esses atos de direito internacional público, no que concerne à hierarquia das fontes, no mesmo plano e no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as leis internas (José Alfredo Borges, in Revista de Direito Tributário, vol. 27/28, p. 170-173; Francisco Campos, in RDA 47/452; Antônio Roberto Sampaio Dona, 'Da Lei Tributária no Tempo', p. 41, 1968; Geraldo Ataliba, "Apontamentos de Ciência das Finanças, Direito Financeiro e Tributário", p. 110, 1969, RI; Irineu Strenger, "Curso de Direito Internacional Privado", p. 108/112, 1978, Forense; José Francisco Rezek, "Direito dos Tratados", p. 470/475, itens 393-395, 1984, Forense, v.g.).

A eventual precedência dos atos internacionais sobre as normas infraconstitucionais de direito interno somente ocorrerá - presente o contexto de eventual situação de antinomia com o ordenamento doméstico -, não em virtude de um inexistente primazia hierárquica, mas, sempre, em face da aplicação do critério cronológico (*lex posteriori derogato priori*) ou, quando cabível, do critério da especialidade (RTJ 70/333 - RTJ 100/1030 - RI 554/434). De qualquer maneira, impõe-se aguardar, no caso ora em análise, a definitiva incorporação, ao sistema de direito positivo interno brasileiro, do PMC aprovado no âmbito do Mercosul, sem o que esse ato de direito internacional público não poderá ser aplicado, no âmbito doméstico, pelas autoridades nacionais. Assim sendo, e tendo em consideração as razões expostas, nego *exequatur* à presente carta rogatória. Devolva-se, por via diplomática, a presente comissão rogatória, à Justiça rogante.

Publique-se.

Brasília, 4 de maio de 1998.

A decisão, por si só, demonstra o ânimo com que o Brasil trata da questão do cumprimento de expedientes processuais estrangeiras em seu território. E não só isso. Esclarece, até não mais poder, quão profundamente arraigada está a doutrina, em face da legislação vigente, e resistente a uma nova postura, justamente aquela que completa a implementação do que está previsto no Tratado de Assunção, ao qual o Brasil espontaneamente aderiu, exige.

Com base no PMC, o Ministério Público Federal opinou, surpreendentemente, pela concessão do *exequatur* à Carta Rogatória em tela. A Procuradoria-Geral, embora o Protocolo não se encontrasse, então, devidamente incorporado ao direito interno, postou-se

em favor da realização da solicitação contida na Constituição, em território nacional.

O Ministério Público, órgão cuja manifestação é obrigatória em caso de rogatórias é previsão legal, interpretando o conteúdo em detrimento da forma, já que o texto do Protocolo determina a cooperação cautelar regional, estabelece procedimentos e, preambularmente, expõe os motivos, bem como os objetivos de tal projeto, adotou postura favorável à efetivação da medida contida no pedido, vaticinando a mudança que virá.

Mas é importante frisar que se entabulou discussão acerca da concessão do *exequatur* quando o art. 19 do Protocolo prevê: "(...) Não será aplicado no cumprimento das medidas cautelares o procedimento homologatório das sentenças estrangeiras". Ora, o *exequatur* pressupõe procedimento homologatório, que para fins de cumprimento de medida cautelar no Mercosul está abolido, o que permite vislumbrar a Carta Rogatória expedida em um país do Mercosul para cumprimento em outro, quase como uma carta precatória, para cumprimento *em um mesmo país*, ressalvadas as questões de interesse e soberania nacional do país rogado.

Mas se verdadeiramente fosse possível subsumir do Parecer da Procuradoria-Geral um verdadeiro interesse em contribuir com a *mise en oeuvre* do Protocolo, estar-se-ia diante de uma significativa flexibilização dos ditames do arcabouço jurídico nacional exaustivamente articulados na decisão transcrita, ou quando nada, da forma de interpretá-lo, dada a realidade integracionista que ora se coloca, permitindo-se o influxo da ordenança comunitária em virtude da presença, no caso em análise, de um novo e complexo tipo de relação criado para os países da região, dos sujeitos dessa relação, e de suas vicissitudes.

### **3.4.2 Efetivação jurisdicional e análise de requisitos de cautelaridade**

Do ponto de vista procedimental, o PMC tenta estabelecer conexão estreita entre os Poderes Judiciários dos Países-Partes e, desta forma, entre os próprios países. Para se desincumbir deste mister, estabelece o referido diploma uma ação difusa ou “desconcentrada”, em face do que comumente ocorre em demandas que, em todos os seus aspectos, encontram-se sob a apreciação do judiciário de um só país, o que conduz, em seguida, a breve incursão ao procedimento cautelar brasileiro.

As medidas cautelares normalmente são requeridas ao juiz da causa e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal. Trata-se do princípio da prevenção da competência, consagrado, no Brasil, pelo art. 800 do CPC, que, devido à relação estreita entre um procedimento que visa conhecer da existência ou não de um direito, e outro, que existe para garantir a efetividade do processo, estabelece sejam ambos submetidos à apreciação do mesmo órgão julgador.

Assim, o primeiro capítulo do Livro III do CPC, tratando das disposições gerais sobre as medidas cautelares, dispõe em seu primeiro artigo (art. 796) que o procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente. Tal disposição orienta a distribuição do processo cautelar, jungindo-o, desde sua instalação, àquele que serve, como instrumento de efetividade. E, nesse sentido, estabelece o art. 809 que os autos do procedimento cautelar serão apensados aos do processo principal. Estes dispositivos se referem à comodidade e facilidade e, em alguns casos, à própria possibilidade de se produzir provas, prevenir fraudes e evitar danos através da intervenção temporânea do juiz no estado de fato que encontra na *cognitio*, se este sofrer ameaça de violação ou turbação indevida. É de se salientar que, em casos de excepcional urgência, mesmo o juiz incompetente poderá decretar medida cautelar.

Essa consciência e visão sistêmica que deve ter o julgador, sobre todo o processo e suas circunstâncias materiais, e sobre eventual ameaça de lesão a tais circunstâncias, apreciando, ele mesmo, pedido de ação imediata, ainda que provisória, em autos apensados, remete à mencionada prevenção competencial que orienta o procedimento cautelar, mas anuncia a outro princípio, o da concentração.

Dentro da visão de efetividade e da agilização do processo rumo à consecução de seus objetivos, racionalizando-se o universo formado por atos e prazos com vistas à eficácia dos primeiros e otimização dos últimos, exsurge o princípio da concentração<sup>333</sup>. Ora, de fácil observação é a relação que guarda a cautelaridade com referido princípio, quando se teme o perigo no retardo, e em vista de tal perigo é requerida uma medida urgente.

---

<sup>333</sup> COUTURE, Eduardo José. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1976, p. 199: “Denomina-se princípio da concentração aquele que pugna por aproximar os atos processuais uns aos outros, concentrando em breve espaço de tempo sua realização.”

Não há, todavia, o poder (dever) de conceder cautela que a lei atribui ao juiz, de se constituir em arbitrariedade ou violação dos direitos daquele contra quem é decretada a segurança. Daí que, se apta a ser provida de forma ágil, há também, a medida, que ser justificada pela presença do *fumus boni iuris*, a irradiar plausibilidade, razoabilidade do pedido como calcado em solo de direito incontroverso.

As medidas cautelares guardam, ao mesmo tempo, como aponta Vicente Greco Filho, finalidade provisória e instrumental. Provisória porque devem durar até que medida definitiva as substitua ou até que uma situação superveniente as torne desnecessárias; instrumental porque elas não têm finalidade ou objetivo em si mesmas, mas existem em função de outro processo<sup>249</sup>.

Em face de requerimento de medida cautelar, o juiz verificará se estão presentes certos requisitos que tornam necessária ou, quando nada, conveniente sua concessão. Esse convencimento do órgão julgador não necessita comprovação definitiva e irrefutável.

Os requisitos de cumprimento serão apreciados, logicamente, após o juízo de admissibilidade procedido pela autoridade jurisdicional requerente, conforme suas leis de processo. Inexistentes perante aquela os pressupostos para a concessão da medida cautelar segundo suas próprias regras, o pedido sequer é enviado ao Estado requerido. Mas se verificados os pressupostos para a concessão, é dado prosseguimento ao pedido de remessa do *ex-horto* ao país onde há de ser cumprido. E será, a rigor do PMC sempre que contiver os documentos e informações previstos no artigo 21, com a devida tradução.

Interessante, portanto, é a imposição pelo PMC de requisitos de cumprimento em detrimento de outros anteriormente previstos na legislação interna dos Países-Membros. Presentes, portanto, os requisitos cautelares, obrigado está o país requerido à efetivação da medida, sem o processo homologatório, sempre que isto não represente manifesta afronta à sua ordem pública.

### **3.4.3 Cooperação jurisdicional integrada e os esforços de institucionalização no Mercosul**

---

<sup>249</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil brasileiro*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 33.

O PMC, de acordo com a realidade a que está umbilicalmente ligado, deve ser analisado com a devida profundidade. Trata-se, como se tem exposto, de esforço que possui, conjuntamente com outros de natureza diversa mas erigidos no mesmo âmbito, o escopo maior de contribuir na formação do Mercado Comum em cuja construção se têm lançado os Estados-Partes.

As relações entre países têm observado os dogmas internacionalistas fundamentados em vetustos conceitos de soberania estatal. O cuidado extremado com a não-submissão ao poder de outros Estados tem sido uma constante na ordem política e jurídica de cada país. E isto se reflete, na seara do direito, nos mecanismos de exame minucioso de pedidos oriundos do judiciário de um país, dirigidos ao de outro.

A questão da construção de um Mercado Comum do Sul, em obediência estrita aos termos dos tratados já instituídos, e com a amplitude e abrangência de um intercâmbio só visto na união fomentada pelos países da Europa, encontra obstáculo nos conceitos nacionais limitadores de interação com outros países, mas representa uma tomada de postura, ou uma disposição à releitura da idéia de soberania.

Com toda a certeza, trata-se de ponto delicado, relativo às histórias da formação dos vários países, e que portanto não há de encontrar solução imediata. A cooperação processual direta, em medidas cautelares no Mercosul, anuncia o advento da interação judiciária e vem proporcionar este tipo de aproximação sob leis comuns em nome da segurança jurídica regional, como prevê o próprio Protocolo, donde se extrai que os Estados-Partes estão convencidos da importância e da necessidade de oferecer ao setor privado 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.

A efetivação do Projeto Mercosul implica o fomento da livre circulação de mercadorias, pessoas e fatores produtivos, com a extinção das barreiras tarifárias e não tarifárias, o que requer harmonização legislativa. Não se trata, aí, de processo, mas de normas que regulam o comércio regional e que precisam ser harmonizadas<sup>334</sup>.

---

<sup>334</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo. *O Mercosul suas instituições e ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, 1998, p. 72: "Realmente, não existiria uma zona de livre comércio e tão pouco uma zona aduaneira comum, se houvesse

Não obstante o vulto das questões comerciais, a Cooperação Jurisdicional Integrada é ponto fulcral na implementação do Mercosul. E através dela que se viabiliza, gradualmente, a criação de sistema de justiça próprio à consolidação monolítica da região.

Trata-se, neste ponto, da questão do *desenvolvimento regional*, suprema orientação que norteia os debates onde se discute sobre a real necessidade, ou quais benefícios de fato justificam seja dado lugar a um Mercado Comum, verdadeiramente em moldes comunitários, ou seja, a partir da supranacionalidade normativa.

---

impedimentos à circulação de mercadorias, se fossem criadas distinções entre nacionais de um Estado e outro, já que para os efeitos de mercado - ou seja de comércio de mercadorias - há uma unidade na região. Os tratados que criaram o Mercosul e o compõem, dessorate revogaram, implicitamente ou expressamente, as normas internas que com eles conflitam”.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

---

O momento conclusivo de um trabalho não constitui o término de uma tarefa, pois ainda se enfrentam grandes dilemas, já que toda a conclusão pressupõe a síntese das idéias e problemáticas desenvolvidas.

Neste sentido, a partir do exposto nos três capítulos desta monografia, é possível sintetizar a problemática da interpretação uniforme do PMC no âmbito do Tratado de Assunção, nos tópicos que se seguem.

O Direito Uniforme é aquele expresso em um Tratado Internacional ou formulado por organização internacional, sendo incorporado aos direitos internos por meio de normas específicas de cada ordenamento envolvido.

Na argumentação favorável à criação e implementação de sistemas normativos uniformes existem duas tendências justificadoras que, embora com pontos de contato, importantes serem bastante diferenciadas: a que relaciona a uniformidade com o projeto de transformação social por meio da implementação de um direito ideal e a que relaciona a uniformização com a resolução de problemas emergentes que reclamam uma solução global.

A busca generalizada de soluções que diminuam o risco contratual efetivamente, é que embasa o processo de concretização de regras internacionais eficazes.

A uniformização tem por objeto suprimir ou atenuar as disparidades entre as disposições de direito interno, na medida em que o exige o funcionamento do Mercado Comum, importando na alteração dos respectivos conteúdos.

Não obstante, importante destacar que a concepção jurídica positivista está na base da uniformização convencional. Assim, a uniformização em torno dos códigos liberais, sobretudo civis, pode ser vista como um processo que atende as finalidades socio-econômicas.

A validade da norma jurídica pode ser vista como o vínculo estabelecido entre a proposição jurídica, considerada na sua totalidade lógico-sintática, e o sistema de Direito posto, de modo que ela é válida se pertencer ao sistema.

Para pertencer a tal sistema, dois aspectos devem ser observados: o primeiro, a adequação aos processos anteriormente estabelecidos para a criação da proposição jurídica (exceto no caso da recepção pela Constituição) e, segundo, a competência constitucional do órgão criador.

O direito uniforme, contrariamente ao direito supranacional, depende da incorporação ao ordenamento nacional para que possa ter efeitos na esfera interna.

A superioridade das normas derivadas das instituições do Mercosul, quando em confronto com as normas nacionais e a sua aplicabilidade imediata dentro do território dos Estados, são qualificativos atribuídos ao ordenamento das organizações internacionais.

A auto-executoriedade refere-se tanto às relações externas de aplicação quanto às internas. Nas relações externas, o tratado figura da criação das obrigações internacionais entre os Estados-Partes e próprias do direito internacional. Em seu aspecto interno, a auto-executoriedade lida basicamente com dois problemas: a incorporação ao direito interno e a sua hierarquia nesse sistema.

Interpretar uma norma é interpretar um sistema inteiro. A esse propósito, é imperativo compreender a própria tarefa da exegese, sob o prisma de que o sistema é mesmo uma ordem axiológica ou teleológica composta de normas, de princípios e de valores, devidamente hierarquizados pelo intérprete em diálogo com o sistema, nas suas presentes demandas.

Sem comprometer a soberania nacional e a ordem internacional, os Estados modernos têm permitido que em seus territórios se apliquem, em determinadas hipóteses, normas estrangeiras, admitindo assim a extra-territorialidade, para tornar mais fáceis as relações internacionais, possibilitando conciliar duas ou mais ordens jurídicas pela adoção de normas que dêem solução mais justa.

O direito deve ser interpretado de modo único, a uniformidade da aplicação aparece como uma simples consequência do significado verdadeiro. Através das normas sobre interpretação dos tratados existentes, na Convenção de Viena é possível encontrar um método autônomo, passível de ser aplicado por todos os países.

Parece importante afirmar que o momento da aplicação do direito é o momento da efetiva articulação da norma jurídica. A norma aplicada não pode existir como tal fora de um contexto.

Embora seja fácil afirmar que a aplicação deva ser uniforme, sua implementação efetiva não o é, há na doutrina apenas a estatuição normativa de como deve ser a aplicação uniforme devido ao caráter internacional das normas.

A idéia de que não é possível criar um mecanismo integralmente eficiente de uniformização da aplicação do direito pode ser frustrante para aqueles que acreditam em métodos ideais. A análise que leva a esta conclusão e, portanto, afasta a possibilidade de sistemas ideais, é a mesma que permite encontrar instrumentos de análise e organizações capazes de servirem na elaboração de um mecanismo que não é perfeito, mas pode ser melhor adaptado aos ambientes.

A idéia de integração dos países da América Latina não é nova. Ao longo dos séculos a busca desta integração tem inspirado iniciativas importantes de se promover o desenvolvimento de uma região tão marcada pela instabilidade política e econômica, através do fomento a associações de países que, se bem sucedidas, poderiam ser o embrião de verdadeiras comunidades de nações na América do Sul.

A América do Sul tem assistido mais acentuadamente nos dias atuais ao resultado da operosidade dos países da Europa em estabelecer um concerto quase continental, cujo início ocorreu há meio século e cuja complexidade e estágio de aprimoramento refletem, sem dúvida, a maturidade do processo conferida pelo tempo, mas também, marcadamente, a seriedade e o compromisso com que as nações componentes do projeto europeu se envolveram em lançar suas bases e soerguer um modelo de cooperação e integração regional jamais visto.

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 juris*.

As medidas cautelares têm um papel bastante significativo no contexto da integração dos Estados-Partes do Mercosul. A importância de sua disciplina decorre, precipuamente, da necessidade de se facilitar o acesso ao poder judiciário no âmbito regional do Mercosul.

O processo cautelar serve para garantir o principal, sem que ele sofra mudanças em função do tempo e da demora. Desta forma, são características do processo cautelar a celeridade, a acessoriedade, a provisoriedade, a instrumentalidade, a fungibilidade e a autonomia.

As medidas cautelares, sob a incidência de regulamentação do referido Protocolo, podem destinar-se ao impedimento da ocorrência de danos que atinjam as 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.

Com relação à lei aplicável, o Protocolo observou 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 assim consagrado o princípio *locus regit actum*.

A sentença cautelar não poderá 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.

Quando se trata de cumprimento de medidas cautelares entre cidades fronteiriças, todavia de países distintos, o PMC dispensou a legalização. Conforme se pode

constatar no decorrer do presente trabalho, tal disposição é manifestamente contrária ao disposto na Constituição Brasileira, uma vez que o art. 102, I, “h”, estabelece a necessidade de concessão do *exequatur* pelo Supremo Tribunal Federal, para que as cartas rogatórias possam ser cumpridas por autoridade judicial brasileira.

Os atos internacionais, conforme estudado no capítulo I, no item que trata da interpretação dos tratados e de atos de organizações 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 da sua ratificação.

Frise-se que o Protocolo não vige, ainda, internamente, por prescindir de promulgação. Entretanto, no âmbito externo, frente aos demais Estados-Partes do Mercosul, o Brasil já se obriga em relação às disposições do Protocolo, tendo em vista que já o ratificou.

No terceiro capítulo, no item que trata da efetividade do procedimento cautelar e a supranacionalidade normativa, foi colacionada decisão do STF em pedido de cumprimento de Medida Cautelar, oriundo da Argentina, apreciado em 4 de maio de 1998, quando o PMC não havia sido integrado ao sistema jurídico brasileiro.

Diante da supremacia da Constituição Brasileira, os dispositivos inovatórios do PMC não serão recepcionados pela Constituição, inviabilizando, dessa forma, a aplicação e interpretação uniforme do supramencionado ato internacional.

No Brasil, os dispositivos do Protocolo que realmente significam um avanço em nível de acesso à justiça não será atingido, tendo em vista as disposições constitucionais.

Para atingir estes avanços do PMC o Brasil deve transferir competências, adotar a tese de supremacia da norma internacional frente à norma interna, e alterar a Constituição.

Analisando a Constituição Argentina, fica claro a preocupação dos legisladores argentinos em possibilitar a recepção da regra comunitária no ordenamento jurídico nacional. Não parece possível interpretação que refute a admissão, pela ordem argentina, de um direito

supranacional. A Constituição argentina destaca a obrigatoriedade da observância de dois princípios: reciprocidade e igualdade.

Ao contrário da grande maioria das cartas constitucionais modernas, a Constituição brasileira deixa de fazer regulamentação das relações entre o direito interno e o direito internacional.

A Constituição brasileira traz antinomias, pois conta com autorização constitucional para buscar a sua integração em uma comunidade latino-americana (art. 4º, parágrafo único, da CF) e, ao mesmo tempo, impede a participação brasileira num órgão internacional que emita normativas e regulamentos comuns, pois eles determinam as competências legislativas das unidades federativas e não mencionam possibilidade de delegação (art. 22 a 24 da CF).

A Constituição do Paraguai é a única, entre os países membros do Mercosul, que se refere literalmente à admissão de uma ordem jurídica supranacional, ao contrário do que acontece com as Constituições dos outros países integrantes do Mercosul. Na Constituição paraguaia, o legislador referiu a posição hierárquica dos tratados internacionais em geral, validamente celebrados, como situada entre a Constituição e as leis ordinárias, como semelhante à argentina.

A Constituição do Uruguai não contém, assim como a carta brasileira, menção à supranacionalidade ou à ordem jurídica comunitária. A Constituição uruguaia define a integração latino-americana como algo que deve ser procurado, mas tendo como prioridade a defesa comum da produção local e a complementação de serviços públicos.

Analisando os dispositivos Constitucionais de cada Estado-Parte, no que tange à celebração de tratados e à ordem jurídica comunitária o sistema de regras que guardam entre si apenas relações de fundamentação ou derivação, poderia deduzir-se a existência de um ordenamento comum no Mercosul, cujo liame opera-se pelo Tratado Constitutivo, acordos complementares e decisões dos organismos autônomos, todos e em tudo que forem incorporados às ordens jurídicas nacionais.

Analisando as legislações dos Estados-Partes pode-se deduzir a existência de

um ordenamento jurídico comum no Mercosul, cujo liame opera-se pelo Tratado constitutivo, ou seja, o PMC. O pequeno desequilíbrio entre as legislações de cada Estado-Parte, exposto no item que trata das cautelares na Argentina, Brasil, Uruguai e Paraguai, é superado pelo fato que o Protocolo faz a sua opção, frente a este critério, definindo a natureza intergovernamental dos seus órgãos, concebendo o complexo processo de incorporação das decisões.

A análise do PMC como instrumento a serviço da interação judiciária pela cautelaridade visa contribuir com a construção de um sistema de justiça comunitário na região, é proposição fundada na evolução do sistema internacional, nitidamente tendente à associação e ao não isolacionismo.

O estado da construção das Comunidades Européias faz-se importante como lastro teórico onde se observa a reorganização política e jurídica para a criação de uma nova conformação integrativa entre países.

Os esforços enviados por todas as áreas do conhecimento, elevando ao infinito as interfaces científicas em obra de caráter eminentemente multidisciplinar, é que justifica o estudo do PMC como viga que, justamente com outros, de caráter processual, vai sustentar o soerguimento do Mercosul à medida em que promove a interação judiciária, ou a salutar experiência da jurisdição compartilhada que, por sua vez, haverá de ser a base da institucionalização da justiça supranacional, acionável para fazer valer a vontade concreta do direito comunitário e legalmente competente e cometida de autoridade para realizar este mister.

O PMC é um importante instrumento de cogitação do processo em moldes comunitários do Mercado Comum do Sul, como cobertura de significativa etapa de integração da atividade jurisdicional a caminho da supranacionalidade.

**ANEXO**

## **PROTOCOLO DE BRASÍLIA SOBRE 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:

### **OBJETO DO PROTOCOLO**

#### **ARTIGO 1**

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, de 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, trabalhista e em processos penais, quanto à reparação civil.

#### **ARTIGO 3**

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

### **ÂMBITO DE APLICAÇÃO**

#### ARTIGO 4

As autoridades jurisdicionais dos Estados Partes do Tratado de Assunção darão cumprimento às medidas cautelares decretadas por Juizes 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 medida.

#### LEI APLICÁVEL

#### ARTIGO 5

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

#### ARTIGO 6

A execução da medida cautelar e sua contracautela ou respectiva garantia, serão processadas pelos Juizes ou tribunais do Estado requerido, segundo suas leis.

#### ARTIGO 7

Serão também regidas pelas leis e julgadas pelos Juizes 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.

#### ARTIGO 8

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 deste Protocolo.

#### OPOSIÇÃO

#### ARTIGO 9

O presumido devedor da obrigação ou terceiros interessados que se considerarem 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.

## **AUTONOMIA DA COOPERAÇÃO CAUTELAR**

### **ARTIGO 10**

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.

## **COOPERAÇÃO CAUTELAR NA EXECUÇÃO DA SENTENÇA**

### **ARTIGO 11**

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 leis.

## **MEDIDAS CAUTELARES EM MATÉRIA DE MENORES**

### **ARTIGO 12**

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.

## **INTERPOSIÇÃO DA DEMANDA NO PROCESSO PRINCIPAL**

### **ARTIGO 13**

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.

## **OBRIGAÇÃO DE INFORMAR**

### **ARTIGO 14**

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.

### COOPERAÇÃO INTERNA

#### ARTIGO 16

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 de seu Estado.

### ORDEM PÚBLICA

#### ARTIGO 17

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 pública.

### MEIO EMPREGADO PARA A FORMULAÇÃO DO PEDIDO

#### ARTIGO 18

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

### TRANSMISSÃO E DILIGENCIAMENTO

#### ARTIGO 19

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.

## **AUTORIDADE CENTRAL**

### **ARTIGO 20**

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

## **DOCUMENTOS E INFORMAÇÕES**

### **ARTIGO 21**

As cartas rogatórias conterão:

- a) a identificação e o domicílio do juiz ou tribunal que determinou a ordem;
- b) cópia autenticada da petição da medida cautelar, e da demanda principal, se houver;
- c) documentos que fundamentem 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 fáltem 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.

### TRADUÇÃO

#### ARTIGO 23

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.

### CUSTAS E DESPESAS

#### ARTIGO 24

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 o benefício da justiça gratuita.

#### DISPOSIÇÕES FINAIS

#### ARTIGO 26

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.

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.

#### ARTIGO 28

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 Brasília, aos 7 dias do mês de dezembro de 1994, em um original, nos idiomas espanhol e português, sendo ambos os textos igualmente autênticos.

GUIDO DI TELLA  
PELA REPÚBLICA ARGENTINA

CELSO L. N. AMORIM  
PELA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

LUIS MARIA RAMIREZ BOETTNER  
PELA REPÚBLICA DO PARAGUAI

PELA REPÚBLICA ORIENTAL DO URUGUAI  
SERGIO ABREU

---

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

---

ALMEIDA, Paulo Roberto. *O MERCOSUL no contexto regional e internacional*. São Paulo: Edições Aduaneiras, 1993.

ARGENTINA. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, art. 195.

BAHIA, Saulo José Casali. *Tratados internacionais no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BATISTA, Ovídio. *Ações Cautelares e o novo processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *As instituições do MERCOSUL - comparações e prospectiva, o MERCOSUL em movimento*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *O Mercosul suas instituições e ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, 1998.

BASSO, Maristela (org). *"MERCOSUL seus efeitos, econômicos e políticos nos Estados-Partes"*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997.

\_\_\_\_\_. *Da aplicação do direito estrangeiro pelo juiz nacional*. São Paulo. Saraiva: 1988.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários a constituição do Brasil* (promulgada em 5 de Outubro de 1988). São Paulo: Saraiva, 1989.

BELLOTTO, Manoel Lelo, et al. *Simón Bolívar*. São Paulo: Ática, [s.d.].

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: ed. da UnB, 1991.

BOLETIM DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO INTERNACIONAL. ano XL - ns.91/92, VII, jan/jun. 1994.

BOLETIM DE INTEGRAÇÃO LATINO AMERICANO, n.11, fls. 103 a 105.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRANCATO, Ricardo Teixeira. *Instituições de direito público e de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 1991.

BRANCO, Luziella Giardino B. *Sistema de Soluções de Controvérsias*. São Paulo: LTr, 1997.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, publicada no *Diário Oficial da União*, de 17 de janeiro de 1973.

\_\_\_\_\_. Lei de introdução ao Código Civil – Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, publicado no *Diário Oficial da União*, de 9 e retificado em 17 de setembro de 1942.

\_\_\_\_\_. [Supremo Tribunal Federal]. Agravo Regimental nº 5.815-2. Tribunal Pleno, *Diário da Justiça da União* de 13.11.1992 in *JSTF*. [Brasília]: Lex, Vol. 171, p. 79.

CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. *O Poder de celebrar tratados*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Pádua: Cedam, nº 8, 1936.

CALIXTO, Negri. O processo Cautelar no direito internacional privado. *Revista de informação legislativa*. Brasília, nº 124, p. 124-191, out/dez 1994.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Die feststellung von lücken im gesetz*. Berlin: Duncker & Humblot, 1964.

CAPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993.

CASELLA, Paulo Borba. A integração econômica e seu Tratado Constitucional, in “*MERCOSUL: desafios a vencer*”. Conselho Brasileiro de Relações Internacionais, São Paulo, 1994.

\_\_\_\_\_. (Coord.). *Contratos internacionais e direito econômico no MERCOSUL*. São Paulo: LTr, 1996.

\_\_\_\_\_. *Comunidade européia e seu ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, 1996.

\_\_\_\_\_. (org). *Mercosul: das negociações à implantação*. São Paulo: LTr, 1994.

\_\_\_\_\_. *Mercosul: exigências e perspectivas*. São Paulo: LTr, 1996.

CHIOVENDA, Giusepe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969.

CLAUSEWITZ, Carl von. *Da guerra*. São Paulo: Martins Fontes, 1979.

## CÓDIGO DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO.

CORRÊA, Antonio. *Mercosul: soluções de conflitos pelos juizes brasileiros*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

COSTA, José Augusto Fontoura. *Normas de direito internacional*. São Paulo: Atlas, 2000.

CONVENÇÃO INTERAMERICANA SOBRE CARTAS ROGATÓRIAS, aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 61, de 19 de Abril de 1995, Ratificado em 27 de novembro de 1995, foi internado com norma através do Decreto nº 1.899, de 09 de Maio de 1996, publicado no *Diário Oficial* [da União], [Brasília], de 10 de maio de 1996, nº 90, Seção I, p. 8007.

CONVENÇÃO DE VIENA. De 1969.

COUTURE, Eduardo José. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1976.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários a constituição brasileira de 1998*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. *Constituição e relações exteriores*. São Paulo: Saraiva, 1994.

DA ROSA, Luiz Fernando Franceschini. *Mercosul e função judicial*. São Paulo: LTr, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1996.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. São Paulo: Revista do, 1981.

\_\_\_\_\_. *Conflitos de normas*. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, [s. d.].

\_\_\_\_\_. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretado*. São Paulo: Saraiva, 1994

DOS SANTOS, Ricardo Soares Stersi. *Mercosul e arbitragem internacional comercial: aspectos gerais e algumas possibilidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

DROMI, Roberto, EKMEKDJIAN, Miguel A., RIVERA, Júlio C. *Derecho comunitário: sistemas de integracion, regimen del Mercosur*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995.

FARIA, José Ângelo Estrela. *O Mercosul: principio finalidade e alcance do tratado de assunção*. Brasília: Ministério das relações Exteriores do Brasil, 1993.

FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1940.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Antinomia*. in *enciclopédia Saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, 1990.

FERREIRA, Pinto. *Comentários a constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1992.

FLORENCIO, Sérgio Abreu L. e ARAÚJO, Ernesto Fraga. *Mercosul hoje*. São Paulo: Malheiros, 1995. V. 2.

FRANÇA, Gustavo Gomes. *Interação judiciária pela cautelaridade*. Belo Horizonte. [s. d.]. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Católica de Minas Gerais.

FRANCA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1994.

FREITAS, Juarez de. *A interpretação sistêmica do direito*. São Paulo: Malheiros, 1995.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Reforma constitucional e o problema da superioridade hierárquica dos tratados frente às leis internas. *Caderno de direito constitucional e ciência política*. RT, ano 7., n. 27., abr/jun. 1999.

GARCIA JÚNIOR, Armando Álvares. *Conflitos entre normas do Mercosul e direito interno*. São Paulo: LTr, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1995.

HUCK, Hermes Marcelo. *Da guerra justa à guerra econômica*. São Paulo: Saraiva, 1996.

KELSEN, Hans. *Teoria generale delle norme*. Torino: Einaudi, 1985.

\_\_\_\_\_. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

LARENZ, Karl. *Diálogos*. Trad. José Cavalcante de Souza, Jorge Paleikat e João Crus Costa. São Paulo: Abril cultural, 1983.

\_\_\_\_\_. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. *Tratados internacionais no Brasil e integração*. São Paulo: LTr, 1998.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1994.

MARTIN FARREL, Diogo. *Hacia un criterio empírico de validez*. Buenos Aires: Eudeba, 1963.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1918.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MELLO, Celso Delmanto de Albuquerque. *Direito constitucional internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

\_\_\_\_\_. *Direito internacional público*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v.1, 1982.

\_\_\_\_\_. A grande omissão, item 13 de. A revisão do direito constitucional na Constituição de 1998. *Revista ciências sociais*. Ano I, Nº1, Rio de Janeiro: Universidade Gama Filho, 1995.

\_\_\_\_\_. Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1991.

MERCADANTE, Araminta de Azevedo. *Contratos internacionais e direito econômico no Mercosul*. São Paulo: LTr, 1996.

MICHELS, Gilson Wessler. *Autonomia de vontades no juízo arbitral*. Florianópolis, UFSC, 2000. Monografia.

MORAES, Bernardo Ribeiro. *Interpretação no direito tributário*. São Paulo, Saraiva, 1975.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. *La unión europea y las mutaciones del Estado*. Madrid : Alianza, 1993.

OLIVEIRA, Odete Maria de. *Relações internacionais e globalização: grandes desafios*. Ijuí: Unijui, 1998.

OTERMIN, Jorge Perez. *El mercado comum del sur. Desde Assunción a Ouro Preto*. Montevideu. Fundación de Cultura Universitaria, 1995.

PARAGUAI. Código Procesal Civil da la República del Paraguay.

\_\_\_\_\_. República del Paraguay Constitución Nacional. Edición Oficial, Castellano-Guarani. Asuncion, Paraguay, junho de 1992.

PEREIRA, Ana Cristina. *Mercosul: o novo quadro jurídico das relações comerciais da América Latina*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 1997.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

PIRES, Alice Catarina de Souza; FONSECA, Amanda Gonçalves; CROSHERE, Indira Lima. *Soluções de controvérsias no Mercosul*. São Paulo: LTr, 1998.

PROTOCOLO DE BRASÍLIA. Assinado em 17.12.1991 na cidade de Brasília. Aprovado pela decisão MERCOSUL/CMC/DEC N° 1/91 que se operou em 23.04.1993, após o último país, o Uruguai, ter depositado a sua ratificação. No Brasil, foi aprovado pelo Decreto Legislativo n° 88, de 01.12.1992, publicado no *Diário Oficial da União* [Brasília], em 01.12.1992 e promulgado pelo Decreto n° 922, de 10.09.1993, que foi publicado no *Diário Oficial da União* [Brasília], em 13.09.1993.

PROTOCOLO DE COOPERAÇÃO E ASSISTÊNCIA JURISDICIONAL EM MATÉRIA CIVIL, COMERCIAL, TRABALHISTA E ADMINISTRATIVA.

PROTOCOLO DE BUENOS AIRES. Assinado em 05.08.1994 em Buenos Aires, Argentina e foi aprovado pela Decisão MERCOSUL/CMC N° 01/94 e de acordo com seu art. 17 a adesão ao tratado de Assunção implica em pleno direito à adesão ao protocolo. No Brasil, foi aprovado pelo Decreto Legislativo n° 129 de 05.10.1995, publicado no *Diário Oficial da União*, em 06.10.1995. Foi promulgado pelo Decreto n° 2095 de 17.12.1996 e publicado no *Diário Oficial da União*, em 18.12.1996.

PROTOCOLO DE LÃS LEÑAS, assinado em 27.06. 1992, no vale de Lãs Leñas, Província de Mendoza, Argentina. Foi aprovado pela Decisão MERCOSUL N° 05/92. Aprovado pelo

Decreto Legislativo nº 55 de 19.04.1995 e publicado no *Diário Oficial da União*, em 28.04.1995, promulgado pelo Decreto nº 2.067 de 12.11.96 e publicado no *Diário Oficial da União*, em 13.11.1996.

PROTOCOLO DE MEDIDAS CAUTELARES. Datado de 16.12.1994, assinado na cidade de Ouro Preto – Brasil. Aprovado pelo Decreto Legislativo nº 192 de 15.12.1995 e publicado no *Diário Oficial da União*, em 18.12.1995. Sendo promulgado pelo Decreto nº 1.901, de 09.05.1996, que foi publicado no *Diário Oficial da União* em 10.05.1996.

PROTOCOLO DE OURO PRETO. Assinado em 17 de dezembro de 1994. No Brasil, o Protocolo foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 188 e publicado no *Diário Oficial da União* em 18.10.1995, sendo promulgado pelo Decreto nº 1.901, de 09.05.1996, que foi publicado no *Diário Oficial da União* em 10.05.1996.

RAMOS, Rui Manuel Gens de Moura. *Direito internacional privado e constituição; introdução a uma análise das suas relações*. Coimbra: Coimbra, 1994.

RECASÉNS SICHES, Luis. *Introducion al estudio del derecho*. 5. ed. México: Porrúa, 1979.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado. Teoria e prática*. São Paulo: Saraiva, 1998.

REUTER, Paul. *Droit internacional public*. Paris: PUF, 1958.

REVISTA DE PROCESSO. São Paulo: Revista dos tribunais, v. 24, n. 94, Abril/Junho, 1999.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *O Processo Cautelar no Mercosul*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999.

ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. São Leopoldo: Unisinos, 1998.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso á justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

ROSS, Alff. *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba, 1963.

SALTER, Sir Arthur. *A natureza das comunidades europeias*. Coimbra: Almedina, 1993.

SANCHES, Sydney. *Poder cautelar geral do juízo no processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1978.

SANTOS, Moacyr Amaral Santos. *Ações cominatórias*. São Paulo: Saraiva, 1985.

\_\_\_\_\_. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1985.

SCHWEITZER, Michael e HUMMER, Waldemar. *Derecho europeo*. Buenos Aires: Depalma, 1987.

SEARLE, J. *Actos de habla*. Buenos Aires: Planeta Agostini, 1994.

SOARES, Guido F. S. O direito supranacional nas comunidades Europeias e na América Latina: o caso ALALC/ALADI e o Mercado Comum Brasil Argentina, *Revista dos Tribunais*, [São Paulo], v. 668, p. 19-20, jun.1991.

\_\_\_\_\_, Mário Lúcio Quintão. *Direitos humanos, globalização e soberania*. Belo Horizonte: Inédita, 1997.

SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

TEIXEIRA, Antônio Fernando Dias. *A natureza das comunidades europeias*. Coimbra: Almedina, 1993.

TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1967.

TRATADO DE ASSUNÇÃO. Assinado em 26 de Março de 1991, no Brasil, aprovado pelo Congresso Nacional em 25.09.91, através do Decreto nº 197, de 25.09.1991 (publicado no *Diário Oficial [da União]* em 26.09.1991); foi promulgado pelo Presidente da República, através do Decreto nº 350 (publicado no *Diário Oficial [da União]*, em 22.11.1991).

URUGUAI, Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay.

\_\_\_\_\_. *Constitucion de la Republica Oriental del Uruguay*. Montevideo: Câmara de Senadores, 1986.

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

WIEACKER, F. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Principes du droit. Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*. Paris: LGDJ, 1988.

([www.gddc.pt/cooperação/materia-civil-comercial/unidroit.html](http://www.gddc.pt/cooperação/materia-civil-comercial/unidroit.html)).