

# O processo cautelar no Direito Internacional Privado

(Convenção Interamericana sobre cumprimento de Medidas Cautelares - Montevideu - 1979)

NEGI CALIXTO

## SUMÁRIO

1. O processo cautelar. 2. Convenção Interamericana. 3. Medidas cautelares da Convenção de Montevideu. 4. A finalidade da Convenção de Montevideu. 5. A lei aplicável. 6. O procedimento. Pedido. Embargos. 7. O procedimento. Execução e cumprimento. 8. Medidas cautelares de urgência ou conservatórias. 9. Custódia de menores. 10. Estados do Mercosul ou limitrofes.

### 1. O processo cautelar

Comentando o processo cautelar, o jurista Pontes de Miranda disse que é aquele que se satisfaz “a pretensão à segurança da pretensão”<sup>1</sup>, insistido por Tullio Liebman, para quem a atividade jurisdicional cautelar dirige-se à segurança e garantia do eficaz desenvolvimento e do proficuo resultado das atividades de cognição e execução, concorrendo, dessa maneira, para o atingimento do escopo geral da jurisdição<sup>2</sup>.

A sua existência é proclamada como necessária e eficaz e, como ressalta em obra extremamente didática Humberto Theodoro Júnior, “se os órgãos jurisdicionais não contassem com um meio pronto e eficaz para assegurar a permanência ou a conservação do estado das pessoas, coisas e provas, enquanto não atingido o estágio último da prestação jurisdicional, esta correria o risco de cair no vazio, ou de transformar-se em providência inócua”<sup>3</sup>.

O processo cautelar reina, no direito positivo moderno, como jurisdição do *tertium genus*,

<sup>1</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao CPC*, ed. 1949, v. IV, p.11

<sup>2</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale de Diritto Processuale Civile*, 1968, v. I, n.º 36, p. 91.

<sup>3</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*, 15.ª Ed., 1994, p. 41.

trazendo para si as medidas cautelares, que o direito brasileiro conhecia como medidas preventivas, contendo “a um tempo as funções de conhecimento e de execução com “a prevenção” como elemento específico”, na explicação de Alfredo Buzaid<sup>4</sup>.

O excelente processualista Ovidio A. Baptista da Silva conceitua o processo cautelar como “forma especial de proteção estatal de mera segurança, equivalente a uma forma de tutela preventiva e não-satisfativa da pressuposta e provável situação de direito material ou processual a que se presta auxílio jurisdicional”, e para quem o direito positivo brasileiro fez inserir três classes bem distintas de “medidas cautelares”: as formas (satisfativas) sumárias de medida provisória; as simples medidas provisionais, tomadas no curso do processo principal; e as verdadeiras ações cautelares<sup>5</sup>.

Servindo a um processo principal ou esgotando-se como ação cautelar, a medida cautelar evita um dano jurídico, prevenindo-se da instabilidade de situações que envolvem o interesse em litígio.

A sustentação da medida cautelar escorase em requisitos já fincados na doutrina moderna como: o dano potencial e a plausibilidade do direito substancial.

Theodoro Júnior, seguindo a orientação prática de Ramiro Podetti, classificou as medidas cautelares em: 1.º grupo - Poder Geral de Cautela - Medidas Inominadas, e 2.º grupo - Medidas Específicas - Nominadas, subdivididas em: a) Medidas sobre Bens; b) Medidas sobre Provas; c) Medidas sobre Pessoas e d) Medidas Conservativas e outras não Cautelares, e apenas submetidas ao procedimento cautelar (ob.cit.).

Procura, portanto, o processo cautelar, pelo seu instrumento de medida cautelar, assegurar o equilíbrio das partes, evitando qualquer alteração durante o processo, na clássica lição de Carnelutti<sup>6</sup>.

## 2. Convenção Interamericana

Os Governos dos Estados-Membros da OEA, Organização dos Estados Americanos, desejosos de concluir uma convenção sobre

<sup>4</sup> BUZAIID, Alfredo. *Exposição de Motivos ao CPC*, 1972.

<sup>5</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovidio A. *Comentários ao Código de Processo Civil - Do Processo Cautelar*, 2.ª ed. 1986, Letras Jurídicas Editoras, pp. 4 e 18.

<sup>6</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Direito e Processo*, ed. 1958, n.º 234, p. 356.

cumprimento de medidas cautelares, reunidos em Montevidéu, em 1979, convieram firmar um documento expressando a imposição de processo cautelar no interesse dos Estados envolvidos<sup>7</sup>.

Não há notícia que o Brasil tenha aderido e, conseqüentemente, ratificada esta Convenção.

A Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, adotada em 23 de maio de 1969 pela Conferência das Nações Unidas, tentou conceituar a palavra *tratado* distinguindo da *convenção*, sendo a primeira expressão *tratado*, abrangente de qualquer tipo de acordo internacional firmado entre Estados, e a segunda *convenção*, tratados multilaterais abertos (tratados-*leis* ou tratados com normas gerais) adotados em conferências realizadas no âmbito dos organismos internacionais de direito público.

Hoje, a Constituição brasileira de 1988, ao tratar da competência exclusiva do Congresso Nacional na resolução desses atos, aponta “tratados, acordos ou atos internacionais” (art. 49, I), e na competência privativa do Presidente da República, quanto à celebração, disse em “tratados, convenções e atos internacionais” (art. 84, VIII), o que não deixa dúvida de que os tratados e as convenções, estas resultantes de acordo ou atos, persistem na sua dicotomia.

No entanto, em notável obra *Direito dos Tratados*, o Ministro Francisco Rezek alerta “que o uso constante a que se entregou o legislador brasileiro – a começar pelo constituinte –, da fórmula “tratados e convenções”, “induz o leitor desavisado à idéia de que os dois termos se prestem a designar coisas diversas”, entretanto, “a implícita insinuação de que os dois termos se apliquem a figuras substancialmente diversas é algo que já não faz sentido há pelo menos cem anos”, e a idéia errônea que vincula o “tratado” ao cenário político, e a “convenção” aos assuntos de feitio precipuamente técnico, é facilmente afastada, desde que uma visão global dos acordos interamericanos é bastante para desprestigiar tal idéia. Nesta comunidade regional já se celebraram “tratados” sobre temas tão pouco politizados quanto patentes de invenção industrial e proteção de móveis de valor histórico, enquanto que se firmavam “convenções” em área tão pouco técnica quanto ao asilo político - territorial ou diplomático -, a da manutenção e garantia da paz, e a da administração provisória de colônias e pos-

<sup>7</sup> DOLINGER, Jacob e TIBURCIO, Carmen. *Vade-mecum de Direito Internacional Privado*, ed. Renovar, Rio, 1994, p. 632.

sessões européias na América”<sup>8</sup>.

Concluímos, então, que a Convenção Interamericana ora em apreciação também pode ser chamada de “tratado”, sem que fira qualquer conceito ou natureza jurídica do termo, pelo uso flexível que se constatou no histórico das reuniões dos Estados-Membros, das expressões “tratados e convenções”.

### 3. Medidas cautelares da Convenção de Montevideu

Para os fins da Convenção são consideradas equivalentes as expressões “medidas cautelares”, ou “medidas de segurança”, ou “medidas de garantia”, desde que empregadas para indicar todo procedimento (processo cautelar) ou meio que tenda a garantir as conclusões ou efeitos de um processo atual ou futuro (processo de conhecimento ou de execução) quanto à segurança das pessoas, dos bens ou das obrigações de dar, fazer, ou não fazer, uma coisa específica, em processo de natureza civil, comercial, trabalhista e, em processos penais, quanto à reparação civil.

Resaltou a Convenção que qualquer Estado-Membro participante poderá declarar que se limitam a uma ou algumas das medidas cautelares previstas.

### 4. A finalidade da Convenção de Montevideu

As decisões proferidas por juizes ou tribunais dos Estados-Membros da OEA, participantes da Convenção, desde que originárias de órgão judiciário competente, serão cumpridas pelas autoridades judiciárias dos Estados-Partes aonde a cautelar deverá ser executada, e terão, por objeto:

a) o cumprimento de medidas necessárias para garantir a segurança das pessoas, tais como custódia de filhos menores ou alimentos provisionais;

b) o cumprimento de medidas necessárias para garantir a segurança dos bens, tais como arrestos e seqüestros preventivos de bens imóveis e móveis, registros de causa e administração de empresas ou intervenção nelas.

No Brasil, além de ter sido, a decisão, proferida por juiz ou tribunal competente, exigem-se outros requisitos, como os delineados nos arts. 483 e 484 do Código de Processo Civil (aquisição de eficácia), combinados com os artigos 215 e seguintes do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

### 5. A lei aplicável

A procedência da medida cautelar será declarada em conformidade com as leis e pelos juizes do lugar do processo. Sua execução, porém, bem como os pedidos contrários a ela ou a garantia, serão resolvidos pelos juizes do lugar onde se solicitar seu cumprimento, em conformidade com as leis deste último lugar.

A garantia que o solicitante deve prestar, bem como a que a pessoa afetada se prontifica a prestar no lugar onde a medida se efetivar, reger-se-ão pela lei do lugar do cumprimento da medida.

### 6. O Procedimento. Pedido. Embargos

A modificação da medida cautelar, bem como as sanções por petições maliciosas ou temerárias, reger-se-ão pela lei do lugar do cumprimento da medida.

Quando se houver decretado arresto ou qualquer outra medida cautelar em matéria de bens, a pessoa prejudicada por essa medida poderá opor perante o juiz ao qual se tenha expedido a carta rogatória, os embargos pertinentes, com o único objetivo de que sejam remetidos ao juiz de origem, quando lhe for devolvida a carta rogatória. Informado o juiz requerente da oposição dos embargos, suspenderá ele a tramitação do processo principal por prazo não superior a sessenta dias, a fim de que a pessoa prejudicada faça valer seus direitos.

Os embargos serão processados pelo juiz do processo principal, em conformidade com suas leis. O embargante que comparecer, vencido o prazo indicado, receberá a causa no estado em que se encontrar.

Se os embargos forem excludentes de domínio ou de direitos reais sobre o bem arrestado, ou se basearem na posse ou domínio do bem seqüestrado, serão devolvidos pelos juizes de acordo com as leis do país da situação do referido bem.

### 7. O procedimento. Execução e cumprimento

O cumprimento de medidas cautelares pelo órgão jurisdicional requerido não implicará o compromisso de reconhecer e cumprir a sentença estrangeira que for proferida no mesmo processo.

O cumprimento das medidas cautelares de que trata esta Convenção será levado a efeito mediante cartas rogatórias que poderão ser transmitidas ao órgão requerido pelas próprias partes interessadas por via judicial, por intermédio de funcionários consulares ou agentes diplomáticos ou pela autoridade central do Es-

<sup>8</sup> REZEK, Francisco. *Direito dos Tratados*, Forense, 1984, n.ºs 73 e 74.

tado requerente ou requerido conforme o caso.

Cada Estado-Parte informará à Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos sobre qual é a autoridade central competente para receber e distribuir cartas rogatórias.

As cartas rogatórias serão cumpridas nos Estados-Partes desde que reúnam os seguintes requisitos:

a) a que a carta rogatória se encontre legalizada. Presumir-se-á que carta rogatória se acha devidamente legalizada no Estado requerente quando o houver sido por um funcionário consular ou agente diplomático competente;

b) que a carta rogatória e a documentação anexa se encontrem devidamente traduzidas para o idioma oficial do Estado requerido, podendo as autoridades exigir que sejam traduzidas conforme as suas próprias leis.

As cartas rogatórias deverão ser acompanhadas dos documentos que serão entregues à autoridade central ou órgão jurisdicional requerido e que serão os seguintes:

a) cópia autenticada da petição inicial ou da petição da medida cautelar, bem como da documentação anexa e das providências que a houverem decretado;

b) informação sobre as normas processuais que estabeleçam algum procedimento especial que o órgão jurisdicional requerente solicite que seja observado pelo órgão jurisdicional requerido; e

c) se cabível, informação sobre a existência e domicílio do defensor de ofício ou de sociedades de assistência judiciária competentes no Estado requerente.

Na tramitação e cumprimento de cartas rogatórias referentes as medidas cautelares, as custas e demais despesas correrão por conta dos interessados.

Será facultativo ao Estado requerido da tramitação à carta rogatória que careça de indicação quanto à parte que deva atender às despesas e custas quando ocorrerem, salvo se se tratar de alimentos provisionais, caso em que o tribunal requerido o diligenciará de ofício. O juiz ou tribunal requerente deverá precisar o conteúdo e alcance da medida respectiva. Nas cartas rogatórias ou por ocasião da sua tramitação, poderá ser indicada a identidade do procurador do interessado para os fins legais. O benefício de justiça gratuita concedido no Estado requerente será mantido no Estado requerido.

Se o órgão jurisdicional requerido se declarar incompetente para proceder à tramitação da carta rogatória, transmitirá de ofício os docu-

mentos e antecedentes do caso à autoridade judiciária competente do seu Estado.

O Estado requerido poderá denegar o cumprimento de uma carta rogatória referente a medidas cautelares, quando estas forem manifestamente contrárias à sua ordem pública (art. 17 da Lei de Introdução do Código Civil brasileiro).

Somente no caso em que a pessoa afetada justifique a absoluta improcedência da medida, ou quando a petição fundamentar na redução da garantia constituída, o juiz do Estado do cumprimento poderá levantar a referida medida de acordo com sua própria lei.

*8. Medidas cautelares de urgência ou conservatórias*

O órgão jurisdicional a quem se solicitar o cumprimento de uma sentença estrangeira poderá, sem mais tramitação e mediante pedido de parte, tomar as medidas cautelares necessárias, de acordo com o disposto na sua própria lei.

As autoridades jurisdicionais dos Estados-Partes nesta Convenção ordenarão e executarão, mediante pedido fundamentado de parte, todas as medidas conservatórias ou de urgência, que tenham caráter territorial e cuja finalidade seja assegurar o resultado de um litígio pendente ou eventual. Isso se aplicará qualquer que seja a jurisdição internacionalmente competente de algum dos Estados-Partes para conhecer do fundo da questão e desde que o bem ou direito objeto da referida medida se encontre no território sujeito à jurisdição da autoridade a quem se solicitar a medida. Se o processo estiver pendente, o tribunal que houver decretado a medida deverá comunicá-la imediatamente ao juiz ou tribunal que conhecer do processo principal.

Se o processo não tiver sido iniciado a autoridade jurisdicional que houver ordenado a medida fixará um prazo dentro do qual o peticionário deverá fazer valer os seus direitos em juízo, atendo-se ao que, finalmente, sobre eles resolver o juiz internacionalmente competente de qualquer dos Estados-Partes.

Sem prejuízo dos direitos de terceiros, as autoridades consulares de um Estado-Parte poderão receber os bens pessoais de um nacional desse Estado quando, em virtude de falecimento, tiverem tais bens sido postos à disposição de pessoas de sua família ou de seus herdeiros presuntivos e não existirem tais pessoas ou herdeiros, salvo o previsto a tal respeito nas convenções internacionais. O mesmo procedimento será aplicado também quando a pessoa estiver impossibilitada de administrar seus bens

em consequência de processo penal.

*9. Custódia de menores*

Quando a medida cautelar se referir a custódia de menores, o juiz ou tribunal do Estado requerido poderá limitar, com alcance estritamente territorial, os efeitos da medida à espera do que resolver em caráter definitivo o juiz do processo principal.

*10. Estados do Mercosul ou limitrofes*

Os Estados-Partes que pertençam a sistemas de integração econômica ou que sejam li-

mitrofes poderão acordar diretamente entre si procedimentos e trâmites especiais mais expeditos do que os previstos nesta Convenção. Tais acordos poderão ser estendidos a terceiros Estados na forma que as partes resolverem.

A Convenção, ainda, aceita qualquer disposição de outras convenções sobre medidas cautelares que tenham sido assinadas ou que venham a ser assinadas no futuro em caráter bilateral ou multilateral pelos Estados-Partes.