FLAVIA FÓZ MANGE

O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO
E A ORDEM INTERNACIONAL:
ADMISSIBILIDADE DE MEDIDAS DE URGÊNCIA
NOS LITÍGIOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Internacional.

Orientador: Prof. Titular Dr. João Grandino Rodas

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO, JANEIRO 2008

Mange, Flavia Foz

O Ordenamento Jurídico Brasileiro e a Ordem Internacional:
Admissibilidade de Medidas de Urgência nos Litígios Comerciais
Internacionais / Flavia Foz Mange / 2008

158 fls.

Orientador: Professor Titular Dr. João Grandino Rodas

Dissertação (mestrado): Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

1. Processo Internacional; 2. Arbitragem Estrangeira; 3. Cooperação Jurídica Internacional; 4. Medidas de urgência; 5. Carta rogatória, *exequatur*

FLAVIA FOZ MANGE

O Ordenamento Jurídico Brasileiro e a Ordem Internacional:

Admissibilidade de Medidas de Urgência nos Litígios Comerciais Internacionais

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Internacional.

Banca examinadora para obtenção de título de Mestre em Direito Internacional realizada em ____ de _____ de 2008.

Banca examinadora constituída pelos professores:

Aos amantes do tema dos litígios internacionais,
na esperança que encontrem soluções
para os tantos questionamentos em aberto
apresentados na presente dissertação.

AGRADECIMENTOS

À Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, *alma mater* da minha formação jurídica e paixão pelo direito. Especialmente ao meu orientador, Professor João Grandino Rodas, que depositou confiança no meu projeto, guiou-me na elaboração dessa dissertação e apoiou-me durante as diversas oportunidades que tive durante esses três anos. Ao Professor José Carlos de Magalhães por ter despertado em mim o interesse pelo estudo do processo internacional e se dedicado à árdua tarefa de orientar meu primeiro trabalho acadêmico, ainda no curso de graduação. Não posso deixar de mencionar os professores e colegas do programa da pós-graduação, pela riqueza do conhecimento transmitido e pela possibilidade de discussão enobrecedora de diversos temas que de forma direta ou indireta influenciaram na redação final deste trabalho, e todos os funcionários dessa academia, especialmente os da biblioteca.

A todas as instituições que me acolheram ao longo desses três anos e permitiram-me agregar conhecimento prático e acadêmico que espero ter conseguido transmitir nesse trabalho. Ao *Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Internacional*, na pessoa de Pedro Pereira, onde não apenas tive oportunidade de acompanhar na prática o trâmite das cartas rogatórias e conscientizar-me ainda mais da sua importância, mas também travar interessantes discussões sobre o tema da cooperação jurídica internacional. À escola de direito da *New York University* que me acolheu durante um ano possibilitando o intercâmbio de informações com colegas de diversas partes do globo e acesso a enorme material de pesquisa. Especialmente ao Professor Andreas Lowenfeld, quem incansavelmente questionava-me, incentivando-me a adotar um pensamento crítico sobre diversos tópicos relacionados à presente dissertação. Ao escritório *Shearman & Stearling* em Paris, na pessoa de Fernando Mantilla-Serrano, onde, ainda que na reta final da elaboração dessa dissertação, tive a oportunidade de trabalhar em uma arbitragem internacional envolvendo requisição de medidas provisórias no judiciário brasileiro e posteriormente ao tribunal arbitral com sede no exterior.

À minha querida família pelo apoio incondicional que nunca terei como retribuir, especialmente pelas diversas visitas à faculdade, gráfica, biblioteca, correio e tempo gasto no *scanner* ante a minha ausência no país durante parte da elaboração dessa dissertação e paciente leitura de diversas minutas sobre esse tema que é alheio aos seus interesses.

À Caroline Ranzani e Evy Marques pelos valiosos comentários e sugestões às versões preliminares dessa dissertação. Aos queridos amigos Adriana Makhoul, Catarina Barbieri, Jocelyn Burgos, Juliana Dias, Pedro Paulo Furtado Gouveia Filho, Rafael Alves, Renata Brennand, Thomas Pereira, Victor Ruiz, por estarem ao meu lado durante as épocas mais críticas da elaboração dessa dissertação e sempre dispostos a ouvirem meus questionamentos e ajudarem no que fosse preciso. Ao Sérgio Gusmão Suchodolski, de quem me aproximei durante o primeiro semestre dessa empreitada para discutir assuntos relacionados à matéria sobre a Organização Mundial do Comércio e desde então acompanha e incentiva os meus estudos.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Evolução do crescimento do comércio internacional

Tabela 2 – Evolução do crescimento de pedidos de homologação de sentença estrangeira e de cumprimento de cartas rogatórias

Gráfico 1 - Evolução do crescimento de pedidos de homologação de sentença estrangeira e de cumprimento de cartas rogatórias

ABREVIACÕES

AAA	<i>American Arbitration Association</i>
AGU	Advocacia Geral da União
Ag.Ins.	Agravo de Instrumento
AgRg	Agravo no Agravo Regimental
Ap.Civ.	Apelação Cível
ALI	<i>The American Law Institute</i>
Art./art.	Artigo /artigo
Arts./arts.	Artigos / artigos
CBar	Comitê Brasileiro de Arbitragem
CBMA	Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem
CCI	Câmara de Comércio Internacional
CF	Constituição Federal
CIDIP	Conferência Especializada Interamericana sobre o Direito Internacional Privado,
CPC	Código de Processo Civil, Lei 5.869/73
CR	Carta Rogatória
Dec.	Decreto
Des.	Desembargador
DJ	Diário da Justiça
DOU	Diário Oficial da União
DRCI	Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional
EC	Emenda Constitucional
EUA	Estados Unidos da América
ICCA	<i>International Council for Commercial Arbitration</i>
ILA	<i>International Law Association</i>
inc.	Inciso
Lei de Arbitragem / Lei 9.307/96	Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996

LICC	Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-lei 4657, 4 de setembro de 1942
MC	Medida Cautelar
Mercosul	Mercado Comum do Sul
Min.	Ministro
MJ	Ministério da Justiça
MPF	Ministério Público Federal
n.º / n.	número
OEA	Organização dos Estados Americanos
OMC	Organização Mundial do Comércio
OPEP	Organização dos Países Exportadores de Petróleo
p.	página
PGR	Procuradoria Geral da República
Rel.	Relator
Res.	Resolução
Resolução 9 do STJ	Resolução 9 de 4 de maio de 2005 do STJ
SEC	Sentença Estrangeira Contestada
TJ	Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
Uncitral	Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional
Unidroit	Institut International pour l'unification du Droit Privé
§	parágrafo / secção

RESUMO

Este estudo analisa a harmonização do ordenamento jurídico brasileiro com a realidade da ordem internacional globalizada sob o enfoque da solução de litígios comerciais internacionais. Parte-se da hipótese de que há uma desarmonia entre a atuação do Brasil no cenário comercial internacional e os meios disponíveis às partes para dar eficácia aos litígios transnacionais. Para verificar a veracidade desta hipótese, realiza-se um estudo prático sobre a admissibilidade pelo ordenamento brasileiro de medidas de urgência proferidas nos litígios internacionais, cujo cumprimento é requerido por carta rogatória. O estudo de caso aborda tanto a solicitação do cumprimento no Brasil de medidas de urgência proferidas em outras jurisdições quanto as medidas proferidas por tribunais arbitrais estrangeiros. A importância da cooperação jurídica internacional e as tentativas de harmonização das normas processuais no âmbito internacional, principalmente no que se refere à admissibilidade de medidas de urgência proferidas no exterior, são abordadas para demonstrar a necessidade de cooperação entre os órgãos judicantes de cada Estado para que se obtenha um resultado justo e eficaz nos litígios transnacionais, garantindo a segurança jurídica necessária às partes envolvidas no comércio internacional.

Palavras-chave: nova ordem internacional, processo internacional, arbitragem internacional, medidas de urgência, carta rogatória, cooperação jurídica internacional

ABSTRACT

This study analyses the harmonization of the Brazilian legal system with the current reality of a globalized international order. Focus is given to the resolution of international commercial litigation. The thesis established is that there is a disharmony between Brazil's participation in international commerce and the methods available within Brazil to resolve efficiently the disputes arising out of such commercial relations. To verify this hypothesis, this paper analyses the admissibility and enforceability in Brazilian Courts of provisional measures issued by other courts and arbitral tribunals. The enforcement of provisional measures is usually requested by "*rogatory letters*" or "*letters of request*". The importance of international judicial cooperation and the tentative to harmonize the norms of civil procedure in the multilateral sphere, especially with respect to provisional measures, are addressed to demonstrate the necessity of cooperation between the judicial organs of each State in order to achieve a fair and efficient result in international litigation. Only such cooperation will establish the requisite level of legal certainty necessary to facilitate the participation of Brazilian parties in the international commercial arena.

Key-words: new international order, international procedure, international arbitration, provisional measures, *rogatory letter*, international judicial cooperation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	4
1.ª PARTE - A INFLUÊNCIA DA ORDEM INTERNACIONAL NA ORDEM JURÍDICA INTERNA	15
CAPÍTULO I - OS LIMITES DO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL EM RELAÇÃO À ORDEM INTERNACIONAL	15
1 O acesso à Justiça sob o enfoque da ordem internacional	16
2 O alcance da jurisdição de cada Estado	19
3 Competência internacional do Judiciário brasileiro	21
CAPÍTULO II - A EFICÁCIA DE ATOS JURISDICIONAIS ALÉM DOS LIMITES DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL	25
1 Sentença estrangeira	25
1.1 O pedido de homologação	27
1.2 É suficiente garantir apenas a homologação da sentença final?	29
2 Carta rogatória	30
2.1 Cartas rogatórias ativas e passivas	31
2.2 A concessão do <i>exequatur</i>	32
CAPÍTULO III - A IMPORTÂNCIA DAS MEDIDAS DE URGÊNCIA NOS LITÍGIOS TRANSNACIONAIS	34
1 Conceito	35
1.1 Dos requisitos para concessão das medidas de urgência no Brasil	36
1.2 Da utilização das medidas de urgência no âmbito nacional	37
2 A necessidade de medidas de urgência nos litígios transnacionais	37
2.1 A concessão das medidas de urgência nos litígios transnacionais	39
2.2 Os problemas encontrados para satisfação das medidas de urgência nos litígios internacionais	39
3 A necessidade de medida de urgência nos litígios arbitrais estrangeiros	40
3.1 Competência para a concessão de medidas de urgência nos litígios arbitrais	42
3.2 Os problemas decorrentes da competência dos árbitros e as dificuldades encontradas para dar eficácia à decisão dos árbitros estrangeiros	43

2.^a PARTE - AS MEDIDAS DE URGÊNCIA NOS LITÍGIOS TRANSNACIONAIS – ESTUDO PRÁTICO.....	46
 CAPÍTULO IV - AS MEDIDAS DE URGÊNCIA NOS LITÍGIOS JUDICIAIS	46
1 Evolução das cartas rogatórias no Brasil.....	47
2 As cartas rogatórias após a transferência da competência para os órgãos do Poder Judiciário.....	51
3 Os acordos internacionais sobre sentença estrangeira e carta rogatória e o impacto desses nas decisões dos Tribunais Superiores.....	63
3.1 Acordos bilaterais.....	64
3.2 Acordos regionais.....	68
4 A Emenda Constitucional 45/2004 e a transferência da competência para o Superior Tribunal de Justiça	78
5 Considerações sobre o estudo realizado	89
 CAPÍTULO V - AS MEDIDAS DE URGÊNCIA NAS ARBITRAGENS ESTRANGEIRAS	91
1 As medidas urgentes antes da instauração do tribunal arbitral	93
1.1 A competência do Judiciário brasileiro para a concessão de medidas de urgência preparatórias ao juízo arbitral.....	95
1.2 Questões decorrentes da competência do Judiciário	100
1.3 A possibilidade da competência de outros Judiciários ou da existência de acordo sobre procedimento pré-arbitral.....	105
2 As medidas urgentes após a instauração do tribunal arbitral.....	107
2.1 A natureza da decisão arbitral que concede a medida urgente e os meios de cooperação entre o árbitro e o juiz	111
2.2 As dificuldades encontradas na execução das medidas urgentes proferidas em arbitragens estrangeiras	114
2.3 A extensão da competência dos juízes na cooperação com o procedimento arbitral.....	117
3 Considerações sobre o estudo realizado	120
 3.^a PARTE - COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL COMO INSTRUMENTO PARA DAR EFICÁCIA AOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS DE URGÊNCIA NOS LITÍGIOS TRANSNACIONAIS	122
 CAPÍTULO VI - A NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL TAMBÉM PARA OS PROVIMENTOS URGENTES	122
1 A cooperação jurídica internacional como forma de garantir a efetividade da função jurisdicional do Estado	123
2 Os meios de cooperação jurídica internacional	125
2.1 O auxílio direto.....	125
2.2 A desnecessidade de diferenciação entre carta rogatória e homologação de sentença estrangeira..	127

3 Não há impedimentos para que o Estado garanta a eficácia dos provimentos jurisdicionais de urgência no âmbito internacional.....	128
3.1 A concessão do <i>exequatur</i> às rogatórias executórias não ofende à soberania nacional.....	128
3.2 A concessão do <i>exequatur</i> às rogatórias executórias não ofende à ordem pública.....	130
 CAPÍTULO VII - AS TENTATIVAS DE HARMONIZAÇÃO DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS NACIONAIS COM AS NECESSIDADES DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL	133
1 Propostas de convenções multilaterais	133
1.1 OEA: Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Medidas Cautelares (CIDIP II, Montevideu, 1979).....	134
1.2 Conferência da Haia	135
2 Outras previsões internacionais possibilitando a adoção de medidas de urgência nos litígios internacionais	136
2.1 Código de Processo Civil Modelo para a Ibero-América.....	137
2.2 Princípios sobre Medidas Provisórias e de Proteção nos Litígios Internacionais.....	138
2.3 Normas Transnacionais de Processo Civil	143
2.4 Lei Modelo de Arbitragem Comercial Internacional da Uncitral.....	147
3 Considerações sobre as propostas de harmonização existentes	150
 CONSIDERAÇÕES FINAIS	152
 BIBLIOGRAFIA	159
 ANEXOS	170
1 Princípios de Medidas Provisórias e de Proteção nos Litígios Internacionais, ILA	170
2 Normas Transnacionais de Processo Civil, ALI / Unidroit	172
3 Lei Modelo de Arbitragem Comercial Internacional, Uncitral (conforme alteração de 2006)	173

INTRODUÇÃO

O escopo desta dissertação é analisar a harmonização do ordenamento jurídico brasileiro com a realidade da ordem internacional contemporânea por meio do estudo da admissibilidade das medidas de urgência nos litígios transnacionais entre partes privadas em matéria comercial. O objeto desse trabalho revela que, em uma era de internacionalização das relações comerciais, os conflitos decorrentes dessas relações rompem as fronteiras do território nacional. Portanto, cada vez mais se torna necessária a prática de atos jurídicos em mais de uma jurisdição para garantir o resultado final de um processo, possibilitando a justiça no caso concreto e a pacificação social. Assim, a soberania dos Estados no exercício da jurisdição em seu território torna-se gradativamente mais permeável e a cooperação jurídica internacional passa a ser essencial a todos os ordenamentos jurídicos que não pretendam ficar alheios às realidades da ordem internacional.

Não é possível compreender a relevância do tema proposto sem uma breve análise da evolução das relações internacionais e, principalmente, do desenvolvimento do comércio internacional.

A disciplina das relações internacionais, que emergiu no início do século passado com a preocupação de buscar explicação para guerra e a paz, passou por profundas transformações. No início do século XX, o Estado era dotado de plena soberania na dimensão interna. Na ótica internacional, existiam Estados unitários e isolados e a segurança tema prioritário na agenda das relações internacionais.

Iniciou-se a partir da década de 20 uma mudança nesse cenário, que foi intensificada após a 2.^a Guerra Mundial. As questões econômicas adquiriram relevância no âmbito internacional. A título ilustrativo, podem-se mencionar as primeiras iniciativas de formação de blocos de cooperação econômica como, por exemplo, a Comunidade Econômica Européia (Tratado de Roma de 1957) e, posteriormente, a criação da Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP) (Conferência de Bagdá em 1960) e os choques do petróleo (1973 e 1979).

Nesse contexto, os Estados não podem mais ser vistos como no início do século passado, quando o conceito de soberania ainda era rígido e havia total segmentação entre a política interna e externa. Verifica-se uma mudança no papel dos Estados (FARIA, 2003:255), que deixaram de ser uma entidade apenas organizadora da comunidade nacional e passaram a intervir na economia e atuar como agente de desenvolvimento, promovendo o crescimento econômico. Para Faria, as principais rupturas ocorridas no século XX foram a mundialização da economia, a descentralização do aparelho estatal, a internacionalização do Estado, a desterritorialização e reorganização do espaço de produção, o planejamento de atividades tecnológicas em nível mundial e a expansão de um direito paralelo ao dos Estados (2003:260-261).

Esses fatos possibilitaram, além de uma ampliação da interdependência das relações internacionais, uma intensificação do processo da globalização econômica por meio das relações comerciais transnacionais. Conforme afirma Magalhães, a novidade da dinâmica dessas relações gerou em todo o mundo perplexidade, pois inexistiam parâmetros para conduzir tais relações internacionais (2005:102). Esse quadro levou ao surgimento de organismos internacionais com objetivo de regulamentar as relações envolvendo diversos Estados. Por exemplo, no âmbito comercial – que é o mais relevante para o presente estudo – verifica-se a grande importância da Organização Mundial do Comércio (OMC) como entidade responsável por nortear as relações comerciais internacionais, submetendo os mais diversos Estados às suas regras.¹

A nova realidade leva à intensificação das relações entre os Estados em torno dos mais diversos temas e gera uma interdependência e aproximação das políticas internas e externas. Embora a ordem internacional continue descentralizada, os organismos internacionais buscam soluções conjuntas para resolver os problemas compartilhados. Assim, há uma limitação da autonomia dos Estados, no âmbito interno, por meio das obrigações assumidas no âmbito internacional, o que gera uma relativização do conceito tradicional de soberania (FARIA, 2003:261; MAGALHÃES, 2000:28).

Essa sucinta explanação sobre a nova ordem internacional é necessária para que se possa demonstrar o crescimento das relações internacionais, especialmente no âmbito comercial, como primeira premissa deste trabalho.

¹ Em novembro de 2007, a OMC contava com 151 países membros conforme informação disponível em: www.wto.org, último acesso em 29 nov. 2007, às 9h26min. Ressalta-se a importância do Órgão de Solução de Controvérsia como instrumento garantidor do cumprimento das regras da OMC.

De fato, não se justificaria a escolha do problema aqui pesquisado se não fosse o incremento do volume do comércio internacional constatado nos últimos anos:

Evolução do Comércio Internacional Brasileiro (em bilhões de dólares)

	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007 ²
Exportação	47.7	53.0	51.1	48.0	55.1	58.2	60.4	73.1	96.5	118.3	131.8	146.4
Importação	53.3	59.7	57.7	49.3	55.8	55.6	47.2	48.3	62.8	73.5	88.4	110.0
Total	101.1	112.7	108.8	97.3	110.9	113.8	107.6	121.4	159.7	191.8	220.2	256.4

Fonte: MDIC/SECEX

A tabela acima demonstra que o volume de comércio internacional brasileiro cresceu mais de cem por cento (100%) na última década. As transformações políticas ocorridas a partir da metade do século passado, congregadas aos avanços tecnológicos que facilitaram a comunicação e a interligação entre as mais diversas partes do globo, possibilitaram que a internacionalização das relações comerciais alcançasse níveis jamais vistos, exigindo, conseqüentemente, a atenção dos governos, comerciantes e operadores do direito (McCLEAN, 2002:2).

Ocorre, contudo, que o aumento das relações internacionais não traz apenas conseqüências positivas. Como bem esclarece Hazard:

As comunidades humanas do mundo vivem hoje em regiões mais próximas umas das outras que em outros tempos. O comércio internacional vive momentos de pico e cresce firmemente; (...) Como conseqüência existem interações positivas e produtivas entre cidadãos de nações diferentes na forma de comércio crescente e de maiores possibilidades para experiências e desenvolvimentos individuais. *Também existem entretanto, inevitáveis interações negativas, tais como fricções sociais, controvérsias legais e litígios.* (tradução livre³) (2001:769) (grifos acrescentados)

² Valor acumulado até novembro de 2007, conforme informação disponível em: <http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/secex/depPlaDesComExterior/indEstatisticas/balComercial.php>, último acesso em 05 dez. 2007 às 06h27min.

³ Original em inglês: "The human community of the world lives in closer quarters today than in earlier times. International trade is at an all-time high and increasing steadily; (...). As a consequence, there are positive

Dessa forma, a segunda premissa desse trabalho é o aumento no volume dos litígios transnacionais, o que pode ser classificado como uma consequência negativa, embora natural e previsível, do incremento das relações internacionais. Assim como as demais, as relações decorrentes do comércio internacional também são conflituosas, tornando-se cada vez mais necessária a colaboração entre as diversas nações para solucionar os conflitos decorrentes dessas relações. Araujo esclarece que a obrigação dos Estados na prática de atos emanados de outras jurisdições resulta de um dever de cooperação mútua para assegurar o pleno funcionamento da Justiça (2004: 247).

Acompanhando o crescimento da participação do Brasil nas relações internacionais, verifica-se – no âmbito interno – um aumento dos litígios envolvendo partes estrangeiras, e – no âmbito internacional – uma maior participação de brasileiros em litígios em outras jurisdições. Tal constatação pode ser facilmente verificada na tabela abaixo:⁴

Evolução da distribuição de Cartas Rogatórias e Sentenças Estrangeiras no STF e no STJ.⁵

	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005 ⁶	2006
Carta Rogatória	136	336	304	271	360	376	346	463	467	469	525	535	463	742	608	1339	910
Sentença Estrangeira	86	146	140	180	145	171	241	248	267	353	413	462	550	647	749	1706	892
Total	222	482	444	451	505	547	587	711	730	822	938	997	1013	1389	1357	3045	1802

Fonte: Estatísticas STF e STJ⁷

and productive interactions among citizens of different nations in the form of increased commerce and wider possibilities for personal experience and development. *There are also inevitable negative interactions, however, including increased social friction, legal controversy, and litigation*".

⁴ Esses números indicam litígios não apenas em matéria comercial, mas em todas as áreas do direito.

⁵ Após 2005, em razão da Emenda Constitucional 45, a competência para julgamento de carta rogatória e sentença estrangeira foi deslocada do STF para o STJ. Ressalte-se que os números no STJ deveriam ser ainda maiores não fosse a possibilidade da cooperação por auxílio direto reconhecida pelo art. 7.º da Resolução 9/2005 do STJ. Conforme será explicado no Capítulo VI, item 2.1 *infra*, o auxílio direto é um instrumento por meio do qual a integralidade dos fatos é levada ao conhecimento do Judiciário para que este profira decisão que ordene ou não a realização das diligências solicitadas e, no caso de auxílio direto passivo, não enseja a concessão do *exequatur* pelo STJ, cabendo ao Departamento de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos (DRCI) as providências junto às autoridades competentes.

⁶ Os números de 2005 no STJ incluem tanto os processos distribuídos inicialmente em 2005 como também os processos já existentes no STF em razão da sua nova distribuição no STJ e, portanto, são imprecisos e irreais.

⁷ No STF: <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse>, último acesso em 05 dez. 2007 às 06h31min. No STJ: <http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/Boletim/>, último acesso em 05 dez. 2007 às 06h35min.

Para melhor ilustrar o crescimento, o gráfico abaixo elaborado com os dados constantes na tabela acima excluiu o ano de 2005, evitando distorções devido à mudança de competência e, conseqüentemente, redistribuição de todas as cartas rogatórias e sentenças estrangeiras em trâmite no Supremo Tribunal Federal (STF) novamente no Superior Tribunal de Justiça (STJ) como se novas fossem.

Nos últimos 15 anos houve um aumento considerável⁸ nos pedidos de homologação de sentenças estrangeiras e nas requisições da prática de atos no Brasil por parte de autoridades judiciais estrangeiras – as cartas rogatórias. Esse crescimento nas demandas envolvendo interesses transnacionais e a necessidade de dar cumprimento em um país de atos produzidos em outros países é resultante da crescente internacionalização da economia (ARAÚJO, 2004:247).

Efetivamente, o aumento na necessidade da prática de atos no território brasileiro por requisição de autoridades judiciais estrangeiras e o reconhecimento e execução das decisões proferidas alhures refletem o crescimento da participação brasileira nas relações

⁸ Conforme demonstrado no gráfico acima, houve um crescimento de mais de 800 % (oitocentos por cento) no volume de distribuição de cartas rogatórias e sentença estrangeira estrangeiras nos Tribunais Superiores, sendo que o volume de cartas rogatórias distribuídas cresceu 669% (seiscentos e sessenta e nove por cento) e de sentenças estrangeiras 1037% (um mil e trinta e sete por cento).

internacionais. Os números demonstram claramente que deve haver maior atenção das autoridades judiciárias brasileiras.

Por razões metodológicas, o foco principal da presente pesquisa será a análise dos conflitos que estão fora da jurisdição brasileira, nos quais são solicitadas práticas de atos no Brasil e não o contrário. Apesar de o Brasil ser muito mais demandante da cooperação das autoridades judiciárias de outros Estados do que é demandado para realização de atos proferidos por outrem,⁹ seria demasiadamente abrangente um trabalho que visasse analisar como cada uma das diversas jurisdições do mundo atende aos pedidos das autoridades brasileiras.

Importante, ainda, considerar que no campo das relações internacionais, o princípio da reciprocidade exerce papel primordial. Assim, se o Brasil pretende ver cumpridos os seus requerimentos às autoridades judiciais estrangeiras, o primeiro passo que deve ser dado é promover o cumprimento efetivo das solicitações dessas autoridades no território brasileiro.

Ademais, a existência de um sistema jurídico eficaz é essencial para o Brasil consolidar sua posição como ator importante no cenário comercial internacional. Nesse sentido, Nazzini explica:

No mundo moderno deve-se assumir que as partes engajadas em transações comerciais internacionais têm a expectativa que os sistemas legais mantenham sofisticados padrões que reflitam as necessidades do setor comercial para resolver de forma rápida e efetiva suas disputas. (tradução livre¹⁰) (2004:91)

Nesse ponto surge o questionamento central que irá balizar todo esse estudo, qual seja, se o ordenamento jurídico brasileiro está aparelhado para solucionar, de maneira rápida e eficaz, os litígios decorrentes das relações comerciais internacionais entre partes privadas.

⁹ Conforme estatísticas publicadas no *site*: <http://www.mj.gov.br/drci>, último acesso em 27 dez. 2006 às 23h11min, no mês de fevereiro de 2006, mais de 82% das solicitações de cooperação jurídica internacional que tramitaram pelo DRCI eram pedidos ativos (solicitações de juízes brasileiros a autoridades estrangeiras) tanto em matéria cível (52%) como em matéria penal (30,2%). Por outro lado, as solicitações passivas (solicitações das autoridades estrangeiras a juízes brasileiros) representavam menos de 18%.

¹⁰ Original em inglês: “In the modern world it must be assumed that parties engaged in international commercial transactions will expect legal systems to maintain sophisticated legal standards that reflect the need of the commercial sector for speedy and effective dispute resolution”.

Parte-se da hipótese de que a postura do Judiciário brasileiro não condiz com os princípios de inserção internacional que hoje alicerçam a política externa brasileira, havendo um descompasso entre o ordenamento jurídico interno e a ordem internacional. Se, por um lado, o Brasil exerce um papel ativo nas negociações internacionais em matéria comercial, inclusive utilizando-se dos mecanismos da OMC para garantir o comércio de seus bens na esfera global, por outro, o país não harmonizou seu ordenamento jurídico às necessidades da realidade internacional contemporânea. Questionar-se-á se existem elementos adequados para garantir a justiça rápida e eficaz nos litígios transnacionais conforme esperado entre as partes envolvidas das relações comerciais internacionais (NAZZINI, 2004:91). Será analisado se há uma desarmonia entre a atuação brasileira nos cenários nacional e internacional.

Para verificar a pertinência da hipótese acima, buscar-se-á responder às seguintes perguntas: (i) No contexto de uma sociedade globalizada, as garantias jurisdicionais devem ultrapassar os limites territoriais? (ii) O sistema jurídico brasileiro restringe as garantias jurisdicionais ao território nacional? (iii) Apenas com o reconhecimento das sentenças proferidas no exterior, é possível garantir a prestação jurisdicional eficaz nos litígios transnacionais?

Uma vez que as relações comerciais extrapolam os limites territoriais, não parece mais razoável que as garantias jurisdicionais sejam restritas ao território nacional. Assim, os países que não pretendam ficar à margem da globalização, tendem a responder afirmativamente à primeira pergunta. Nesse sentido é o prefácio das Normas Transnacionais de Processo Civil,¹¹ afirmando que na era da globalização o mundo caminha em duas direções: (i) uma é a da separação e do isolamento, com guerras e tumultos, na qual as regras de processo civil internacional não serão bem-vindas; e a outra direção é (ii) a do crescente intercâmbio de produtos, idéias e pessoas de todo o mundo, na qual há uma necessidade de regras de processo civil transnacional (AMERICAN LAW INSTITUTE, 2004: Reporters' preface).

¹¹ As Normas Transnacionais de Processo Civil são resultantes de um projeto de autoria dos professores Geoffrey Hazard e Michele Taruffo e patrocinado pela ALI (American Law Institute). A partir de 1999, o projeto passou a ser conduzido em colaboração com a Unidroit (L'Institut International pour L'Unification du Droit Privé) e, após discussões com diversas nações foi adotado e promulgado em maio de 2004. Disponível em: www.unidroit.org, último acesso em 19 dez. 2007 às 9h03min. Vide *infra* Capítulo VII, item 2.3.

No âmbito internacional, verifica-se um interesse para que as diversas nações envolvidas no comércio internacional caminhem na mesma direção, promovendo não apenas o acesso ao livre comércio, mas também proporcionando garantias jurisdicionais eficientes nos litígios transnacionais (GIDI, 2001:187). Com essa preocupação foram elaborados os princípios e as regras de processo civil transnacional,¹² além de acordos internacionais sobre matérias relacionadas ao processo de alcance regional e multilateral.¹³

O Brasil está atento a essa preocupação global?

A principal discussão do presente trabalho visa responder a segunda indagação, qual seja, se no Brasil as garantias jurisdicionais estão restritas ao território nacional ou se o ordenamento brasileiro está preparado para garantir o acesso à justiça também nos litígios transnacionais.

Tendo em vista a abstração dessa indagação, faz-se necessário um estudo de caso para que se possa responder com maior precisão. Assim, será analisada a importância das medidas de urgência¹⁴ como instrumento garantidor da eficácia do provimento jurisdicional final, utilizando-se, para tanto, a teoria instrumentalista do processo.¹⁵

Optou-se por analisar a admissibilidade das medidas de urgência levando-se em consideração a importância que essas adquirem com a crescente morosidade que atinge não só o Judiciário pátrio, como também o de diversos outros países.

Ademais, ao estudar a admissibilidade das medidas de urgência no ordenamento brasileiro, nota-se claramente a distinção entre os dois âmbitos – o doméstico e o estrangeiro. Enquanto no primeiro verifica-se uma crescente utilização das medidas de urgência, muitas vezes até de forma abusiva; no segundo há severas restrições quanto à execução de medidas de urgência¹⁶ proferidas em outras jurisdições¹⁷ (ARAÚJO,

¹² As tentativas de harmonização no âmbito internacional serão demonstradas no Capítulo VII.

¹³ Como exemplo podem ser citadas as Convenções de Bruxelas e de Lugano, no âmbito europeu, e o Protocolo de Las Leñas entre os países membros do Mercosul.

¹⁴ A opção pela expressão “medidas de urgência” será justificada no Capítulo III.

¹⁵ Essa teoria defende o processo como um meio e não um fim em si mesmo, conscientizando-se de que a importância do processo está em seus resultados (BEDAQUE, 2003:15; DINAMARCO, 2005:17).

¹⁶ Por exemplo: Carta Rogatória (CR) 337, de 13.05.1953, *DJ* de 13.08.1953; CR 2.963, de 26.03.1970, *DJ* de 20.04.1979; CR 7.128, j. 13.11.1985; CR 3.025, *DJ* de 01.08.1994; CR 8.377, j. 15.04.1999, *DJ* de 26.04.1999; CR 8.622, j. 24.09.1999, *DJ* de 05.10.1999. Como será demonstrado na segunda parte desse estudo, essa era a regra geral adotada pelo STF. Atualmente, com a transferência da competência para o STJ, essa regra vem sendo mitigada.

¹⁷ Exceções são feitas para algumas jurisdições com as quais o Brasil celebrou acordo internacional específico sobre o tema. A título ilustrativo, pode-se mencionar o Protocolo sobre Medidas Cautelares celebrado entre os países membros do Mercosul em Ouro Preto.

2004:261; BRIGGS, 1913:22; FERREIRA, 1998:296; MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 1995:324-325; VALLADÃO, 1978:176). A constatação dessa incoerência do ordenamento jurídico brasileiro no âmbito nacional e internacional é mais uma justificativa para opção da análise das medidas de urgência para verificação da hipótese de que o ordenamento jurídico brasileiro parece não estar harmonizado com a ordem internacional.

Por fim, o estudo prático trará a resposta à última indagação, qual seja, se a justiça é garantida apenas com a homologação das decisões finais proferidas em outras jurisdições.

Diante desse quadro, o presente trabalho será dividido em três partes.

A primeira parte versará sobre a relação da ordem interna com a ordem internacional, trazendo os conceitos necessários para a análise dos litígios transnacionais e da importância das medidas de urgência.

A segunda parte do trabalho será destinada ao estudo de casos. Primeiramente, será feita uma análise da admissibilidade pelo ordenamento pátrio das cartas rogatórias solicitando o cumprimento de medidas de urgência proferidas por órgãos judiciais no exterior – denominadas cartas rogatórias executórias. Após, serão tratadas as medidas de urgência concedidas em litígios arbitrais estrangeiros.

A terceira parte deste trabalho buscará demonstrar a importância da cooperação jurídica internacional no contexto das relações internacionais atuais, especialmente para garantir a eficácia dos provimentos urgentes. Essa parte também pretende trazer algumas propostas de soluções existentes no âmbito internacional para o problema exposto nas duas partes anteriores.

Na primeira parte, inicia-se o trabalho com um capítulo sobre o acesso à justiça na ordem internacional. Nesse capítulo inicial serão discutidas as limitações às jurisdições nacionais. Após, discorrer-se-á sobre os meios disponíveis para dar eficácia aos atos jurisdicionais de um Estado em outro (Capítulo II). Tendo em vista a posterior análise de caso, dar-se-á especial atenção à carta rogatória como meio de comunicação entre autoridades de diversas nações para requisição da prática de atos jurisdicionais em outros países. Ainda na primeira parte, será estudada a importância e a necessidade das medidas de urgência como instrumento hábil para garantir a eficácia do provimento final do processo (Capítulo III).

Na segunda parte, serão analisadas as decisões das Cortes Superiores nas cartas rogatórias com caráter executório, verificando-se a fundamentação e a harmonização dessas com a ordem internacional contemporânea (Capítulo IV). Para que se possa compreender a atual posição dos tribunais pátrios, será traçado um breve histórico da legislação sobre cartas rogatórias no Brasil. Também será analisada a posição da doutrina brasileira, bem como o impacto dos acordos bilaterais e internacionais sobre o tema nas decisões das cortes superiores.

O Capítulo V estudará as medidas de urgência em relação aos litígios arbitrais, e a aplicação da Lei 9.307, de 23.09.1996 (Lei de Arbitragem). A discussão abordará tanto as medidas de urgência preparatórias ao juízo arbitral, como as incidentais. Para tanto, será discutida a competência para concessão, execução e revogação de tais medidas, bem como a cooperação entre os árbitros e os juízes. Especial atenção será dada às semelhanças e diferenças aplicáveis para arbitragens estrangeiras. Dessa forma, será analisado qual o entendimento em relação às arbitragens estrangeiras para o art. 22, § 4.º – que possibilita ao árbitro, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, solicitá-las ao juiz originalmente competente.¹⁸ Poderá o árbitro estrangeiro usar desse dispositivo e requerer medidas de urgência diretamente ao juiz competente ou, tal como um juiz estrangeiro, deverá utilizar-se de uma carta rogatória?

A terceira parte demonstrará que é possível ao ordenamento jurídico brasileiro harmonizar-se com a nova ordem internacional por meio da cooperação jurídica internacional. Assim, o Capítulo VI buscará esclarecer que a cooperação jurídica internacional não ofende a soberania nacional, muito menos a ordem pública, e o Capítulo VII trará propostas internacionais de solução para o tema.

Durante todo o trabalho procurar-se-á demonstrar a importância da existência de instituições jurídicas de qualidade para o crescimento econômico do país como afirma Pinheiro (2005:1). Será demonstrada a necessidade de harmonizar o ordenamento jurídico nacional para possibilitar soluções eficazes aos litígios decorrentes do comércio internacional.

¹⁸ Lei 9.307/96, art. 22, § 4.º: “Ressalvado o disposto no § 2.º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originalmente, competente para julgar a causa”. Conforme será demonstrado, há discussão sobre a aplicabilidade da Lei de Arbitragem brasileira para determinar competência de árbitros no exterior. Contudo, uma vez necessária a execução da medida no Brasil, torna-se possível a discussão da aplicabilidade da lei brasileira.

As considerações finais procuram demonstrar a atualidade da hipótese acima exposta e buscam trazer ponderações que poderão ser realizadas em eventual reforma legislativa e, principalmente, pela jurisprudência pátria. Essa harmonização do ordenamento jurídico brasileiro com a nova ordem internacional é necessária antes que um posicionamento desatento à nova realidade traga consequências negativas à economia brasileira.

1.^a PARTE
A INFLUÊNCIA DA ORDEM INTERNACIONAL
NA ORDEM JURÍDICA INTERNA

Capítulo I
OS LIMITES DO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL EM RELAÇÃO À
ORDEM INTERNACIONAL

Para que se possa fazer uma análise da convivência dos ordenamentos jurídicos internos com a ordem internacional contemporânea, faz-se necessário traçar os limites de cada jurisdição para, posteriormente, analisar as formas de interação entre essas diversas jurisdições.

Primeiramente, é preciso fixar uma definição para o termo jurisdição.

Dois são os conceitos mais utilizados. No primeiro – sentido lato – jurisdição refere-se ao conjunto de todas as funções exercidas pelo Estado em decorrência da sua soberania (BRONWILIE, 1997:321; MAGALHÃES, 2000:43). O segundo – sentido estrito – preocupa-se apenas com a função jurisdicional, ou seja, o poder de dizer o direito, o poder do Estado de julgar e dirimir os conflitos entre as partes, fazendo prevalecer a vontade do direito objetivo (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2000:129).

Na presente dissertação será utilizado o conceito em sentido estrito, que é mais indicado para análise de questões relacionadas ao direito processual, como as soluções de litígios transnacionais. Não interessa ao presente estudo o exercício de jurisdição por outros entes do Estado que não o Judiciário, uma vez que se discute justamente a relação desse Poder com os órgãos judicantes de outros países.

Ocorre, contudo, que os conflitos contemporâneos não estão mais restritos a um único Estado. Dessa forma, torna-se cada vez mais recorrente o questionamento de qual seria a jurisdição competente para dizer o direito em conflitos envolvendo elementos em

mais de um país e, principalmente, como dar efetividade às decisões proferidas de uma jurisdição em outra. Para responder essas indagações, deve-se analisar o acesso à Justiça sob o enfoque da ordem internacional e procurar determinar quais são os limites da jurisdição de cada Estado.

1 O acesso à Justiça sob o enfoque da ordem internacional

A ordem internacional contemporânea é composta de diversos Estados que, dotados de soberania,¹⁹ geram a existência de uma pluralidade de ordenamentos jurídicos (ARMELIN, 1976:131). Contudo, a dinâmica da vida social moderna, especialmente a do comércio internacional, gera cada vez mais conflitos com elementos e consequências em dois ou mais ordenamentos jurídicos – os litígios transnacionais.²⁰

Conforme já demonstrado e nas palavras de Kissinger as relações internacionais tornaram-se “verdadeiramente globais” (1994:24). A facilidade da comunicação e o desenvolvimento dos meios de transporte mitigaram os limites territoriais dos Estados, permitindo uma verdadeira integração entre pessoas e bens das mais diversas partes do globo, acentuando-se a globalização econômica. Os efeitos da globalização no mundo jurídico suscitam uma reflexão sobre o papel das ordens jurídicas estatais em face da nova ordem mundial (JATAHY, 2003:1).

¹⁹ A soberania surge inicialmente como regra de força que configura a ordem internacional em uma sociedade de Estados soberanos. No âmbito interno, o soberano era absoluto (relação vertical), enquanto no âmbito internacional havia uma concorrência de diversos poderes soberanos (relação horizontal). Com o advento do Estado constitucional surgem limitações internas ao soberano e a soberania perde sua característica de norma cogente em face do poder constituinte (SOARES, 1984), passando a ser definida como um conceito jurídico e não mais como uma regra de força. Admitindo a soberania como conceito jurídico é possível, por meio do direito processual internacional, que os Estados conciliem seus interesses com os da sociedade internacional, reconhecendo a pluralidade ideológica existente e, conseqüentemente, a necessidade de realização de atos estrangeiros em seu território em oposição ao conceito inicial de soberania como regra de força que não conhecia atos jurídicos proferidos no estrangeiro por serem ofensivos à ordem jurídica pátria (MADRUGA FILHO, 2003c:51; CASTRO, 2004:550). Na presente dissertação utilizar-se-á o conceito jurídico de soberania.

²⁰ A expressão litígio transnacional será utilizado para mencionar os conflitos decorrentes do rompimento de relações comerciais com conexões em dois ou mais ordenamentos jurídicos, seja porque as partes são domiciliadas em países diversos, seja pela necessidade de produção de atos probatórios ou executórios em países diversos. São excluídos do presente estudo os litígios transnacionais em matéria de direito penal, trabalhista, de família ou administrativo. A expressão litígios transnacionais será utilizada como sinônimo da expressão litígios internacionais.

Não se trata apenas da relação entre a ordem jurídica interna e o direito internacional e a discussão sobre as teorias monista²¹ e dualista²² para recepção do direito internacional, que inclusive já foi superada.²³ O que se busca demonstrar é a influência da ordem internacional no ordenamento jurídico nacional.

Acompanhando essa intensificação das relações internacionais, verificou-se um incremento das relações jurídicas transnacionais. Questionam-se como essas relações jurídicas transnacionais inserem-se nos ordenamentos jurídicos nacionais, que permanecem limitados às fronteiras territoriais.

Os ordenamentos jurídicos, embora limitados ao território estatal, são influenciados pela ordem internacional. Nesse sentido, Magalhães afirma que “(...) as modificações que alteram a configuração da ordem internacional não podem ser ignoradas, sobretudo diante de realidades que afetam o Estado, não mais autárquico e isolado, mas participante ativo dessa ordem (...)” (2000:25).

Ressalta-se que o ordenamento jurídico representa os valores e princípios aceitos por uma determinada sociedade, visando o bem comum e a paz social (THEODORO JÚNIOR, 1998:27). Como bem esclarece Magalhães, é a comunidade, ou o povo, que detém autoridade para declarar o direito, delegando seu exercício ao Estado, que apenas o representa (2000:16). Assim, o ordenamento jurídico deve espelhar os valores e princípios aceitos pela sociedade na qual está inserido.

Dessa forma, se as relações jurídicas das sociedades modernas atingem níveis transnacionais, os diversos ordenamentos jurídicos devem estar aptos a garantir o amplo acesso à justiça também nos litígios transnacionais.

²¹ A teoria monista é defendida por Kelsen que sustenta não se admitir a existência de dois sistemas jurídicos, o nacional e o internacional, distintos, válidos e independentes. Para Kelsen as relações de direito interno e de direito internacional são convergentes e formam uma única ordem jurídica, havendo a primazia da norma internacional que se coloca no topo da pirâmide da hierarquia das normas. Dessa forma, uma norma internacional ratificada pelo Estado passaria a integrar imediatamente o seu ordenamento jurídico (ARAUJO: 2003, 143-144).

²² A teoria dualista foi esboçada por Triepel e afirma a existência de dois sistemas jurídicos distintos, a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional, sendo que essas ordens não se sobrepõem. De acordo com essa teoria, para uma norma de direito internacional ter eficácia no âmbito interno, é necessária a edição de norma nacional, idêntica à internacional. Ou seja, os tratados internacionais só terão eficácia após processo de interiorização (que no Brasil depende de aprovação no congresso, ratificação e promulgação) (ARAUJO: 2003, 140-141).

²³ Nesse sentido: “(...) perdeu o sentido a antiga polêmica sobre dualismo e monismo (...). Tal polêmica, na verdade, pode-se considerar ultrapassada, uma vez que a questão se cinge ao exame da constituição do país e dos mecanismos por ela adotados para celebração e ratificação dos tratados” (MAGALHÃES, 2000:18).

O acesso à justiça hoje é entendido como o acesso a uma ordem jurídica justa, consubstanciada em um processo célere e respeitando as garantias constitucionais (RIBEIRO, 1999:181). No âmbito dos litígios transnacionais, o acesso à justiça só será alcançado se as fronteiras territoriais não causarem obstáculos a um processo célere e ao respeito das garantias constitucionais. Para tanto, assim como as relações internacionais se intensificaram, as relações entre os diversos ordenamentos jurídicos nacionais também têm que se intensificar. No atual nível das relações internacionais, não se pode mais admitir uma sociedade dividida, nas palavras de Madrugá Filho, em feudos jurídicos, nos quais as fronteiras facilitem o crime e dificultem a prestação de alimentos (2005:291).

A intensificação das relações internacionais coloca um desafio de coordenação dos ordenamentos jurídicos nacionais. Embora o direito continue estatal, a vida contemporânea é global, exigindo dos ordenamentos nacionais soluções para conflitos transnacionais. O acesso à justiça não pode mais ser limitado pelas fronteiras territoriais dos Estados, que precisam estar atentos à realidade da sociedade contemporânea. Os ordenamentos nacionais não podem estar dissociados dos valores e princípios consagrados pela ordem internacional.

Nesse contexto, a disciplina do direito processual internacional exerce papel primordial. Este ramo do Direito tem por objeto as situações processuais civis com contatos internacionais (ARAÚJO, 2004:195). Embora tenha no nome o termo “internacional”, é parte constituinte do direito nacional e determina, justamente, como a ordem jurídica nacional relaciona-se com a ordem internacional. É esse ramo do direito que estuda as relações dos atos jurídicos entre os Estados, como as questões de competência internacional, imunidade de jurisdição, reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras, bem como a realização, em uma jurisdição, de atos processuais de interesse de outra jurisdição (ARAÚJO, 2004:195).

O primeiro problema a ser enfrentado em uma relação jurídica transnacional é o conflito de jurisdições. A solução desses conflitos de jurisdição interessa tanto ao Estado, na medida em que garante sua soberania, quanto ao indivíduo, que garante a salvaguarda de seus direitos na esfera universal, assegurando o pleno acesso à justiça (JATAHY, 2003:2). Os limites das jurisdições nacionais e a relação delas com as demais jurisdições serão brevemente estudados a seguir.

2 O alcance da jurisdição de cada Estado

(...) es concebible en abstracto que el Estado ejerza ilimitadamente su propia jurisdicción; es decir, que la ejerza respecto de la composición de todas las litis posibles, aun de las que no están en modo alguno vinculados con él. (MORELLI, 1953:86).

Em que pese autores como Morelli (1953:86) terem afirmado ser possível o exercício ilimitado da jurisdição, tal afirmação sempre foi vista como teórico-abstrata e afastada da realidade prática, sendo a jurisdição limitada ao espaço territorial.²⁴

A posição dominante sempre foi a de que a jurisdição, como função estatal, está adstrita ao espaço territorial no qual o Estado exerce a sua soberania. Nesse sentido, esclarece Mann em trabalho sobre a jurisdição internacional:

O poder dos Estados, originário ou constituído, tem fora das suas fronteiras apenas a qualidade de um ente privado e *onde o poder do Estado termina, a jurisdição também termina*. Por isso, a legislação fica sem força fora do seu território.” (tradução livre²⁵) (1964:26) (grifos acrescentados)

A principal crítica ao alcance universal da jurisdição²⁶ é a dificuldade encontrada na execução das decisões proferidas além dos limites do alcance territorial do órgão que a proclamou. Conforme afirma Brownlie, é um princípio básico de direito internacional de que um Estado não pode tomar medidas executivas²⁷ no território de outro Estado sem o consentimento deste último – princípio da não-ingerência (1997:328). Tal atitude é considerada uma ofensa à soberania do outro Estado.

²⁴ A noção de território é consequência da noção de soberania. A delimitação do espaço físico em que a soberania exerce seu poder é denominada território. O território abrange a superfície do solo, o subsolo e a coluna de ar existente sobre ele, podendo ser representada por vários aspectos físicos (terrestre, fluvial, marítimo, lacustre e aéreo).

²⁵ Original em inglês: “All state power, whether granted or original, has outside its boundaries only the quality of a private person, and where State power ends jurisdiction and judication also ends; therefore legislation is without force outside its territory”.

²⁶ Deve-se diferenciar a expressão “alcance universal da jurisdição” da expressão “universalidade da jurisdição”. A primeira, que é utilizada na presente dissertação, refere-se ao exercício da jurisdição com alcance global e não se confunde com a segunda que é uma garantia ao acesso à justiça para todos os cidadãos.

²⁷ Ressalva deve ser feita à admissibilidade da citação postal com efeitos extraterritoriais admitida por alguns ordenamentos e também pelo brasileiro (embora com aplicação restrita a Lei de Arbitragem, por força do disposto no parágrafo único do art. 39 da Lei n.º 9.307/96).

Ocorre, contudo, que é cada vez mais freqüente o número de litígios envolvendo interesses em mais de um Estado, tornando-se inevitável que o exercício da jurisdição extrapole as fronteiras territoriais. Nas hipóteses em que a relação jurídica controvertida envolva elementos internacionais, torna-se necessário para o bom exercício da jurisdição que sejam praticados atos em outros territórios e que as sentenças tenham eficácia além da jurisdição na qual foram proclamadas. Ou seja, as fronteiras territoriais deixam de ser limites da jurisdição (MADRUGA FILHO, 2003:24). Nesse sentido, a Corte Internacional de Justiça reconheceu a possibilidade de um Estado aplicar sua jurisdição fora dos limites de seu território conforme for mais conveniente, no entanto, admitiu a necessidade de que se respeitem certos limites.²⁸

Em estudos sobre os limites da jurisdição brasileira, Liebman ressalta:

A soberania do estado, como entendida nos tempos modernos, exige que sejam atribuídas, ao conhecimento dos órgãos do poder judiciário, *as causas que tenham qualquer relação com o território nacional ou com os cidadãos brasileiros: mas, ao mesmo tempo, o reconhecimento dos outros Estados leva naturalmente a respeitar a esfera de competência das respectivas jurisdições*. O mesmo interesse próprio bem entendido, adicionado a evidentes considerações de ordem prática, conduz o Brasil a desinteressar-se de todas as controvérsias não relevantes para a própria ordem jurídica, e recusar-se, conseqüentemente, a atribuir a seus órgãos judiciários a tarefa de ter conhecimento das mesmas. *Qualquer forma de autodelimitação de cada país na extensão que atribui à própria jurisdição é pressuposto da possibilidade de reconhecer o exercício das jurisdições estrangeiras. Daí admitir em certas condições, no seio do próprio ordenamento, a eficácia das sentenças pronunciadas pelos tribunais estrangeiros*. (1976: 15-16) (grifos acrescentados)

Ou seja, a partir do momento em que o Estado reconhece que, em determinados casos, precisará praticar atos além da sua jurisdição, deve reconhecer que os demais Estados também têm interesse de julgar casos com elementos internacionais e que podem vir a precisar praticar atos no território nacional. Assim, surge a necessidade de criar mecanismos que possibilitem aos Estados cumprir dentro do seu território atos emanados em outras jurisdições.

²⁸ Conforme decisão no caso *Lótus*, disponível em: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus/, último acesso em 04 dez. 2007 às 07h47min.

Foge ao escopo dessa discussão o alcance extraterritorial das leis brasileiras, o qual é permitido em determinados casos.²⁹ O que interessa à presente análise é o exercício jurisdicional nos casos em que é necessário a prática de atos judiciais em outras jurisdições, equivocadamente denominadas jurisdições extraterritoriais. A “jurisdição extraterritorial” ocorre apenas nos casos em que os Estados, em abuso de poder, praticam atos fora da sua jurisdição sem o consentimento do outro Estado.³⁰ Esses casos possuem, geralmente, um caráter negativo (LOWENFELD, 1996:15). Melhor denominação seria “alcance extraterritorial da jurisdição” estatal. Contudo, como a efetividade extraterritorial da jurisdição depende do consentimento dos outros Estados, tal alcance está sujeito ao reconhecimento pelo Estado onde se busca a execução do ato proferido na jurisdição estrangeira.³¹ Dessa forma, correta é a afirmação de Madrugá Filho de que a discricionariedade de um Estado na delimitação da extensão da sua jurisdição não é total (2003:24). Para esse autor, o alcance da jurisdição nacional encontra barreiras na soberania dos demais Estados, uma vez que os atos judiciais proferidos em um Estado dependem dos demais para obterem qualquer alcance extraterritorial (2003:24).

Nesse sentido, Soares afirma que existem duas formas de limitação da jurisdição nacional: a autolimitação e a heterolimitação (1984:14). A primeira corresponde aos limites definidos pelo próprio Estado por meio de regras de competência internacional e a segunda às as normas de direito internacional, consuetudinário e convencional que cada Estado está adstrito a observar. A heterolimitação não é aceita por todos, especialmente pelos processualistas, gerando uma enorme discussão sobre a terminologia correta para determinar os limites da jurisdição nacional.

3 Competência internacional do Judiciário brasileiro

A terminologia utilizada pelo legislador pátrio – competência internacional – é muito criticada pela doutrina.

²⁹ A aplicação extraterritorial da lei brasileira é possível na esfera do direito penal e do direito concorrencial. Para maiores discussões sobre o tema, vide Magalhães (2000:10-11).

³⁰ Como exemplo pode-se citar o famoso caso *Machain*, no qual os Estados Unidos invadiram o território Mexicano em busca de médico suspeito de envolvimento no seqüestro, tortura e morte de um agente americano. *United States vs. Alvarez-Machain*, 504 U.S. 655 (1992).

³¹ Nesse sentido, Castro, parafraseando Dicey, afirma que “o efeito extraterritorial (se houver algum) de um julgado inglês é questão do direito estrangeiro” (2003:549).

Os processualistas³² alegam que não se deve falar em competência internacional, pois esta não se restringe a simples distribuição da atividade jurisdicional entre diversos órgãos investidos da mesma jurisdição, muito pelo contrário, os critérios adotados pela suposta competência internacional determinam a extensão da jurisdição brasileira diante das demais (ARRUDA ALVIM, 1970:409; BOTELHO DE MESQUITA, 1988:51).

Essa corrente defende que no contexto internacional há um problema de jurisdição e não de competência, uma vez que a jurisdição é função do poder estatal e cada Estado é detentor de soberania para exercer as suas funções. Ademais, inexistente um legislador supranacional que delimite a esfera de competência entre os tribunais dos vários Estados. Para essa corrente não há heterolimitações. Apenas o Estado pode limitar o alcance da sua própria jurisdição, devendo-se, portanto, utilizar o termo limites à jurisdição nacional e não competência.

Por outro lado, embora não haja um legislador supranacional, existem princípios internacionais que balizam a aplicação das normas internacionais e que devem ser respeitados por todos os Estados. Portanto, deve-se falar em competência internacional e não jurisdição. Tal posição entende que os princípios internacionais seriam, como ensina Soares (1984:14), heterolimitações da jurisdição nacional e que delimitam a competência jurisdicional de cada país. Nesse sentido Magalhães afirma:

Isto porque o poder jurisdicional do Estado, que lhe permite editar normas de direito nacional e internacional, isoladamente, até mesmo por atos unilaterais com efeitos internacionais, *é limitado pela competência estabelecida por princípios gerais de direito internacional a que o Estado está adstrito a observar. (...) Daí que tal poder é limitado por princípios universalmente acolhidos, não se admitindo que o Estado extravase essa competência, deixando de observá-los.* (2000:31) (grifos acrescentados)

Para a presente dissertação será utilizada a segunda corrente, que vê os princípios internacionais como limites à extensão da jurisdição nacional, uma vez que é inegável a influência da ordem internacional nos ordenamentos nacionais.

³² Por exemplo: “Não se trata propriamente de um assunto de competência, mas sim, ligado à própria definição da jurisdição brasileira” (ARRUDA ALVIM, 1970:409). “A rigor, como já havia dito Liebman, – o problema da competência internacional é antes e mais precisamente um problema de limite da extensão da jurisdição nacional em face da jurisdição de outros Estados igualmente soberanos” (BOTELHO DE MESQUITA, 1988:51).

No Brasil, o legislador optou por autodelimitar a competência³³ da autoridade judiciária seguindo o modelo direto³⁴ de determinação da competência internacional. Os arts. 88 e 89 do Código de Processo Civil (CPC) determinam quais são os casos sujeitos à jurisdição brasileira, distinguindo a competência internacional da autoridade brasileira em competência concorrente e competência exclusiva. Por razões metodológicas, analisar-se-á primeiro o art. 89 e, logo após, o art. 88, ambos do CPC.

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

- I – conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil;
- II – proceder a inventário ou partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional. (grifos acrescentados)

Como se pode verificar da própria análise do art. 89 do CPC, em especial do trecho destacado, o legislador pátrio ressalvou à jurisdição nacional o poder jurisdicional sobre determinadas situações. Ao inserir no texto legal a expressão “com exclusão de qualquer outra” o legislador resguardou o direito exclusivo da jurisdição nacional sobre os imóveis e sobre o inventário ou partilha de bens situados no Brasil.

A consequência prática dessa ressalva é a inadmissibilidade da homologação de sentenças estrangeiras versando sobre imóveis ou inventários e partilhas de bens situados no Brasil, pois para estas causas foi conferida exclusividade à jurisdição nacional.

Diversamente do art. 89, no art. 88 do CPC³⁵ não foi inserida qualquer ressalva de exclusividade da competência brasileira. Portanto, há competência concorrente da jurisdição pátria e da alienígena. Se esse artigo tipifica casos em que se admite a competência tanto da jurisdição nacional quanto da alienígena, é perfeitamente possível que uma sentença estrangeira venha a produzir efeitos no Brasil, após a devida homologação pelo STJ.

³³ Utilizar-se-á a frase competência internacional e não jurisdição para manter coerência com a terminologia utilizada pelo legislador.

³⁴ No modelo de determinação direta, a norma de competência internacional dispõe expressamente quais são as causas que estão sujeitas à jurisdição nacional. Por outro lado, no modelo de determinação indireta, não há normas de competência internacional, sendo que essa se pressupõe das normas de competência interna.

³⁵ “Art. 88. É competente a autoridade judiciária brasileira quando:

I – o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;

II – no Brasil tiver que ser cumprida a obrigação;

III – a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil;

Parágrafo único. Para o fim dos disposto no n. 1, reputa-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal.”

Nesses casos, não há um juiz competente e outro incompetente, ambos são competentes e continuam sendo igualmente competentes mesmo após a propositura de ação em uma das jurisdições. O art. 90 do CPC³⁶ veda que a litispendência internacional obste o Judiciário brasileiro de apreciar a causa. Dessa forma, os dois processos poderiam tramitar separadamente, não sendo possível que o juiz nacional extinga ou suspenda o processo nacional em razão de pendência de um processo em outra jurisdição, pois se permite a jurisdição concorrente. Admite-se, portanto, a concorrência da jurisdição de mais de um país. Ocorre uma litispendência internacional, mas, para legislação pátria, sem os efeitos da litispendência interna.

Ressalta-se que o concurso entre esses dois processos não pode existir para sempre, pois exercida a jurisdição uma vez, não pode ser repetida. O concurso pode persistir até que o primeiro deles venha a adquirir força de coisa julgada no ordenamento interno. No caso do processo que tramita no ordenamento alienígena, cabe ressaltar que este só adquire os efeitos da coisa julgada para o ordenamento nacional após o trânsito em julgado, no Brasil, do processo que homologou a sentença proferida no exterior.

³⁶ “Art. 90. Ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta que a autoridade judiciária brasileira conheça de mesma causa e das que lhes são conexas.” (grifos acrescentados)

CAPÍTULO II

A EFICÁCIA DE ATOS JURISDICIONAIS ALÉM DOS LIMITES DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL

Observando o que foi demonstrado no capítulo anterior sobre os limites da jurisdição e as regras de competência determinadas pelo legislador brasileiro, verifica-se a possibilidade da ocorrência de casos envolvendo estrangeiros em trâmite no Judiciário brasileiro, assim como a possibilidade de brasileiros serem demandados em outras jurisdições. Nesses casos, torna-se (i) possível a necessidade de uma sentença estrangeira produzir efeitos no país; e (ii) inevitável a necessidade da prática de atos processuais proferidos em outras jurisdições para garantir o devido processo legal também nos litígios internacionais.

Admitida a possibilidade de os Estados exercerem jurisdição em casos envolvendo interesses em outros Estados, faz-se necessário analisar as formas de interação entre diversas jurisdições. Tradicionalmente distingue-se o meio disponível para dar eficácia às sentenças estrangeiras – o pedido de homologação de sentença estrangeira; do meio disponível para dar eficácia aos demais atos de comunicação produzidos em outra jurisdição – a carta rogatória.³⁷

1 Sentença estrangeira

Atualmente é pacífico o entendimento de que uma sentença só tem validade no espaço territorial do ordenamento em que foi prolatada, não se admitindo a extraterritorialidade das sentenças (CASTRO, 2003:549). Algumas exceções são previstas em tratados internacionais como, por exemplo, no Protocolo de Las Leñas³⁸ celebrado entre os países do Mercosul (MAGALHÃES, 1999:285-287).

³⁷ Optou-se por tratar nessa primeira parte apenas dos meios tradicionais de interação entre jurisdições. As novas formas de cooperação entre autoridades jurídicas internacionais como, por exemplo, o auxílio direto, serão abordadas na terceira parte da presente dissertação.

³⁸ Art. 20 do Decreto Legislativo 55/95.

No entanto, tendo em vista que as relações humanas extrapolam os limites territoriais conforme explicado anteriormente, surgiu a necessidade de que as decisões proferidas em uma jurisdição possam vir a produzir efeitos em outras.

Há diversas maneiras de se recepcionar as sentenças estrangeiras para que estas produzam efeitos nos ordenamentos nacionais. Cumpre notar, entretanto, que nem todos os países recepcionam as decisões alienígenas.³⁹ Entre os que recepcionam há aqueles que praticam o sistema da denominada reciprocidade;⁴⁰ há os que emprestam caráter meramente probatório às sentenças estrangeiras;⁴¹ e, por fim, aqueles que conferem à sentença estrangeira a mesma eficácia da decisão nacional mediante um prévio juízo de delibação.⁴²

É a ordem jurídica do fórum em que se busca a execução que atribui efeitos às sentenças estrangeiras, sendo que essas adentram outras jurisdições apenas como um equivalente jurisdicional ou suporte fático (CASTRO, 2003:249).

O Brasil reconhece que as sentenças estrangeiras podem se tornar exeqüíveis no país, por meio de um juízo de delibação,⁴³ que é o meio pelo qual se atesta o cumprimento de certos requisitos necessários à nacionalização da sentença estrangeira. Ou seja, para que a sentença estrangeira produza efeitos no país, esta deve ser submetida ao crivo do Poder Judiciário para homologação.

A homologação é o ato pelo qual a sentença estrangeira que, como já dito, não tem caráter extraterritorial, adquire eficácia e pode ser executada no território pátrio. No juízo de delibação não se aprecia o mérito da causa, que permanece intocável, mas apenas os requisitos estipulados pelo legislador brasileiro para que a sentença estrangeira possa produzir efeitos no Brasil.

Assim, passa-se a analisar o pedido de homologação de sentença estrangeira.

³⁹ Por exemplo, a Holanda.

⁴⁰ Por exemplo, a Alemanha, a Áustria e a Espanha. Para esses países a sentença estrangeira é válida por si só, sem a necessidade de nenhuma formalidade, desde que o país prolator também reconheça as sentenças por ele proferidas.

⁴¹ É o que preconizam a Inglaterra, os Estados Unidos e os demais países do sistema da *common law*.

⁴² Além do Brasil, a Itália e os países que seguem a doutrina de pensamento italiano adotam tal posição.

⁴³ O art. 483 do CPC dispõe expressamente sobre a matéria: “A sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia no Brasil senão depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal. Parágrafo único: A homologação obedecerá ao que dispuser o regimento interno do Supremo Tribunal Federal”. Atualmente essa competência é do STJ e obedece o disposto na Resolução 9, de 04.05.2005.

1.1 O pedido de homologação

Deve-se ressaltar que a competência para processar e julgar o pedido de homologação de sentença estrangeira é exclusiva do STJ,⁴⁴ conforme disposto no art. 105, I, *i*, da CF.⁴⁵ Portanto, a homologação de sentença estrangeira é uma ação originária do STJ. Atualmente prevalece o entendimento que o pedido de homologação da sentença estrangeira é uma verdadeira ação. Cintra, Grinover e Dinamarco definem ação como “o direito ao exercício da atividade jurisdicional” (2000:247). Também nesse sentido, Araujo afirma que o pedido de homologação tem natureza tipicamente jurisdicional, julgando o STJ o mérito sobre o acolhimento ou não do pedido cria-se uma nova situação que passa a produzir efeitos no território nacional (2004:271). Para essa autora, a homologação da sentença estrangeira seria uma ação do tipo constitutiva (ARAUJO, 2004:271-272).

O pedido de homologação de sentença estrangeira será submetido ao crivo do Poder Judiciário brasileiro e só poderá ser deferido se não ofender a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes, bem como preencher os requisitos formais. Estes requisitos estão presentes na Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) e na Resolução 9 do STJ, de 04.05.2005 (Resolução 9/2005 do STJ).⁴⁶

Pode-se dizer que existem requisitos objetivos e subjetivos para que a sentença proferida no exterior possa ser executada no Brasil. Os requisitos objetivos estão estampados nos arts. 15 da LICC⁴⁷ e 5.º da Resolução 9 do STJ.⁴⁸ Estes requisitos podem

⁴⁴ Anteriormente, a homologação de sentenças estrangeiras era competência exclusiva do STF. Essa competência foi alterada pela Emenda Constitucional 45, de 31.12.2004.

⁴⁵ “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I – processar e julgar, originariamente:

(...)

i) a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias;

(...).”

⁴⁶ O Regimento Interno do STF estabelecia os requisitos para material antes da transferência da competência para o STJ.

⁴⁷ “Art. 15. Será executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro que reúna as seguintes características:

- a) haver sido proferida por juiz competente;
- b) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia;
- c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida;
- d) estar traduzida por interprete autorizado;
- e) ter sido homologada pelo Superior Tribunal Federal.

Parágrafo único. Não dependem de homologação as sentenças meramente declaratórias do estado das pessoas.”

ser resumidos em (i) juízo competente; (ii) citação das partes (ou revelia legal); (iii) trânsito em julgado; (iv) ter sido autenticada pelo cônsul brasileiro; (v) estar acompanhada de tradução oficial; e (vi) ser homologada pelo STJ. Por outro lado, os requisitos subjetivos estão presentes no art. 17 da LICC e no art. 6.º da Resolução 9 do STJ e são não ofender: (i) a soberania nacional; (ii) a ordem pública; e, apenas segundo a LICC, (iii) os bons costumes.

Em que pese ser necessária para posterior análise de caso o esclarecimento sobre os requisitos para ação de homologação, foge ao escopo dessa dissertação discorrer sobre cada um desses requisitos. Particular importância terá o requisito do trânsito em julgado e a ofensa à ordem pública, que serão analisados juntamente com o estudo prático realizado na segunda parte dessa dissertação.

O procedimento da ação de homologação pode ser resumido conforme a seguir. A iniciativa da ação de homologação cabe à parte interessada, que deve protocolar o pedido no STJ. Após, a ação será autuada (pode haver determinação para emendar a inicial em dez dias caso esta não preencha os requisitos legais sob pena de extinção) e o requerido será citado para apresentar contestação.⁴⁹ A contestação poderá versar sobre a ausência dos requisitos legais⁵⁰ e/ou sobre ofensa: (i) à soberania nacional; (ii) à ordem pública; e (iii) aos bons costumes.⁵¹ Após a contestação há prazo para réplica, seguido de ofício ao Procurador Geral da República para impugnação.⁵² Não havendo contestação, o presidente decide; havendo, os autos são remetidos à Corte Especial.⁵³ Da decisão monocrática do presidente cabe Agravo Regimental para o plenário.⁵⁴ Concedido o cumpra-se, será extraída carta de sentença e essa será remetida à Justiça Federal competente para cumprimento.⁵⁵

Posteriormente, esse procedimento será comparado com o procedimento para concessão do *exequatur* às cartas rogatórias.

⁴⁸ “Art. 5.º Constituem requisitos indispensáveis à homologação de sentenças estrangeiras;

I – haver sido proferida por autoridade competente

II – terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia;

III – ter transitado em julgado; e

IV – estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado no Brasil.”

⁴⁹ Art. 8.º da Resolução 9/2005, do STF.

⁵⁰ Art. 5.º da Resolução 9/2005, do STF.

⁵¹ Art. 6.º da Resolução 9/2005, do STF.

⁵² Art. 10 da Resolução 9/2005, do STF.

⁵³ Art. 9.º, § 2.º, da Resolução 9/2005, do STF.

⁵⁴ Art. 11 da Resolução 9/2005, do STF.

⁵⁵ Art. 12 da Resolução 9/2005, do STF.

1.2 É suficiente garantir apenas a homologação da sentença final?

Ressalta-se que o processo de homologação é destinado às “sentenças” estrangeiras e, aparentemente, não estaria disponível para outras decisões não terminativas.

Para que uma sentença estrangeira tenha eficácia contra a parte residente em outra jurisdição, faz-se necessário que: (i) à parte envolvida seja dado conhecimento do processo; (ii) tenha a chance de defender-se e produzir provas; e (iii) seja proferida uma sentença e essa tenha transitado em julgado.

Contudo, o juízo estrangeiro, assim como o nacional, pode e precisa em determinadas situações conceder decisões não terminativas para assegurar o resultado final do processo ou a satisfação do julgamento. Tais decisões dificilmente cumprirão o requisito exposto no item “iii” do parágrafo anterior, pois não serão uma sentença nem terão transitado em julgado. A sentença é o ato que põe fim ao processo, e não pode ser confundida com decisões interlocutórias que não decidem a lide. Soma-se a isso o fato de muitas medidas de urgência poderem ser concedidas liminarmente, sem que seja dado conhecimento do processo à parte envolvida e/ou que se tenha dado a chance de produção de provas. Dessa forma, questiona-se a possibilidade de homologação dessas decisões interlocutórias que não constituem uma sentença.

Araujo afirma claramente que o objeto da homologação é “a sentença estrangeira” (2004:273). Ela constata que o STF compreendia o termo de forma ampla, sem restrição à decisão proferida por órgão que não fosse parte do Poder Judiciário,⁵⁶ mas exigindo que o ato tivesse “conteúdo e efeito típico de sentença” (ARAUJO, 2004:273).

Com base nas regras processuais atualmente vigentes, apenas as “sentenças” e não as decisões interlocutórias são sujeitas à homologação. Ademais, como demonstrado, as medidas urgentes nem sempre cumprem os demais requisitos necessários para homologação de sentença estrangeira.

⁵⁶ Tal aceção ampla do termo era necessária para permitir, entre outras, decisões de divórcio proferidas por órgãos administrativos ou religiosos bem como decisões arbitrais.

Dessa forma, apenas com a homologação da sentença final proferida em outra jurisdição, as partes ficariam à mercê dos males do tempo até que se obtenha uma sentença terminativa transitada em julgado passível de homologação.⁵⁷

Em determinadas circunstâncias, o fator tempo impossibilita uma prestação jurisdicional eficaz. Nessas circunstâncias, não seria suficiente garantir apenas a homologação do provimento final em litígio estrangeiro.

Constatada a insuficiência da garantia apenas da homologação das sentenças transitadas em julgado, questiona-se se as partes envolvidas em um litígio internacional possuem os mesmos remédios que as partes envolvidas em litígios nacionais para garantir a eficácia da decisão final.

Tendo em vista os limites legais impostos ao objeto do pedido de homologação, passa-se a examinar a carta rogatória como instrumento de cooperação entre autoridades judiciais.

2 Carta rogatória

Carta rogatória é o ato de solicitação do juiz de um Estado à justiça de outro, para que tenha efeitos no território estrangeiro algum ato seu, ou que algum ato se pratique, como parte da seqüência de atos que é o processo. (PONTES DE MIRANDA, 1974:613)

Tradicionalmente a carta rogatória é um meio de comunicação entre autoridades judiciais para requisição de atos processuais, deprecando diligências que interessem à instrução de processos em andamento (BRIGGS, 1913:21). Em estudo sobre processo internacional, Dias da Silva conceitua carta rogatória como solicitação de um tribunal estrangeiro para que a justiça nacional coopere na realização de certos atos que interessam àquela justiça, tais como citações, depoimentos, exames e outras diligências (1971:59).

Atualmente a carta rogatória é vista como um meio de cooperação jurídica internacional (ARAUJO, 2004:247) que se destina ao cumprimento de diversos atos, podendo estes ser divididos em: (i) atos ordinatórios, como, por exemplo, a citação, a

⁵⁷ O próximo capítulo demonstrará a importância das medidas de urgência nos litígios internacionais.

notificação e a cientificação; (ii) atos instrutórios, que são em geral destinados à coleta de provas, incluindo, entre outros, depoimentos de testemunhas; e, ainda, (iii) os atos executórios, que contêm medidas de caráter restritivo (ARAÚJO, 2004:249). Não é pacífico o posicionamento da doutrina brasileira e, principalmente, da jurisprudência, quanto à admissibilidade de atos executórios por carta rogatória.⁵⁸

2.1 Cartas rogatórias ativas e passivas

As cartas rogatórias podem ser ativas ou passivas.

Por carta rogatória ativa entende-se a carta rogatória emanada da autoridade jurisdicional local, requerendo o cumprimento de diligência em outro ordenamento jurídico. Ou seja, a origem é o Brasil que, de maneira ativa, requer a cooperação de outro país para dar cumprimento a uma diligência. A carta rogatória ativa deve preencher os requisitos da lei local e adaptar-se às especificidades da legislação do país a que se roga o cumprimento.

No Brasil, as cartas rogatórias ativas são expedidas pelo juiz brasileiro e encaminhadas diretamente ao Ministério da Justiça.⁵⁹ Este, por sua vez remeterá ao Ministério das Relações Exteriores (regra geral) ou, na existência de tratado internacional,⁶⁰ diretamente à autoridade central⁶¹ do outro país.

Por outro lado, a carta rogatória passiva é aquela que é recebida no país, proveniente do exterior e emanada de autoridade jurisdicional estrangeira que busca a realização de ato processual no território nacional. Nesse caso, o Brasil exerce uma função passiva, pois age apenas após a requisição de outra autoridade.

⁵⁸ O estudo das cartas rogatórias que contenham atos executórios será importante na análise da admissibilidade de medidas de urgência nos litígios internacionais a ser realizada na segunda parte desse estudo.

⁵⁹ Em alguns Estados como, por exemplo, no Estado de São Paulo, o Tribunal de Justiça criou um órgão intermediário que verifica a adaptação das cartas rogatórias antes de encaminhá-las ao Ministério da Justiça.

⁶⁰ Optou-se por utilizar a terminologia da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 adotando a expressão “tratado internacional” nessa dissertação como genérico para designar qualquer acordo internacional, independente de sua denominação específica.

⁶¹ Visando facilitar esse trâmite burocrático, diversos tratados internacionais optaram por estipular um órgão em cada país que fosse responsável diretamente pelo trâmite desses documentos e, para tanto, criaram o instituto da Autoridade Central. Esse procedimento direto evita a demora do trâmite via diplomática e facilita o intercâmbio de informações.

As cartas rogatórias passivas são recebidas, em regra, por via diplomática – Ministério das Relações Exteriores. No entanto, na existência de tratado internacional, essas podem ser encaminhadas diretamente ao Ministério da Justiça,⁶² que é a autoridade central para o Brasil.⁶³

2.2 A concessão do *exequatur*

Assim como a concessão do cumpra-se nas ações de homologação de sentença estrangeira, a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias é de competência exclusiva do STJ.⁶⁴ Ocorre, contudo, que essa competência nem sempre foi de órgãos do Judiciário. A segunda parte deste estudo demonstrará o histórico das cartas rogatórias no Brasil, analisando a sua influência no posicionamento da doutrina e da jurisprudência atual.

Na presente discussão é preciso ter em mente que a carta rogatória é, via de regra, encaminhada pela autoridade judicial requerente (via diplomática ou autoridade central) ao STJ, onde a competência é do presidente.

Primeiramente é feita a intimação das partes para que essas possam impugnar a concessão do *exequatur*⁶⁵ e concedida vista para parecer ao Ministério Público Federal ou à Advocacia Geral da União (AGU) quando houver interesse da União.⁶⁶

As impugnações podem versar sobre aspectos formais e materiais. As impugnações são formais, geralmente, devido à ausência de traduções ou consularizações. As impugnações são materiais devido à ofensa à soberania nacional ou à ordem pública.

Após a fase de impugnações, os autos vão conclusos ao presidente para decisão, que pode conceder ou denegar o *exequatur*, permitindo, ou não, que a carta rogatória seja cumprida no território nacional. Dessa decisão cabe agravo regimental.⁶⁷ Havendo

⁶² Atualmente, o Ministério da Justiça conta com um departamento responsável para esses trâmites, o DRCI.

⁶³ Exceção ocorre em alguns tratados internacionais antigos, nos quais a PGR era apontada como Autoridade Central brasileira.

⁶⁴ Art. 105, I, *i*, da CF.

⁶⁵ A Resolução 9 do STJ possibilitou a execução sem a intimação da parte, em determinadas circunstâncias, conforme art. 8.º, parágrafo único: “A medida solicitada por carta rogatória poderá ser realizada sem ouvir a parte interessada quando sua intimação prévia puder resultar na ineficácia da cooperação internacional”.

⁶⁶ Art. 10 da Resolução 9/2005, do STF.

⁶⁷ Art. 11 da Resolução 9/2005, do STF.

impugnações, o presidente deverá remeter o processo para julgamento pela Corte Especial.⁶⁸

Concedida a ordem, os autos são remetidos à Justiça Federal para cumprimento.⁶⁹ Denegada a concessão do *exequatur*, a carta rogatória é devolvida ao juiz rogante. Do cumprimento da carta rogatória pelo juízo competente cabe embargos relativos a quaisquer atos, opostos por qualquer interessado ou pelo Ministério Público e julgado pelo presidente.⁷⁰ Da decisão dos embargos cabe agravo regimental.⁷¹

Por fim, questiona-se a natureza do pedido de concessão de *exequatur* em carta rogatória. Embora na carta rogatória a parte seja intimada, não citada, para apresentar impugnação, não contestação, possibilita-se às partes citadas em pedido de homologação e intimadas em carta rogatória as mesmas chances de defesa. Também há diferença na execução. Enquanto extrai-se carta de sentença do pedido de homologação, remete-se os autos da rogatória à Justiça Federal competente. Como consequência, na carta rogatória os embargos são apresentados diretamente no STJ, enquanto o pedido de homologação segue o rito da execução comum. Os dois procedimentos são tratados em conjunto em diversos dispositivos legais.⁷² Há necessidade de manifestação da PGR em ambos. Ademais, ainda que capacidade postulatória na carta rogatória seja da autoridade jurisdicional estrangeira (embora haja uma tendência de conceder tal capacidade também às partes), há um interesse não apenas do estado estrangeiro mas também das partes envolvidas na obtenção de um provimento jurisdicional do Estado brasileiro.

Dessa forma, retomando o que foi dito no item anterior a respeito da natureza do pedido de homologação de sentença estrangeira, o pedido de concessão do *exequatur* em carta rogatória também é uma solicitação do exercício da atividade jurisdicional pelo Estado que decidirá, no caso, sobre sua concessão ou não, possibilitando o cumprimento no país de medida proferida no exterior. Como tal, a carta rogatória deve ser vista como uma ação.

⁶⁸ Art. 9.º, § 2.º, da Resolução 9/2005, do STJ.

⁶⁹ Art. 13 da Resolução 9/2005, do STF.

⁷⁰ Art. 13, § 1.º, da Resolução 9/2005, do STF.

⁷¹ Art. 13, § 2.º, da Resolução 9/2005, do STF.

⁷² Por exemplo, no art. 483 do CPC e no art. 6.º da Resolução 9/2005, do STF.

CAPÍTULO III

A IMPORTÂNCIA DAS MEDIDAS DE URGÊNCIA NOS LITÍGIOS TRANSNACIONAIS

Atualmente o direito processual não pode mais ser visto como uma ciência autônoma afastada do direito material. Ao contrário, a ciência processual deve ser vista como um instrumento a serviço da paz social (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2000:41). Esta visão do direito processual é identificada na doutrina como teoria instrumentalista, na qual a grande importância do processo está nos seus resultados (BEDAQUE, 2003:15).

Nesse sentido, é importante ressaltar que o direito processual apenas une a ordem jurídica material às pessoas que buscam o cumprimento das normas legais, sendo que para elas o mais importante é a efetividade do resultado final do processo (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2000:41).

A grande dificuldade encontrada na ciência processual é dar efetividade ao resultado do processo sem ferir as garantias constitucionais das partes envolvidas nos litígios. Ocorre, contudo, que para possibilitar o cumprimento dessas garantias constitucionais como o devido processo legal e a ampla defesa, o processo torna-se demasiadamente longo. Isso gera o perigo de que, enquanto os órgãos jurisdicionais operam, a situação de fato se altere de tal modo que torne ineficaz e ilusório o provimento final (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2000:316).

Não é novidade que o fator tempo constitui um dos grandes óbices à efetividade da tutela jurisdicional,⁷³ gerando o risco do provimento judicial definitivo tornar-se inútil ou ineficaz (BEDAQUE, 2003b:18).

O processo, pela sua própria natureza, demanda um tempo considerável uma vez que a composição do conflito só é alcançada após a prática de uma série de atos necessários e respeitando o direito ao contraditório e ao devido processo legal

⁷³ Bedaque define a efetividade da tutela jurisdicional “como tutela efetiva de direitos ou de situações pelo processo. Constitui visão do direito processual que põe em relevo o resultado do processo como fator de garantia do direito material” (2003:29).

(THEODORO JÚNIOR, 1998:41). Além da própria natureza processual, inúmeras outras ineficiências do sistema jurídico podem alongar mais ainda a duração de um processo. Dessa forma, a duração do processo representa o obstáculo mais sério à plena satisfação do direito material.

O fator tempo, por si só, já é um dano para quem busca a efetivação de seu direito e pode ser visto como um óbice ao acesso à justiça, que hoje é considerado não apenas como ingresso aos tribunais, mas, principalmente, como alcance de um resultado justo e eficaz. Nesse sentido, bem ilustram as palavras de Grinover:

O tema do acesso à justiça, dos mais caros aos olhos processualistas contemporâneos, não indica apenas o direito de acender aos tribunais, mas também o de alcançar, por meio de um processo cercado das garantias do devido processo legal, *a tutela efetiva dos direitos violados ou ameaçados*. (2006:página sem número) (grifos acrescentados)

Em uma ordem jurídica justa não se pode falar em acesso à justiça, sem que haja um sistema de garantir o resultado final do processo (BEDAQUE, 2003b:47). É justamente nesse contexto que se encontra a definição da expressão medidas de urgência.

Foge ao escopo desta dissertação uma análise profunda sobre as medidas de urgência, que por si só são objetos de diversas obras singulares. No entanto, faz-se necessário esclarecer o conceito a ser utilizado para permitir a posterior análise das medidas de urgência nos litígios transnacionais e demonstrar-se a necessidade dessas medidas nos litígios judiciais ou arbitrais estrangeiros.

1 Conceito

Optou-se por utilizar a tentativa de harmonização de Bedaque,⁷⁴ na qual a expressão medidas de urgência seria o gênero que englobaria todas as medidas urgentes destinadas a solucionar a angustiante questão do tempo no processo (2003b: 412) e que teria como espécies os provimentos conservativos (cautelares) e antecipatórios.

⁷⁴ Como todas as teorias, a tentativa de harmonização proposta por Bedaque também sofre críticas que fogem ao escopo da presente dissertação. Ressalta-se a adequação dessa teoria à análise proposta que não é limitada ao estudo das medidas cautelares ou antecipatórias, mas de ambas.

Medidas de urgência (gênero): provimentos conservativos (espécie); provimentos antecipatórios (espécie).

Bedaque propõe a classificação em uma única categoria denominada tutela de urgência tanto a tutela cautelar (provimento conservativo) como a tutela antecipada, haja vista que ambas buscam evitar que o tempo prejudique o resultado da tutela jurisdicional e “eliminam de vez a situação de crise de direitos e restauram a ordem jurídica” (2003b: 410).

Justifica-se a escolha da expressão justamente por esta incluir em uma única categoria as cautelares e as antecipatórias. Não se pretende restringir a análise proposta para a segunda parte deste trabalho a apenas uma dessas tutelas.⁷⁵

A tutela cautelar e a tutela antecipatória assemelham-se em diversos aspectos. No entanto, a tutela cautelar diferencia-se da antecipatória, pois busca assegurar a utilidade do provimento final do processo, sem antecipar seus efeitos, não possuindo caráter satisfativo algum. Por outro lado, a tutela antecipatória busca satisfazer o próprio direito material, sendo apta a afastar definitivamente a situação de inadimplemento ou de ameaça a um direito, recompondo de uma vez por todas o ordenamento jurídico violado ou ameaçado (BEDAQUE, 2003b:410).

1.1 Dos requisitos para concessão das medidas de urgência no Brasil

O legislador brasileiro optou por condicionar a concessão de medidas de urgência à: (i) plausibilidade do direito alegado; e (ii) à possibilidade de um dano irreparável. Ou seja, o requerente da medida tem de demonstrar pelo menos uma fumaça de que tem um bom direito no mérito da ação (*fumus boni iuris*) e a necessidade da medida para eliminar o perigo do dano com a demora do processo (*periculum in mora*). Tanto no livro sobre procedimento cautelar,⁷⁶ como no art. 273 do CPC, que dispõe sobre a antecipação da tutela, estão previstas essas condições.

⁷⁵ Embora seja possível constatar um maior número de pedidos de cooperação judiciária para tutelas de cautelares do que tutelas antecipatórias.

⁷⁶ Livro III – Do Processo Cautelar, Título Único – Das medidas cautelares. Art. 796 e seguintes.

Foge ao escopo do presente estudo uma análise profunda sobre esses requisitos, mas é preciso ter em mente que a medida de urgência busca o equilíbrio dos danos causados pelo tempo ao processo entre as partes, com base na probabilidade de êxito e risco de dano ao resultado do processo.

1.2 Da utilização das medidas de urgência no âmbito nacional

O Código de Processo Civil dedica o livro III ao processo cautelar e as medidas antecipatórias são tratadas no art. 273 do mesmo diploma legal. Admite-se, ainda, a fungibilidade entre esses dois tipos de medidas assecuratórias do resultado final do processo.

Diversas são as medidas cautelares tipificadas no Estatuto Processual brasileiro. Por exemplo, pode-se mencionar o arresto, o seqüestro, a busca e apreensão, a produção antecipada de provas entre muitas outras.

Além das medidas cautelares tipificadas, o legislador concedeu aos magistrados o poder geral de cautela. Esse poder possibilita ao juiz “(...) determinar 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 ou de difícil reparação”.⁷⁷

Com o aumento da morosidade dos processos nos tribunais, as medidas de urgência ganharam especial importância e são utilizadas com frequência.

2 A necessidade de medidas de urgência nos litígios transnacionais

O propósito da proteção temporária é alcançar o objetivo fundamental de todo sistema legal, a efetividade da proteção judicial. (tradução livre⁷⁸) (COLLINS, 1994:7).

⁷⁷ Art. 798 do CPC.

⁷⁸ Original em inglês: “[T]he purpose of interim protection is to achieve that fundamental objective of every legal system, the effectiveness of judicial protection”.

As medidas de urgência exercem um papel importantíssimo na garantia do bom exercício da função jurisdicional, possibilitando que se alcance um resultado útil e eficaz e garantindo o pleno acesso à justiça.

No âmbito interno as medidas de urgência são muito utilizadas por todos os operadores do direito e reconhecidas como um princípio geral na maioria dos ordenamentos jurídicos (COLLINS, 1994:10).

Por outro lado, no âmbito internacional, embora cada vez mais necessárias, algumas barreiras são impostas à efetivação das medidas de urgência, conforme ressalta Johnsohn:

É evidente que no mundo moderno muitos litígios comerciais envolvem elementos internacionais, e certamente no campo de fraudes e localização de bens a realidade prática é que o autor terá que perseguir o réu através das fronteiras internacionais. *Muitas vezes o que se torna necessário para justiça ser alcançada é a coordenação de esforços em diferentes partes do mundo. Cortes em diferentes jurisdições serão solicitadas muitas vezes para aplicar remédios provisórios mais ou menos simultaneamente, e, idealmente estas devem ser feitas de forma conjunta e coerente.* Experiências na Inglaterra desde os finais dos anos 80, mostram que este objetivo nem sempre é fácil de ser alcançado, e que problemas legais e dificuldades práticas podem surgir. (tradução livre⁷⁹) (2004: 109) (grifos acrescentados)

Os litígios transnacionais também estão sujeitos aos males do tempo. Esses males são inclusive agravados pela distância entre as partes e a constante necessidade de trâmites mais burocráticos envolvendo órgãos diplomáticos de dois ou mais países. É claro que também nos litígios transnacionais, as partes estão sujeitas aos danos causados pelos efeitos do tempo e necessitam de remédios adequados para saná-los.

Para impedir que o tempo impossibilite a eficácia dos provimentos finais nos litígios internacionais, deve-se verificar como são processadas as medidas de urgência entre diversas jurisdições.

⁷⁹ Original em inglês: “It is self-evident that in the modern world much commercial litigation involves an international element, and certainly in the fraud and asset tracing field the practical reality is that the claimant will be pursuing the defendant across transnational boundaries. *Very often what is necessary in such cases, if justice is to be achieved, is the coordination of efforts in different parts of the world. Courts in different jurisdiction will often be asked to make orders for interim relief more or less simultaneously, and ideally such orders should mesh together coherently.* Experience in England since the late 1980s has shown that this objective is not always easy to achieve, and *some difficult practical and legal problems can arise*”.

2.1 A concessão das medidas de urgência nos litígios transnacionais

Caso seja necessário uma medida de urgência com eficácia em outra jurisdição, duas são as soluções possíveis:

Na primeira, a parte interessada solicita a medida na jurisdição em que tramita o processo principal e, após a concessão dessa medida, busca o reconhecimento da decisão na outra jurisdição para fins de execução.

A segunda opção seria a solicitação da medida de urgência diretamente na jurisdição em que se buscará a execução, mesmo não sendo essa a jurisdição competente ou na qual tramita o processo principal.

Embora aparentemente simples as duas opções encontram alguns obstáculos, que serão analisados a seguir.

2.2 Os problemas encontrados para satisfação das medidas de urgência nos litígios internacionais

Em uma rápida análise, podem-se verificar as seguintes dificuldades para a satisfação das medidas de urgência nos litígios internacionais.

Na primeira hipótese, a medida de urgência é concedida na jurisdição em que tramita o processo principal e terá que ser reconhecida pela outra jurisdição para ser eficaz. Para o reconhecimento de atos proferidos em outras jurisdições existem dois meios: a carta rogatória e a homologação de sentença estrangeira, conforme explanado no capítulo anterior.

Uma barreira encontrada para a homologação de uma decisão que concedeu uma medida de urgência é que essa decisão muitas vezes não é uma sentença terminativa. Outra barreira é a ausência do requisito do trânsito em julgado normalmente requerido.⁸⁰

⁸⁰ Por exemplo, a LICC, exige no Art. 15, c) o seguinte requisito para que a sentença estrangeira seja homologada no Brasil “ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida”. No mesmo sentido é o item III do art. 5.º da Resolução 9/2005 do STJ: “III – ter transitado em julgado”, que veio a fazer o papel que o Regimento Interno do STF fazia anteriormente por

Por outro lado, a carta rogatória é tida, tradicionalmente, como meio de comunicação de atos entre as autoridades judiciárias e em muitos países não pode ter caráter executório.⁸¹

Dessa forma, a execução de uma medida de urgência concedida em outra jurisdição encontra-se em um limbo, pois não pode ser executada nem por pedido de homologação de sentença estrangeira nem por carta rogatória.

Também são encontradas dificuldades na segunda hipótese, que seria a busca da concessão medida de urgência na jurisdição em que esta terá que ser executada. Uma delas é a competência da autoridade judiciária local para conceder a medida, outra é a necessidade, prevista em diversos ordenamentos, da propositura de uma ação principal após certo período da concessão da medida cautelar sob pena da caducidade da medida concedida. Além disso, corre-se o risco de decisão contraditória àquela proferida pela jurisdição originalmente competente.

Ou seja, a obtenção de medidas de urgência para garantir o resultado de processos envolvendo mais de uma jurisdição é deveras complicada. Seria essa a visão mais correta e adequada à realidade da sociedade atual? Provavelmente não.

Conforme já restou demonstrado, as medidas de urgência são essenciais para garantir a eficácia do provimento final do processo e atualmente a garantia do acesso à justiça e a um provimento jurisdicional justo e eficaz rompe as fronteiras da jurisdição nacional.

Dessa forma, também nos litígios internacionais é preciso garantir a eficácia das medidas de urgência.

3 A necessidade de medida de urgência nos litígios arbitrais estrangeiros

Em que pese à arbitragem ser um procedimento mais célere que o judicial, o fator tempo também pode causar danos às partes, que terão a necessidade de recorrer aos

meio do art. 217, III, que dispunha: “ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias à execução no lugar em que foi proferida”. Vide *supra* p. 28.

⁸¹ A segunda parte dessa dissertação trará uma demonstração detalhada sobre o posicionamento dos Tribunais pátrios a respeito das cartas rogatórias executórias. Vide *infra* Capítulo IV.

procedimentos de urgência para garantir a satisfação do seu direito. Assim, as mesmas necessidades de tutelas urgentes verificadas nas lides judiciais também podem surgir em um procedimento arbitral (FIGUEIRA JUNIOR, 1999:220). Essa necessidade é verificada tanto nas arbitragens domésticas como nas estrangeiras. Born afirma que nas arbitragens internacionais⁸² a disponibilidade de medidas de urgência é ainda mais importante, porém, mais difícil de ser obtida (2001:920). No âmbito doméstico já é discutida a capacidade dos árbitros ou dos juízes para concessão de medidas de urgência em suporte ao procedimento arbitral. No âmbito internacional, soma-se a essa discussão a da efetivação de medidas de urgência proferidas em outras jurisdições ou por tribunais arbitrais considerados estrangeiros.

É preciso esclarecer que o conceito de arbitragem estrangeira não é uniforme. Alguns Estados adotam a sede do procedimento arbitral, outros a nacionalidade das partes, a estrutura da arbitragem ou, ainda, o local onde a sentença foi proferida. Esse último critério foi o adotado pela lei brasileira.⁸³ Dessa forma, nos termos da legislação brasileira, a arbitragem é estrangeira quando a sentença arbitral é proferida no exterior.⁸⁴

Para demonstrar a dificuldade encontrada para efetivação de medidas urgentes, também no âmbito arbitral, serão abordados alguns pontos controvertidos inclusive nas arbitragens domésticas. Primeiramente, questiona-se a possibilidade de concessão de medidas de urgência em auxílio ao procedimento arbitral e quem detém competência para tanto, o árbitro ou o juiz. Após, discorrer-se-á a efetivação de medidas de urgência com enfoque no prazo de validade e na possibilidade de alteração da medida concedida.

Essa análise visa apenas demonstrar a necessidade das medidas de urgência também no âmbito arbitral e trazer indagações que a segunda parte do trabalho buscará esclarecer por meio da análise da doutrina e jurisprudência sobre a matéria.

⁸² Embora a terminologia utilizada pela lei brasileira seja arbitragem estrangeira, neste caso, optou-se pelo termo internacional por ser o utilizado pelo autor citado.

⁸³ Lei 9.307/96, art. 34, parágrafo único: “Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional”.

⁸⁴ Há, ainda, Estados que adotam regras diferentes para arbitragens domésticas e estrangeiras, tais leis são denominadas pela doutrina de leis dualistas ao contrário das leis monistas que adotam os mesmos regramentos para todas as arbitragens.

3.1 Competência para a concessão de medidas de urgência nos litígios arbitrais

O grande obstáculo encontrado para o uso das medidas de urgência nos litígios arbitrais é o fato de que o árbitro não possui força coercitiva, que é restrita ao Poder Judiciário. Conseqüentemente, uma primeira visão era de que os árbitros não tinham poderes para conceder medidas de urgência,⁸⁵ pois não teriam como efetivá-las, devendo as partes recorrerem, sempre, ao Poder Judiciário (DOLINGER; TIBÚRCIO, 2003:78) (GAILLARD; SAVAGE, 1999: 716). Atualmente, há uma tendência⁸⁶ à permissão da concessão de medidas de urgência diretamente pelos árbitros (BORN, 2001:924) e solicitação de auxílio ao Poder Judiciário apenas quando há necessidade de coerção.

Tendo em vista os conceitos de arbitragens doméstica e estrangeira acima explanados, questiona-se o poder do árbitro, em uma arbitragem estrangeira, proferir medidas de urgência e a eficácia dessas medidas no Brasil. Embora uma arbitragem realizada fora do território brasileiro não esteja submetida à Lei de Arbitragem brasileira,⁸⁷ para que uma medida proferida nessa arbitragem tenha eficácia no Brasil, os dispositivos da referida lei podem ser aplicáveis. Poderá o árbitro estrangeiro conceder uma medida e, caso haja necessidade de medidas coercitivas, requerer auxílio diretamente ao órgão judiciário competente nos termos do art. 22, § 4.º,⁸⁸ da Lei de Arbitragem? Ou terá o árbitro que fazer tal solicitação por meio de carta rogatória assim como nos litígios judiciais transnacionais?

A Lei de Arbitragem distingue claramente os efeitos das sentenças arbitrais doméstica e estrangeira. A primeira produz os mesmos efeitos de uma sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário,⁸⁹ enquanto a segunda está sujeita à homologação pelo

⁸⁵ Em 2001, a Argentina (art. 753 do Código Nacional de Processo Civil e Comercial) e a Itália (Código de Processo Civil) proibiam a concessão de medidas provisórias pelos árbitros (BORN, 2001:921).

⁸⁶ Essa tendência é verificada nas leis arbitrais recentes como a brasileira (art. 22, § 4.º), assim como nas novas edições de regulamentos arbitrais tradicionais e, mais recentemente, na emenda de 2006 à Lei Modelo da Uncitral, vide *infra* Capítulo VII, item 2.4.

⁸⁷ Em regra, salvo disposição em contrário pelas partes, as regras procedimentais aplicáveis a uma arbitragem são as leis do local da sede da arbitragem (BORN, 2001: 411-412).

⁸⁸ O art. 22, § 4.º, dispõe: “§ 4.º Ressalvado o disposto no § 2.º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originalmente, competente para julgar a causa”.

⁸⁹ Art. 31 da Lei de Arbitragem.

STJ.⁹⁰ Estão as decisões das medidas de urgência prolatadas por arbitragens domésticas ou por arbitragens estrangeiras sujeitas à essas mesmas distinções?

3.2 Os problemas decorrentes da competência dos árbitros e as dificuldades encontradas para dar eficácia à decisão dos árbitros estrangeiros

Uma vez dito que cabe ao árbitro a concessão de medidas de urgência em suporte ao procedimento arbitral, é inevitável o questionamento sobre o que fazer quando houver necessidade de uma medida de urgência antes da constituição do tribunal arbitral e como dar eficácia a tais decisões concedidas pelo tribunal arbitral.

O recurso ao órgão competente do Judiciário é uma renúncia ao compromisso arbitral? À luz do art. II(3) da Convenção de Nova Iorque,⁹¹ que determina que o Judiciário encaminhará as partes à arbitragem quando de posse de ação sobre matéria em relação à qual as partes tenham estabelecido acordo arbitral, pode o Judiciário conceder medidas de urgência? A medida cautelar perderá sua eficácia na inexistência de propositura de ação principal? Após a constituição do Tribunal Arbitral, poderão os árbitros alterar a medida de urgência concedida pelo Judiciário? Qual o efeito de uma decisão do tribunal arbitral contrária à do Judiciário? Poderá uma das partes requerer a execução da decisão arbitral contrária à do Judiciário? Em se tratando de uma arbitragem estrangeira, essa decisão deverá passar pelo crivo do STJ? Quais seriam os critérios para reconhecimento e execução de medidas de urgência em arbitragens internacionais? Aplicam-se as regras harmonizadoras da Convenção de Nova Iorque? Ou cada país determinará aleatoriamente os critérios para reconhecimento e execução de tais medidas?

No âmbito internacional atualmente prevalece o entendimento de que há uma competência concorrente dos árbitros e dos juízes para concessão de medidas de urgência em suporte às arbitragens (GAILLARD; SAVAGE, 1999:709). Os regulamentos das mais diversas instituições arbitrais têm disposições sobre medidas de urgência no sentido de possibilitar a competência concorrente. Importante ressaltar que ao escolher uma

⁹⁰ Art. 35 da Lei de Arbitragem e Emenda Constitucional 45/2004.

⁹¹ “Art. II(3). O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável.”

determinada instituição sob a qual a arbitragem será instituída, as partes adotam as regras daquela instituição, conferindo aos árbitros os poderes existentes nas suas regras.

Como referência podem ser mencionadas as regras da Câmara de Comércio Internacional (CCI) com sede em Paris, França. As regras de 1988 já permitiam que as partes recorressem ao Poder Judiciário para obtenção de medidas de urgência antes da constituição do tribunal (art. 8(5)). No entanto, o novo regulamento da CCI, em vigor desde 1º de janeiro de 1998, adotaram o critério da competência concorrente demonstrando a atenção dessa instituição à necessidade de medidas de urgência mais efetivas também no âmbito arbitral. O art. 23(1)⁹² possibilita que os árbitros concedam qualquer medida cautelar ou provisória que julgarem apropriada. O art. 23(2)⁹³ permite às partes, antes ou depois da instituição do tribunal arbitral, requererem medidas cautelares ou provisórias à autoridade judiciária competente.⁹⁴

Dessa forma, resta a polêmica se no Brasil após a instauração do procedimento arbitral as partes podem, ou não, recorrer ao Judiciário brasileiro.

No âmbito das arbitragens domésticas tal discussão terá menor importância,⁹⁵ uma vez que a parte poderá recorrer ao tribunal arbitral e a decisão deste será cumprida pela autoridade judiciária conforme art. 22, § 4,º, da Lei de Arbitragem.

⁹² Regulamento da CCI em português disponível no site da CCI, http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/rules_arb_brazilian.pdf, último acesso em 05. dez. 2007 às 10h23min ou no site do Comitê Brasileiro de Arbitragem, www.cbar.org.br, último acesso em 30 dez. 2006, às 14h23min.

“Art. 23. Medidas cautelares e provisórias

1. A menos que tenha sido convencionado de outra forma pelas partes, o Tribunal Arbitral poderá, tão logo esteja de posse dos autos, e a pedido de uma das partes, ordenar a execução de qualquer medida cautelar ou provisória que julgar apropriada. O Tribunal Arbitral poderá subordinar tal medida à apresentação de garantias pela parte solicitante. A medida que for adotada tomará a forma de despacho devidamente fundamentado, ou, se necessário, e se o Tribunal Arbitral entender adequado, sob a forma de um Laudo.”

⁹³ “Art. 23. Medidas cautelares e provisórias

1 (...)

2. As partes poderão, antes da remessa dos autos ao Tribunal Arbitral e posteriormente, em circunstâncias apropriadas, requerer a qualquer autoridade judicial competente que ordene as medidas cautelares ou provisórias pertinentes. O requerimento feito por uma das partes a uma autoridade judicial para obter tais medidas, ou a execução de medidas similares ordenadas por um Tribunal Arbitral, não será considerado como infração ou renúncia à convenção de arbitragem e não comprometerá a competência do Tribunal Arbitral a este título. Quaisquer pedidos ou medidas implementadas pela autoridade judicial deverão ser notificados sem demora à Secretaria, devendo esta informar o Tribunal Arbitral.”

⁹⁴ Também nesse sentido são as Regras Internacionais da *American Arbitration Association* (AAA) que adotam o critério da competência concorrente entre o tribunal arbitral (art. 21(1)) e autoridade judiciária competente (art. 21(3)) para concessão de medidas provisórias ou de proteção.

⁹⁵ Beneti admite que embora a jurisdição arbitral deve ser respeitada, podem existir situações nas quais será “impossível a invocação da atividade arbitral, de maneira que sobrar um ‘vácuo’ de concretização da

Por outro lado, nas arbitragens estrangeiras, devido à dificuldade de cumprimento das medidas de urgência proferidas no exterior, a parte poderá ter a necessidade de recorrer aos tribunais nacionais para obtenção direta da medida urgente. Admitindo-se que uma medida de urgência proferida por um tribunal arbitral estrangeiro tenha eficácia no território nacional apenas após a concessão do *exequatur* pelo STJ, poderia a parte, mesmo depois de constituído o tribunal arbitral, recorrer ao Judiciário pátrio para obtenção imediata dessa medida?

Outra questão que pode gerar dificuldade é quanto ao prazo de validade da tutela emergencial ante a necessidade de propositura de ação principal imposta pela lei processual.

Questão mais controvertida é sobre a possibilidade dos árbitros revisitarem e modificarem a decisão concedida pelo órgão do Judiciário. Haveria *res judicata* da decisão proferida pelo Judiciário? Ou, após a formação do tribunal arbitral, esse poderia rediscutir a matéria e confirmar ou mesmo revogar a medida de urgência concedida pelo judiciário. No caso de reforma da decisão do juízo, e não observância das partes da ordem emanada pelo tribunal arbitral, poderia o árbitro solicitar ao Poder Judiciário auxílio na execução de ordem contrária àquela proferida pelo próprio juiz? Em se tratando de uma arbitragem estrangeira, tal solicitação poderá ser feita diretamente ao juízo competente ou terá que passar pelo crivo do STJ? Havendo necessidade de passagem pelo STJ esse pedido deverá ser realizado por carta rogatória ou ação de homologação de sentença?

Verifica-se que embora tão necessária quanto a medida de urgência em suporte à ação judicial, as medidas de urgência em procedimento arbitral estão sujeitas a inúmeros questionamentos que serão objeto do estudo na segunda parte dessa dissertação.

jurisdição arbitral, diante da qual se imponha garantir o acesso à justiça, assegurado pelo Estado por intermédio da jurisdição estatal (CF, art. 5º, XXXV)” (2006:106).

2.^a PARTE

AS MEDIDAS DE URGÊNCIA NOS LITÍGIOS TRANSNACIONAIS – ESTUDO PRÁTICO

O estudo prático do caso brasileiro será dividido em dois capítulos. O Capítulo IV analisará, por meio de uma evolução histórica, o reconhecimento pelo ordenamento brasileiro das medidas de urgência proferidas por órgãos jurisdicionais estrangeiros. O Capítulo V estudará as medidas de urgência em suporte às arbitragens estrangeiras e como essas medidas se relacionam com o ordenamento jurídico brasileiro.

CAPÍTULO IV

AS MEDIDAS DE URGÊNCIA NOS LITÍGIOS JUDICIAIS

A necessidade de medidas provisórias para garantir o resultado eficaz de um processo não é novidade, muito menos exclusividade do ordenamento brasileiro. As primeiras notícias de requisição de cumprimento de medidas cautelares proferidas no exterior em território brasileiro datam do século XIX e são advindas de Portugal devido a sua relação com o Brasil na época.

Atualmente, o volume das medidas de urgência proferidas em outros ordenamentos e que buscam o cumprimento no Brasil é muito maior do que no século XIX, tendo em vista que atualmente os agentes brasileiros mantêm intensas relações comerciais com diversos países e não mais apenas com Portugal.⁹⁶

Para melhor compreender o posicionamento da doutrina e principalmente da jurisprudência brasileira atual, será traçado um histórico sobre as cartas rogatórias. Tal histórico acompanhará a evolução jurisprudencial e doutrinária, bem como do impacto da celebração de acordos internacionais sobre o tema.

⁹⁶ Vide *supra* tabela p. 7 e gráfico p. 8, sobre evolução das solicitações de cumprimento no território nacional de cartas rogatórias passivas e pedidos de homologação de sentença estrangeira.

1 Evolução das cartas rogatórias no Brasil

Até a metade do século XIX, não havia disposições expressas na legislação brasileira sobre as cartas rogatórias. Relatos demonstram que as cartas rogatórias nessa época (que na sua grande maioria vinham de Portugal) eram cumpridas sem maiores formalidades (ARAÚJO, 2004:250). Era comum que os juízes recebessem essas cartas rogatórias diretamente das partes e as cumprissem sem qualquer intervenção do governo imperial. Ressalta-se que nesse período inclusive as cartas rogatórias de caráter executório eram cumpridas (BRIGGS, 1913:7; PONTES DE MIRANDA, 1974:615; ARAÚJO, 2004:250).

Em 1847, o Aviso Circular 1 do Ministério dos Negócios da Justiça, regulamentou o cumprimento, no Brasil, das cartas rogatórias advindas de Portugal, ou seja, as cartas rogatórias passivas. Determinou-se que essas deveriam tramitar por via diplomática e não deveriam conter caráter executório, como se observa do trecho ressaltado:

Aviso do Ministério dos Negócios da Justiça 1, de 1.º.10.1847:

Sua Magestade o Imperador Manda declarar a V.S., para sua intelligencia, e para a fazer constar a quem convier, *que devem ser cumpridas e satisfeitas as Cartas precautorias, citatórias, ou inquisitórias expedidas pelas Autoridades estrangeiras, que contiverem os seguintes quesitos:*

1. Que sejam simplesmente precautórias ou rogatórias, expedidas pelas Autoridades Judiciárias para simples citação ou inquirição de testemunhas, *sendo repellidas quaesquer executórias, tragão ou não insertas as sentenças.*
2. Que ditas Cartas precatorias ou rogatorias sejam concebidas em termos civis e deprecativos, sem fôrma ou expressão de ordem imperativa, sendo exceptuadas expressamente as citatórias, que versem sobre objectos criminaes
3. Que as ditas cartas sejam legalisadas pelos Consules brasileiros, na fôrma prescripta no seu Regulamento.
4. Que a taes cartas sempre sejam admittidos os embargos das partes que forem attendiveis em direito e serão elles processados nos termos regulares para serem julgados definitivamente. (grifos acrescentados)

Esse Aviso restringiu o âmbito das cartas rogatórias em relação ao que ocorria antes da regulamentação, admitindo, apenas, as que rogavam a prática de atos de impulso processual e de caráter informativo. A tramitação passou a ser possível por diversas maneiras: via diplomática, apresentação do interessado ou por remessa direta juiz a juiz (ARAÚJO, 2004:251). O Aviso de 1847 tratava sobre cartas rogatórias entre Brasil e

Portugal, mas, posteriormente, foi estendido às demais nações (PONTES DE MIRANDA, 1974:617).

Em Circular de 20.04.1849,⁹⁷ o Ministério dos Negócios e da Justiça determinou que as autoridades da província cumprissem as cartas rogatórias a que se referia o Aviso 1/1847, independente de despacho do Ministério da Justiça. Ou seja, não havia a necessidade de qualquer tipo de chancela por parte de órgão do governo brasileiro para o cumprimento dessas medidas.

Atendendo à necessidade de facilitar as relações internacionais (BRIGGS, 1913:6-8) e sem derrogar os fundamentos e as cláusulas do citado Aviso, o Ministério dos Negócios da Justiça publicou a Circular de 14.11.1865.⁹⁸ Essa circular confirmava o poder das autoridades brasileiras de cumprirem, independentemente de despacho do Ministério, não apenas citações, mas também as vistorias, exames de livros, interrogatórios, juramentos, exibição, cópia, verificação ou remessa de documentos e todas as demais diligências que importam à decisão da causa.

A citada Circular gerou inúmeras dúvidas a respeito do amplo poder de cumprir diligências que ela estabelecia, sendo necessário que o Aviso do Ministério dos Negócios da Justiça 33, de 12.06.1882, esclarecesse que não eram permitidas avaliações para fins de partilha por carta rogatória. No mesmo sentido, a Circular do Ministério da Justiça de 07.01.1883 estabeleceu que não era possível o inventário (BRIGGS, 1913:6-7; PONTES DE MIRANDA, 1974:615).

O Aviso do Ministério da Justiça de 05.12.1892, confirmando circulares anteriores, insistiu na nulidade das cartas rogatórias executórias, por serem repelidas pelas Justiças de todas as Nações (BRIGGS, 1913:7; MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 1995:331).

⁹⁷ Circular do Ministério dos Negócios da Justiça, de 20.04.1849:

“Sua Magestade o Imperador Manda remetter a V. Ex.a inclusa carta rogatória, pasada em Lisboa, a favor de D. Anna Joaquina de Miranda e Brito, a fim de que V. Ex.espeça as convenientes ordens ao Juiz de Orphãos dessa capital, para a fazer cumprir em conformidade do Aviso de Outubro de 1847, expedido ao Presidente da Relação desta Corte, também junto por cópia; ficando, outrossim, V. Ex. sciencificado que, para o futuro, devem as autoridades dessa Província cumprir as cartas de que trata o sobredito Aviso, independente do despacho deste Ministerio. (...)” (BRIGGS, 1913:121) (grifos acrescentados).

⁹⁸ Circular do Ministério dos Negócios da Justiça, de 14.11.1865:

“1. Que as disposições do dito Aviso, pela igualdade de motivos, são communs a todas as Nações;
2. Que as diligencias cíveis que, segundo o Aviso de 20 e abril de 1849, as autoridades do Brasil podem cumprir independentemente de despacho d’este Ministerio, não são somente as citações e inquirições, mas também, e por identidade de razões, as vistorias, exames de livros, interrogatórios, juramentos, exibição, cópia, verificação ou remessa de documentos e todas as demais diligencias que importam à decisão da causa” (BRIGGS, 1913:6) (grifos acrescentados).

Até 1894, não havia nenhuma disposição sobre a necessidade de uma chancela ou qualquer outro ato por parte do governo brasileiro para que uma carta rogatória pudesse ser cumprida. Foi apenas com a Lei 221, de 20.11.1894,⁹⁹ que surgiu a necessidade de um procedimento prévio de admissibilidade. Esse procedimento visava declarar a validade da carta rogatória, concedendo, ou não, o “cumpra-se” ou o “*exequatur*,” seu equivalente em latim que se tornou o mais utilizado (CASTRO, 2003:586). O procedimento do *exequatur* tem a função de validar um ato jurisdicional estrangeiro, tornando-o um suporte fático para uma ordem do Judiciário nacional e atestando que a execução no território nacional do ato estrangeiro não atenta contra a soberania. É justamente por esse fator que as partes interessadas podem impugnar a concessão do *exequatur* por motivo de ordem pública ou ofensa à soberania nacional. Essa lei também dispunha que as sentenças estrangeiras deveriam ser homologadas pelo STF e não podiam tramitar via carta rogatória.

Importante ressaltar que com o advento da Lei 221, em 1894, a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias era de competência do Governo Federal (CASTRO, 2003:586; VALLADÃO, 1978:174), órgão do Poder Executivo (ARAUJO, 2004:251), e não do Poder Judiciário como ocorria com as ações de homologação de sentença estrangeira. Essa competência justificava a não admissibilidade de medidas de caráter executório, por implicarem em atos de coerção que são exclusivos ao Poder Judiciário.

A impossibilidade do cumprimento de qualquer diligência de caráter executório foi confirmada em 1899 com a devolução de uma carta rogatória expedida pela justiça de Portugal rogando o arresto de uma propriedade no Pará. Na circular que devolvia a rogatória em epígrafe, foi informado que tal medida deveria ser requerida por meio de homologação de sentença e não rogatória. Nessa época, também foram devolvidas cartas rogatórias que requeriam a transferência de títulos aos herdeiros e a arrecadação e venda de bens de uma massa falida (BRIGGS, 1913:13).

O Aviso 26, de fevereiro de 1910, reafirmou que apenas diligências de interesse ao processo poderiam tramitar via carta rogatória (PONTES DE MIRANDA, 1974:616).

⁹⁹ Lei 221, de 20.11.1894, art. 12, § 4.º:

“As rogatorias emanadas de autoridades estrangeiras serão cumpridas sómente depois que *obtiverem o exequatur do Governo Federal*, sendo exclusivamente competente o juiz seccional do Estado, onde tiverem de ser executadas as diligencias deprecadas”. (grifos acrescentados)

Vale a pena resumir a discussão entre os Ministérios da Justiça e das Relações Exteriores ocorrida no início do século XX,¹⁰⁰ uma vez que essa trata exatamente das cartas rogatórias com caráter executório.

Em 1911, o Ministério da Justiça transmitiu ao Ministério das Relações Exteriores uma carta rogatória que deveria ser encaminhada à justiça portuguesa por via diplomática, para citação de Ludovina da Silva Ferreira e outros para pagar em um prazo de 24 (vinte e quatro) horas uma determinada quantia, ou nomear bens à penhora, sob pena de revelia. A rogatória foi devolvida pelo Ministério das Relações Exteriores informando que ela continha elementos de caráter executório e só seria encaminhada a Portugal se a justiça brasileira oferecesse reciprocidade em casos semelhantes. Replicou o Ministério da Justiça alegando não haver caráter executório, pois se tratava de rogatória para dar conhecimento aos réus de execução que tramitava no Brasil. Em resposta, o Ministério das Relações Exteriores informou que foram recusadas cartas rogatórias com o mesmo conteúdo encaminhadas pela Justiça portuguesa ao Brasil com base na alegação de que se tratava de medidas de caráter executório e que, diante da mudança de posicionamento do Ministério da Justiça, encaminharia a rogatória em questão com nota¹⁰¹ informando a nova interpretação (BRIGGS, 1913:9-11).

A partir desse caso, ficou decidido que não tem caráter executório a carta rogatória que depreca citação em execução. No entanto, essa citação limita-se a cientificar a parte da execução em trâmite, não exercendo a autoridade estrangeira qualquer ato de coerção para que a execução dê continuidade.¹⁰²

Com o advento da Constituição de 1934, a competência para conceder o *exequatur* foi transferida do Ministério da Justiça para o STF. O art. 77 da Constituição de 1934 outorgava ao STF a competência de conceder o *exequatur* às cartas rogatórias: “Art. 77.

¹⁰⁰ A transcrição na íntegra das notas trocadas entre os Ministérios das Relações Exteriores e da Justiça pode ser obtida em Briggs, 1913:134-140.

¹⁰¹ “(...) remetendo a rogatoria em questão, ao nosso representante diplomatico em Lisboa eu lhe communico a nova interpretação liberal dada às cartas citatorias dessa natureza, afim de que fique modificada a restricção absoluta da nota dirigida ao Governo portuguez em 20 de fevereiro de 1872 e para que haja perfeita reciprocidade no cumprimento das que forem expedidas em taes condições pelas Justiças brasileiras e portuguezas” (BRIGGS, 1913:140).

¹⁰² Como será demonstrado no decorrer dessa dissertação, essa fundamentação limitando a concessão do *exequatur* à intimação e excluindo qualquer ato executório foi repetida durante mais de 90 anos. Vide *infra* CR 1.408, p. 52-53; CR 9.022-7, p.61; e CR 967-EX, p. 82.

Compete ao Presidente da Corte Suprema conceder o *exequatur* também às cartas rogatórias das Justiças estrangeiras”.¹⁰³

Nos próximos itens será analisada a admissibilidade de cartas rogatórias executórias pelo Poder Judiciário.

2 As cartas rogatórias após a transferência da competência para os órgãos do Poder Judiciário

Com a Constituição de 1934 a competência para concessão do *exequatur* às cartas rogatórias foi outorgada ao STF, onde permaneceu por mais de 70 anos¹⁰⁴ até a Emenda 45 de 2005 à Constituição de 1988.¹⁰⁵

Nesse item será traçado o desenvolvimento das cartas rogatórias com caráter executório pelo STF. Em continuidade ao item anterior, optou-se por demonstrar de forma cronológica a evolução da fundamentação do Judiciário ao decidir sobre a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias executórias. No que cabível, também se demonstrará o posicionamento da doutrina pátria sobre a admissibilidade de carta rogatória executória e a influência dessa na jurisprudência sobre o assunto.

Mesmo após a transferência da competência para o judiciário, Tenório afirma que “as cartas rogatórias têm por fim o cumprimento no estrangeiro de atos que não têm caráter executório” (1942:380). Ele aponta como fator de distinção entre as sentenças estrangeiras e as comissões rogatórias justamente a natureza executória (1942:381). Além do mais, segundo Tenório, a rogatória não poderia ter caráter executório pois, ela se cumpre pura e simplesmente, sendo inadmissível o julgamento de embargos à rogatória no juízo deprecado (1942:381-382). O que se verifica é que tal posicionamento apenas se demonstrou verídico quanto à proibição da rogatória executória, e não quanto à

¹⁰³ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm, último acesso em 05 dez. 2007 às 19h42min.

¹⁰⁴ Na Constituição de 10.11.1937, conforme art. 102; na Constituição de 18.09.1946, conforme art. 102; na Constituição de 24.01.1967, conforme art. 115, parágrafo único, *d*; na Constituição de 17.10.1969, conforme art. 119, § 3.º, *d*, acrescentado pela Emenda Constitucional 7, de 13.04.1977, substituindo o parágrafo único do art. 119 e o art. 120 e seu parágrafo único da Emenda Constitucional 1/69; e, por fim, na Constituição de 05.10.1988, conforme art. 102, inciso I, *h*.

¹⁰⁵ Publicada no *DJ* de 31.12.2004. As decisões sobre o tema emanadas pelo STJ após a transferência da competência em decorrência da Emenda Constitucional 45 serão estudadas no próximo item.

impossibilidade de oposição de embargos nas rogatórias. Verifica-se que o procedimento de concessão de *exequatur* aproximou-se cada vez mais do procedimento para homologação de sentença estrangeira, garantindo às partes as mesmas possibilidades de impugnação e possibilitando o questionamento da razão para denegar o cumprimento de rogatórias executórias.

Uma das primeiras decisões sobre a matéria e que é constantemente citada em outras decisões e pela doutrina pátria é a Carta Rogatória 337 recebida do México e que foi objeto de agravo do art. 47 do Regimento Interno do STF vigente à época. A medida rogada era o seqüestro de aeronave registrada nos Estados Unidos e vendida a cidadão brasileiro. A medida foi inicialmente concedida. No entanto, após o seqüestro foram opostos embargos para que esse fosse levantado. Julgados procedentes os embargos, houve, ainda, a interposição do agravo do citado art. 47 requerendo reforma da decisão. A decisão que negou o agravo afirmou que o seqüestro tratava-se de medida de execução forçada e que o direito brasileiro não permitia carta rogatória executória conforme Rodrigo Octavio. Deve-se esclarecer que a obra citada de Rodrigo Octavio, *Direito do estrangeiro no Brasil*, data de 1909, quando a competência para concessão do *exequatur* ainda era do Governo Federal por meio do Ministério da Justiça, órgão do Poder Executivo, e não do Poder Judiciário. Octavio, por sua vez, ampara-se no supracitado Aviso de 1.º.10.1847, e ressalta que os pedidos que dependem de cumprimento de sentença dependem da formalidade da homologação (1909:239) enquanto, à época, as cartas rogatórias eram cumpridas sem maiores formalidades. Esse primeiro exemplo já demonstra que a preocupação de Tenório com o direito de defesa da parte brasileira também é resguardada na carta rogatória. Verifica-se que as partes tiveram ampla possibilidade de defesa contra a medida de caráter executório proferida no exterior, inclusive para oposição de embargos.

Merece também destaque a Carta Rogatória 1.408¹⁰⁶ proveniente da Suíça.¹⁰⁷ Embora a referida rogatória tenha rechaçado a concessão de *exequatur* as medidas de caráter executório, ela confirmou, em sede de agravo do art. 47 do Regimento Interno do STF, que não se pode recusar a citação de pessoa domiciliada no Brasil para ações executórias no exterior, tratando-se de ato para impulsionar o processo.¹⁰⁸ Trata-se de carta

¹⁰⁶ Julgada em 03.03.1969.

¹⁰⁷ No mesmo sentido, vide Carta Rogatória 48815-080 proveniente da Alemanha e julgada em 13.03.1991.

¹⁰⁸ Essa rogatória é citada como exemplo em *Manual de instruções para o cumprimento do Ministério da Justiça*, p. 325.

rogatória para citação em pedido de execução de laudo arbitral inglês na Suíça acompanhada de pedido de seqüestro de bens do devedor. Com base na legislação suíça,¹⁰⁹ tal pedido é permitido independente de ação prévia para garantir o pagamento da dívida. Assim como no caso exposto no parágrafo anterior, o *exequatur* foi concedido inicialmente pelo presidente do STF e ao procederem à citação foram opostos embargos contra o despacho que o concedeu. Os embargos foram recebidos para revogar a concessão do *exequatur*, ficando sem efeito a citação. Interposto agravo, com base no citado art. 47, o Min. Amaral Santos proferiu extenso voto vencedor no sentido de dar provimento ao agravo e restaurar a decisão que concedeu o *exequatur* entendendo que a medida rogada visava apenas a citação para ação de execução proposta no exterior.¹¹⁰

Nesse mesmo sentido foi o julgamento do Agravo Regimental no *Exequatur* 1.395, proveniente da Suíça,¹¹¹ iniciado em setembro de 1969 e encerrado apenas em outubro de 1974, após extenso debate pelo Tribunal Pleno e diversos pedidos de voto vista. Ressalte-se que trata de pedido semelhante ao exposto nos parágrafos anteriores visando à citação no Brasil para efetivação de um seqüestro a se proceder na Suíça. Concedido o *exequatur* e feita a intimação, o requerido opôs embargos alegando, entre outros motivos, a inadmissibilidade de cartas rogatórias executórias no Brasil. O Presidente Min. Oswaldo Trigueiro acolhendo parecer da Procuradoria Geral da República (PGR)¹¹² entendeu tratar-se de rogatória meramente citatória e rejeitou os embargos. Foi interposto agravo submetido à apreciação do Tribunal Pleno. O Min. Thompson Flores negou provimento ao agravo fundamentando-se na Carta Rogatória 1.408 supracitada e de relatoria do Min. Amaral Santos. Por outro lado, o Min. Luiz Gallotti deu provimento ao agravo com base na competência judiciária brasileira quando o réu for domiciliado no Brasil (art. 12 da Lei de Introdução) e distinguiu a decisão anterior do Min. Amaral Santos por aquela tratar-se de litígio arbitral no qual a parte renunciara a jurisdição brasileira e a presente ação judicial. O Min. Amaral Santos, por sua vez, em voto vista, confirmou seu entendimento de que a justiça brasileira deveria conceder o *exequatur* para notificação de réu residente no país de seqüestro de bens situados no exterior. Na mesma data, o Min. Gallotti aditou

¹⁰⁹ SchKG (Lei Suíça sobre a percepção de dívidas e sobre a quebra), conforme p. 49 da decisão do STF.

¹¹⁰ “A regra, portanto, parece-me, é admissibilidade da citação, pura e simples, por meio de rogatória mesmo nas ações executórias, como o arresto, o seqüestro, desde que estes atos, como na espécie dos autos, não se realizem no Brasil.” Agravo na CR 1.408, p. 61.

¹¹¹ Decisão publicada na *RTJ* n. 72, p. 659-667.

¹¹² O Ministério Público Federal opina na condição de fiscal da lei (ARAUJO, 2004:272) tanto para a concessão de *exequatur* à carta rogatória como na homologação de sentença estrangeira.

seu voto questionando como estaria assegurado o direito de defesa do réu uma vez feito o seqüestro de bens no exterior. Finalmente, em 1974, após vista do Min. Xavier de Albuquerque, foi negado provimento ao agravo por não haver caráter executório na medida rogada, concedendo-se o *exequatur*. O critério utilizado pelo Min. Xavier de Albuquerque para determinar a existência ou não do caráter executório da medida rogada foi o da finalidade. Posteriormente, esse critério foi adotado em diversas rogatórias que transcreveram o seguinte extrato de seu voto:

é 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 constrição judicial inerente à execução forçada*.¹¹³
(grifos acrescentados)

Cabe ressaltar que o Min. Amaral Santos citou o tratado de direito internacional privado de Amílcar de Castro, no qual consta que “as cartas rogatórias executórias foram sempre repelidas entre nós, aliás em toda parte; (...)”.¹¹⁴ A mesma redação é encontrada na obra de Castro publicada em 2003, na qual após um breve histórico legislativo sobre as cartas rogatórias, mencionando o Aviso de 1, de outubro de 1847, e a Circular de 1865,¹¹⁵ o autor afirma que sempre se entendeu que as cartas rogatórias devem ser despidas de caráter executório “pois não visam a emprego de meio executivo, sim apenas ordenar o processo de conhecimento que se move no estrangeiro (...)” (CASTRO, 2004:585) e conclui, assim como já concluía em 1968,¹¹⁶ que “[a]s cartas rogatórias executórias foram sempre repelidas entre nós, aliás em toda parte; (...)” (CASTRO, 2004:585).

Diferente das rogatórias mencionadas acima, nas quais a medida executória que se buscava visava bloqueio de bens no país para garantir futuro pagamento em ação em trâmite no exterior, a Carta Rogatória 1.835¹¹⁷ do Uruguai rogou a intimação de decisão em medida cautelar concedida a fim de que Maurício Rosemberg não pratique certos atos, especialmente votar em assembléia de acionistas, como acionista da empresa Overseas Cresa Investimentos Trust sediada no Uruguai, por estar agindo com abuso do mandato concedido (que tinha fim específico e expirou em 30 de abril de 1969). Inicialmente

¹¹³ RTJ n. 72, p. 664.

¹¹⁴ Agravo na CR 1.408, p. 60, citando Amílcar de Castro, *Direito internacional privado*, 2. ed., 1968, v. 2, p. 263.

¹¹⁵ Vide *supra* p. 47.

¹¹⁶ Agravo na CR 1.408, p. 60, citando Amílcar de Castro, *Direito internacional privado*, 2. ed., 1968, v. 2, p. 263.

¹¹⁷ Julgada em 15.04.1971.

concedido o *exequatur*, foram opostos embargos. O embargante alegou que se trata de medida cautelar de caráter executório e que o negócio jurídico (mandato) foi outorgado no Brasil e entre brasileiros. Após parecer favorável aos embargos pela PGR sob argumento da natureza nitidamente executória das diligências, o Min. Aliomar Baleeiro recebeu os embargos para revogar o *exequatur* afirmando que sendo “justo ou injusto o procedimento” tem o mandatário o direito de ser acionado pelas autoridades judiciárias de seu domicílio.

Araujo aponta como um dos principais argumentos para a denegação da concessão do *exequatur* nas cartas rogatórias executórias o que foi desenvolvido pelo Min. Antonio Neder na Carta Rogatória 2.963, proveniente da Argentina e julgada em 26 de março de 1979 (2004:261). Essa rogatória decorre de processo de inibição de bens previsto no art. 209, 1.º, combinado com o art. 228 ambos do Código Processual Civil e Comercial da Nação [Argentina] e que é semelhante à medida cautelar de arresto prevista no art. 813 e seguintes do CPC brasileiro. Atuando como presidente, o Min. Antonio Neder constata que a justiça argentina pretende a execução no Brasil de medida cautelar sem que a respectiva sentença seja homologada pela autoridade competente e afirma que “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 (...)”.¹¹⁸ O Ministro cita diversos doutrinadores brasileiros para amparar sua posição.¹¹⁹ Entre eles ressalta a obra e o anteprojeto de lei de Haroldo Valladão.

Contudo, uma análise do tratado de *Direito internacional privado* de Valladão demonstra que o autor busca nas legislações históricas, na obra de Rodrigo Octavio, e na decisão da Rogatória 337 proveniente do México¹²⁰ fundamentação para sua afirmação de que não se admite carta rogatória executória no Brasil (1978:173-177). Embora o autor reconheça o deslocamento da competência do Poder Executivo para o Poder Judiciário (1978:174), ele afirma que é princípio fundamental do Direito brasileiro sobre as rogatórias a exclusão daquelas que contenham medidas executórias e que a jurisprudência consolidou os “(...) princípios vindo dos Avisos imperiais e dos arts. 12, § 4.º, da Lei 221 e 12, § 2.º, da L. I. que falam em ‘diligências’ a serem executadas e ‘diligências’ a serem

¹¹⁸ Trecho extraído da versão eletrônica do despacho proferido pelo Min. Antonio Neder em 26.03.1979, sem página.

¹¹⁹ Entre eles Haroldo Valladão, Amílcar de Castro, Oscar Tenório, Serpa Lopes e Agostinho Fernandes Dias da Silva.

¹²⁰ Vide *supra* p. 52.

deprecadas” (VALLADÃO, 1978:176). A redação dada ao art. 70, § 3.º, do anteprojeto também segue essa linha de pensamento e dispõe: “As cartas rogatórias terão por objeto citação e diligências de instrução dos processos, excluídas quaisquer medidas de execução *que dependem de homologação* (art. 71) da respectiva sentença ou decisão estrangeira” (grifos acrescentados) (VALLADÃO, 1978:176). A preocupação de Valladão é de não permitir que a execução de sentença, matéria reservada a homologação, seja requerida por carta rogatória. Tal preocupação era justificada quando os procedimentos de concessão do *exequatur* e homologação de sentença estrangeira eram competência de poderes diversos (Executivo e Judiciário). Contudo, esta se torna menos importante a partir do momento em que a competência para conceder *exequatur* às rogatórias é transferida ao Judiciário e são dadas as mesmas garantias e possibilidades de impugnações existentes no procedimento de homologação ao procedimento de concessão do *exequatur*.

Valladão, embora de maneira muito sutil, exclui apenas as medidas de execução que dependam de posterior homologação, buscando que a rogatória não se torne uma alternativa para homologar sentenças. No entanto, a jurisprudência não faz essa distinção e o entendimento que se forma é no sentido de excluir toda e qualquer medida que implique em execução por carta rogatória sem maiores discussões.

No mesmo sentido é o entendimento de Agostinho Fernandes Dias da Silva, ao afirmar que não poderão ser cumpridas, no Brasil, as cartas rogatórias executórias, que pressupõem a existência de uma sentença, “a qual deverá ser previamente homologada” (DIAS DA SILVA, 1971:66).

Araújo afirma que após esse julgamento do Min. Neder sedimentou-se a posição do STF pela denegação de todas as cartas rogatórias com caráter executório, sem que fosse feita a distinção se a diligência rogada é decorrente de sentença ou de decisão de caráter cautelar (2004:262). Tal distinção é de suma importância, principalmente porque as decisões de caráter cautelar e urgente, muitas vezes, não poderão ser objeto de ação de homologação de sentença estrangeira por faltar um dos requisitos essenciais dessa ação, qual seja, o trânsito em julgado da decisão no juízo rogante.¹²¹ Como será demonstrado a seguir, qualquer medida que implique em ato coativo ou de execução era denegada pelo STF com base na necessidade de homologação da sentença estrangeira que decreta a

¹²¹ Vide *supra* Capítulo II, item 1 sobre homologação da sentença estrangeira, p. 25-30, especialmente p. 27-28, sobre os requisitos para a homologação da sentença estrangeira.

execução, independentemente de ser ou não possível a homologação da mesma. Tal fato foi notado por Araujo e Bastos em artigo sobre a matéria no qual eles afirmam que “a fundamentação do STF limita-se a relatar a inviabilidade da concessão com base na jurisprudência anterior, secamente, sem que se proceda a uma análise mais minuciosa das circunstâncias específicas de cada caso” (2001:98-99).

Madruga aponta a decisão supracitada como a fonte da resistência da jurisprudência nacional e da orientação doutrinária que a Corte seguiu (2005:301). Ele esclarece que a doutrina citada pela Corte tratava o problema da eficácia das decisões internacionais sob uma ótica privatista, despreocupada com a cooperação jurídica internacional (2004:301-302).

Ainda na presidência do Min. Antonio Nader, embora em matéria de família e fora do escopo dessa dissertação, cabe mencionar que foi denegado o *exequatur* à Rogatória 3.175 proveniente da Argentina solicitando o desconto de pensão alimentícia diretamente da folha de pagamento. Apesar de tal diligência ser possível no direito brasileiro com a fixação de alimentos provisórios¹²² antes da decisão final da ação de alimentos, o Min. Nader denegou o pedido¹²³ repetindo o entendimento que tal medida tinha caráter executório e só poderia se tornar efetiva no Brasil após processo de homologação de sentença estrangeira. Ele inicia o despacho afirmando categoricamente que “[a] rogatória não é sucedâneo da ação de homologação de sentença estrangeira, senão que um instrumento pelo qual um juiz de um estado pede ao juiz do outro Estado que pratique certos atos do procedimento (...) e não que execute sentença de fundo (...)”. Esse julgamento demonstra claramente que decisões interlocutórias, semelhantes às existentes no Brasil e que não constituem uma sentença passível de homologação, eram denegadas sob o fundamento da necessidade de prévia homologação.

Durante a década de 80 outras tantas rogatórias foram denegadas por conterem medidas de caráter executório que, diante dos precedentes da Corte como os acima

¹²² Conforme o disposto no art. 4.º da Lei 5.478/68:

“Art. 4.º Ao despachar o pedido, o juiz fixará desde logo alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita.

Parágrafo único. Se se tratar de alimentos provisórios pedidos pelo cônjuge, casado pelo regime da comunhão universal de bens, o juiz determinará igualmente que seja entregue ao credor, mensalmente, parte da renda líquida dos bens comuns, administrados pelo devedor”.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L5478.htm>, último acesso em 05 dez. 2007 às 20h13min.

¹²³ Nesse caso o efeito da decisão é ainda mais grave, pois deixara o menor desprovido de suporte por vários anos até a obtenção de sentença terminativa capaz de ensejar ação de homologação no Brasil.

mencionados, só poderiam ter eficácia no Brasil após homologação de sentença. A fundamentação dessas rogatórias varia um pouco, dependendo do ministro que esteja exercendo as funções de presidente à época.

A título ilustrativo cita-se a decisão na Carta Rogatória 3.237 pela qual a Justiça argentina requeria seqüestro de bens, medida prevista no art. 1.295 do Código Civil argentino com nome de embargo e semelhante à medida prevista no art. 822, III, do CPC brasileiro com o nome de seqüestro. Novamente o Min. Neder entendeu estar o seqüestro condicionado a uma sentença que o decreta e à necessidade de homologação dessa sentença previamente à execução, pois o seqüestro pode ser ofensivo à ordem pública brasileira ou a soberania nacional e “deve ser objeto de controle de nossa Justiça”. Tal linha de argumentação só faria sentido se não fosse permitido no momento da concessão ou não do *exequatur* às cartas rogatórias a análise da ofensa à ordem pública e soberania nacional, assim como se faz para a homologação de sentença estrangeira. Ocorre, contudo, que após a transferência da competência para concessão do *exequatur* às rogatórias ao Poder Judiciário em 1934, o procedimento para cumprimento das cartas rogatórias no país assemelhou-se ao de homologação de sentença estrangeira, permitindo-se a impugnação em razão de ofensa à ordem pública.

Interessante notar que a Rogatória 5.032,¹²⁴ oriunda do Chile, solicitava a citação para o pagamento e penhora em ação de execução de honorários em trâmite naquele país. O Min. Rafael Mayer, após citar doutrina no sentido da impossibilidade de concessão do *exequatur* para qualquer rogatória que contivesse medida de caráter executório ante a necessidade da homologação de sentença para tal finalidade, buscou apoio em convenções internacionais, ainda que não interiorizadas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Utilizando-se de conceitos estabelecidos nas Convenções Interamericanas do Panamá (1975) de Direito Processual Internacional, ele afirma:

Como se vê da cooperação internacional a ser prestada pelo cumprimento das comissões rogatórias é meramente instrutória, tais como notificações no exterior, não se aplicando a atos processuais outros (...) em especial não se aplica àqueles que impliquem execução coativa.¹²⁵

¹²⁴ Julgada em 14.11.1988 e publicada no *DJ* de 21.11.1988.

¹²⁵ Conforme despacho proferido em 14.11.1988, versão eletrônica sem página.

Apesar da Constituição de 1988 ser ainda mais favorável à cooperação internacional, o posicionamento do STF repetiu-se na década de 90, não se discutindo a nova realidade, mas apenas reafirmando o posicionamento já formado, inicialmente sob a presidência de Octavio Gallotti e após com Sepúlveda Pertence e Celso de Mello entre outros. Gallotti e Sepúlveda Pertence limitaram-se a repetir o que já havia sido dito pela doutrina e jurisprudência. Por exemplo, na Carta Rogatória 6.575 a Justiça argentina rogava a penhora preventiva e interdição de navegação em águas brasileiras de certos navios pesqueiros de bandeira russa. O parecer da PGR opinou pela denegação do *exequatur* por se tratar, na realidade, de medida executória repelida pela doutrina, citando Amílcar de Castro, e pela jurisprudência, citando precedentes do STF. O Min. Gallotti, em despacho monocrático de poucas linhas, transcreve quota ministerial e afirma “inegável o caráter executório da carta o que a torna insuscetível de merecer *exequatur*” e apenas acrescenta mais alguns julgados não citados pelo subprocurador geral da República. O fato de a medida rogada ser uma penhora preventiva, não foi discutido.

Carta rogatória semelhante foi encaminhada pelo Paraguai¹²⁶ solicitando o embargo preventivo sobre navios matriculados em nome da requerida. O Min. Sepúlveda Pertence indeferiu o *exequatur* sem maiores discussões sobre o tema, apenas afirmando acolher o parecer ministerial e na linha da jurisprudência da Corte que repele as cartas rogatória executórias.¹²⁷

Nessas cartas rogatórias não se verifica uma adequação da jurisprudência anterior ao caso concreto, muito menos a discussão específica sobre a medida rogada, mas simplesmente uma repetição da afirmação da impossibilidade da concessão de *exequatur* às cartas rogatórias executórias, qualquer que seja a medida dita “executória” que se rogue. Diante desse fato, verifica-se que a alegação de tratar de medida de caráter executório e impeditiva de ser concedido o *exequatur* tornou-se uma defesa corriqueira.

Nesse sentido, é a Carta Rogatória 7.006¹²⁸ da Argentina julgada pelo Min. Celso de Mello na presidência eventual do STF. Concedido o *exequatur*, a requerida opôs embargos alegando tratar-se de medida de caráter executório, providência insuscetível de

¹²⁶ CR 6.867, julgada em 20.06.1995.

¹²⁷ No mesmo sentido e sem inovação na fundamentação foi o voto do Min. Sepúlveda Pertence na CR 7044-Argentina, julgada em 31.10.1995 (indeferindo embargos de quotas sociais); na CR 7.128-Uruguai, julgada em 13.11.1995 (indeferindo penhora); na CR 7.154-Suíça, julgada em 17.11.1995 (indeferindo bloqueio de contas bancárias).

¹²⁸ Julgada em 13.07.1995.

efetivação em sede de rogatória. O Min. Celso de Mello cita vasta doutrina¹²⁹ e jurisprudência sobre o tema, inclusive diferenciando o critério para aferição do caráter rogatório que deve ser não na natureza da demanda mas sim na finalidade que a anima,¹³⁰ restringindo-se aos atos judiciais de execução forçada. Após essa análise o Ministro conclui pela concessão do *exequatur* ante a inexistência da adoção de qualquer providência de constrição patrimonial. Por outro lado, o Min. Celso de Mello, após discorrer longamente sobre a questão, retomando o disposto no Aviso 1/1847 e evolução do tema na discussão doutrinária e jurisprudencial, denegou a concessão de *exequatur* em outras cartas rogatórias¹³¹ por entender tratarem de ato executório que é repellido pela jurisprudência nacional.

Conforme será demonstrado no próximo item, a partir do final da década de 90 a existência de acordos internacionais possibilitou algumas exceções ao posicionamento que vinha se cristalizando no STF no sentido de denegar o *exequatur* a qualquer medida executória requerida por carta rogatória. Por ora, convém verificar que a ressalva¹³² às previsões constantes em tratados internacionais passou a ser realizada, como se pode observar dos seguintes trechos de votos do Min. Celso de Mello:

Vê-se, portanto – *com a só exceção decorrente do regime inovador fundado no Protocolo de Las Leñas, que admite medidas de execução em procedimento rogatório (...)* – que constitui postulado fundamental do sistema normativo brasileiro, em temas de cartas rogatórias passivas, a pré-exclusão de qualquer atividade de índole executória, pois, em tal hipótese, importar-se-á a necessária e prévia homologação da respectiva decisão estrangeira (...).¹³³ (grifos acrescentados)

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido de considerar insuscetível de cumprimento, no Brasil, as cartas rogatórias passivas revestidas de caráter executório, *ressalvadas aquelas expedidas com fundamento em atos ou convenções internacionais de cooperação interjurisdicional (...)*.¹³⁴ (grifos acrescentados)

¹²⁹ O Min. Celso de Mello não se limita a repetir a doutrina já citada nos precedentes do STF, mas acrescenta algumas obras mais novas como, por exemplo, a de Hermes Marcelo Huck sobre sentença estrangeira.

¹³⁰ Conforme previamente explanado pelo Min. Xavier de Albuquerque, vide *supra* p. 54.

¹³¹ Por exemplo a CR 8.425-Portugal, julgamento em 04.09.1998 e a CR 8.443-Reino da Dinamarca, julgamento em 03.09.1998. Além de diversas outras rogatórias envolvendo medidas executórias em matéria de família, especialmente relacionadas à guarda de menor como, por exemplo, a CR 8.525-Estados Unidos da América julgada em 15.04.1999 sobre guarda de menor.

¹³² No mesmo sentido, vide CR 10.479-4-Bolívia com a seguinte ementa: “A regra direcionada à necessidade de homologação da sentença estrangeira, para que surta efeitos no Brasil. A exceção corre à conta de rogatória originária de país com o qual haja instrumento de cooperação, o que não ocorre relativamente à Bolívia (...).”

¹³³ CR 8.443-Reino da Dinamarca, julgada em 03.09.1998.

¹³⁴ CR 7914-Peru.

O posicionamento já consolidado no STF continuou a repetir-se no início do século XXI na presidência do Min. Carlos Velloso. Interessante mencionar duas rogatórias provenientes do México. A primeira, Carta Rogatória 8.971,¹³⁵ visava a penhora de bens. Com base no parecer ministerial que opinou negativamente e em precedentes da Corte, inclusive os mais recentes do Min. Celso de Mello, o Min. Carlos Velloso denegou o *exequatur*. A segunda, Carta Rogatória 9.022-7, foi objeto de agravo regimental e foi confirmada pelo Pleno merecendo ser destacada.¹³⁶ Nessa rogatória a justiça mexicana rogava pela citação de empresa brasileira em execução em trâmite no México, bem como solicitava que se procedesse embargo executivo. Concedido o *exequatur* parcial, apenas para intimação, excluindo qualquer ato de caráter executório, a requerida foi citada e agravou alegando que a rogatória estava inteiramente contaminada pelo seu nítido caráter executivo. Acolhendo quota ministerial e no mesmo sentido da discussão travada no início do século XX entre Ministério da Justiça e das Relações Exteriores, acima transcrita¹³⁷ e da Carta Rogatória 1.408 julgada em 20.03.1969,¹³⁸ o Pleno denegou o agravo confirmando a possibilidade de concessão parcial do *exequatur*, apenas para a citação, em que pese o caráter executório em parte da diligência rogada.

Na presidência do Min. Marco Aurélio, verifica-se a existência de outras tantas rogatórias com base em acordos internacionais, que serão analisadas a seguir,¹³⁹ e a adoção do posicionamento já consolidado contra a concessão do *exequatur* nas rogatórias provenientes de países com os quais o Brasil não possui acordo.¹⁴⁰ A Rogatória 10.925 da Itália deixa claro quais as razões para a denegação do cumprimento da rogatória admitidas pelo STF:

Esta Corte firmou entendimento de que são insuscetíveis de cumprimento, no Brasil, cartas rogatórias que caracterizem *ofensa à ordem pública* ou a *soberania nacional* ou que tenham *caráter executório*, ressalvadas as expedidas com fundamento em acordos ou convenções internacionais (...).¹⁴¹ (grifos acrescentados)

¹³⁵ Julgada em 22.02.2000.

¹³⁶ Julgada em 16.11.2000.

¹³⁷ Vide *supra* p. 50.

¹³⁸ Vide *supra* p. 52-53.

¹³⁹ Vide *infra* item 3, p. 63.

¹⁴⁰ A título ilustrativo pode-se citar a CR 10.177-Portugal, julgada em 12.08.2002; a CR. 10.480-Bolívia, julgada em 14.10.2002 e a CR 11.005-Portugal, julgada em 28.11.2003.

¹⁴¹ CR 10.925-Itália, julgada em 15.02.2003, despacho do Min. Mauricio Correa disponível eletronicamente e sem página.

Por fim, uma das últimas cartas rogatórias executórias decididas pelo STF merece destaque ante a sua posterior reapresentação ao STJ:¹⁴² a Carta Rogatória 11.427-80 proveniente de Portugal.¹⁴³ Trata-se de pedido de penhora de 30% das quotas da sociedade Resort Hotel Praia dos Carneiros Ltda. em Pernambuco. O parecer ministerial,¹⁴⁴ do Procurador Geral da República Cláudio Fonteles, opinou pela impossibilidade da concessão da ordem, citando precedentes do STF. Alegou que a diligência rogada possuía natureza essencialmente executória e não existia acordo ou convenção internacional de cooperação jurisdicional entre o Brasil e Portugal que regulasse o seu cumprimento. O Min. Nelson Jobim transcreve fundamentação da PGR e indefere o *exequatur*.

A jurisprudência exposta acima deixa bem clara a posição do STF contrária a qualquer tipo de medida que implique em atos de execução por meio de carta rogatória, salvo exceções expressas em tratado como será demonstrado a seguir.

Embora o posicionamento da doutrina e jurisprudência fosse contrário à concessão do *exequatur* às cartas rogatórias executórias, deve-se ressaltar que não havia (e não há) óbice algum no ordenamento jurídico brasileiro que impedisse (ou atualmente impeça) a execução de medidas de urgência nos litígios internacionais. Pelo contrário, há dispositivos constitucionais que vão de acordo com os princípios de garantia do acesso à justiça e da cooperação com as outras nações. Por exemplo, o art. 4.º da CF de 1988 prevê a “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade”. Assim, o Brasil deve cooperar com as demais nações para que a justiça seja feita em âmbito não apenas territorial, mas global, incluindo a execução de medidas de urgência proferidas em outras jurisdições. Ademais, ao não reconhecer as medidas de urgência proferidas em outras jurisdições o Brasil está afastando essas medidas do controle jurisdicional, o que é garantido pelo art. 5.º, XXXV, da CF e pode até cometer o ilícito internacional de denegação de justiça.

A doutrina mais moderna é contrária ao posicionamento da jurisprudência adotada pelo STF e à doutrina citada pelo Min. Antonio Nader na década de 70¹⁴⁵ e repetida sem grandes variações ao longo dos anos pelo Supremo

¹⁴² Vide *infra* p. 80.

¹⁴³ Julgada em 28.11.2003.

¹⁴⁴ Parecer 3.087/CF, obtido diretamente da PGR por *e-mail* (informacoesprocessuais@pgr.mpg.gov.br) em 30.11.2007 às 16h32min.

¹⁴⁵ CR 2.963-Argentina, julgada em 26.03.1979, vide *supra* p. 55.

Araujo acredita que o posicionamento suprademonstrado do STF “representa um obstáculo intransponível para as medidas liminares de caráter interlocutório, ante a impossibilidade de se cumprir um dos requisitos necessários à homologação: o trânsito em julgado” (2004:266) e critica as decisões do STF por simplesmente repetirem a jurisprudência anterior sobre a impossibilidade de carta rogatória executória, sem adentrar em considerações específicas sobre cada caso (ARAÚJO, 2004:263).

Nesse mesmo sentido Tibúrcio afirma que questões relacionadas ao mérito das cartas rogatórias, como, por exemplo, as consequências de seu caráter executório, devem ser analisadas no contexto atual, tendo em vista o volume das relações internacionais e influxo dos pedidos de cooperação (2001:84) e, já em 2001, requeria uma mudança do posicionamento do STF:

Pensamos que é o momento do STF rever seu entendimento acerca da ordem pública, para permitir a concessão de medidas de caráter executório em uma análise caso a caso, e não só nos pedidos de países signatários de convenções, mas também dos demais (2001:104).

Em busca de mudanças no posicionamento das cortes superiores sobre o assunto, passa-se a analisar o impacto dos acordos internacionais sobre o tema nas decisões do STF para, após, analisar o posicionamento do STJ com a transferência da competência para concessão do *exequatur* a essa corte.

3 Os acordos internacionais sobre sentença estrangeira e carta rogatória e o impacto desses nas decisões dos Tribunais Superiores

Uma vez que nenhum Estado pode exercer jurisdição sobre o território de outro, surge a necessidade da criação de normas para facilitar o trânsito dos requerimentos internacionais (ARAÚJO; BASTOS, 1997:86). Por se tratar de questão de interesse comum na ordem internacional, inúmeras são as tentativas de harmonização das regras de processo internacional, sejam essas de caráter bilateral, regional ou multilateral.

Tendo em vista a convivência de inúmeros tratados internacionais sobre o reconhecimento e a execução das sentenças estrangeiras e das cartas rogatórias, bem como a divergência das regras existentes em cada um desses tratados, estes são de suma

importância para o presente estudo. A análise dos tratados internacionais será realizada juntamente com a demonstração do impacto desses no posicionamento da jurisprudência pátria.

Importante ressaltar, porém, que acordos internacionais ou bilaterais não podem alterar as disposições constitucionais sobre a competência dos tribunais superiores pátrios para homologar sentença estrangeira e conceder o *exequatur* às cartas rogatórias.¹⁴⁶

Optou-se por partir da análise dos acordos bilaterais que o Brasil celebrou sobre a matéria, para depois examinar os acordos regionais. Serão abordados os acordos em matéria de cooperação jurídica e cartas rogatórias, dando especial enfoque ao tema das medidas de urgência.

3.1 Acordos bilaterais

No Brasil, estão em vigor os seguintes acordos bilaterais de cooperação judiciária em matéria civil:¹⁴⁷

- 1) Convênio de Cooperação Judiciária em Matéria Civil,¹⁴⁸ entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Reino da Espanha (Acordo Brasil – Espanha);
- 2) Tratado Relativo à Cooperação Judiciária e ao Reconhecimento e Execução de Sentenças em Matéria Civil,¹⁴⁹ entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana (Acordo Brasil – Itália);
- 3) Acordo de Cooperação Judiciária em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa,¹⁵⁰ entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Argentina (Acordo Brasil – Argentina);

¹⁴⁶ Vide Reclamação 717-RS, julgada em 30.12.1997, contra ato do juiz da comarca de Santana do Livramento que concedeu *exequatur* à Carta Rogatória que lhe foi encaminhada diretamente por magistrado uruguaio.

¹⁴⁷ Relação atualizada e integral dos acordos disponível em: www.mj.gov.br/drci, último acesso em 29 nov. 2007 às 9h36min.

¹⁴⁸ Decreto 166, de 03.07.1991.

¹⁴⁹ Decreto 1.476, de 02.05.1995.

¹⁵⁰ Decreto 1.560, de 18.07.1995.

- 4) Acordo sobre Cooperação Judiciária em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa,¹⁵¹ entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Oriental do Uruguai (Acordo Brasil – Uruguai); e
- 5) Acordo de Cooperação em Matéria Civil,¹⁵² entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Francesa (Acordo Brasil – França).

Os acordos de cooperação jurídica estabelecem a tramitação dos atos via autoridade central. No Brasil o Ministério da Justiça foi designado como autoridade central na grande maioria dos acordos internacionais.¹⁵³

Em termos gerais todos os acordos bilaterais prevêem o cumprimento de medidas judiciais por via de carta rogatória. Cada acordo estabelece, com maior ou menor especificidade, as medidas que serão cumpridas e os requisitos para o cumprimento, ressaltando sempre a possibilidade de denegação do cumprimento por ofensa à ordem pública e/ou à soberania nacional.

A matéria do reconhecimento e da execução das sentenças estrangeiras também é tratada, restando estabelecida as condições para serem cumpridas nos países contratantes.¹⁵⁴

Além dessas disposições, alguns acordos também mencionam questões referentes ao acesso à justiça, como, por exemplo, a dispensa de prestação de caução e legalização de documentos.

Em nenhum dos acordos bilaterais há menção sobre as cartas rogatórias executórias. No entanto, alguns dispõem sobre o cumprimento de “outras medidas” quando tratam da matéria do reconhecimento e da homologação de sentenças estrangeiras ou, ao

¹⁵¹ Decreto 1.850, de 10.04.1996.

¹⁵² Decreto 3.598, de 12.09.2000.

¹⁵³ Exceção deve ser feita para alguns tratados antigos nos quais a PGR foi designada como autoridade central.

¹⁵⁴ Ressalte-se que a competência definida na Constituição para homologação de sentença estrangeira não pode ser alterada por acordo bilateral. Discussão nesse sentido foi travada na Comissão de Diplomacia e Tratados da Câmara dos Deputados, em 1.º.06.1937, durante discussões sobre o Tratado de Assistência Judiciária entre o Brasil e o Uruguai quando, por unanimidade, o parecer foi no sentido de não ratificar o referido tratado, a menos que nele fosse incluída uma cláusula em que se declarasse não haver nenhuma dispensa da homologação de que tratava, na época, a Constituição de 1934 (PONTES DE MIRANDA, 1953:27-28).

trazerem o requisito da coisa julgada, admitem que a decisão tenha força de coisa julgada e/ou executoriedade.

O Acordo Brasil-Itália¹⁵⁵ dispõe o quanto segue:

Título IV

Reconhecimento e Execução de Sentenças e *Outras Medidas* (grifos acrescentados)

E o Acordo Brasil-Argentina:¹⁵⁶

Artigo 18.

1. As sentenças judiciais e os laudos arbitrais a que se refere o artigo anterior terão validade extraterritorial nos Estados contratantes se atenderem às seguintes condições:

(...)

e) que a *decisão* tenha força de coisa julgada *e/ou executoriedade no Estado em que foi proferida*. (grifos acrescentados)

Devido à existência desses termos é possível questionar a possibilidade da execução de medidas de urgência por meio de ação de homologação. Estariam as medidas de urgência incluídas em “outras medidas”? As medidas de urgência poderiam ser enquadradas como decisões com força executória? Ressalte-se que o acordo não usa o termo “sentença” mas simplesmente “decisão” e admite a que tenha força de coisa julgada e/ou executoriedade.

O STF optou por interpretar restritivamente esses acordos e só admitir a solicitação de medida de caráter executório via rogatória se estivesse previsto expressamente no tratado. Na Petição 1.457 da Itália, o Min. Celso de Mello, contrariando o parecer da PGR, entendeu somente ser possível cumprimento de medida de caráter executória “se o contivesse, de modo expresse, o Tratado de Cooperação Judiciária em Matéria Civil, que celebrado pelo Brasil e pela Itália acha-se em vigor (...)”.¹⁵⁷

Ademais, existem acordos bilaterais específicos sobre carta rogatória em matéria civil¹⁵⁸ com os seguintes países:

¹⁵⁵ No mesmo sentido, o Acordo Brasil-Espanha utiliza no capítulo III a expressão “e outros documentos com força executória”.

¹⁵⁶ No mesmo sentido dispõe o art. 16 do Acordo Brasil-Uruguaí.

¹⁵⁷ Voto do Min. Celso de Mello na Pet. 1.457-IT, julgada em 19.02.1998, versão eletrônica sem página.

¹⁵⁸ Relação atualizada e integral dos acordos disponível em: www.mj.gov.br/drci, último acesso em 29 nov. 2007 às 9h37min.

- 1) Argentina: Acordo para Execução de Cartas Rogatórias,¹⁵⁹ Protocolo que modifica o Acordo para Execução de Cartas Rogatórias¹⁶⁰ e Acordo por troca de notas para simplificação de legalização de documentos;¹⁶¹
- 2) Bolívia: Acordo para Execução de Cartas Rogatórias;¹⁶²
- 3) Chile: Nota Diplomática sobre dispensa de legalização;¹⁶³
- 4) Estados Unidos da América: Troca de Notas sobre ajuste para a dispensa de Legalização Consular com relação ao Cumprimento de Cartas Rogatórias;¹⁶⁴
- 5) França: Acordo, por Troca de Notas, sobre a Gratuidade Parcial da Execução das Cartas Rogatórias em Matéria Penal;¹⁶⁵
- 6) Peru: Acordo para a Recíproca Execução de Cartas Rogatórias;¹⁶⁶
- 7) Peru: Acordo ampliativo sobre a Execução das Cartas Rogatórias;¹⁶⁷
- 8) Portugal: Acordo, por Troca de Notas, relativo ao cumprimento de Cartas Rogatórias;¹⁶⁸ e
- 9) Uruguai: Protocolo firmado entre o Brasil e a República Oriental do Uruguai sobre a Execução de Cartas Rogatórias.¹⁶⁹

Foge ao escopo desse trabalho discorrer sobre cada acordo bilateral. No entanto, é importante ressaltar a existência de acordos bilaterais com diversos países devido a diferença sobre a admissibilidade das cartas rogatórias executórias advindas de países com os quais o Brasil tem acordo bilateral no posicionamento jurisprudencial.¹⁷⁰

¹⁵⁹ Decreto 7.871, de 03.11.1880.

¹⁶⁰ Decreto 40.998, de 22.02.1957.

¹⁶¹ Decreto 77, de 23.03.2004.

¹⁶² Decreto 7.857, de 15.10.1963.

¹⁶³ Por Troca de Notas, em 10.02.1970.

¹⁶⁴ Por Troca de Notas, em 22.04.1969.

¹⁶⁵ Decreto 585, em 26.06.1992.

¹⁶⁶ Decreto 7.852, de 27.12.1879.

¹⁶⁷ Decreto 1.395, de 18.05.1893.

¹⁶⁸ Conforme informação constante no *site* do DRCI.

¹⁶⁹ Decreto 9.169, de 30.11.1911.

¹⁷⁰ A título ilustrativo cita-se a CR 11.427-80-PT: “(...) verifica-se a impossibilidade da concessão da ordem, visto que a diligência rogada possui natureza essencialmente executória e não existe Acordo ou Convenção Internacional de Cooperação Jurídica (...)”.

3.2 Acordos regionais

No âmbito regional, os acordos¹⁷¹ do Mercosul e da Organização dos Estados Americanos (OEA) são de grande importância para o Brasil.

3.2.1 Organização dos Estados Americanos

Antes de ingressar na análise dos acordos internacionais sob a égide da OEA, vale lembrar que desde as primeiras tentativas de harmonização das regras de direito internacional privado na América Latina já se verifica uma preocupação com as normas de processo internacional, especialmente a eficácia de atos jurisdicionais.

O Tratado de Montevideu utiliza-se da expressão “*todas* as diligências judiciais” (grifo acrescentado) ao tratar sobre o tema da eficácia das diligências judiciais em outras jurisdições. Dessa forma, pode-se afirmar que o referido tratado não excluía as medidas cautelares.

A Convenção de Havana¹⁷² também previa que “toda diligência judicial que um Estado contratante necessite praticar em outro será efetuada mediante carta rogatória ou comissão rogatória, transmitida por via diplomática” (art. 388 do Código Bustamante). Ou seja, pode-se dizer que o Código Bustamante permitia a execução de medidas cautelares via carta rogatória.

Muito embora esses acordos possibilitassem a solicitação de diligências judiciais de maneira demasiadamente ampla, podendo até se entender que era possível a solicitação de medidas de caráter executório por rogatórias, não foi esse sentido o dado pela jurisprudência pátria (ARAUJO; BASTOS, 1997:91). Além disso, a tramitação via

¹⁷¹ Apenas serão mencionados os acordos que envolvem questões de processo internacional relacionadas às matérias comerciais, não serão analisados os acordos envolvendo matéria penal ou de família.

¹⁷² Interiorizado no Brasil pelo Decreto 18.871, de 13.08.1929, que promulgou a Convenção de Direito Internacional Privado, de Havana (conhecida como Código Bustamante), disponível em: www.ccji.pgr.mpf.gov.br/ccji/legislacao/legislacao-docs/bustamante.pdf, último acesso em 05 dez. 2007, às 21h20min.

diplomática prevista tanto nos Tratados de Montevideu como no Código Bustamante não permitiam a celeridade necessária.

Em 1971, a Assembléia Geral da OEA convocou a primeira Conferência Especializada Interamericana sobre o Direito Internacional Privado, mais conhecida como CIDIP I. Posteriormente foram realizadas diversas outras conferências. No entanto, o tema das Cartas Rogatórias foi tratado logo na primeira conferência, na qual foi celebrada a Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias.¹⁷³

A Convenção Interamericana tem aplicação restrita à matéria civil ou comercial (art. 2). Além disso, o art. 3 exclui, expressamente, qualquer ato que implique execução coativa:

Artigo 3. Esta convenção não se aplica a nenhuma carta rogatória relativa a atos processuais outros que não os mencionados no artigo anterior; em especial, *não se aplicará àqueles que impliquem execução coativa*. (grifos acrescentados)

Com o propósito de que a justiça não fosse interrompida nas fronteiras de cada Estado, seguindo o modelo das Convenções da Haia, a Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias estabeleceu o mecanismo de transmissão de cartas rogatórias via autoridade central (art. 4), além de prever que nas zonas fronteiriças as cartas rogatórias pudessem ser encaminhadas diretamente às autoridades judiciárias, sem a necessidade de intervenção da autoridade central (art. 7). Em que pese à transmissão direta nas zonas fronteiriças facilitar o trâmite, esse dispositivo não tem aplicação no Brasil, em virtude da previsão constitucional da necessidade de concessão do *exequatur* pelo STJ.¹⁷⁴

Também ficou determinado que o cumprimento da rogatória não implica em reconhecimento da competência da autoridade judiciária requerente, nem o compromisso de reconhecer a sentença que for proferida (art. 9), bem como a observância das leis processuais do Estado requerido (art. 10).

A convenção interamericana estabelece que o interessado arcará com as custas e demais despesas e dispõe sobre a necessidade de indicação de procurador responsável pelo pagamento das custas (art. 12).

¹⁷³ Decreto 1.899, de 09.05.1996.

¹⁷⁴ Nesse sentido, vide Reclamação 717-RS, *supra* nota 146.

A única causa impeditiva do cumprimento da carta rogatória é se esta for manifestamente contrária à ordem pública (art. 17). Essa matéria foi objeto de inúmeras discussões durante a conferência especialmente devido à utilização abusiva do princípio da ordem pública como uma forma de evitar o cumprimento, sendo incluído o termo “manifestamente” com o propósito de restringir a utilização da barreira da ordem pública (ARAÚJO; BASTOS, 1997:92).

Na CIDIP II, foi incorporado um Protocolo Adicional à Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias, especificando a forma de elaboração das rogatórias e incorporando um formulário uniforme a ser preenchido para a tramitação das cartas rogatórias entre os Estados contratantes.¹⁷⁵ Araujo e Bastos afirmam que a adoção do formulário facilitou a transmissão das cartas rogatórias, constituindo-se um avanço considerável (1997:94).

A Convenção Interamericana é citada pelo STF em apoio às decisões que denegam a concessão do *exequatur*¹⁷⁶ em razão da previsão expressa constante no art. 3 supratranscrito. Araujo afirma que a regra do art. 3 reforçou a posição do STF (2004:267). Nesse sentido, pode-se mencionar a decisão do Min. Celso de Mello na Carta Rogatória 8329¹⁷⁷ proveniente da Colômbia:

A Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias, celebrada no Panamá, formalmente incorporada ao direito positivo interno brasileiro, em 1996, ao definir a natureza das atividades processuais passíveis de cumprimento em sede de comissão rogatória, *exclui, de maneira expressa, os atos “que impliquem execução coativa”* (artigo 3). (grifos acrescentado)

O mesmo entendimento foi confirmado pelo Min. Marco Aurélio ao julgar a Carta Rogatória 9.976¹⁷⁸ dos Estados Unidos que solicitava a inquirição de pessoa residente no Brasil e a remessa de documentos. Nesse caso, o Ministério Público pronunciou-se pelo cumprimento apenas no que tange à inquirição por entender ter a remessa de documentos natureza essencialmente executória e, citando a decisão do Min. Celso de Mello

¹⁷⁵ Em dezembro de 2007, a OEA contava com 35 Estados membros e uma série de Estados observadores permanentes. Relação atualizada disponível em: <http://www.oas.org/documents/eng/memberstates.asp>, último acesso em 04 dez. 2007 às 21h31min.

¹⁷⁶ Por exemplo nos seguintes casos: CR 8329, *DJ* de 07.06.1999; CR 8.377, *DJ* de 26.04.1999 e CR 8525, *DJ* de 26.04.1999.

¹⁷⁷ Julgada em 07.06.1999.

¹⁷⁸ Julgada em 10.12.2001.

mencionada no parágrafo anterior, afirma que tal medida está excluída da Convenção Interamericana.

Dessa forma resta como crítica feita à Convenção Interamericana a proibição de cartas rogatórias com caráter executório (ARAÚJO; BASTOS, 1997:104). No entanto, deve-se ressaltar que essa crítica ficou superada com a celebração da Convenção Interamericana sobre Cumprimento de Medidas Cautelares, celebrada na CIDIP II, realizada em Montevideu em 1979, que por não estar em vigor no Brasil será analisada na terceira parte desse estudo.¹⁷⁹

Discute-se a necessidade de o Brasil ratificar a Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Medidas Cautelares. Se, atualmente, o Brasil já admite a execução de medidas cautelares por meio de cartas rogatórias entre os países do Mercosul como se demonstrará a seguir, não seria o momento de rever o posicionamento em relação à Convenção Interamericana de 1979?

3.2.2 Mercosul: os protocolos de Las Leñas e Ouro Preto

Os governos dos países membros do Mercosul, com o objetivo de aprimorar a cooperação jurisdicional para alcançar o mercado comum e facilitar o livre acesso à justiça e o respeito à soberania nacional,¹⁸⁰ celebraram o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, em Las Leñas, em 27 de junho de 1992.¹⁸¹ Esse Protocolo também é denominado Protocolo de Las Leñas, em menção à cidade na qual foi assinado. O Decreto Legislativo 55/95, promulgou a aprovação do texto do Protocolo pelo Congresso Nacional.

Assim como os acordos bilaterais e a Convenção Interamericana, o Protocolo de Las Leñas estabelece a transmissão de atos via autoridade central. No entanto, o âmbito de

¹⁷⁹ Vide *infra* Capítulo VII, item 1.1, p. 134.

¹⁸⁰ Conforme consta no preâmbulo do referido protocolo.

¹⁸¹ Não será analisado o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os países do Mercosul e a República da Bolívia e da República do Chile, assinado em 5 de julho de 2002 (também denominado Las Leñas II), por ainda não estar em vigor, conforme informação disponível em: <http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJE8F1423DITEMIDFB580559413E4D7BAA875E9CD20AFB7BPTBRIE.htm>, último acesso em 06 dez. 2007, às 06h31min.

aplicação do Protocolo de Las Leñas é mais abrangente do que o da convenção interamericana, incluindo matéria trabalhista e administrativa.

O Protocolo trata de diversos temas relacionados à matéria do processo internacional como as questões da igualdade de tratamento das partes (art. 3) e da impossibilidade de exigir a prestação de caução para os não nacionais (art. 4). Ao discorrer sobre as atividades de simples trâmites e probatórias (arts. 5-17), estabelece os requisitos das cartas rogatórias (arts. 6 e 7), estipula que o atendimento da medida não implica em reconhecimento da jurisdição internacional do juiz que a emana (art. 8), esclarece sobre o idioma das rogatórias e sobre os documentos que as acompanham (art. 10), determina a utilização da *lex fori* para questões procedimentais (art. 12), garante a gratuidade (art. 15) e o impulso oficial (art. 17). Dispõe sobre o reconhecimento e a execução das sentenças estrangeiras trazendo nos arts. 18 a 24 disposições sobre tramitação e requisitos. Além disso, dispõe sobre a legalização de documentos públicos (arts. 25-27) e sobre a informação do direito estrangeiro (arts. 28-30).

Ao contrário da Convenção Interamericana, o Protocolo prevê a gratuidade das despesas com a rogatória. Essa disposição tem particular importância nos litígios de família, nos quais as partes muitas vezes não têm fundos para arcar com o custo de uma rogatória e a contratação de advogado no exterior.

Importante ressaltar que embora o protocolo estabeleça a distinção entre atividades de simples trâmites e probatórias (arts. 5-17) e de reconhecimento e execução das sentenças estrangeiras (arts. 18-24), permite que as duas providências sejam realizadas por carta rogatória.

Artigo 5

Cada Estado Parte deverá enviar às autoridades jurisdicionais do outro Estado, segundo o previsto no artigo 2 [via Autoridade Central], *carta rogatória* em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa, quando tenha por objetivo:

- a) diligências de simples trâmite, tais como citações intimações, citações com prazo definido, notificações ou outras semelhantes;
- b) recebimento ou obtenção de provas.

(...)

Artigo 19

O pedido de reconhecimento e execução das sentenças estrangeiras e de laudos arbitrais por parte das autoridades jurisdicionais será tramitado *por via de cartas rogatórias* e por intermédio da autoridade central. (grifos acrescentados)

Merece ainda destaque o art. 20 que trata da homologação de sentença estrangeira. Deve-se ressaltar que esse artigo confere eficácia extraterritorial às sentenças e laudos arbitrais no Mercosul, possibilitando, inclusive o questionamento sobre a necessidade de homologação (MAGALHÃES, 1999:286). Ademais, este artigo, ao listar as condições necessárias para as sentenças ou laudos estrangeiros adquirirem eficácia inclui “(e) que a decisão tenha força de coisa julgada e/ou executória no Estado em que foi proferida”. Isso permite a possibilidade de homologação de medidas urgentes concedidas por decisões não terminativas.

Tendo em vista a redação especialmente dos artigos acima transcritos, Tibúrcio adverte que com a ratificação do Protocolo de Las Leñas possibilitou-se questionar a proibição das cartas rogatórias executórias pelo direito brasileiro (1995:81). Araujo vai além, afirmando que “o Protocolo considera as cartas rogatórias como um veículo, que poderá conter diversos tipos de requerimentos, inclusive uma medida de caráter cautelar” (2004:258).

De acordo com o posicionamento da doutrina supracitada verifica-se a decisão do STF nos Agravos Regimentais em duas Cartas Rogatórias¹⁸² oriundas da Argentina julgadas pelo Ministro Sepúlveda Pertence em 3 de abril de 1997. Embora essas decisões afirmem que o Protocolo não afetou o sistema de homologação de sentença estrangeira, mas apenas inovou no trâmite permitindo que essa seja encaminhada por carta rogatória, uma decisão reconhece argumentação da recorrente com base no art. 20, e, do Protocolo¹⁸³ e a outra afirma que a decisão interlocutória concessiva de medida cautelar equipara-se à sentença estrangeira:

Cabe especial menção à alínea ‘e,’ que estabelece a necessidade de “a decisão ter força de coisa julgada e/ou executória no Estado em que for ditada”. Não pode haver outra conclusão da leitura e da interpretação da decisão do julgado da Justiça Argentina senão a de que as Autoras dispõem de um título executório, suficiente bastante segundo o protocolo de Las Leñas (...).(grifos acrescentados)

O protocolo de Las Leñas (“Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista, Administrativa” entre os países do Mercosul) não afetou a exigência de que qualquer sentença estrangeira – à qual é de equiparar-se decisão interlocutória concessiva de medida cautelar – para tornar-se exequível no Brasil, há de ser previamente

¹⁸² Ag. Reg. em CR 7.613-4-Argentina e Ag. Reg. em CR 7.618-4-Argentina.

¹⁸³ Ag. Reg. em CR 7.618-4-Argentina, p. 240.

submetida à homologação do Supremo Tribunal Federal (...). (grifos acrescentados)¹⁸⁴

Tento em vista o freqüente questionamento sobre a forma de controle da execução de cautelares concedidas no exterior e eventual revogação da mesma na justiça rogante, vale a pena mencionar a Carta Rogatória 9.967¹⁸⁵ proveniente do Paraguai. A medida rogada era embargos preventivos em bens da empresa requerida. Após parecer favorável da PGR pela concessão do *exequatur* a requerida trouxe aos autos decisão do Tribunal de Apelação Civil e Comercial de Assunção que, ao dar provimento ao recurso, declarou a nulidade do processo. Tendo em vista essa decisão, o Min. Marco Aurélio devolveu a referida carta à justiça rogante. Tal processo demonstra que sempre é possível impugnar a concessão do *exequatur* com base na reversão da decisão rogada, não justificando que ante a possibilidade de alteração da decisão cautelar seja denegada a cooperação em tais tipos de medidas.

Embora positiva a posição adotada com base nos acordos do Mercosul, o STF continuou a diferenciar carta rogatória de sentença estrangeira e denegar a cooperação com outras nações que não fazem parte do acordo. A Carta Rogatória 10.479-4¹⁸⁶ proveniente da Bolívia rogava pela penhora de bens no Brasil. Com base na jurisprudência e doutrina contrária à concessão de *exequatur* às cartas rogatórias com caráter executório este foi denegado. Interposto Agravo Regimental o agravante alega que a Bolívia passou em 1997 a ser associada ao Mercosul e que entre os países membros o conceito de soberania “cede lugar ao de cooperação entre os Estados-membros e o reconhecimento mútuo da atuação legítima e não ofensiva da autoridade judiciária estrangeira”.¹⁸⁷ Apesar da tentativa da agravada, o Min. Marco Aurélio votou pela denegação do *exequatur* devido a necessidade de homologação de sentença e foi acompanhado unanimemente pelo Pleno.

Cientes da necessidade de oferecer mais segurança jurídica ao setor privado, garantindo uma solução justa às controvérsias surgidas entre residentes dos Estados membros, os governos da Argentina, do Brasil, do Paraguai e do Uruguai firmaram o Protocolo de Medidas Cautelares, também denominado Protocolo de Ouro Preto.¹⁸⁸ Isso

¹⁸⁴ Ementa do Ag. Reg. em CR 7.613-4-Argentina.

¹⁸⁵ Julgamento em 01.03.2002 e publicado no *DJ* em 13.03.2002.

¹⁸⁶ Julgamento em 23.04.2003 e publicada no *DJ* de 23.05.2003.

¹⁸⁷ CR 10.479-4, p. 1672.

¹⁸⁸ Decreto Legislativo 192, de 15.12.1995 e publicado no *DOU* em 18.12.1995.

demonstra a importância do tópico da execução de medidas cautelares entre os países do Mercosul.

O objeto do Protocolo é justamente regulamentar o cumprimento das medidas cautelares entre os Estados do Mercosul para impedir a irreparabilidade de um dano em relação às pessoas, bens e obrigações de dar, de fazer e de não-fazer (art. 1). Tal objetivo reconhece a necessidade de cooperação entre os Estados (TIBÚRCIO, 1995:85).

O alcance do Protocolo é o mais abrangente possível, possibilitando a concessão de medidas cautelares em diversos tipos de litígios (civil, comercial, familiar, trabalhista e penal). Além disso, o objeto das medidas cautelares também é abrangente, não se restringindo apenas aos bens. Não há possibilidade de os Estados fazerem o uso do mecanismo de reserva no Protocolo, ao contrário do previsto na Convenção Interamericana (CALIXTO, 1994:193).

São admitidas medidas cautelares preparatórias e medidas que garantam a execução de processo já em curso. Essas medidas terão aplicação em todos os Estados do Mercosul. O protocolo esclarece a questão da lei aplicável, adotando a lei do tribunal requerente para a concessão da medida e a lei do tribunal requerido para a execução da medida. Há permissão para a parte ou terceiro interessado opor-se à concessão da medida diretamente no tribunal requerido, este encaminhará a oposição para o tribunal requerente, que será competente para julgá-la.

Assim como outros acordos internacionais sobre o tema, o Protocolo de Ouro Preto prevê a autonomia da cooperação cautelar ou em sede de cautelar, não obrigando os Estados a posteriormente reconhecerem e executarem a decisão terminativa do mesmo processo. Tal dispositivo é importante uma vez que as razões e requisitos para cumprir uma medida cautelar não serão iguais às do cumprimento da sentença definitiva (RIBEIRO, 1999:189).

Ademais, o Protocolo traz disposições sobre a concessão de medidas cautelares em matéria de menores, sobre a necessidade de interposição de demanda principal no prazo determinado pelo Estado requerente, sobre o dever de informação entre os tribunais, além de ressaltar o cumprimento em caso de ofensa à ordem pública. Por fim, traz disposições sobre a transmissão das cartas rogatórias.

É importante ressaltar que o Protocolo optou pela cooperação entre as autoridades jurisdicionais dos Estados partes e não por uma interpretação abrangente da jurisdição dos Estados para decretar medidas de urgência sobre os bens ou pessoas em seu território.¹⁸⁹ Além disso, a abrangência do Protocolo é positiva, pois permite medidas cautelares incidentais ou no curso do processo e em diversas matérias. Outro fato que deve ser ressaltado é a opção de trâmite das medidas cautelares por carta rogatória. Essa opção possibilita (ao menos no âmbito do Mercosul) as cartas rogatórias executórias. Nesse sentido, Tibúrcio afirma que “é inegável que o Protocolo de Ouro Preto cria outra hipótese de carta rogatória com eficácia executiva (...)” (1995:86).

Uma crítica feita ao Protocolo de Medidas Cautelares é a limitação às medidas cautelares proferidas por juízes ou tribunais de outros Estados Partes encontrada no art. 4.º.¹⁹⁰ No próximo capítulo será analisada se essa restrição impede a utilização do Protocolo também nos litígios arbitrais entre partes do Mercosul.¹⁹¹

O Min. Celso de Mello teve a oportunidade de se manifestar sobre o Protocolo de Medidas Cautelares do Mercosul, já no início de 1998, na Carta Rogatória 8.279 proveniente da Argentina. Em que pese parecer favorável da PGR pela concessão do *exequatur* com base na existência do Protocolo de Medidas Cautelares celebrado no âmbito do Mercosul, o Min. Celso de Mello denegou o *exequatur* entendendo que o referido protocolo ainda não estava formalmente incorporado ao sistema normativo brasileiro. Nesse caso, repetiu-se o posicionamento que se consolidou a partir da decisão do Min. Neder de que há no sistema brasileiro a “pré-exclusão de qualquer atividade de índole executória (...), pois, em tal hipótese, impor-se-á a necessária e previa homologação (...)”.¹⁹² A decisão que denegou o *exequatur* foi objeto de agravo regimental ao tribunal

¹⁸⁹ Tal opção foi realizada em outros instrumentos para cooperação cautelar que serão estudados na terceira parte dessa dissertação. Vide *infra* Capítulo VII.

¹⁹⁰ “Art. 4.º 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 sejam situados os bens ou residam as pessoas objeto da medida.” (grifos acrescentados)

¹⁹¹ Conforme será demonstrado no próximo capítulo, a arbitragem comercial internacional no âmbito do Mercosul foi tratada em convenção própria, o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul, promulgada pelo Decreto Legislativo 483, de 28.11.2001, e posteriormente complementada pelo Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul, Bolívia e Chile, também promulgado pelo Decreto Legislativo 483, ambos disponíveis em: <http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJE8F1423DITEMIDFB580559413E4D7BAA875E9CD20AFB7BPTBRIE.htm>, último acesso em 06 dez. 2007, às 06h50min. Esse acordo trata das medidas cautelares no art. 19, cria regras específicas para arbitragem e faz referência ao procedimento do Protocolo de Medidas Cautelares.

¹⁹² Voto do Min. Celso de Mello na CR 8.279, decisão disponível eletronicamente e sem número de página.

Pleno na qual a agravante além de questionar os efeitos do Protocolo de Medidas Cautelares do Mercosul, insurge-se contra o não reconhecimento das medidas cautelares afirmando:

O Protocolo de Medidas Cautelares celebrado entre os Estados-Membros do Mercosul visa a suprir uma marcante e intolerável deficiência nos mecanismos de cooperação jurisdicional tradicionalmente conhecidos e aceitos pelo direito consuetudinário. Na realidade, *embora não exista qualquer norma expressa proibindo a concessão de cautelares com efeitos transnacionais, a construção jurisprudencial e doutrinária não costumava permitir a execução, no Brasil, por via de rogatória, de decisões de conteúdo construtivo determinadas por juízo estrangeiro.*¹⁹³ (grifos acrescentados)

Em extenso voto o relator Min. Celso de Mello reafirmou a orientação do STF em repelir a possibilidade jurídica da concessão do *exequatur* para efeito de realização no território brasileiro de medida de natureza executória, repetindo a fundamentação que vinha desde a decisão do Min. Neder em 1979 e da doutrina anteriormente citada, sem discutir que a medida requerida tratava-se de medida cautelar preparatória e não de simples busca de execução de sentença por meio da rogatória.

Após a integração do Protocolo de Medidas Cautelares ao ordenamento brasileiro, o Min. Nelson Jobim teve a oportunidade de analisar rogatória encaminhada com base nesse acordo. Trata-se de Carta Rogatória 11.510,¹⁹⁴ proveniente do Uruguai, e que roga por embargos na conta do requerente. Embora a PGR tenha opinado favoravelmente reconhecendo tratar-se de medida de caráter executório amparada pelo Protocolo de Medidas Cautelares do Mercosul, o Ministro verificou que a rogatória não preenchia os requisitos formais do protocolo e devolveu-a ao Ministério da Justiça para que esse diligenciasse junto à Embaixada para que instrísse o processo com cópias autenticadas da petição da medida cautelar e da demanda principal.¹⁹⁵

Interessante a Carta Rogatória 9194, na qual a justiça argentina rogava a efetivação de penhora sobre investimentos financeiros de qualquer natureza da empresa CONAN – Companhia de Navegação do Norte. Embora a empresa requerida tenha impugnado a concessão do *exequatur*, o Procurador Geral da República opinou pela rejeição da impugnação e concessão do *exequatur* por estar “a medida rogada amparada nos arts. 3, 21

¹⁹³ AgR em CR 8.279-4-Argentina, p. 47.

¹⁹⁴ Julgada em 10.11.2004.

¹⁹⁵ Não há informação no STF sobre posterior reapresentação da referida rogatória.

e seguintes do Protocolo de Medidas Cautelares”. O Min. Carlos Velloso acolheu a cota ministerial e concedeu o *exequatur*.¹⁹⁶ Inconformada, a companhia requerida interpôs agravo regimental alegando, entre outras razões, tratar-se a penhora de medida de natureza executiva e não de uma providência de caráter acautelatório.¹⁹⁷ O tribunal Pleno negou provimento ao referido agravo por unanimidade, informando estar a medida amparada pelo Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto e que “as demais questões de mérito devem ser postas perante a justiça rogante”.¹⁹⁸ Dessa forma, a rogatória foi encaminhada a Justiça Federal competente para cumprimento. No entanto, enquanto essa ainda estava pendente de cumprimento, as partes celebraram um acordo.¹⁹⁹

Verifica-se que, na existência do Protocolo de Ouro Preto, foi concedido exequatur à penhora preventiva requerida por carta rogatória, sem que tal medida fosse uma ofensa à ordem pública ou soberania nacional. Assim, ou se admite diferentes conceitos de ordem pública, um aplicável aos países com os quais há convenção internacional sobre a matéria e outro aos demais, ou torna-se necessário uma revisão do posicionamento do STF denegando a concessão de exequatur à toda e qualquer rogatória que contenha caráter executório.

4 A Emenda Constitucional 45/2004 e a transferência da competência para o Superior Tribunal de Justiça

Com a edição da Emenda Constitucional 45, de 30.12.2004,²⁰⁰ a competência para a homologação de sentenças estrangeiras e para a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias foi transferida do STF ao STJ.

A transferência da competência possibilitou uma mudança gradativa e que ainda está se consolidando no posicionamento da jurisprudência pátria sobre a admissibilidade de medidas executórias por meio de carta rogatória. A adoção da Resolução 9, de

¹⁹⁶ Em julgamento realizado em 26.06.2000.

¹⁹⁷ Conforme trecho transcrito pelo relator às fls. 290 da decisão do Agravo Regimental na CR 9.194-Argentina.

¹⁹⁸ Voto do Ministro relator às fls. 293 da decisão do Agravo Regimental na CR 9.194-Argentina.

¹⁹⁹ Vide discussão *infra* p. 83 sobre a CR 996 com as mesmas partes e objeto apresentada ao STJ em 2005.

²⁰⁰ Publicada no *DJ* de 31.12.2004, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm, último acesso em 06 dez. 2007, às 19h32min.

04.05.2005, do STJ,²⁰¹ teve particular importância no posicionamento do STJ sobre o tema. Também merece ser ressaltada a criação da Assessoria de Cooperação Jurídica Internacional vinculada ao gabinete do Procurador-Geral da República pela Portaria PGR 23, de 03.02.2005.²⁰²

Para demonstrar tal mudança de posicionamento, faz-se necessário analisar as cartas rogatórias sobre o tema decididas pelo STJ após a mudança de competência.

Uma das primeiras decisões do STJ sobre o tema foi no julgamento da Carta Rogatória 16-EX.²⁰³ A referida rogatória, oriunda da Argentina, solicitava “o levantamento do embargo sobre ações e ou dividendos ou utilidades pendentes de pagamento ou a perceber sobre as mesmas de propriedade de Eugenio Sangregorio e que foram emitidas por Soldati Internacional Empreendimentos e Participações S.A., obtido através de medida cautelar”. A PGR, em sua opinião, ressaltou que a medida rogada tinha natureza executiva. No entanto, opinou pela concessão do *exequatur*, uma vez que tal medida encontra-se amparada pelo Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Trabalhista e Administrativa celebrado entre os governos da Argentina, do Brasil, do Paraguai e do Uruguai (Dec.-Legislativo n.º 55/95). Acolhendo o parecer da PGR o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira concedeu o *exequatur* afirmando que:

O pedido está amparado em Acordo de Cooperação Internacional, que permite a realização de diligências de caráter executivo expedidas em razão de decisões emanadas das justiças dos países signatários. Destarte, o requerimento não atenta contra a ordem pública ou a soberania nacional.

Tal posicionamento coaduna com o que era adotado pelo STF, que, conforme demonstrado, admitia a carta rogatória com natureza executória na existência de acordo internacional. Após a concessão do *exequatur*, os autos foram encaminhados à Justiça Federal do Rio de Janeiro para cumprimento. A medida, contudo, não foi efetivada ante a não localização da empresa interessada e a rogatória foi devolvida ao juízo rogante.

²⁰¹ Publicada inicialmente no *DJ* de 06.05.2005 e republicada, devido a incorreção do original, em 10.05.2005, texto disponível em:
<http://www.mj.gov.br/main.asp?Team=%7B755796ED%2D94E8%2D47A9%2DAFEB%2D68C81FADCEFA%7D>, último acesso em 06 dez. 2007, às 19h36min.

²⁰² Entre as atribuições da Assessoria de Cooperação Jurídica Internacional da PGR estão a manifestação em processos de homologação de sentença estrangeira e de concessão de *exequatur* às cartas rogatórias, bem como a promoção de estudos, pesquisas e eventos sobre o tema; e a atuação em apoio ao Procurador Geral da República nos casos em que ele é a autoridade central entre outros. Dados disponíveis em: <http://ccji.pgr.mpf.gov.br/intitucional/apresentacao> último acesso em 15 jan. 2008, às 15h48min.

²⁰³ *DJ* de 04.04.2005.

Por outro lado, poucos dias após a decisão mencionada no parágrafo anterior, o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira denegou o *exequatur* na Carta Rogatória 70-EX,²⁰⁴ oriunda do Japão por se tratar de medida que implicaria em ato de caráter executório. A rogatória oriunda do Tribunal Regional de Nagoya, Japão, rogava a citação do Banco do Brasil para que tomasse conhecimento do pedido de apreensão provisória conforme decisão proferida na justiça rogante. Nesse caso, a PGR opinou pela denegação da ordem por implicar na prática de ato de caráter executório. Fazendo referência a cartas rogatórias decididas nesse sentido pelo STF, nas quais ante a ausência de tratado internacional ou acordo bilateral em sentido contrário, não se admitia a concessão do *exequatur* em cartas rogatórias com caráter executório, o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira denegou o *exequatur*. Não houve interposição de recurso e a rogatória foi devolvida ao juízo rogante via Ministério das Relações Exteriores.

Em agosto de 2005, o Min. Edson Vidigal concedeu *exequatur* à Carta Rogatória 374, na qual a 17.^a Vara Cível de Lisboa, Portugal, rogava a penhora de 30% das quotas detidas pelos executados no capital social da sociedade Resort Hotel Praia dos Carneiros Ltda., com sede em Rio Formoso, Pernambuco. Ressalte-se que rogatória²⁰⁵ com conteúdo idêntico fora apresentada ao STF e o *exequatur* foi negado.²⁰⁶ Embora se tratasse de medida de caráter executório, o voto monocrático do Min. Edson Vidigal não discorre sobre o tema, apenas acolhe a opinião do Ministério Público Federal e afirma que o objeto da rogatória não atenta contra a soberania nacional ou a ordem pública. Na impugnação o interessado alegou que a diligência rogada possui caráter executório, circunstância que impediria o cumprimento da medida. A PGR, entretanto, manifestou-se no sentido do não acolhimento da impugnação, com fundamento no disposto no art. 7.º da Resolução 9/2005 da Presidência do STJ. É de extrema importância para análise que se passará a fazer o *caput* do citado art. 7.º, que merece ser transcrito:

“Art. 7.º As cartas rogatórias podem ter por objeto *atos decisórios* ou não decisórios.” (grifos acrescentados)

²⁰⁴ DJ de 11.04.2005.

²⁰⁵ CR 11.427-PT, julgada em 30.09.2004, DJ 13.10.2004. Vide discussão supra p. 61-62.

²⁰⁶ Ressalte-se que a decisão que concede ou denega o *exequatur* não faz coisa julgada formal, possibilitando a reapresentação do pedido (AMILCAR DE CASTRO, 2003:588).

Na rogatória supramencionada, após citar o art. 7.º *supra*, o Subprocurador-Geral da República Edson Oliveira de Almeida afirma:

*A penhora é simples ato de afetação dos bens do devedor, preparatório da futura expropriação para satisfação da dívida. Assim da homologação só se cogitará se, ultrapassada a fase de instrução do processo em curso na Justiça portuguesa, chegar-se a fase de pagamento. (...).*²⁰⁷ (grifos acrescentados)

Verifica-se que o Subprocurador-Geral da República, invocando o art. 7.º da Resolução 9/2005, abre a possibilidade da concessão de medidas de caráter executório por meio de carta rogatória mesmo ante a ausência de convenção internacional ou acordo bilateral, invocando apenas uma existência implícita de reciprocidade.

Não é demais salientar que, em se cuidando de assistência de segundo grau, ou de segundo nível, com projeção sobre o patrimônio das pessoas, a solução proposta *tem como pressuposto necessário a existência de reciprocidade*. Entretanto, no caso, não há qualquer motivo para concluir que, presente a situação inversa, a Justiça portuguesa deixaria de atender a um pedido de juiz brasileiro.²⁰⁸ (grifos acrescentados)

Apesar da manifestação do subprocurador-geral ter sido acolhida pelo Min. Edson Vidigal, a ausência da discussão sobre o tema na decisão monocrática e a não interposição de recurso pela parte interessada possibilitaram que a referida decisão não tivesse, em um primeiro momento, uma importância significativa na mudança do posicionamento do STJ sobre o tema. O processo foi encaminhado à Justiça Federal de Pernambuco e, apenas após o cumprimento da diligência com a penhora das quotas, os interessados opuseram embargos conforme previsto no art. 13, § 1.º, da Resolução 9/2005.²⁰⁹ Esses embargos foram julgados apenas em novembro de 2006, quando já se verificava uma mudança no posicionamento do STJ, o qual será analisado a seguir.²¹⁰

²⁰⁷ Parecer 252/CCJI, de 1.º.07.2005, do Subprocurador-Geral da República Sr. Edson Oliveira de Almeida, obtido diretamente da PGR por *e-mail* enviado pelo serviço de acompanhamento processual (acompanhamentoprocessual@pgr.mpf.gov.br) em 27.08.2007 às 16h43min.

²⁰⁸ *Idem*.

²⁰⁹ “Art. 13. A carta rogatória, depois de concedido o *exequatur*, será remetida para cumprimento pelo Juízo Federal competente.

§ 1.º No cumprimento da carta rogatória pelo Juízo Federal competente cabem embargos relativos a quaisquer atos que lhe sejam referentes, opostos no prazo de 10 (dez) dias, por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, julgando-os o presidente.

§ 2.º Da decisão que julgar os embargos, cabe agravo regimental. (...).”

²¹⁰ Vide discussão *infra* p. 82.

Ainda no primeiro semestre de 2005, foi denegado o *exequatur* à Carta Rogatória 14 oriunda da Itália rogando a intimação do interessado para pagamento de dívida em 10 dias e, caso contrário, proceder à expropriação forçada, segundo previsão da legislação italiana. Embora houvesse um Tratado relativo à Cooperação Judiciária e ao Reconhecimento e Execução de Sentenças em Matéria Civil entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana²¹¹ (Decreto 1.476/95), o Ministério Público Federal opinou pela não concessão do *exequatur*. Fundamentou seu parecer na impossibilidade de identificar a autoridade judiciária que requerera a medida, o que não atende ao disposto no referido Tratado. Acolhendo o parecer do *Parquet*, o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira não concedeu o *exequatur* e a rogatória foi devolvida a origem.

No segundo semestre de 2005, o Min. Edson Vidigal, em sua função de presidente, decidiu algumas cartas rogatórias²¹² sobre o tema, sempre se referindo aos precedentes do STF e acolhendo parecer ministerial²¹³ para limitar o *exequatur* às medidas que não implicassem na prática de ato de caráter executório. A maioria dessas rogatórias requeria a intimação da parte interessada sobre decisão proferida pelo juízo estrangeiro condenando a parte ao pagamento de alguma quantia ou solicitação de prestação de caução. Nesses casos, o *exequatur* foi parcial, dando apenas conhecimento da decisão ao intimado, sem alcançar nenhum efeito executório. A título ilustrativo pode-se citar a Carta Rogatória 967-EX²¹⁴ rogando: “A intimação de Marcelo Martinez Correa para que tome ciência de decisões proferidas no processo que tramita naquele juízo, bem como para que compareça na causa no prazo de 3 dias e que, além disso, preste caução a fim de garantir as responsabilidades pecuniárias que lhe são imputadas”. Em decisão monocrática, o Min. Edson Vidigal restringiu o *exequatur* “apenas para dar ciência ao interessado das decisões proferidas, sem que alcance efeito executório”.

²¹¹ Vide Capítulo IV, item 3.1 *supra*, p. 64.

²¹² CR 1.098-EX (DJ 15.12.2005); CR 736-EX (DJ 15.12.2005); CR 942-EX (DJ 13.12.2005); CR 721-EX (DJ 22.11.2005); CR 941-EX (DJ 18.10.2005); CR 728-EX (DJ 06.10.2005).

²¹³ O subprocurador geral da República na época já era Edson Oliveira de Almeida. Verifica-se dos pareceres concedidos às CR citadas na nota anterior que não houve uma discussão sobre o tema das medidas executórias, limitando-se o douto Subprocurador a incluir parágrafo igual ou semelhante ao seguinte em todas as rogatórias de forma a limitar o efeito das mesmas: “A medida rogada não atenta contra a ordem pública ou a soberania nacional, nem lhe falta autenticidade, de modo que o parecer é pela concessão da ordem apenas para dar conhecimento ao interessado da decisão proferida pela Justiça rogante, *sem nenhum efeito executório da mesma*” (Parecer n.º 1.022/CCJI, CR 1.098-EX-França – grifos acrescentados). Parecer obtido diretamente da PGR por e-mail enviado pelo serviço de acompanhamento processual (acompanhamentoprocessual@pgr.mpf.gov.br) em 27.08.2007 às 16h43min.

²¹⁴ DJ de 15.12.2005.

Interessante notar que esse posicionamento remonta à discussão de 1911 travada entre o Ministério da Justiça e o Ministério das Relações Exteriores sobre a carta rogatória oriunda de Portugal para citação em sede de execução, conforme anteriormente mencionado.²¹⁵

No início de 2006, mesmo após aprovação da Resolução 9/2005 do STJ e a decisão supramencionada da Carta Rogatória 374-PT,²¹⁶ o Min. Luiz Fux repetiu o posicionamento adotado pelo STF no sentido de denegar a execução de atos de caráter executório via carta rogatória. Na Carta Rogatória 226-EX,²¹⁷ proveniente da Bélgica e que rogava pela identificação, busca e apreensão de documentos, interrogatório, obtenção de histórico de linhas telefônicas, bloqueio de contas e cofres bancários, investigação do patrimônio de pessoas e empresas envolvidas em “branqueamento de dinheiro”, a decisão monocrática foi pela concessão do *exequatur* em parte, excluindo o bloqueio de contas e cofres bancários, conforme a seguinte fundamentação:

É cediço que no E. STF que atos executórios e de constrição dependem de homologação da sentença estrangeira que os encerra, por isso que “o deferimento de execução de carta rogatória, com exclusão de seqüestro – medida executória – e de quebra de sigilo bancário, para obter-se simples informações, não implica em ofensa a ordem pública”.²¹⁸

Interessante ressaltar o pedido da Carta Rogatória 996-EX,²¹⁹ expedida pelo Juizado Nacional de Primeira Instância Civil e Comercial Federal de Buenos Aires, Argentina. Nessa Carta Rogatória foi solicitado que seja comunicado ao Banco Central do Brasil o levantamento de penhora de investimento da ré CONAN – Companhia de Navegação do Norte (a qual havia sido determinada em anterior Rogatória 9.194²²⁰), por ter havido acordo entre as partes. Na rogatória a que se refere o pedido, o STF concedeu *exequatur* de medida de caráter executório (penhora) ante a existência de tratado entre os países membros do Mercosul. Tendo em vista a concessão da ordem antes da mudança da competência, tal pedido foi remetido ao STF que expediu ofício ao juízo federal

²¹⁵ Vide *supra* p. 62 e 81.

²¹⁶ DJ de 29.11.2006.

²¹⁷ DJ de 21.02.2006.

²¹⁸ CR 226-EX, DJ de 29.11.2006, versão eletrônica sem página.

²¹⁹ DJ de 02.02.2006.

²²⁰ Vide discussão *supra* p. 78.

determinando o cancelamento da penhora.²²¹ Tal pedido demonstra que a concessão do *exequatur* às rogatórias com caráter executório para, entre outras medidas, efetuar penhoras em garantia a lides em trâmite no exterior, promove a pacificação social. Nesse caso, ante a impossibilidade da parte devedora ocultar seus bens com base em fronteiras territoriais, ela celebrou acordo com a credora no exterior.

Em meados de 2006, inicia-se uma mudança no posicionamento do STJ. O caso precursor foi a Carta Rogatória 1.457-EX, proveniente da França. Embora a referida rogatória envolva matéria penal, o entendimento dado pela Corte ao *caput* do art. 7.º da Resolução 9/2005 do STJ é extremamente relevante para o presente estudo. Tal rogatória envolve o Sr. Paulo Maluf e solicita, entre outras diligências, a quebra de sigilo bancário. O Min. Barros Monteiro, em suas funções de presidente do STJ, conferiu *exequatur* a referida rogatória, com base em Acordo de Cooperação em Matéria Penal celebrado entre o Brasil e a França, na Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado além de afirmar que a citada Resolução permite a inclusão entre as diligências requisitadas de atos executórios, conforme o seguinte parágrafo:

Assim, ainda que haja a inclusão, nas diligências requisitadas, de *atos executórios* (o que, nos dias atuais, acha-se admitido pela Resolução n.º 9 desta corte, art. 7.º) a quebra do sigilo bancário é passível de cumprimento ante o que dispõe os Acordos e Convenções Internacionais acima mencionados (cf. CR 10.484/SI, Rel. Min. Mauricio Correa).

Não se alegue como imprescindível a prévia homologação da sentença estrangeira que decretou a quebra do sigilo. (...) Aliás, não faria sentido que atualmente o ato de cooperação internacional restasse dilargado por vários meses e até anos a fio, a fim de que se cumprisse tal exigência de caráter formal. Os meios de comunicação e transporte impõem providências enérgicas e rápidas para coibir o crime organizado transnacional. Cuida-se, em suma, de providência que não se mostra compatível com a modernidade e com a notoriamente conhecida globalização. (grifos acrescentados)

Subseqüente a essa decisão, observa-se uma série de cartas rogatórias nas quais o *exequatur* foi concedido de modo a incluir medidas de caráter executório. Embora essas também estejam fundamentadas em acordo de cooperação internacional, verifica-se a inclusão de parágrafo com redação igual ou semelhante ao parágrafo supratranscrito da Carta Rogatória 1.457-EX afirmando a desnecessidade de homologação para cumprimento

²²¹ Conforme decisão do Min. Nelson Jobim na CR 9194-Argentina, de 10.10.2005, publicada no *DJ* de 17.10.2005.

das medidas de caráter executórios conforme previsto no art. 7.º da Resolução 9/2005 do STJ.

Tanto na Carta Rogatória 1.684-EX,²²² na qual a justiça francesa rogava a quebra de sigilo telefônico, como na Carta Rogatória 1.863-CH,²²³ na qual a justiça suíça rogava busca e apreensão, o *exequatur* foi concedido e incluído um parágrafo praticamente idêntico ao da Carta Rogatória 1.457,²²⁴ afirmando que os atos executórios são atualmente admitidos pela Resolução 9 do STJ. Essa mesma ressalva foi novamente realizada na Carta Rogatória 1.457-FR,²²⁵ na qual foi incluído parágrafo semelhante:

Assim, ainda que haja a inclusão, nas diligências requisitadas, *de atos executórios - atualmente previstos no art. 7.º, da Resolução n.º 9 desta corte* – a quebra do sigilo bancário pode ser cumprida ante a garantia de aplicação do princípio da reciprocidade. (grifos acrescentados)

Exatamente esse parágrafo foi incluído em posteriores rogatórias envolvendo a matéria, como, por exemplo, na Carta Rogatória 2.609-FR,²²⁶ na Carta Rogatória 2.593-PT²²⁷ e na Carta Rogatória 1.924-ES.²²⁸

Nesse sentido ganha importância a decisão dos embargos previstos no art. 13 da Resolução 9/2005 do STJ na Carta Rogatória 374-PT anteriormente mencionada. Ao contrário da decisão monocrática que acolheu o parecer ministerial favorável à concessão do *exequatur* nas cartas rogatórias com medidas de caráter executórios sem discorrer sobre o tema, na decisão dos embargos²²⁹ o então presidente do STJ, Min. Barros Monteiro, não só enfrenta o tema das medidas executórias, como também afirma claramente em sua decisão que a antiga jurisprudência do STF está superada:

Relativamente à dita natureza executória da medida, *verifica-se que com a edição da Resolução n.º 9/2005, restou superada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que não admitia cartas rogatórias com caráter executório. O*

²²² DJ de 28.08.2006.

²²³ DJ de 19.09.2006.

²²⁴ “Ressalte-se que ainda que haja a inclusão, nas diligências requisitadas, da realização de atos executórios (o que nos dias atuais, acha-se admitido pela Resolução n.º 9, desta corte, art. 7.º) a busca e apreensão domiciliar é passível de cumprimento ante o que dispõem as Convenções Internacionais e as leis brasileiras mencionados.” (CR 1.863-CH – grifos acrescentados)

²²⁵ DJ de 30.10.2006.

²²⁶ DJ de 12.06.2007.

²²⁷ DJ de 26.06.2007.

²²⁸ DJ de 1.º.08.2007.

²²⁹ Publicada no DJ de 29.11.2006.

art. 7.º da referida resolução prevê expressamente que “as cartas rogatórias podem ter por objeto atos decisórios ou não decisórios”. Além disso, como bem ponderado pelo *Parquet* “a penhora é simples ato de afetação dos bens do devedor, preparatório da futura expropriação para satisfação da dívida. Assim da homologação só se cogitará se, ultrapassada a fase de instrução do processo em curso na Justiça portuguesa, chegar-se a fase de pagamento”. (fls. 167) A presente carta rogatória, portanto, não ofende a soberania nacional ou a ordem pública e está assegurada a aplicação do princípio da reciprocidade.²³⁰ (grifos acrescentados)

Esse é o posicionamento do presidente do STJ para o biênio 2006-2008,²³¹ e que tem competência para a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias. Embora o posicionamento do presidente do STJ tenha especial importância para a matéria em razão das regras de competência, este está sujeito a modificações, especialmente na existência de agravo regimental a ser julgado pelo Pleno.

Verifica-se que o posicionamento favorável às cartas rogatórias executórias ainda não é unânime no STJ. A Carta Rogatória 998-IT, proveniente da Itália, embora trate de matéria penal, merece ser destacada haja vista a concessão de *exequatur* para determinar a quebra do sigilo bancário e o seqüestro de valores²³² ter sido motivo de Agravo Regimental julgado pelo Pleno.²³³ Trata-se de caso envolvendo associação criminosa para contrafação da contabilidade das sociedades do grupo Parmalat. A rogatória solicita, entre outras, medidas de cooperação em segundo grau²³⁴ para fins de transmissão de informações contratuais, contábeis e de movimentações bancárias bem como a identificação e bloqueio de bens, conforme previsto no art. 2 do Tratado de Cooperação em Matéria Penal entre o Brasil e a Itália.²³⁵ Mantendo o posicionamento estabelecido pelo STF, a decisão monocrática concedeu o *exequatur* com base na existência de Tratado de Cooperação, remetendo os autos à Justiça Federal de São Paulo para cumprimento da diligência rogada.

As partes interessadas impetraram *habeas corpus* no STF e interpuseram Agravo Regimental da decisão monocrática no STJ impugnando que: (i) o pedido de cooperação foi feito pelo Ministério Público e não por “Juízo ou Tribunal Estrangeiro”; (ii) ausência de carimbo e de intimação prévia das partes; e (iii) que as diligências solicitadas – quebra de sigilo bancário e seqüestro de valores – ofendem a ordem pública e a soberania nacional.

²³⁰ Decisão dos Embargos na Carta Rogatória 374-PT, publicada no *DJ* de 29.11.2006; sem página.

²³¹ Min. Raphael de Barros Monteiro Filho, exercendo a presidência no biênio 2006-2008.

²³² Decisão monocrática publicada no *DJ* de 18.10.2005.

²³³ Decisão do pleno publicado no *DJ* de 30.04.2007.

²³⁴ As medidas de caráter executório são incluídas entre medidas de cooperação em segundo grau.

²³⁵ Decreto 862/93.

Para o presente estudo interessa apenas a discussão sobre a admissibilidade de medidas executórias.

Tanto o relator Min. Edson Vidigal como o Min. Barros Monteiro fundamentaram-se no acordo bilateral para justificar que o pedido não atenta contra a soberania nacional ou ordem pública negando provimento ao agravo. O Min. Gomes de Barros em voto vista vencedor deu parcial provimento ao Agravo Regimental entendendo, primeiramente, que o Ministério Público italiano não teria competência para requerer a rogatória e que, embora o direito pátrio não proíba a quebra do sigilo bancário e seqüestro de valores depositados no país, condiciona essa medida à sentença que o autorize de forma que tal medida só poderia ser executada no Brasil caso exista sentença estrangeira que deve ser homologada.

Se assim é, no caso a medida não pode ser executada em nosso País, ainda. Caso exista sentença estrangeira concessiva tal decisão deve ser homologada pela jurisdição brasileira. Quanto ao pedido de seqüestro de valores depositados nas contas correntes das pessoas indicadas pelo jus-rogante (ato executório), a execução depende de sentença homologada pela justiça brasileira, pressuposto inexistente no caso concreto. (p. 24) (grifos acrescentados)

O voto divergente determinando, entre outros, a necessidade de homologação para cumprimento da medida rogada foi acompanhado por diversos ministros inclusive pelo Min. Gilson Dipp que proferiu extenso voto vista concordando sobre a ilegitimidade do Ministério Público italiano para solicitar assistência judiciária por meio de rogatória. No entanto, o Min. Dipp discordou do voto vista vencedor do Min. Gomes de Barros sobre a possibilidade de a carta rogatória encaminhar atos decisórios a delibação do STJ. No que tange à possibilidade de a carta rogatória encaminhar atos decisórios a delibação do STJ, o Min. Gilson Dipp reconheceu a jurisprudência do STF afirmando:

É certo que o Supremo Tribunal Federal, em algumas decisões no exercício de juízo de delibação, hoje de competência deste Superior Tribunal de Justiça, entendeu que a carta rogatória não pode ter efeito executório e, conseqüentemente, não pode se prestar à quebra de sigilo bancário e ao seqüestro de bens. Na própria Carta Rogatória 1.754, anteriormente citada, essa é a conclusão a que chega o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Sepúlveda Pertence.

Em 1953, na Carta Rogatória 337, relatada pelo Ministro José Linhares, o STF já decidia no seguinte sentido: “Carta rogatória executória. Inadmissibilidade. Seqüestro importando em execução forçada”. Desde então, principalmente em decisões monocráticas, o STF, reiteradamente, entendeu que as cartas rogatórias não podem ter efeito executório. Tem o STF ressalvado a possibilidade de

rogatória executória quando prevista em acordos internacionais. (...) (Voto do Min. Gilson Dipp, p. 37) (grifos acrescentados)

Entretanto, ao contrário do Min. Gomes de Barros, o Min. Gilson Dipp afirma que não há, do ponto de vista ontológico, diferença entre o procedimento da carta rogatória e o da homologação de sentença estrangeira,²³⁶ e, repudiando a jurisprudência do STF, admite a possibilidade de cumprimento de medidas de caráter executório por carta rogatória:

Contudo, isso não significa que decisões judiciais estrangeiras que não tenham esse caráter terminativo não possam ter eficácia no território brasileiro, desde que previamente deliberadas pelo Superior Tribunal de Justiça, como manda a Constituição. As Cartas Rogatórias strictu sensu são, ao lado da carta de ordem e da carta precatória, instrumentos de comunicação entre autoridades judiciárias, reservadas, contudo, à comunicação interjurisdicional. Neste sentido, podem perfeitamente encaminhar a comunicação de autoridade judiciária de outro país que roga à autoridade judiciária brasileira a execução de sua decisão.

O STF, ao analisar o Protocolo de Las Leñas, que regulamenta cooperação jurídica no âmbito do Mercosul, reconheceu que a carta rogatória também é instrumento para homologação de sentenças estrangeiras. (...) (Voto do Min. Gilson Dipp, p. 37) (grifos acrescentados)

Embora se trate de pedido de cooperação em matéria penal, a interpretação demonstra o início de uma mudança de posicionamento sobre o tema com a transferência da competência para o STJ. Entretanto, ainda há muita confusão sobre a matéria entre os Ministros o que ainda pode gerar votos divergentes denegando o *exequatur* de carta rogatória executória.

Nessa mesma rogatória, é interessante a discussão levantada pelo Min. Peçanha Martins²³⁷ sobre a competência do STJ para regulamentar a matéria por meio da Resolução 9/2005.

A alegação de que a Resolução deste Tribunal, dispondo sobre a competência do STJ em razão das disposições da EC n.º 45/2004 deixou de preservar a defesa do cidadão quando confrontada com o RISTF (art. 226), dando prioridade à cooperação internacional, é desprovida de qualquer fundamento. Os atos e resoluções do STJ não podem contrariar, restringir ou ampliar as legislações que se propõem regulamentar, como na hipótese. Entretanto, não devem obediência ao disposto no RISTF sobre a matéria que, por força de preceito constitucional, foi acrescida à competência do Superior Tribunal de Justiça.²³⁸

²³⁶ AgRg na CR 998-IT, Voto do Min. Gilson Dipp, p. 38.

²³⁷ Deve-se ressaltar a importância da posição do Min. Peçanha Martins uma vez que ele será o Presidente do STJ no biênio 2008-2010.

Ainda que o artigo 211 do CPC determine que a “concessão de exequibilidade às cartas rogatórias das justiças estrangeiras obedecerá ao disposto no Regimento Interno do STF” e, após a Emenda Constitucional 45/2004, o STJ possa regulamentar tal concessão, a delegação de competência realizada pelo legislador alcança disposições procedimentais.

Por fim, não se pode deixar de mencionar a Carta Rogatória 2.260-MX.²³⁹ Trata-se de pedido da justiça mexicana para intimação do representante legal da empresa E.M. Ltda. para pagamento de quantia certa ou, frustrado o pagamento, que se penhorem bens suficientes para garantir a demanda. Após manifestação favorável do Ministério Público Federal com fundamento no art. 7.º da Resolução 9/2005, do STJ, e precedente do STJ, o Min. Barros Monteiro concedeu o *exequatur* afirmando que, com a edição da citada Resolução, a jurisprudência do STF que não admitia cartas rogatórias executórias restou superada. Ademais, ele afirma que “a penhora é ato preparatório para futura expropriação de bens tendentes a satisfazer a dívida, que somente ocorrerá após ultrapassada a fase de instrução do processo na justiça rogante” e cita como precedente a Carta Rogatória 347-PT de sua própria relatoria.

5 Considerações sobre o estudo realizado

Conforme restou demonstrado, por mais de 50 anos a jurisprudência do STF limitou-se a repetir o posicionamento anterior, desconsiderando não apenas as especificidades de cada caso em análise, mas principalmente a conjuntura internacional. A transferência da competência para o STJ, cumulada com a promulgação da Resolução 9/2005 do STJ e a disposição para analisar a importância da matéria e a adequação da jurisprudência antiga à realidade atual pelo subprocurador geral da República Edson de Oliveira de Almeida e pelo Min. Barros Monteiro possibilitaram uma importante alteração da jurisprudência sobre o tema.

As seguintes ponderações podem ser realizadas pelo STJ diante de uma carta rogatória solicitando uma medida de urgência que implique na prática de atos de coerção:

²³⁸ CR 998-IT, publicada no *DJ* de 30.04.2007.

²³⁹ *DJ* de 12.06.2007.

- A crescente participação do Brasil no cenário comercial internacional teve como consequência o incremento dos litígios transnacionais e exige do Judiciário soluções adequadas à esses litígios.
- Atualmente, para garantir a efetividade das soluções dos litígios internacionais, é necessária a cooperação jurídica internacional nas mais diversas fases do processo.
- Tanto a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias como a homologação de sentenças estrangeiras são de competência do Poder Judiciário.
- O Poder Judiciário tem competência para determinar a execução de atos que impliquem em coerção.
- A ampla defesa é garantida no procedimento de concessão do *exequatur* da mesma forma que ela é garantida no pedido de homologação de sentença estrangeira.
- Diversas medidas urgentes solicitadas por carta rogatória têm natureza provisória e não podem ser objeto de homologação de sentença estrangeira.
- A legislação brasileira admite a tutela de urgência em diversas situações.
- Não há ofensa à ordem pública ou à soberania nacional em admitir a execução em território nacional de provimentos de urgência proferidos no exterior, muitas vezes similares aos existentes na legislação brasileira, após juízo de delibação pelo Judiciário.
- Não há vedação legal para a concessão do *exequatur* e cumprimento no país de medidas urgentes proferidas no exterior.
- Na inexistência de vedação legal, não há razão para conceder o *exequatur* às cartas rogatórias executórias proveniente de países com os quais o Brasil celebrou acordo internacional e denegar o *exequatur* às cartas rogatórias proveniente dos demais países por motivos de ofensa à ordem pública.
- A necessidade de acordo bilateral ou multilateral deve ser mitigada, possibilitando o cumprimento de medidas com base na reciprocidade.

CAPÍTULO V

AS MEDIDAS DE URGÊNCIA NAS ARBITRAGENS ESTRANGEIRAS

Esse capítulo será dedicado ao estudo das medidas de urgência em suporte aos procedimentos arbitrais após o marco da promulgação da Lei 9.307/96 (Lei de Arbitragem), ao contrário do que foi realizado no capítulo anterior que abrangeu uma evolução histórica mais longa. Tal critério justifica-se tendo em vista que antes da promulgação da Lei de Arbitragem tampouco a sentença arbitral estrangeira era passível de homologação no Brasil. Exigia-se a denominada “dupla homologação”, ou seja, uma homologação pelo órgão do Judiciário em que a sentença arbitral foi proferida para que apenas a decisão do judiciário estrangeiro homologando a sentença arbitral fosse homologada, na época, pelo STF.²⁴⁰ Portanto, antes da Lei de Arbitragem, qualquer medida de urgência em procedimento arbitral estrangeiro, caso fosse permitida,²⁴¹ também estaria sujeita à necessidade de algum reconhecimento pelo judiciário estrangeiro, sendo que apenas a decisão deste órgão poderia ser objeto de cumprimento no Brasil. Dessa forma, antes da nova lei, a execução das medidas de urgência concedidas em arbitragens estrangeiras estaria sujeita ao procedimento descrito no capítulo anterior.²⁴²

Devem-se ressaltar três convenções internacionais específicas sobre arbitragem comercial internacional em vigor no Brasil. Uma é a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, também denominada Convenção do Panamá.²⁴³ A segunda é a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, mais conhecida como Convenção de Nova Iorque.²⁴⁴ Nenhuma dessas duas

²⁴⁰ Como exemplo, pode-se citar a Sentença Estrangeira 3.236 de relatoria do Min. Alfredo Buzaid, julgada em 22.02.1984 pelo Tribunal Pleno do STF, homologando laudo arbitral estrangeiro que havia recebido o *exequatur* do Tribunal de Grande Instância de Paris.

²⁴¹ Antes da promulgação da Lei de Arbitragem, constava no art. 1.068 do CPC que ao árbitro era defeso decretar medidas cautelares. Embora seja controvertida qual a lei aplicável para determinação da competência do árbitro em uma arbitragem estrangeira para conceder medidas de urgência, no momento da execução a lei brasileira será considerada.

²⁴² Inclusive no capítulo anterior foram tratadas algumas rogatórias relacionadas ao cumprimento de sentença arbitral no exterior como, por exemplo, a CR 1.408, julgada em 03.03.1969 e proveniente da Suíça, que rogava a intimação da parte brasileira de seqüestro de bens realizados na Suíça em cumprimento de laudo arbitral proferido em Londres.

²⁴³ Decreto Legislativo 90, de 06.06.1995.

²⁴⁴ Decreto Legislativo 52, de 25.04.2002.

convenções tem disposições específicas sobre medidas urgentes. A terceira, é o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul²⁴⁵ que traz em seu bojo disposições específicas sobre a concessão e o cumprimento das medidas de urgências nos litígios arbitrais, essa última é especialmente relevante para a presente análise. Essas convenções serão analisadas no decorrer desse capítulo na medida em que contiverem disposições sobre os tópicos discutidos.

Optou-se, ainda, por analisar a jurisprudência e a doutrina por tópicos e não por ordem cronológica como realizado no capítulo anterior, dando preferência à jurisprudência mais recente. Tal escolha foi necessária devido à multiplicidade de questões envolvendo as medidas de urgência nos litígios arbitrais estrangeiros; à concentração de decisões nos últimos anos; à existência de julgamentos sobre o tema nos mais diversos Tribunais Estaduais e Federais;²⁴⁶ e à escassez de decisões pelas Cortes Superiores. Também foi verificado que em alguns casos, principalmente nas medidas cautelares anteriores à formação do tribunal arbitral, os Tribunais Estaduais não fazem distinção entre arbitragens domésticas e estrangeiras, tratando igualmente as solicitações de medidas de urgências em suporte ao procedimento arbitral.

Por fim, no âmbito arbitral verifica-se um maior índice de adimplemento voluntário às decisões concedidas, especialmente às decisões preliminares como as medidas urgentes,²⁴⁷ e uma maior dificuldade na obtenção dos julgados devido ao sigilo recorrente e característico do procedimento arbitral e muitas vezes concedido ao procedimento judicial a ele relacionado. Por tal razão, muitas questões levantadas nesse capítulo ainda não foram discutidas pelo Judiciário brasileiro e estão abertas para o debate, justificando o maior amparo na discussão doutrinária do que na jurisprudencial. Também serão utilizadas, como exemplo, as regras ou regulamentos das principais instituições arbitrais, nacionais e internacionais.

²⁴⁵ Decreto 4.719, de 04.06.2003.

²⁴⁶ A análise da jurisprudência realizada nesse item não é exaustiva, concentrando-se apenas nos tribunais dos principais Estados e disponível em meios eletrônicos ou publicada nas revistas especializadas sobre o tema.

²⁴⁷ Em pesquisa realizada por Kaj Hobér entre os participantes da última conferência do *International Council for Commercial Arbitration* (ICCA), realizada em Montreal, Canadá, em 2006, 64% dos entrevistados afirmaram que as partes na maioria das vezes cumprem voluntariamente a ordem preliminar concedida pelos árbitros e 36% responderam que as partes sempre cumprem as ordens preliminares, nenhum dos entrevistados afirmou que as partes nunca ou raramente cumpriam espontaneamente tais ordens (VAN DEN BERG, 2007:742-746). Além disso, como afirma Born, a possibilidade dos árbitros tirarem conclusões negativas (*adverse inferences*) do inadimplemento de suas ordens é uma ameaça que incentiva o cumprimento voluntário (2001:972).

Deve-se relembrar que embora a Lei de Arbitragem brasileira date de 1996, o instituto só veio a ser consagrado no país no final de 2001, por ocasião do término do julgamento a respeito da constitucionalidade da referida lei no STF.²⁴⁸

Embora se tenha em mente a execução de medidas proferidas em arbitragens estrangeiras no território nacional, o ponto inicial para que se possa indagar sobre a possibilidade dessa execução é a questão da competência para a concessão da medida de urgência²⁴⁹ em si (BORN, 2001:971). Após, discutir-se-á a relação entre árbitros e juízes para execução das medidas de urgência.²⁵⁰

Primeiramente serão analisadas as medidas de urgência preparatórias ao processo arbitral. Em seguida, serão discutidas as medidas incidentais ao procedimento arbitral.

1 As medidas urgentes antes da instauração do tribunal arbitral

A regra geral no processo civil brasileiro é de que as medidas cautelares assim como a antecipação da tutela devem ser requeridas ao juiz da causa. Caso essas medidas sejam preparatórias elas devem ser requeridas ao juiz competente para conhecer da ação principal.²⁵¹ Sendo o juízo arbitral competente para conhecer a demanda principal, se houver a necessidade de medidas urgentes antes da formação do tribunal arbitral, torna-se inviável o recurso ao juízo competente para conhecer a ação principal nesse primeiro momento.

A Lei de Arbitragem brasileira não é clara a respeito das medidas de urgência de um modo geral e em especial sobre a necessidade dessas medidas antes da instauração do tribunal arbitral. Em artigo sobre os novos rumos da arbitragem no Brasil, Wald sugere que a competência do tribunal arbitral e do Poder Judiciário sobre esse tema poderia ser definida de modo mais claro (2001:355). Uma possível justificativa para tanto é o fato de que a redação da lei teve como uma de suas bases a lei modelo da Uncitral que, até

²⁴⁸ Sentença Estrangeira 5.206-Reino da Espanha, julgamento no pleno finalizado em 12.12.2001.

²⁴⁹ Embora o art. 22, § 4.º, da Lei de Arbitragem trate apenas de medidas cautelares e não da antecipação da tutela, optou-se por manter a expressão “medidas de urgência” por questão de coerência com os demais capítulos, fazendo-se distinção entre elas quando necessário.

²⁵⁰ Não serão discutidas as medidas cautelares preparatórias visando a formação do tribunal arbitral em decorrência de cláusulas vazias.

²⁵¹ Conforme disposto no art. 800 do CPC: “As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal”.

recentemente, também não tratava o tema exaustivamente (LOBO; NEY, 2003:263).²⁵² Essa redação possibilitou uma discussão sobre a possibilidade do Judiciário conceder medidas urgentes na existência de compromisso arbitral.

Tal discussão também ocorreu em outros países. A título ilustrativo, pode-se mencionar que algumas cortes americanas denegaram a concessão de medidas de urgência em litígios que deveriam ser submetidos à arbitragem com base no disposto no art. II(3) da Convenção de Nova Iorque.²⁵³ Essas cortes interpretaram o citado artigo como proibitivo ao exercício de qualquer jurisdição pelos órgãos do Poder Judiciário (BORN, 2001:936).²⁵⁴ Embora válida a discussão, tal entendimento não parece o mais adequado à Convenção de Nova Iorque. Apesar da decisão da corte americana ser favorável à jurisdição arbitral, essa posição pode tornar uma subsequente sentença arbitral sem efeitos (GAILLARD; SAVAGE, 1999:711). Mais correta parece a decisão em sentido contrário da corte californiana,²⁵⁵ afirmando que não há nenhuma previsão na convenção que impeça as cortes de concederem medidas de urgência.²⁵⁶

A concessão de medidas provisórias em suporte de arbitragens apenas garante a eficácia desse meio de solução de controvérsias. De nada adiantaria as cortes remeterem as partes para arbitragem se até a constituição do Tribunal Arbitral elas ficassem sem remédio legal para garantir seus direitos. Comentando a polêmica nas cortes americanas, Born admite que o recurso ao Judiciário deve estar sempre disponível às partes envolvidas em litígios arbitrais já que medidas como arrestos, penhoras e outras que necessitem poder coercitivo nunca poderão ser efetivadas pelos árbitros (2001:935).

²⁵² A alteração nos dispositivos da lei modelo da Uncitral serão analisadas no Capítulo VII, *infra* p. 147.

²⁵³ Decreto Legislativo 52/2002, art. II (3): “O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre a matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que conste que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável”.

²⁵⁴ A primeira decisão nesse sentido foi *McCreary Tire & Rubber Co. vs. CEAT, SpA* [501 F.2d 1032 (3d Cir. 1974)], da Corte Federal de Apelação do Terceiro Circuito. Essa decisão foi seguida pela Corte de Apelação de Nova Iorque no caso *Cooper vs. Ateliers de la Motobecane S.A.* [456 N.Y.S.2d 728 (Ct. App. 1982)]. No entanto, esse posicionamento foi negado na Califórnia no caso *Carolina Power & Light Co vs. Uranex*. [451 F.Supp. 1044 (N.D. Cal. 1977)] (Decisões disponíveis em www.lexisnexis.com/lawschool, acesso em 14 out. 2006, às 07h47min). Dessa forma, há uma divisão entre o entendimento das cortes americanas sobre a matéria (BORN, 2001:936).

²⁵⁵ Decisão no caso *Carolina Power*, vide nota *supra*.

²⁵⁶ Nesse sentido também é o entendimento do grupo de trabalho da Uncitral por meio de declaração em relação à interpretação do art. II e V da Convenção de Nova Iorque de julho de 2006. Vide *infra* Capítulo VII, item 2.4.

Dessa forma, passa-se a demonstrar se o Judiciário pátrio está preparado para conceder as mais diversas medidas urgentes preparatórias às arbitragens, inclusive as consideradas estrangeiras, para depois verificar a possibilidade de concessão dessas medidas por jurisdições estrangeiras e em procedimentos pré-arbitrais.

1.1 A competência do Judiciário brasileiro para a concessão de medidas de urgência preparatórias ao juízo arbitral

Embora a Lei de Arbitragem seja omissa no que se refere à necessidade de medidas de urgência antes da instauração do tribunal arbitral, o posicionamento da doutrina e da jurisprudência brasileira formou-se no sentido de admitir o recurso ao Judiciário,²⁵⁷ inclusive e sem grandes distinções entre os casos de arbitragens domésticas ou estrangeiras. Dois são os principais fundamentos. Carmona, entre outros, defende que havendo necessidade de uma tutela de urgência, as regras de competência podem ser desprezadas e, ante a impossibilidade do recurso ao tribunal arbitral (tendo em vista que este não está constituído), o Poder Judiciário seria competente (1997:87 e 2004:268) (LOBO; NEY, 2003:254). O outro argumento constantemente citado pela doutrina, e ainda mais consistente, é que caso o Judiciário não tivesse competência e o tribunal arbitral ainda não estivesse constituído, haveria violação à garantia constitucional ao acesso à justiça, conforme previsto no art. 5.º, XXXV, da CF de 1988 (BENETI, 2006:106; FIGUEIRA JUNIOR, 1999:225; WALD, 2001:350).

Ao julgar essa questão, o desembargador Sérgio Cavalieri Filho deu provimento à apelação contra decisão que denegou medida cautelar com fundamento na existência de convenção arbitral e afirmou o quanto segue:

A Lei, é verdade, não prevê a hipótese dessas medidas tornarem-se necessárias antes da instauração do juízo arbitral. Não prevê porque não é necessário. A lógica e o bom senso estão a dizer que se essas medidas podem ser pleiteadas ao Judiciário depois, por mais forte razão podem também antes. Até porque a Constituição a todos assegura o acesso à Justiça, no seu art. 5º, inc. XXXV.²⁵⁸

²⁵⁷ Ressalva deve ser feita a algumas decisões de primeiro grau no sentido contrário. No entanto, os tribunais estaduais têm se demonstrado favoráveis à competência do Judiciário para conceder medidas de urgência antes da formação do tribunal arbitral como será demonstrado a seguir.

²⁵⁸ TJRJ, Apelação Cível 2003.001.16879, rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho, julgada em 24.09.2003.

Na doutrina, por exemplo, Lemes afirma:

[c]om efeito, a nosso juízo é pacífica e cristalina a possibilidade de propor e obter o provimento acautelatório ou coercitivo em sede arbitral, que será dirigido pela parte diretamente ao juiz competente, quando ainda não constituído o tribunal arbitral (2003: 420).

As instituições arbitrais nacionais também estabeleceram regras sobre medidas de urgência em seus regulamentos, complementando e esclarecendo o disposto na lei. De acordo com o Regulamento do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA) de 2002, os árbitros poderão determinar medidas cautelares, coercitivas ou antecipatórias. Ademais, esse regulamento prevê no art. 11.2 que em caso de urgência, quando ainda não instalado o tribunal arbitral, as partes poderão recorrer ao Judiciário.²⁵⁹

Diversas são as medidas urgentes preparatórias a um procedimento arbitral futuro. Observam-se, por exemplo, cautelares visando à manutenção ou isenção de cumprimento de relação contratual ou de determinada obrigação inserida no contrato enquanto se discute na arbitragem o término do contrato ou o adimplemento desta obrigação. É possível medida cautelar visando assegurar a própria continuidade do processo arbitral ou, em sentido contrário, para impedir a continuidade desse. Também se encontram cautelares impedindo a continuidade de determinada atividade que possa causar dano irremediável ou ainda visando a autorização para venda de bens perecíveis. Inúmeras são as medidas cautelares visando bloqueio de bens destinados a garantir a execução futura da decisão arbitral. Há, ainda, medidas para produção de documentos e requerimentos de autorização para realização de determinados atos. A recente reforma da Lei Modelo da Uncitral dividiu em quatro tipos as medidas provisórias em suporte a procedimento arbitral. São eles: (i) medidas para manter ou restaurar o *status quo* enquanto a disputa está pendente de solução; (ii) medidas que previnam ou proíbam as partes de tomarem ações que iram causar danos ao próprio procedimento arbitral; (iii) medidas para preservar bens que poderão satisfazer a sentença arbitral; e (iv) medidas para preservar provas e documentos

²⁵⁹Regulamento do CBMA disponível em: www.cbma.org.br, último acesso em 15 jan. 2008, às 22h31min. O art. 11 dispõe sobre medidas cautelares, coercitivas ou antecipatórias e assim determina: “11.2. Havendo urgência, e ainda não instalado o Tribunal, as partes poderão requerer medidas cautelares ou coercitivas à autoridade judicial competente. Nesse caso, a parte deverá, imediatamente, dar ciência do pedido ao Centro. (...)”.

que sejam relevantes para a solução da disputa.²⁶⁰ Dessa forma, verifica-se que há uma gama enorme de medidas que podem ser necessárias antes e durante o procedimento arbitral, tornando-se praticamente impossível analisar cada uma delas individualmente. Assim, passa-se a analisar alguns exemplos de medidas de urgência preparatórias concedidas pelo Judiciário brasileiro em suporte a procedimento arbitral.

Um exemplo muito favorável à intervenção do Judiciário em medidas preparatórias à arbitragem é a decisão da Min. Nancy Andrighi como relatora da Medida Cautelar 13.274-SP.²⁶¹ Embora se trate de arbitragem doméstica nada justifica que o mesmo entendimento não possa ser estendido às arbitragens estrangeiras. Nesse caso, a ação proposta no Judiciário antes da instauração do tribunal arbitral foi uma ação de execução visando à penhora assecuratória de eventual decisão arbitral. A Ministra confirmou a competência do Judiciário para realização da penhora. No entanto, afirmou que após a efetivação dessa penhora, o processo deveria ser suspenso uma vez que a matéria passível de discussão em sede de embargos é reservada ao juízo arbitral e que “tal suspensão deverá permanecer até o julgamento em definitivo da causa pelos árbitros”.²⁶² Interessante comparar essa decisão com os inúmeros pedidos de penhora solicitados por jurisdições estrangeiras via rogatória e constantemente denegados. Também ainda é questionável se tal penhora fosse decretada por tribunal arbitral estrangeiro se ela seria cumprida no Brasil. Dessa forma, correta foi a estratégia da parte de socorrer-se do Judiciário para obtenção da penhora e após buscar a solução do litígio via arbitral.

Os tribunais estaduais têm sido receptivos às medidas de urgência em suporte à arbitragem, sem fazer grande distinção entre arbitragens domésticas ou estrangeiras. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, já formou jurisprudência no sentido de que a cláusula de arbitragem não impede a análise do pedido cautelar. Esse foi o posicionamento adotado na Apelação Cível 2007.001.47555,²⁶³ com o fundamento de que o provimento judicial pleiteado era meramente acautelatório a fim de evitar temporariamente que os direitos minerários disputados fossem transferidos a terceiros e por não tratar de discussão acerca das condições do contrato, de sua validade ou existência, matéria de competência do árbitro. Ademais, tal decisão reconheceu “a possibilidade de a

²⁶⁰ Art. 17 da Lei Modelo, conforme adotado pela Comissão na 30.^a nova sessão em 2006. Para maiores discussões sobre a Lei Modelo, vide *infra* Capítulo VII.

²⁶¹ DJ de 20.09.2007.

²⁶² MC 13.274, DJ de 20.09.2007.

²⁶³ Julgada em 1.º.10.2007.

(sic) parte, anteriormente à instauração do juízo arbitral, buscar provimento liminar no Judiciário vem sendo reconhecida pela doutrina e jurisprudência”;²⁶⁴ que as partes especialmente previram tal hipótese na convenção arbitral; e que o regulamento escolhido pelas partes para reger a arbitragem também possibilitava o recurso ao Judiciário.

Em recente caso envolvendo a oferta com aceitação para aquisição de uma fábrica de cerveja, o Tribunal de Justiça de São Paulo determinou a suspensão da alienação das quotas da sociedade para terceiro até que o juízo arbitral decida o mérito. Nesse caso, o tribunal paulista afirmou que as “peculiaridades envolvendo a negociação exigem, *a priori*, decisão do juízo arbitral, configurando como pressuposto processual. Por ora, a empresa e seu controlador não estão aptos a alienar as quotas sociais a terceiros, haja vista que a coisa se encontra *sub judice*”.²⁶⁵

No mesmo sentido verificam-se decisões²⁶⁶ nos Estados de São Paulo,²⁶⁷ Minas Gerais,²⁶⁸ e Rio Grande do Sul.²⁶⁹

Embora se verifique uma tendência favorável do Judiciário à concessão de medidas urgentes preparatórias à arbitragem, ainda há espaço para discussão do tema. Tal fato pode ser demonstrado em uma decisão recente do STJ.²⁷⁰ Uma empresa brasileira associou-se com uma empresa americana e no contrato firmado incluiu cláusula no sentido de que qualquer controvérsia seria dirimida por arbitragem localizada na cidade de Paris, França e de acordo com os regulamento da CCI. Após controvérsia, foram afastados os sócios administradores. Estes ajuizaram cautelar inominada preparatória de arbitragem

²⁶⁴ TJRJ, Ementa da ApCív 2007.001.47555.

²⁶⁵ Ementa: “Agravado de instrumento. Peculiaridades envolvendo a negociação exigem, *a priori*, decisão do juízo arbitral, configurando como pressuposto processual. Por ora, a empresa e seu controlador não estão aptos a alienar as quotas sociais a terceiros, haja vista que a coisa se encontra *sub judice*”. TJSP, Agravo de Instrumento 500.800-4/1-00, julgado em 24.05.2007.

²⁶⁶ A questão da competência do Judiciário para concessão das medidas urgentes se repetirá durante os próximos itens, nos quais serão trazidas as decisões dos outros tribunais.

²⁶⁷ Por exemplo, TJSP, Agravo de Instrumento 384.896.4/4-00 assim ementado: “(...) O r. despacho hostilez não viola a Lei 9.307/96, porquanto a agravada não tinha outra alternativa senão socorrer-se do Poder Judiciário, uma vez que a arbitragem ainda não havia sido instituída, (...)”.

²⁶⁸ Por exemplo, TJMG, Agravo 1.080.06.083392-2/001 assim ementado: “(...) Ação cautelar inominada preparatória – Cláusula arbitral – Ajuizamento da ação no juízo estadual – Possibilidade – Deferimento da medida – Posterior ajuizamento do procedimento arbitral (...) Sendo a medida cautelar aviada antes de instaurada a arbitragem é cabível ao juízo estatal a concessão da medida perseguida, (...)”.

²⁶⁹ Por exemplo, TJRS, Agravo de Instrumento 70004506424 assim ementado: “Processual civil e constitucional. Carência de ação. A existência de compromisso arbitral não tem o condão de afastar a apreciação de qualquer questão do Poder Judiciário, assegurado constitucionalmente no inc. XXXV, do art. 5.º, razão pela qual a instauração do juízo arbitral convencionado não implica na falta de interesse processual. Ação cautelar preparatória (...)”.

²⁷⁰ Medida Cautelar 13431-RS, DJ 06.11.2007.

estrangeira, com pedido de antecipação da tutela, requerendo a manutenção de seus pagamentos a título de pró-labore conforme previsão contratual. O juízo de primeiro grau de Porto Alegre decidiu não ser cabível o ajuizamento de ação cautelar judicial preparatória de juízo arbitral e, convertendo o feito em ação declaratória, deferiu o pedido de antecipação da tutela determinando o pagamento do pró-labore. Inconformadas, ambas as partes agravaram desta decisão, contudo, os recursos não foram providos ensejando a propositura pela empresa americana de recurso especial com pedido cautelar com o propósito de atribuir efeito suspensivo ao recurso e suspender a execução provisória. O relator Min. Massami Uyeda entendeu por bem deferir o pedido cautelar no recurso especial tendo em vista a existência de convenção arbitral entre as partes.²⁷¹ Ressalte-se que com a conversão da medida de urgência em ação declaratória pelo juízo de primeiro grau, este acabou por violar a convenção arbitral estabelecida entre as partes deixando a parte que necessitava da medida de urgência sujeita aos males do tempo até que o tribunal arbitral decida.

Tal discussão é especialmente relevante quando a medida requerida é uma antecipação da tutela. Conforme esclarecido no Capítulo III, a tutela antecipada diferencia-se da cautelar, pois possui um caráter satisfativo. Assim, questiona-se se a concessão de tal tutela pelo Judiciário não seria uma ingerência na arbitragem?

Tanto na tutela antecipada como na tutela cautelar o magistrado terá que fazer uma breve análise do mérito do litígio, uma vez que precisa verificar a plausibilidade do direito do requerente (*fumus boni iuris*). Contudo, na tutela antecipada a medida concedida é justamente a mesma que se pretende como provimento final do tribunal arbitral, possibilitando a discussão sobre eventual ingerência no procedimento arbitral. Como será demonstrado a seguir, as medidas de urgência proferidas pelo Judiciário caracterizam-se pela provisoriedade, sendo passíveis de revisão a qualquer momento. Assim, havendo uma necessidade, parece possível o recurso ao Judiciário também para obtenção de tutela antecipada em suporte ao procedimento arbitral. Tal foi a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em litígio envolvendo consórcio das empresas Petrobras e El Paso para construção de usina termoeletrica. Com base em circunstâncias supervenientes que alteraram o equilíbrio econômico e financeiro do contrato, a Petrobras ajuizou cautelar

²⁷¹ Até 08.12.2007, o Recurso Especial não tinha sido julgado.

com pedido de antecipação da tutela visando a desobrigação de pagamentos mensais.²⁷² Embora a medida requerida tenha sido rejeitada em primeiro grau com base em acordo de arbitragem a ser administrado pela *American Arbitration Association* (AAA) na cidade de Nova Iorque, o Tribunal de Justiça deu parcial provimento ao recurso concedendo o pedido e determinando a distribuição equitativa dos riscos até a questão ser objeto de deliberação pelo juízo arbitral.

1.2 Questões decorrentes da competência do Judiciário

Uma vez constatado que é possível a atuação do Judiciário em medidas preparatórias, questionam-se quais são os limites dessa atuação. A medida pode ser concedida liminarmente? Qual o prazo de duração da medida concedida? Podem os árbitros reverter a ordem do juiz?

Primeiramente questiona-se a possibilidade de concessão de medidas *in alita altera pars*. Havendo possibilidade da concessão desse tipo de medida nas demais tutelas de urgência, não há razão para restringir a concessão dessas medidas às tutelas de urgência em suporte às ações arbitrais. Em se tratando de uma disputa envolvendo partes estrangeiras, tal dispositivo torna-se ainda mais importante devido à necessidade, muitas vezes, de utilização de rogatórias para citação da parte estrangeira.

Como exemplo de medida de urgência concedida *in alita altera pars* pode-se citar a decisão do Foro Central da Comarca da Capital do Estado de São Paulo.²⁷³ Uma empresa brasileira e outra estrangeira celebram um contrato e, após alguns anos, a parte estrangeira notificou à parte brasileira o término da relação. Inconformada a parte brasileira requereu medida urgente para suspender os efeitos das notificações. O juiz paulista concedeu a medida liminar em setembro de 2006 e posteriormente a parte estrangeira foi citada por rogatória e compareceu aos autos apenas em fevereiro de 2007, data na qual o contrato já estaria terminado não fosse a liminar concedida. Nessa ocasião, o juiz entendeu por bem alterar a liminar concedida e assim o fez. A análise desse caso permite a discussão sobre o

²⁷² TJRJ, Agravo de Instrumento 2005.002.01899, julgado em 05.04.2005.

²⁷³ O referido processo encontra-se em segredo de justiça.

prazo de validade da medida urgente decretada pelo Judiciário e a possibilidade de revisão dessa pelos juízes e pelo(s) árbitro(s).

Quanto ao trintídio legal para propositura da ação principal,²⁷⁴ tem-se equiparado a demanda arbitral à demanda principal e, proposta aquela em 30 dias, estaria cumprido o disposto no art. 806 do CPC (CARMONA, 2004:269). Discutível, porém, quando se dá o início do procedimento arbitral. O art. 19 da Lei de Arbitragem²⁷⁵ é claro ao firmar como marco da instituição da arbitragem o momento da aceitação da nomeação pelo(s) árbitro(s).

Tal critério, contudo, não é o melhor para efeitos do cumprimento do trintídio legal do art. 806 do CPC pelo fato de, muitas vezes, o procedimento de nomeação dos árbitros por cada uma das partes e acordo entre os árbitros para nomeação de um terceiro como presidente exigir tempo superior aos 30 dias do prazo legal. Soma-se ao fator tempo a possibilidade de uma das partes se opor à formação do tribunal arbitral como forma de ganhar tempo e ver a medida de urgência caducar. Tendo em vista essa preocupação, tornou-se suficiente que a parte que instituiu o procedimento cautelar, em 30 dias, tome as providências necessárias à nomeação dos árbitros e instituição da arbitragem (CARMONA, 2004:269). Essas providências podem ser o requerimento à instituição arbitral, caso tenha-se optado por alguma; a notificação da parte contrária em arbitragens *ad hoc*; ou a nomeação de um árbitro ou qualquer outra providência acordada entre as partes para iniciar o procedimento arbitral.

Interessante caso sobre esse assunto foi objeto de pedido de parecer para Selma Ferreira Lemes.²⁷⁶ Nesse caso a demandada pretendia que fosse decretada a caducidade da liminar concedida nos termos do art. 806 do CPC embora a demandante já tivesse entrado com requerimento de demanda arbitral perante a instituição indicada (LEMES, 2003:411). A autora faz uma análise sobre o momento do início do procedimento arbitral e sobre as diversas fases desse e conclui que “o ato de solicitação da propositura de demanda arbitral perante a instituição arbitral eleita pelas partes tem o efeito imediato de constituir a relação

²⁷⁴ Conforme disposto no CPC: “Art. 806. Cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório”.

²⁷⁵ “Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários”.

²⁷⁶ Devido à não identificação das partes no parecer publicado e ao provável segredo de justiça, não foi possível localizar a decisão judicial desse caso. O parecer foi publicado na *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, v. 20, p. 411-423, abr.-jun. 2003, doravante Lemes, 2003.

processual arbitral” (LEMES, 2003:421). Dessa forma, uma vez verificada a propositura da demanda arbitral a medida cautelar concedida não poderá ser cassada por força do disposto no art. 806 do CPC.

Nesse mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais já afirmou que o rigor do art. 806 do CPC não há como ser seguido quando o procedimento cautelar for preparatório à instauração do juízo arbitral. É suficiente que a parte demonstre ao juízo estadual em que tramita a cautelar preparatória a “existência de prova inequívoca pela parte interessada que está promovendo as diligências necessárias para a instauração do juízo arbitral, extrajudicial ou judicialmente (arts. 6.º e 7.º da Lei 9.307/96)”.²⁷⁷

Quanto à possibilidade de alteração da medida concedida, convém lembrar que tanto o art. 807²⁷⁸ como o § 4.º do art. 273²⁷⁹ do CPC permitem a revogação ou modificação da medida cautelar e ou da tutela antecipada a qualquer tempo. Dessa forma, na jurisdição brasileira resta mitigada a discussão sobre a incidência da *res judicata* à decisão que concede medidas de urgência.²⁸⁰ No entanto, resta polêmica a competência para tal revogação. Poderão os árbitros após a constituição do tribunal arbitral revogar as medidas concedidas pelo juiz estadual? Ou esse poder de revogação continuará nas mãos dos juízes mesmo após o início da arbitragem?

O posicionamento da doutrina brasileira está dividido.

Por um lado, Wald (2001:350-351) e Figueira Junior (1999:224) defendem que o poder de revogar ou modificar uma medida urgente concedida pelo Poder Judiciário permanece de sua competência exclusiva, não sendo afetada com a posterior instituição do tribunal arbitral.

Wald discorda do posicionamento de que após a instituição da arbitragem os autos deveriam ser remetidos ao tribunal arbitral para que os árbitros examinem a medida e afirma que, caso a parte interessada queira, ela pode enviar cópias das peças da ação

²⁷⁷ TJMG, Agravo de Instrumento 1.0480.06.083392-2/0001, rel. Des. Domingos Coelho, julgado 14.02.2007.

²⁷⁸ “Art. 807. As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas.”

²⁷⁹ “Art. 273. (...)”

§ 4.º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.”

²⁸⁰ Para maiores informações sobre as discussões no âmbito internacional, vide os anais da Conferência de Berlin da International Law Association (ILA), comitê sobre arbitragem comercial internacional, *Interim Report: Res Judicata and Arbitration*, disponível em: [www. http://www.ila-hq.org/html/layout_committee.htm](http://www.ila-hq.org/html/layout_committee.htm), último acesso em 11 jan. 2007 às 11h32min.

cautelar para o árbitro. Para ele, caso tal medida não seja mais necessária, caberá ao magistrado, a requerimento do tribunal arbitral, modificar a medida anteriormente concedida (2001:351).

Figueira Junior vai além e não apenas afirma que o árbitro não pode depois modificar a medida concedida pelo Judiciário, mas também fundamenta a sua posição na existência de uma hierarquia entre o Poder Judiciário e juízo arbitral. Nesse sentido, o árbitro não poderia alterar uma decisão do judiciário “porque a soberania das decisões do Poder Judiciário se sobrepõe à instauração posterior de jurisdição paraestatal” (1999:224).

Por outro lado, parece mais coerente o posicionamento dominante na doutrina de que a competência para decidir a medida urgente é de quem detém competência para decidir a questão de fundo. Portanto é possível que o árbitro, após a instituição do tribunal, reexamine a medida urgente concedida pelo Poder Judiciário. Dessa forma, instaurado o tribunal arbitral com competência para decidir a controvérsia, é do tribunal arbitral a competência para conceder ou revogar qualquer medida urgente.

Carmona afirma que uma vez instituída a arbitragem os autos da medida cautelar ou tutela antecipada devem ser encaminhados para os árbitros que poderão manter ou não a medida concedida (1997:88). Ademais ele afirma que não há uma subordinação entre o procedimento arbitral e Judiciário, mas sim uma coordenação entre ambos (1997:89).

Lobo e Ney em estudo sobre o tema da revogação de medida liminar judicial pelo juízo arbitral ressaltam que é do árbitro, que tem poder de julgar a demanda principal, a competência para decidir medidas urgentes, inclusive conceder e revogá-las a qualquer momento (2003:256).

Também nesse sentido, Lemes, após afirmar que é pacífica a possibilidade de propor medida urgente no juízo estadual antes da propositura da constituição do tribunal arbitral, esclarece que “tendo sido constituído o tribunal arbitral, a decisão quanto à pertinência e concessão da medida de urgência é conferida ao tribunal arbitral” (2003:420).

No âmbito internacional esse também é o posicionamento adotado. Por exemplo, Gaillard e Savage afirmam que o recurso ao Judiciário não exclui a possibilidade do árbitro julgar em última instância a matéria e rever as decisões do juízo estatal (1999: 722). Os autores ainda ressaltam que “independentemente da forma que a posição legal que uma das partes é descrita em um julgamento doméstico, um Tribunal Arbitral Internacional tem o

direito de avaliar e examinar esta posição sem aceitar nenhum efeito *res judicata*” (tradução livre²⁸¹) (GAILLARD; SAVAGE, 1999: 722).

Parece coerente o posicionamento majoritário da doutrina, caso contrário possibilitar-se-ia a existência de dois procedimentos paralelos, um que julgue a manutenção ou não da medida urgente, e outro que julgará a demanda principal.

Acompanhando a doutrina dominante verifica-se, por exemplo, a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais no Agravo de Instrumento 1.0480.06.083392-2/0001(1).²⁸² Trata-se de agravo interposto contra decisão do juízo de primeiro grau que determinou a extinção do processo cautelar com base na existência de convenção de arbitragem. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, não apenas afirmou que “a doutrina e a jurisprudência têm admitido o recurso à justiça estatal quando ainda não instituída a arbitragem, dado o caráter urgente da medida”²⁸³ como também afirmou que após o trintídio legal a arbitragem deve ser instaurada e os autos remetidos ao juízo arbitral “para *manutenção ou não* da tutela cautelar concedida”.²⁸⁴ (grifos acrescentados)

Também nesse sentido é a decisão nos embargos de declaração opostos perante medida cautelar em trâmite na Justiça paulista.²⁸⁵ O juiz de primeiro grau, ao deferir liminar preparatória a procedimento arbitral, determinou que sua decisão permanecesse válida “até uma decisão final a ser proferida pelo juízo arbitral”. Após os embargos de declaração, o magistrado esclareceu “a vigência da liminar concedida nestes autos é *ad referendum*, até que o órgão competente [juízo arbitral estrangeiro] para dirimir a controvérsia se manifeste sobre a presente decisão”.

Interessante discussão sobre o assunto foi travada no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.²⁸⁶ Concedida uma medida cautelar preparatória e constituído o tribunal arbitral uma das partes interpôs agravo de instrumento a fim de que fosse reconhecida a perda do objeto da cautelar. Em voto por maioria, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconheceu a competência do tribunal arbitral para julgar a manutenção ou não da

²⁸¹ Original em inglês: “No matter how the legal position of a party is described in a national judgment, an International Arbitral Tribunal enjoys the right to evaluate and examine this position without accepting any *res judicata* effect”.

²⁸² Processo em segredo de justiça, julgado em 14.02.2007 e publicado no *DJ* de 03.03.2007.

²⁸³ Voto do Desembargador Alvimar de Avila e Saldanha da Fonseca, versão disponível *on-line*, p. 4.

²⁸⁴ *Idem*.

²⁸⁵ Trata-se de Medida Cautelar em trâmite no Foro Central da Comarca da capital sob segredo de justiça.

²⁸⁶ TJSP, AI 280.034-4/3-00, rel. Reis Kuntz, julgamento em 27.02.2003.

cautelar, negando provimento ao recurso. Dissentindo da maioria, o Des. Sebastião Carlos Garcia entendeu que a cautelar preparatória de juízo arbitral possui caráter excepcional e deve ser restringida ao período anterior à efetiva instauração da arbitragem²⁸⁷ e reconheceu a extinção do processo cautelar, sem julgamento do mérito, declarando cessados os efeitos da liminar concedida.

Em face do exposto, concluí-se que a jurisprudência sobre o assunto ainda está em fase de consolidação, restando alguns pontos ainda polêmicos e abertos ao debate.

A execução da decisão arbitral que mantenha ou modifique a cautelar concedida pelo Judiciário será discutida abaixo no item 2.2, ao tratar da cooperação entre árbitros e juízes.

1.3 A possibilidade da competência de outros Judiciários ou da existência de acordo sobre procedimento pré-arbitral

Embora não se tenha verificado nenhum caso concreto para citar como exemplo, cabe indagar a possibilidade da solicitação de medidas de urgência em suporte à arbitragem estrangeira em outras jurisdições.

Uma opção seria a solicitação da medida ao Judiciário do local onde a arbitragem está sediada. Tal opção parece adequada uma vez que, ante a ausência de determinação em contrário pelas partes, é a lei do local da sede que rege o procedimento arbitral. A competência de tal Judiciário para conceder ou não a medida depende das leis de cada Estado e foge ao escopo dessa dissertação. Deve-se ressaltar que devido às diferentes legislações sobre a matéria, a disponibilidade de medidas de urgência, natureza dessas medidas, bem como requisitos para a concessão variam em cada jurisdição. Isso possibilita às partes envolvidas em litígios transnacionais uma gama de opções que devem ser analisadas cuidadosamente.

²⁸⁷ “Dai por que, no caso *sub judice*, instituída a arbitragem, a ação cautelar deve ser extinta, sem julgamento do mérito (CPC, art. 267, VII), com a conseqüente cessação *ex nunc* dos efeitos da liminar respectiva, mercê da absorção plena da matéria controvertida pelo juízo arbitral, cujo árbitro respectivo passou a ser competente para decidir, não só o litígio principal, como também eventual necessidade de medidas coercitivas ou cautelares dependentes do procedimento arbitral” (TJSP, AI 280.034-4/3-00, rel. Reis Kuntz, julgamento em 27.02.2003, declaração de voto do Des. Sebastião Carlos Garcia, p. 4).

Contudo, tão importante ou até mais importante do que a mera obtenção da medida urgente é a garantia de sua eficácia. Dessa forma, embora possam existir em determinados casos outras jurisdições competentes para obtenção da medida de urgência, se a medida requerida tiver que ser executada no Brasil, muito provavelmente não seria a melhor estratégia buscar a medida no exterior. Apesar de ter-se demonstrado no capítulo anterior uma evolução no posicionamento da jurisprudência pátria,²⁸⁸ tal procedimento ainda é demasiadamente demorado,²⁸⁹ não sendo o preferível se há possibilidade de requisição da medida diretamente ao Judiciário brasileiro. Deve-se ressaltar que a dificuldade encontrada para dar eficácia às ordens concessivas de medidas de urgência não é exclusividade do Brasil, como bem demonstrado na análise de Veeder sobre diversas jurisdições (2005:270).

Outra questão aparentemente ainda não abordada pelas cortes nacionais é a possibilidade de as partes acordarem em um procedimento pré-arbitral. Desde 1990 a CCI possibilita que as partes recorram a um procedimento cautelar pré-arbitral²⁹⁰ quando haja necessidade de alguma medida urgente antes da constituição do tribunal arbitral. Para tanto, é necessário que as partes façam especial menção ao Regulamento de Procedimento Cautelar Pré-Arbitral na cláusula arbitral. Procedimento similar é colocado à disposição das partes pela AAA.²⁹¹ Esses procedimentos possibilitam às partes recorrer rapidamente a um terceiro habilitado para conceder a medida de caráter urgente (HANOTIAU, 2002:325). A vantagem de adotar um procedimento pré-arbitral, além da rapidez,²⁹² é que o terceiro que o julga não participará da decisão do mérito. Portanto, não se preocupará com a possibilidade de ter que alterar a decisão anteriormente concedida ou pré-julgar o caso liminarmente (HANOTIAU, 2002:326-327).

Uma vez acordado pelas partes o procedimento pré-arbitral a ser adotado no caso de necessidade de medidas urgentes antes da instalação do tribunal arbitral definitivo, tal procedimento deve ter prioridade ao judicial (FIGUEIRA JUNIOR, 1999:225).

²⁸⁸ Vide *supra* Capítulo VI, especialmente item 4, p. 78.

²⁸⁹ Deve-se ressaltar que, com a preocupação de melhor atender os pedidos de cooperação jurídica internacional, o art. 4.º, § 3.º, da Resolução 9/2005, do STJ, permite a concessão de urgência na tramitação dos pedidos de CR e SE.

²⁹⁰ Regulamento de Procedimento Cautelar Pré-Arbitral, versão em português disponível em: www.cbar.org.br, acesso em 30 dez. 2006, às 14h28min.

²⁹¹ Disponível como regras opcionais para medidas de proteção emergenciais (tradução livre de *Optional Rules for Emergency Measures of Protection*), disponível em: <http://www.adr.org/sp.asp?id=22440#R34>, último acesso em 30 dez. 2007, às 15h06min.

²⁹² Vide Hanotiau (2002:326) para uma demonstração da duração desses procedimentos na CCI.

Como bem ressalta Schwartz, o cumprimento das determinações do procedimento pré-arbitral depende da boa vontade das partes (1993:64) e pode ser problemático se a decisão não tiver forma de sentença arbitral²⁹³ (1993:65).

No âmbito das arbitragens domésticas, não haveria grande dificuldade em ver cumprida a decisão do tribunal pré-arbitral uma vez que o terceiro ou o referido árbitro poderia, a qualquer momento, solicitar auxílio do Judiciário no cumprimento da decisão, conforme disposto no art. 22, § 4.º, da Lei de Arbitragem. Por outro lado, caso esse procedimento pré-arbitral seja realizado no exterior, sendo lá proferida a decisão da tutela urgente, qual seria a forma de cumprimento da referida decisão na jurisdição brasileira?

Para efeitos de execução no Brasil a decisão de procedimento pré-arbitral sobre a concessão de uma medida urgente equipara-se à decisão do árbitro sobre esse tópico e será discutida no próximo item.

Dessa forma, passa-se a discutir as medidas urgentes após a instauração do tribunal arbitral e, principalmente, a força executória de uma decisão, nesse sentido, proferida em uma arbitragem estrangeira segundo a lei brasileira.

2 As medidas urgentes após a instauração do tribunal arbitral

Caso seja necessária uma medida urgente no curso da arbitragem, quando o tribunal já está devidamente instaurado, questiona-se quem detém a competência para conceder tal medida e, especialmente, quem detém competência para executá-la.

Antes da Lei de Arbitragem, o art. 1.086 do CPC, ao dispor sobre o procedimento arbitral, determinava que ao árbitro era defeso decretar medidas cautelares.²⁹⁴ Carmona entendia que tal dispositivo visava apenas proibir a execução das medidas cautelares e não a concessão (2004:263). No entanto, tal visão não era pacífica.

Com o advento da Lei de Arbitragem o referido artigo do CPC foi revogado, restando a matéria regradada pelo art. 22, § 4.º, da nova lei, que dispõe:

²⁹³ Tradução livre de *arbitral award*.

²⁹⁴ “Art. 1.086. O juízo arbitral pode tomar depoimento das partes, ouvir testemunhas e ordenar a realização de perícia. Mas lhe é defeso:

I – empregar medidas coercitivas, quer contra as partes, quer contra terceiros;

II – *decretar medidas cautelares*.” (grifos acrescentados)

§ 4.º Ressalvado o disposto no § 2.º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originalmente, competente para julgar a causa.

A nova lei permitiu que a discussão continuasse adotando uma redação que ficou, nas palavras de um dos autores da lei, “em cima do muro” (CARMONA, 2002:119).²⁹⁵ Também nesse sentido, Martins afirma que a comissão relatora da nova lei adotou uma postura conservadora, evitando qualquer obstáculo na tramitação do projeto (1999:357). Havia quem defendesse que o árbitro deveria solicitar ao juiz e que esse decidiria sobre o mérito da concessão da medida de urgência.²⁹⁶ E, de outro lado, quem entendesse que o dispositivo dava competência ao árbitro para conceder tais medidas e, apenas no caso de descumprimento e necessidade de medidas coercitivas, poderia solicitar ao juiz.²⁹⁷

O último entendimento predominou na doutrina. Nesse sentido, Carmona, considerando que a intenção da medida cautelar é garantir que o processo obtenha um resultado útil, afirma que se deve “conceder ao órgão julgador que proferirá a decisão sobre a demanda principal a competência para detectar a necessidade ou não de tutela cautelar” (2004:266). Cretella Neto afirma ser inadmissível que o árbitro não possua poder geral de cautela, uma vez que a lei o equipara ao juiz estatal para julgar a demanda principal, seria natural que também o autorizasse a ordenar medidas urgentes (2004:138). Para Martins é o árbitro que tem o dever e o direito de determinar remédios cautelares e lhe denegar tal direito com base na ausência de poder coercitivo aos árbitros seria o mesmo que lhe negar a competência de proferir a decisão final (1999:364). Bermudes constata que não faria sentido os árbitros poderem proferir uma sentença com os mesmos efeitos de uma sentença judicial, sem que pudessem determinar providências assecuratórias dessas medidas (2002:280). Por sua vez, Wald afirma que o julgamento sobre a conveniência e necessidade de uma medida cautelar “cabe somente aos árbitros, por serem eles os juízes da causa, designados pelas partes para conhecer do mérito do litígio” (2001:351).

Apesar da posição dominante da doutrina pátria ser no sentido de afirmar a competência dos árbitros para concessão de medidas urgentes, deve-se ressaltar que a competência dos árbitros é delimitada pela convenção arbitral firmada entre as partes

²⁹⁵ Conforme esclarece Carmona, tal redação tem de ser explicada politicamente levando-se em consideração o momento de aprovação do anteprojeto (2002: 119-20).

²⁹⁶ Por exemplo, Strenger (1998:131).

²⁹⁷ Nesse sentido, Carmona (2004:266); Cretella Neto (2004:138); Bermudes (2002:280); entre outros.

(MAGALHÃES, 2005:12). Como bem lembra Carmona, as partes podem, consensualmente, excluir os poderes dos árbitros de conceder medidas urgentes (2004:268). Contudo, não parece correta a posição minoritária de Pinheiro Carneiro no sentido de que os árbitros só teriam poderes para conceder medidas cautelares se expressamente autorizados pelas partes (1999:310-311). A regra geral é de que quem detém competência para julgar a demanda principal também pode conceder medidas cautelares necessárias para assegurar o resultado final do processo e a sua decisão futura. Assim, correto parece ser o posicionamento dominante²⁹⁸ que entende terem os árbitros poder de conceder medidas cautelares, a menos que as partes tenham expressamente convencionado o contrário.

Ademais, embora apenas algumas partes tomem o cuidado de prever na própria cláusula arbitral disposições sobre eventual necessidade de medidas cautelares, inclusive indicando Tribunal Estadual competente para quaisquer medidas necessárias antes da instituição de tribunal arbitral, a maioria dos regulamentos arbitrais contém regras sobre medidas de urgência. Uma vez escolhido pelas partes, estes regulamentos também delimitam a atuação dos árbitros. Muitos desses regulamentos prevêm a competência concorrente ao tribunal arbitral e do Poder Judiciário mesmo após a constituição do tribunal arbitral, justamente devido à dificuldade de execução de algumas medidas proferidas pelo árbitro, especialmente no âmbito internacional.

Nesse ponto é preciso fazer uma distinção entre as tutelas cautelares e antecipatórias. Embora a competência do árbitro para concessão de medidas cautelares seja, em geral, aceita, a competência para concessão de antecipação da tutela ainda é controvertida. A posição na doutrina está dividida. Por um lado, há quem defenda a competência dos árbitros para concessão de tais medidas como decorrência dos poderes jurisdicionais conferidos pelas partes, sem que seja necessária a distinção entre os poderes cautelares e antecipatórios (BENETI, 2006:104; CARMONA, 2004:270). Por outro, há quem adote uma posição mais restritiva em relação à tutela antecipada, não a incluindo no poder cautelar conferido aos árbitros (MAGALHÃES, 2005:14). Magalhães ressalta que a competência dos juízes para concessão de tutela antecipada foi deferida por lei própria, que alterou o CPC, e distingue-se da tutela cautelar. Antes dessa reforma legislativa, os juízes

²⁹⁸ Carmona, por exemplo, insiste nesse ponto reafirmando “se as partes concederem poderes ao árbitro para resolver suas pendências acerca de um determinado contrato, (...) estes poderes também envolvem os decorrentes da tutela cautelar” (2004:266-267).

eram defesos de antecipar a tutela (2005:13). Soma-se a isso o fato de que o CPC não se aplica ao procedimento arbitral, que é regido por regras próprias. Ademais, a nova lei de arbitragem excluiu a aplicação supletiva do CPC, conferindo ao tribunal arbitral²⁹⁹ o poder de estipular o procedimento ante a omissão das partes em fazê-lo (MAGALHÃES, 2005:16-17). Dessa forma, Magalhães conclui que nada dispondo as partes sobre a competência do tribunal para conceder tutelas antecipadas, cabe ao juízo arbitral decidir sua própria competência (2005:18). Embora no âmbito interno haja uma fungibilidade entre as tutelas cautelares e antecipatórias, verifica-se no meio arbitral estrangeiro um grande cuidado para concessão de medidas de urgência como um todo e, em especial, aquelas que permitem qualquer julgamento preliminar da lide. Além disso, a concessão de tutelas antecipadas coloca o árbitro em uma situação delicada caso posteriormente seja necessário reverter a ordem concedida, além de eventual responsabilidade do árbitro. Justamente para evitar tais situações instituições renomadas como a CCI criaram procedimentos pré-arbitrais a serem julgados por um terceiro que não fará parte do tribunal arbitral.

Por fim, deve-se ressaltar a distinção entre a competência para concessão ou decretação das medidas cautelares da competência para efetivação de tais medidas. Tal distinção é de suma importância, pois é justamente o fato de os árbitros não terem poder de coerção que possibilitou a discussão sobre a competência dos árbitros para decretação de medidas de urgência. Com a promulgação da Lei de Arbitragem, tornou-se clara essa distinção podendo-se afirmar que os árbitros têm competência para decretar medidas de urgência, contudo, não podem usar meios coercitivos para tornar suas decisões a esse respeito efetivas. Ao comentar o art. 22, § 4.º, da Lei, Cretella Neto afirma que o árbitro é dotado de *iurisdictio*, mas não de *imperium* (2004:137). Resta claro que quem decide sobre a concessão ou não da medida urgente é o árbitro. No entanto, se necessária a adoção de medida coercitiva para sua efetivação, o árbitro deve solicitar o auxílio do Judiciário. Segundo Bermudes, a lei é peremptória ao proibir a execução de medidas coercitivas pelos árbitros, não porém o poder desses em decretá-las (2002:279). No mesmo sentido, ao tratar sobre o tema Wald afirma que “por lhes [aos árbitros] faltar o poder de *imperium*, reservado ao Judiciário, diante da resistência de uma das partes em cumprir a determinação do tribunal arbitral, ou único árbitro, estes poderão se dirigir ao juiz (...)” (2001:351).

²⁹⁹ Lei de Arbitragem, art. 21, § 1.º: “Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo”.

Apesar de os árbitros não terem poder de império, verifica-se um alto índice de cumprimento voluntário de suas decisões.³⁰⁰ No entanto, é necessário analisar como se dá o cumprimento das decisões arbitrais sobre medidas de urgência nos casos em que seja necessária a intervenção do Judiciário para garantir o cumprimento da medida. Especial enfoque será dado às medidas proferidas em arbitragens estrangeiras. Para tanto, serão abordadas a natureza e a forma dessa decisão, como se realiza a cooperação entre os árbitros e os juízes e apontadas as principais dificuldades encontradas na execução das medidas proferidas em arbitragens estrangeiras.

2.1 A natureza da decisão arbitral que concede a medida urgente e os meios de cooperação entre o árbitro e o juiz

Em geral, as medidas urgentes no juízo arbitral são concedidas em decorrência de pedido incidental e possuem natureza liminar, sendo caracterizadas pela provisoriedade típica da medida. Tais medidas podem ser acautelatórias ou mesmo antecipatórias da tutela final, mas estão sempre marcadas pela temporariedade, sujeitas à reconsideração a qualquer momento. Tal é o caso não apenas das decisões arbitrais que concedem uma medida de urgência, mas também das decisões em procedimentos pré-arbitrais e eventuais reformas pelos árbitros da decisão dessa natureza concedida pelo órgão do Judiciário antes da instauração do tribunal arbitral.

Dessa forma, constatada a natureza provisória da medida, indaga-se a forma que essa decisão se reveste. Seria tal decisão arbitral equiparada à sentença ou laudo arbitral? Caso isso seja possível, seria tal sentença uma sentença parcial? Ou a decisão em uma medida urgente seria uma decisão interlocutória ou um mero despacho?

Independente da forma da decisão, em uma arbitragem doméstica, o árbitro pode solicitar o auxílio do Judiciário para cumprimento com base no art. 22, § 4.º, da Lei de Arbitragem. No entanto, no âmbito internacional, devido aos obstáculos existentes à execução, tal discussão se torna relevante.

O regulamento da CCI determina que a decisão que concede uma medida urgente pode adotar tanto a forma de despacho devidamente fundamentado, ou, “se necessário, e se

³⁰⁰ Vide *supra* nota 247.

o Tribunal Arbitral entender adequado” a forma de uma sentença arbitral.³⁰¹ A forma de sentença pode ter suas vantagens na execução, no entanto, está sujeita às mesmas condições das decisões terminativas. Por exemplo, se a arbitragem estiver sujeita ao regulamento da CCI, é preciso que tal decisão passe pelo exame prévio da Corte conforme disposto no art. 27 do regulamento.³⁰²

Contudo, independente da forma ou nome dado à decisão sobre medidas urgentes pelo tribunal arbitral é o juízo em que se busca a execução que irá qualificar essa decisão de acordo com o ordenamento interno e determinar se a medida é passível de execução. O art. 32, V, da Lei de Arbitragem brasileira dispõe que é nula a sentença que não decidir todo o litígio submetido à arbitragem. Tal fato dificultaria que uma decisão provisória, proferida em sede de medida de urgência, fosse qualificada como sentença arbitral pelo ordenamento interno.

Quanto ao meio pelo qual se dá a cooperação entre o árbitro e o juiz ressalta-se que o art. 22 § 4.º, da Lei de Arbitragem apenas indica que, havendo necessidade de medidas coercitivas, o árbitro deverá “solicitar” ao órgão do Poder Judiciário originalmente competente. Questiona-se qual é o juízo competente, qual a forma dessa solicitação e, principalmente, como se dá a cooperação em se tratando de uma arbitragem estrangeira.

Um primeiro ponto que possibilita uma discussão é a determinação expressa no § 4.º do art. 22 da Lei de Arbitragem de que o árbitro deve solicitar auxílio para o cumprimento da medida coercitiva ao “órgão do Poder Judiciário que seria, originalmente, competente para julgar a causa”. Tal redação não parece ser a mais adequada pois, muitas vezes, o juízo competente para julgar a causa não o será para dar efetividade à medida requerida, exigindo que esse juiz originalmente competente tenha que valer-se de carta

³⁰¹ Tradução oficial para o português brasileiro disponível no *site* da CCI:

“Art. 23 – Medidas cautelares e provisórias

1. A menos que tenha sido convencionado de outra forma pelas partes, o Tribunal Arbitral poderá, tão logo esteja de posse dos autos, e a pedido de uma das partes, ordenar a execução de qualquer medida cautelar ou provisória que julgar apropriada. O Tribunal Arbitral poderá subordinar tal medida à apresentação de garantias pela parte solicitante. *A medida que for adotada tomará a forma de despacho devidamente fundamentado, ou, se necessário, e se o Tribunal Arbitral entender adequado, sob a forma de um laudo.*” (grifos acrescentados)

³⁰² “Art. 27 – Exame prévio do laudo pela Corte

Antes de assinar qualquer laudo, o Tribunal Arbitral deverá apresentá-lo sob a forma de minuta à Corte. A Corte poderá prescrever modificações quanto aos aspectos formais do laudo e, sem afetar a liberdade de decisão do Tribunal Arbitral, também poderá chamar a atenção para pontos relacionados com o mérito da controvérsia. Nenhum laudo poderá ser proferido pelo Tribunal Arbitral antes de ter sido aprovado quanto à sua forma pela Corte.”

precatória (ou até rogatória) para dar efetividade ao pedido do árbitro ou tribunal arbitral. Cretella Neto critica a redação da nova lei e sugere como alternativa que fosse competente a “vara situada na mesma Comarca onde se desenvolve a arbitragem” (2004:137). Tal proposta também não parece solucionar de vez o problema, ainda delimitando demasiadamente o órgão ao qual o árbitro poderia se dirigir e permitindo, da mesma forma que a atual redação, a necessidade de cumprimento de diligência em comarca distinta daquela à qual o árbitro dirige sua solicitação. Melhor seria que o árbitro pudesse solicitar a cooperação diretamente do órgão do Poder Judiciário com autoridade de cumprir a diligência solicitada.

A forma que se dá a cooperação também é discutida, embora atualmente a questão formal tenha sido minimizada. Para Beneti a cooperação entre o juízo arbitral e o Poder Judiciário se fará da mesma forma como nas cartas precatórias e rogatórias e o instrumento a ser utilizado é um ofício de requisição instruído com os documentos necessários (2006:105). Carmona entende que um mero ofício é suficiente (2004:267). Figueira Junior também entende que o árbitro deverá officiar ao Poder Judiciário (1999:223). Bermudes deixa claro que essa solicitação pelo tribunal arbitral não se trata de uma ação cautelar incidental, muito menos gera a necessidade de citação das partes, mas independente da nomenclatura utilizada de um requerimento, solicitação ou depreciação de cooperação entre juízos diferentes, similares às cartas precatórias, rogatórias e de ordem (2002:280-281).

Assim, em uma arbitragem doméstica, o árbitro deve solicitar o cumprimento da medida urgente diretamente ao juiz competente e essa solicitação deverá ser atendida nos termos do art. 22, § 4.º, da Lei de Arbitragem, independentemente, da forma que a requisição for feita, desde que essa solicitação contenha os instrumentos necessários para que o juiz determine o cumprimento da medida. Carmona entende que juntamente com o ofício solicitando cooperação para cumprimento da medida o árbitro deve encaminhar cópia da convenção arbitral, para que o juiz possa aferir a competência do tribunal arbitral, e demais documentos que permitam ao juiz avaliar formalmente se a solicitação preenche os requisitos (2004:267). Contudo, questiona-se a possibilidade de um árbitro em uma arbitragem estrangeira utilizar-se desse meio de cooperação direta com o órgão do Poder Judiciário competente.

2.2 As dificuldades encontradas na execução das medidas urgentes proferidas em arbitragens estrangeiras

É duvidosa a aplicação do art. 22, § 4.º, da Lei de Arbitragem para arbitragens estrangeiras. Na maioria dos casos, a lei aplicável para determinação da capacidade dos árbitros de concederem uma medida de urgência será a lei de arbitragem empregada no procedimento arbitral que, em regra, é a lei da sede da arbitragem (BORN, 2001:922 e 926). Um árbitro raramente emitirá uma ordem de medida urgente se a lei aplicável ao procedimento arbitral não lhe permitir. No entanto, caso essa ordem tenha que produzir efeitos fora da jurisdição da sede do tribunal arbitral, o árbitro certamente levará em consideração a lei do local onde se buscará a execução (BORN, 2001:922).

Embora os remédios de urgências devessem estar à disposição das partes de maneira rápida e eficaz, medidas adotadas em outros países não produzem no Brasil os mesmos efeitos que aquelas proferidas dentro dos limites da jurisdição pátria. Dessa forma, questiona-se a possibilidade de um árbitro, em uma arbitragem estrangeira para efeitos da lei brasileira, valer-se do disposto no art. 22, § 4.º, e solicitar diretamente ao órgão do Poder Judiciário competente a execução da medida.

Martins destaca a existência de um complicador de ordem prática no momento da execução de uma medida cautelar adotada por juízo arbitral no exterior (1999:376) e afirma que “para que sejam cumpridas ou executadas, no Brasil, as decisões prolatadas fora do território nacional, por juízo competente, deverão passar pelo procedimento de obtenção do *exequatur*” (1999:377). Também nesse sentido destaca Araujo que havendo a necessidade de cumprir no país medida cautelar concedida em arbitragem realizada no estrangeiro, a efetivação dessa medida depende da *lex fori*, sendo necessária a tramitação via rogatória (2004:430).

O posicionamento da doutrina equipara a decisão que concede uma medida urgente em arbitragem estrangeira à sentença arbitral estrangeira, que está sujeita ao crivo do STJ conforme disposto no art. 35 da Lei de Arbitragem.³⁰³ Assim, a medida de urgência proferida em arbitragem estrangeira também teria que receber o *exequatur* do STJ para

³⁰³ “Art. 35. Para ser reconhecida e executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal.” Com a Emenda Constitucional 45/2005 essa competência foi transferida para o STJ.

poder obter eficácia no território nacional. Ou seja, retoma-se a discussão realizada no capítulo anterior sobre a possibilidade de concessão de *exequatur* às medidas de natureza executória.

Ciente do posicionamento adotado pela jurisprudência do STF, que denegava o cumpra-se às medidas de natureza executória, e ressaltando que na maioria das vezes a cautelar é concedida liminarmente pelo tribunal arbitral estrangeiro, Martins afirma que surgiria um impasse na efetivação da medida no território nacional (1999:377-379). No mesmo sentido, Araujo afirma que embora não haja proibição legal, o STF entende não ser possível a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias executórias (2004:431). Conforme restou demonstrado no capítulo anterior, essa jurisprudência do STF vem sendo relativizada com a transferência da competência para o STJ e atualmente talvez seja possível a concessão do *exequatur* a tal medida. No entanto, resta claro que caso um tribunal arbitral estrangeiro necessite da cooperação do Judiciário brasileiro, se esta for a postura adotada, tal cooperação pode requerer tempo incompatível com o procedimento arbitral.

Uma medida de urgência concedida em um procedimento pré-arbitral estrangeiro estaria sujeito às mesmas dificuldades acima expostas. Uma decisão arbitral estrangeira que revogue ou altere medida urgente concedida anteriormente pelo Judiciário brasileiro provavelmente encontrará algumas barreiras a mais do que as supramencionadas para sua execução em território nacional. Mesmo em uma arbitragem doméstica, será possível que se encontre resistência do Judiciário para o cumprimento de ordem diversa da sua, muito embora já se tenha consagrado na doutrina que o juiz não deve reanalisar a ordem concedida pelo tribunal arbitral, mas apenas fazer um juízo de delibação formal.³⁰⁴ Em uma arbitragem estrangeira, o pedido de cooperação muito provavelmente terá de ser analisado pelo STJ para que possua eficácia no território nacional. Questiona-se a possibilidade de o STJ entender que há ofensa à soberania nacional ou à ordem pública na execução de medida contrária àquela prolatada pelo Judiciário brasileiro. Para evitar maiores empecilhos ao cumprimento de sua ordem, o árbitro deve fundamentar seu pedido de cooperação, principalmente se a revogação de medida se deu pela existência de fato novo que não foi levado ao conhecimento do Judiciário. Por outro lado, mesmo que não haja fato novo mas apenas entendimento diferente entre o tribunal arbitral e o juiz togado,

³⁰⁴ Vide discussão *infra* p. 117-118.

deve-se dar preferência ao entendimento do tribunal arbitral, uma vez que esse detém competência para julgar a lide.

Sobre a execução de medidas urgentes concedidas por tribunais arbitrais estrangeiros cabe ressaltar o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul.³⁰⁵ Esse acordo dispõe sobre a competência para concessão de medidas urgentes e a cooperação entre os árbitros e os juízes para o cumprimento de tais medidas.³⁰⁶ Contudo, a solução encontrada parece deveras burocrática e incompatível com a celeridade exigida pelas medidas urgentes. Dispõe o § 4.º do art. 19:

§ 4.º As solicitações de cooperação cautelar internacional editadas pelo tribunal arbitral de uma Parte Signatária serão *remetidas ao juiz da Parte Signatária sede do tribunal arbitral para que este juiz a transmita para seu diligenciamento ao juiz competente do Estado requerido*, pelas vias previstas no Protocolo de Medidas Cautelares do Mercosul, aprovado por Decisão do Conselho do Mercado Comum 27/94. (grifos acrescentados)

Conforme se verifica, o árbitro terá que requerer o cumprimento da diligência ao juiz da sede do tribunal arbitral para que, então, o juiz local requeira a cooperação da autoridade judiciária estrangeira, nos termos do Protocolo de Medidas Cautelares do Mercosul,³⁰⁷ ou seja, por carta rogatória via autoridade central. Essa solução é ainda pior

³⁰⁵ Promulgada pelo Decreto Legislativo 483, de 28.11.2001, e posteriormente complementada pelo Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul, Bolívia e Chile, também promulgado pelo Decreto Legislativo 483, ambos disponíveis em: <http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJE8F1423DITEMIDFB580559413E4D7BAA875E9CD20AFB7BPTBRIE.htm>, último acesso em 06 dez. 2007, às 06h50min.

³⁰⁶ “Art. 19. Medidas cautelares

“As medidas cautelares poderão ser dadas pelo tribunal arbitral ou pela autoridade judicial competente. A solicitação dirigida por qualquer das partes a uma autoridade judicial não se considerará incompatível com a convenção arbitral, nem implicará renúncia à arbitragem.

1. A qualquer momento do processo, por petição da parte o tribunal arbitral poderá dispor, por conta própria, as medidas cautelares que estime pertinentes, resolvendo, se for o caso, sobre a contracautela.
2. Estas medidas, quando forem dadas pelo tribunal arbitral, serão instrumentalizadas por meio de um laudo provisional ou interlocutório.
3. O tribunal arbitral poderá solicitar, de ofício ou por petição da parte, à autoridade judicial competente a adoção de uma medida cautelar.
4. As solicitações de cooperação cautelar internacional editadas pelo tribunal arbitral de uma Parte Signatária serão remetidas ao juiz da Parte Signatária sede do tribunal arbitral para que este juiz a transmita para seu diligenciamento ao juiz competente do Estado requerido, pelas vias previstas no Protocolo de Medidas Cautelares do Mercosul, aprovado por Decisão do Conselho do Mercado Comum 27/94. Neste caso, os Estados poderão declarar no momento de ratificar este Acordo, ou posteriormente, que, quando seja necessária a execução dessas medidas em outra Parte Signatária, o tribunal arbitral poderá solicitar o auxílio da autoridade judicial competente da Parte Signatária em que se deva executar a medida, por intermédio das respectivas autoridades centrais ou, se for o caso, das autoridades encarregadas do diligenciamento da cooperação jurisdicional internacional.”

³⁰⁷ Para maiores informações sobre o Protocolo de Medidas Cautelares do Mercosul vide *infra* p. 74-75.

do que um entendimento que, no mesmo sentido das sentenças arbitrais estrangeiras, as decisões concessivas de medidas urgentes estariam sujeitas à prévia delibação pelo STJ. O que se verifica no Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul equipara-se ao procedimento de dupla homologação dos laudos arbitrais estrangeiros tão criticado antes da promulgação da nova Lei de Arbitragem. Muito embora, no caso, não se esteja requerendo a homologação do juiz da sede do local da arbitragem, exige-se que o encaminhamento da ordem arbitral seja feito por meio desse.

2.3 A extensão da competência dos juízes na cooperação com o procedimento arbitral

Conforme restou demonstrado, ante a ausência de poderes coercitivos dos árbitros, faz-se necessária a cooperação entre estes e os juízes para o bom andamento do procedimento arbitral e, principalmente, para assegurar a eficácia de futura sentença arbitral. No tocante à cooperação entre os juízes e os árbitros, dois questionamentos podem ser feitos. O primeiro é qual o grau de apreciação dos juízes às decisões dos árbitros. Poderão eles reanalisar o mérito, os requisitos, a legalidade da medida ou simplesmente determinar o cumprimento dessa? O segundo questionamento é se, mesmo após a instituição do tribunal arbitral, os juízes poderiam conceder medidas de urgência caso fossem procurados pelas partes.

O posicionamento dominante da doutrina pátria é que o juiz não tem competência para analisar o mérito da medida, nem alterá-la ou modificá-la. Contudo, costuma-se aceitar que o juiz verifique se não há ofensa à ordem pública, se o tribunal arbitral é devidamente competente e se as formalidades essenciais do ato foram cumpridas.

Martins, após ressaltar que o juiz togado não pode “modificar ou alterar o remédio concedido pelo árbitro”, esclarece que o juiz é incompetente para tanto e que tal ato seria contrário à Lei de Arbitragem uma vez que o art. 18 da lei “veda a revisão, pelo Judiciário, das determinações impostas pelos árbitros” (1999:365).

Também nesse sentido é a posição de Carmona (2003:120-122 e 2004:267-268). Para esse autor, o juiz deverá verificar a regularidade da convenção arbitral e avaliar se a solicitação preenche os requisitos para cumprimento. Embora o autor ressalte a

necessidade de cooperação entre o juiz e o árbitro, ele reconhece que o juiz não agirá “como um verdadeiro autômato no cumprimento das decisões dos árbitros” (CARMONA, 2004:267). Assim, ao atender as solicitações dos árbitros, o juiz deve tomar as mesmas cautelas que toma para o cumprimento de uma carta precatória expedida por outro juiz, de acordo com o art. 209 do CPC. O juiz togado fará apenas um juízo de delibação (CARMONA, 2003:120).

Para Wald, o julgamento sobre a necessidade e oportunidade da medida cabe ao árbitro, pois é o tribunal arbitral o único competente, devendo o juiz atender a solicitação que lhe for feita, salvo se contrária à ordem pública (2001:351).

Figueira Junior afirma não haver poder discricionário do juiz ao determinar o cumprimento de tutela de urgência concedida em sede arbitral e ressalta que “limitar-se-á o magistrado a executar coercitivamente, através da utilização de seu poder de império, a medida deferida pelo árbitro” (1999:223). Para este autor, o único motivo para denegação do cumprimento da solicitação do árbitro seria a violação da ordem pública (1999:223). Ele ainda vai além e afirma que, por se tratar de uma decisão que se equipara à sentença arbitral, não caberá qualquer tipo de impugnação ao poder judiciário, “ressalvada a possibilidade de propositura de ação anulatória pelas mesmas razões ensejadoras da anulação da sentença final” (1999:223).

Quanto ao cabimento de ação de anulação nos termos do art. 33 da Lei de Arbitragem ao Poder Judiciário, a postura de Figueira Junior aparenta ser inovadora na doutrina nacional. Apesar disso, tal posição parece coerente. Se o Judiciário é capaz de executar, inclusive por meios coercitivos, este também deve ser competente para decretar eventual nulidade da referida decisão, nos casos previstos na lei.

Outra questão controvertida é a possibilidade de os juízes concederem medidas urgentes mesmo após a constituição do tribunal arbitral. Por um lado, uma vez constituído o tribunal arbitral esse detém plena competência para conceder tais medidas, devendo o Judiciário abster-se de qualquer interferência na competência do tribunal arbitral. Por outro lado, tendo em vista a ausência de poderes coercitivos pelos árbitros, a necessidade de requisição ao Judiciário para cumprimento da medida e as dificuldades para execução, questiona-se a possibilidade de as partes recorrerem diretamente ao Judiciário, especialmente porque muitas vezes a medida urgente não pode esperar.

Martins entende que a parte não poderá solicitar medida ao juiz togado sem antes requerer tal medida ao juízo arbitral (1999:363). Para ele, somente o árbitro poderia solicitar a medida coercitiva ao juiz togado nos termos da Lei de Arbitragem e que o próprio interessado só poderia recorrer ao Judiciário “munido de determinação escrita do juízo arbitral” (MARTINS, 1999:363).

Também nesse sentido é a posição de Figueira Junior que afirma que uma vez instaurado o tribunal arbitral, “inexiste a possibilidade jurídica do interessado dirigir qualquer desses requerimentos ao juiz togado” (1999:222).

Tal postura, embora coerente, parece um pouco exacerbada tendo em vista que se tratam de medidas urgentes e que, em determinadas situações, a parte pode ser prejudicada se tiver que esperar a decisão do árbitro e posterior solicitação de execução da medida pelo juiz togado. Como demonstrado no item anterior, em que pese a redação do art. 22, § 4.º, da Lei de Arbitragem, em certos casos ainda existem barreiras à execução de uma medida urgente concedida por um tribunal arbitral, especialmente se esse é estrangeiro. Dessa forma, questiona-se a conveniência de manter a competência do Judiciário mesmo após a constituição do tribunal arbitral ao menos para determinadas circunstâncias.

Nesse sentido, Cretella Neto afirma que dada a urgência da situação, uma das partes poderá “não aguardar o árbitro e acionar diretamente o Poder Judiciário, sem que isso caracterize a sua renúncia à arbitragem” (2004:139).

Correto parece ser o posicionamento de Beneti sobre o assunto (2006:106). O autor denomina esse procedimento de “medida cautelar extra-arbitral incidental ao processo arbitral” e afirma que, em princípio, tais medidas devem ser negadas, preservando a jurisdição do tribunal arbitral já instaurado. Contudo, Beneti reconhece a existência de situações cautelares de extrema urgência, “para as quais é impossível a invocação da atividade arbitral” e diante da qual o Judiciário deveria intervir garantindo o acesso à justiça (2006:106).

Embora antes da decisão do STF sobre a constitucionalidade da Lei de Arbitragem, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo teve oportunidade de se manifestar sobre o

tema.³⁰⁸ A ementa desse caso é clara no sentido de permitir a tutela cautelar após a instauração de juízo arbitral no exterior:

Juízo arbitral instaurado no exterior por força de cláusula contratual pactuada pelas partes para julgar a lide, cujo objeto é o mesmo da cautelar, por *si não impede a apreciação da matéria* pelo Poder Judiciário em face do disposto no art. 5.º, XXXV, da CF (...). (grifos acrescentados)

Verifica-se que o fundamento dessa decisão tem como base a impossibilidade de as partes afastarem do Judiciário lesão ou ameaça de direito, que é uma garantia constitucional. Contudo, após essa decisão, o STF decidiu que o pacto entre as partes para dirimir controvérsias em juízo arbitral é válido e não afronta as garantias constitucionais. Em comentário à referida decisão, Armelin critica a posição do tribunal paulistano afirmando que se deve dar “prevalência da jurisdição arbitral quanto à iniciativa para concessão de medidas cautelares, na pendência de juízo arbitral” (2004:219). Apesar de tal posicionamento, Armelin reconhece que a tutela cautelar é uma tutela de urgência e devido a dificuldades na comunicação entre os juízes e os árbitros, especialmente árbitros estrangeiros, pode gerar situações de emergência em que a jurisdição estatal tenha que atuar (2004:219-220).

Nesse mesmo sentido, o art. 23(2) do regulamento da CCI, que permite às partes recorrerem ao Poder Judiciário havendo necessidades de medidas urgentes antes da constituição do tribunal arbitral ou, em determinadas circunstâncias, mesmo após o tribunal estar constituído. Ademais, o regulamento ressalta que o recurso ao Judiciário não implica em renúncia à convenção arbitral, mas impõe à parte o dever de informar o tribunal arbitral de tal requisição.

3 Considerações sobre o estudo realizado

Verifica-se, no âmbito arbitral, um posicionamento favorável do Judiciário brasileiro na cooperação com a arbitragem em geral, tanto doméstica como estrangeira, e em especial na concessão e/ou execução de medidas de urgência em suporte à arbitragem.

³⁰⁸ Agravo de Instrumento 89.522-4/8, julgado em 02.09.1998.

Contudo, devido à novidade do tema, diversas questões ainda estão abertas, necessitando maiores discussões e decisões pretorianas para que se uniformize a jurisprudência.

Os seguintes pontos já foram definidos pela doutrina e/ou jurisprudência:

- O Judiciário brasileiro tem competência para conceder medidas urgentes preparatórias à arbitragem.
- O trintídio legal é satisfeito com a iniciativa da parte em instaurar o tribunal arbitral.
- Admite-se a competência do árbitro para concessão de medidas cautelares.
- A cooperação entre os árbitros, em arbitragem doméstica, e juízes para cumprimento de medidas urgentes é feita por simples solicitação, sem maiores formalidades.
- O pedido de cooperação do árbitro ao juiz deve ser cumprido sem revisão do mérito da decisão arbitral.

Os seguintes pontos ainda estão abertos para maiores discussões:

- Competência do Judiciário para medidas urgentes durante a arbitragem.
- Competência de outros Judiciários para concessão de medidas urgentes em suporte à arbitragem estrangeira e execução dessas decisões no Brasil.
- Execução de medidas urgentes proferidas em procedimentos pré-arbitrais no exterior.
- Competência para revogação da medida urgente concedida pelo Judiciário.
- Competência do árbitro para concessão de tutela antecipatória.
- Aplicação do art. 22, § 4.º, da Lei de Arbitragem para medidas urgentes proferidas em arbitragens estrangeiras.
- Possibilidade de tribunal arbitral estrangeiro requerer cumprimento de medida urgente por ele proferida via carta rogatória.
- Juízo competente para solicitação de medida de cooperação pelo árbitro.

3.^a PARTE
COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL COMO
INSTRUMENTO PARA DAR EFICÁCIA AOS PROVIMENTOS
JURISDICIONAIS DE URGÊNCIA NOS LITÍGIOS
TRANSNACIONAIS

A última parte da presente dissertação visa demonstrar a possibilidade de harmonização do ordenamento jurídico pátrio com as necessidades do comércio internacional por meio da cooperação jurídica internacional. Atualmente a hierarquia entre os Estados cedeu lugar à cooperação entre eles da mesma forma que a arbitragem ganhou força como meio de solução de controvérsia disponível às partes em harmonia com o Judiciário. A competição entre órgãos jurisdicionais de diversos Estados e entre órgãos judiciais e arbitrais para a solução de litígios decorrentes do comércio internacional vem sendo substituída pela cooperação entre eles.

CAPÍTULO VI
A NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO DA COOPERAÇÃO JURÍDICA
INTERNACIONAL TAMBÉM PARA OS PROVIMENTOS URGENTES

Resta claro que o atual nível de intercâmbio de relações entre as mais diversas nações gera conflitos que ultrapassam os limites jurisdicionais de um Estado. Tendo em vista os limites para a atuação do sistema judiciário de cada país,³⁰⁹ é necessário a atuação conjunta e/ou complementar de mais de um Estado para efetiva resolução desses conflitos.

³⁰⁹ Conforme explanado no Capítulo I.

Para que tal cooperação seja efetiva, também se deve conceder eficácia aos provimentos de urgência no âmbito dos litígios internacionais.

Assim, ganha importância o conceito de cooperação jurídica internacional e como esta pode servir para garantir o resultado útil da função jurisdicional do Estado na atual realidade de uma sociedade globalizada na qual as relações e, conseqüentemente, os conflitos ultrapassam os limites Estatais.

Esse capítulo demonstra que a efetivação de atos jurídicos proferidos por autoridades judiciárias estrangeiras não é uma ofensa à soberania ou ordem pública nacional. Ao contrário, essa cooperação contribui para o bom exercício das funções estatais pelo Estado garantindo o resultado útil da administração da justiça pelo Estado e promovendo a pacificação social. Sendo o exercício da atividade jurisdicional uma função do Estado, é de seu interesse garantir a efetividade das decisões do Poder Judiciário não apenas no âmbito nacional. Ademais, os Estados devem reconhecer decisões proferidas por autoridades judiciárias estrangeiras para que as decisões proferidas pelas suas próprias autoridades também sejam reconhecidas e a efetividade da função jurisdicional dos Estados seja garantida pelo princípio da reciprocidade.

1 A cooperação jurídica internacional como forma de garantir a efetividade da função jurisdicional do Estado

A cooperação jurídica internacional é muitas vezes definida pelos seus fins ou pelos seus meios. É comum falar-se em cooperação jurídica para citação, oitiva de testemunha, produção de prova e/ou documentos e execução de sentença (McCLEAN, 2002:4) – que são os fins da cooperação. Também se relaciona a cooperação jurídica internacional ao cumprimento de cartas rogatórias e ao sistema de reconhecimento de sentenças estrangeiras (ARAUJO, 2004:249) – que são os meios de cooperação. Ademais, tradicionalmente incluía-se no tema também a discussão sobre competência internacional (ARAUJO; BASTOS, 2001:85).

Conforme definição do Ministério da Justiça, a cooperação jurídica internacional é “a interação entre os Estados com o objetivo de dar eficácia extraterritorial a medidas

processuais provenientes de outro Estado”.³¹⁰ A adoção de tal conceito pelo ordenamento nacional é adequada, pois não restringe o objeto da cooperação. A escolha do termo “jurídica” em vez do termo “judicial” utilizado por alguns doutrinadores visa possibilitar também a cooperação em nível administrativo e com tribunais arbitrais estrangeiros. Ao abranger a cooperação administrativa, evita-se a discussão sobre a competência da autoridade que solicitou a medida³¹¹ e possibilita-se a cooperação na fase de investigação penal, anterior à propositura da ação. A cooperação com tribunais arbitrais estrangeiros está de acordo com a política legislativa favorável à arbitragem como meio de solução de controvérsias verificada com a adoção da Lei de Arbitragem. Ademais o termo cooperação é preferível ao termo assistência utilizado em outras jurisdições, pois o que se solicita é uma verdadeira cooperação de outro Judiciário para atingir o fim comum da pacificação social e não simplesmente que o Judiciário requerido assista o Judiciário requerente em providência que não é de seu interesse.

Definição um pouco menos abrangente é adotada por Araujo e Bastos, para quem a cooperação interjurisdicional é o “intercâmbio internacional para o cumprimento extraterritorial de medidas processuais provenientes do Judiciário de um Estado estrangeiro” (2001:85). Para esses autores, a cooperação estaria limitada a medidas provenientes do Judiciário e poderia se questionar a inclusão de medidas administrativas, principalmente em sede de investigação policial, e de medidas proferidas por tribunais arbitrais – ambas essenciais no presente nível de globalização. O conceito amplo deve ser preferido, especialmente admitindo-se a cooperação com tribunais arbitrais estrangeiros.

É comum a classificação da cooperação jurídica internacional em 3 níveis ou graus, dependendo da natureza da medida solicitada. O primeiro grau de cooperação inclui medidas de instrução como, por exemplo, citações, notificações, produção de provas, oitiva de testemunhas, entre outros. O segundo grau de cooperação é o mais importante para objeto do presente estudo e inclui medidas que impliquem em atos executórios, tais como penhora, seqüestro, bloqueio de contas, etc. Por fim, o terceiro grau de cooperação é restrito ao âmbito penal e diz respeito ao procedimento de extradição de pessoas.

³¹⁰ Conceito disponível no site do Ministério da Justiça, <http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ86D74191ITEMID760F5CA455954FE2ACF1DB6D897013DDPTBRIE.htm>, último acesso em 02 jan. 2008, às 11h22min.

³¹¹ Conforme verificado na CR 998-IT, *supra* p. 86.

Assim, aceitando os limites de eficácia dos atos jurisdicionais de cada Estado e a necessidade de que a eficácia desses atos ultrapasse esses limites, os Estados devem interagir para garantir a solução justa e eficaz dos litígios na esfera global. Para tanto, passa-se a analisar os meios disponíveis para cooperação jurídica internacional.

2 Os meios de cooperação jurídica internacional

Os meios tradicionais de cooperação são o pedido de homologação de sentença estrangeira e a carta rogatória, já estudados no Capítulo II, além dos existentes em matéria penal, tal como a extradição e transferência de pessoas que fogem ao escopo dessa dissertação. Atualmente admite-se, ainda, o pedido de auxílio direto, recentemente reconhecido pela Resolução 9/2005 do STJ e interessante para o objeto de estudo dessa dissertação.

2.1 O auxílio direto

O pedido de auxílio direto surgiu diante da impossibilidade de obtenção do *exequatur* às cartas rogatórias executórias no STF e da necessidade de cooperação com outras jurisdições, em especial com o combate ao crime organizado internacional, por meio de quebra de sigilo bancário. Na busca de outras formas para cooperar com as autoridades estrangeiras e diante da negativa do STF na concessão do *exequatur* às providências que são admissíveis pela legislação nacional, desde que atendessem determinados requisitos, surgiu uma nova forma de cooperação então denominada de “cooperação direta”.

Pela “cooperação direta”, levava-se ao órgão judiciário competente os fatos narrados pela autoridade estrangeira para que o juiz nacional analisasse o mérito e cabimento da providência. O pedido era realizado ao juiz estatal competente inicialmente por meio da AGU e, após, pela PGR, tendo em vista o interesse da união no combate ao crime.³¹²

³¹² Informações obtidas na palestra proferida por Antenor Madruga, no Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, em 08.03.2006.

A Resolução 9/2005 do STJ reconhece a possibilidade de utilização do auxílio direto aos pedidos de cooperação jurídica internacional que tiverem por objeto “atos que não ensejem o juízo de delibação” pelo STJ e afirma que esses pedidos serão encaminhados diretamente ao Ministério da Justiça para providências. O Ministério da Justiça, por sua vez, define o auxílio direto como:

Instrumento por meio do qual a integralidade dos fatos é levada ao conhecimento de judiciário estrangeiro para que profira decisão que ordene ou não a realização das diligências solicitadas. O auxílio direto não enseja a concessão de *exequatur* pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 7.º da Resolução do STJ 9, cabendo ao Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional – DRCI, do Ministério da Justiça, as providências junto às autoridades competentes para o seu cumprimento.³¹³

Questionam-se quais são os atos que não ensejam o juízo de delibação e de quem é a competência para tal decisão.

O que se verificava era que medidas que não teriam o *exequatur* deferido tramitavam via auxílio direto. Tal procedimento era utilizado basicamente em matéria penal, na qual há competência da PGR para propositura do pedido perante o juízo competente. Em matéria civil, excluindo matéria de família, é questionável o funcionamento do pedido de auxílio direto. Deveria a parte ou a autoridade requerente constituir advogado no Brasil para propositura de tal pedido?

Como restou demonstrado com a análise das cartas rogatórias realizadas na segunda parte desse estudo,³¹⁴ com a transferência da competência do STF para o STJ, verificou-se uma mudança do posicionamento sobre a concessão do *exequatur* às rogatórias com caráter executório. Caso o STJ venha a permitir definitivamente o *exequatur* para as cartas rogatórias executórias, qual seria a utilidade do pedido de auxílio direto?

³¹³ Informação disponível no site www.mj.gov.br/drci, último acesso em 02 jan. 2008, às 11h22min.

³¹⁴ Vide *supra* Capítulo IV.

2.2 A desnecessidade de diferenciação entre carta rogatória e homologação de sentença estrangeira

As diferenças entre os procedimentos de carta rogatória³¹⁵ e homologação de sentença estrangeira³¹⁶ foram mitigadas com o tempo, principalmente após a transferência da competência para concessão do *exequatur* às cartas rogatórias do Poder Executivo para o Poder Judiciário com a Constituição de 1934. Após essa transferência, o *exequatur* passou a seguir os mesmos parâmetros que a homologação da sentença estrangeira, aproximando-se os conceitos. Por quase 70 anos tanto a competência para concessão do *exequatur* quanto para homologação das sentenças estrangeiras eram do STF. Após a Emenda Constitucional 45/2004, ambos procedimentos são de competência do STJ e continuam seguindo parâmetros similares.

Verifica-se uma semelhança nos requisitos para cumprimento de cartas rogatórias e ação de homologação e nos motivos que possibilitam a impugnação.³¹⁷ Ambas podem ser denegadas nos casos de ofensa à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes, além de requisitos formais tais como tradução. As diferenças são basicamente procedimentais. A principal diferença é na capacidade postulatória. Enquanto a própria parte é quem tem capacidade para ajuizar a ação de homologação; a carta rogatória é, via de regra, requerida diretamente pela autoridade judiciária estrangeira.

No Mercosul essas diferenças foram eliminadas. Embora o Protocolo de Las Leñas diferencie entre “atividades de simples trâmite e probatórias” e o “reconhecimento e execução de sentenças e laudos arbitrais”, ambas solicitações podem tramitar via carta rogatória. Ou seja, atualmente há possibilidade do cumprimento de sentença estrangeira por carta rogatória. Isso se tornou possível justamente por não haver diferenças ontológicas entre os procedimentos (MADRUGA, 2005:311).

Dessa forma, questiona-se se ainda há a necessidade de diferenciar a carta rogatória da sentença estrangeira e, especialmente, se ainda há uma necessidade de restringir as cartas rogatórias apenas aos provimentos não decisórios.

³¹⁵ Vide *supra* Capítulo II, item 2.

³¹⁶ Vide *supra* Capítulo II, item 1.

³¹⁷ Vide *supra* Capítulo II, item 2.2.

3 Não há impedimentos para que o Estado garanta a eficácia dos provimentos jurisdicionais de urgência no âmbito internacional

Deve-se ressaltar que a “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade” é princípio expresso no art. 4.º, IX, da CF e deve nortear o comportamento do Estado no âmbito internacional. Como bem esclarece Magalhães, tal norma não se refere a qualquer cooperação, mas sim àquela que se destine ao progresso da humanidade (2000:25). Para tanto, as decisões do Judiciário devem estar atentas aos fatos do mundo contemporâneo (MAGALHÃES, 2000:26). Dessa forma, não é condizente com a realidade da sociedade globalizada atual a denegação do *exequatur* às medidas urgentes com fundamento em conceitos abstratos como o da ofensa à ordem pública ou à soberania nacional.

3.1 A concessão do *exequatur* às rogatórias executórias não ofende à soberania nacional

Já na década de 50, Loewenstein se preocupava com o tema da soberania e da cooperação internacional, iniciando seu artigo com a afirmação de que tais termos parecem contrários ou até mesmo conflituosos, mas que uma análise cuidadosa revela que são compatíveis (1954:222).

O exercício da jurisdição, especialmente o uso de meios coercitivos para garantir os provimentos jurisdicionais, é função típica do Estado como ente soberano em seu território. No entanto, também é seu interesse em prol da sociedade como um todo que a justiça não seja barrada pelas fronteiras territoriais e a boa administração desta seja garantida. Para tanto, os Estados necessitam da cooperação de outros Estados. Tal cooperação é possível uma vez que o conceito de soberania atual tornou-se poroso, permitindo uma maior interação entre os Estados.³¹⁸ Este conceito passou a ser puramente jurídico (LOEWENSTEIN, 1954:226) e não mais absoluto como era no passado. Uma vez que a soberania não é mais vista como uma regra de força, torna-se possível que os Estados nacionais conciliem seus interesses com os da sociedade internacional sem que

³¹⁸ Vide *supra* nota 19 para uma análise sobre o conceito de soberania moderno.

haja violação à soberania nacional. Dessa forma, admite-se conceder eficácia aos atos jurisdicionais proferidos em outras jurisdições, após juízo de delibação pelo Estado onde a medida será cumprida, sem que isso seja uma ofensa à soberania nacional. Isso se dá por meio da cooperação jurídica internacional. É justamente esse procedimento prévio de admissibilidade feito pelo Estado no qual a medida deve ser cumprida que permite aos Estados conservarem a sua soberania interna.

A cooperação entre os Estados ocorre nas mais diversas áreas de atuação e este termo está cada vez mais presente em diversos tratados internacionais. O mesmo ocorre no âmbito jurídico, com incremento das relações internacionais, a cooperação jurídica para solução dos litígios decorrentes dessas relações torna-se cada vez mais necessária. Refletindo essa necessidade, verifica-se um crescimento dos acordos bilaterais e multilaterais em matéria de cooperação jurídica internacional.

Em que pese o interesse do Estado na cooperação jurídica internacional seja verificado de forma mais direta e esteja muito mais presente na área penal, especialmente no combate ao crime e ao terrorismo internacional (MADRUGA, 2005:309), esse interesse torna-se cada vez mais presente no âmbito das soluções dos litígios comerciais internacionais. Deve-se ressaltar que com o grau de globalização econômica verificado nos dias atuais, os Estados tornaram-se inevitavelmente dependentes da economia global e, a qualidade do Judiciário e os meios para soluções de controvérsias influem diretamente na avaliação do risco no país e na atração de investimento (PINHEIRO, 2003:1). Dessa forma, mesmo no âmbito dos litígios entre partes privadas, há interesse dos Estados em garantir a efetiva resolução da lide.

Ademais, a cooperação jurídica entre os Estados deixou de ser apenas um ato de cortesia com os demais Estados e passou a ser uma obrigação, uma vez que o acesso à justiça e a igualdade entre os povos passaram a ser garantidos por diversos instrumentos, sejam eles constitucionais ou tratados internacionais, além de causarem impacto em outros campos de atuação, como o econômico.

Como bem ressalta Araujo “essa obrigação dos Estados resulta de um dever de cooperação mútua para assegurar o pleno funcionamento da Justiça” (2004:247). Também nesse sentido, Alferés aponta como razões para o dever de cooperar dos Estados o fato de que a negativa de cooperar poderia frustrar o interesse do particular de obter a tutela judicial efetiva de seus direitos e interesses no âmbito internacional e que o Estado tem o

dever constitucional de prover a efetiva tutela judicial também no âmbito internacional (2001:64-67).

3.2 A concessão do *exequatur* às rogatórias executórias não ofende à ordem pública

Demonstrado que a cooperação jurídica internacional não ofende a soberania nacional, resta a indagação sobre a ofensa à ordem pública.

Primeiramente deve-se esclarecer que foge ao objeto desta dissertação definir o conceito de ordem pública, que não é concreto. De forma geral, o conceito de ordem pública pode ser determinado como a representação dos princípios morais e éticos de uma determinada sociedade diante de suas necessidades. Nas palavras de Dolinger o princípio da ordem pública é “o reflexo da filosofia sócio-político-jurídica de toda a legislação, que representa a moral básica de uma nação e que atende às necessidades econômicas de cada Estado” (1996 b:330).

Assim, a ordem pública é a situação e o estado de legalidade normal em que as autoridades exercem suas precípuas atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protesto. É o reflexo dos valores da sociedade, com relação ao que entende por justo, em tempo e local determinado. É possível entendê-la como espécie de escudo protetor de concepções fundamentais de justiça e moral, bem como meio garantidor da unidade das instituições do Estado e de seu bom relacionamento com os demais Estados.

Justamente por não ter um conceito concreto, a alegação de violação à ordem pública nacional passou a ser o principal motivo de indeferimento de pedidos de homologação de sentenças estrangeiras e de concessão do *exequatur* às cartas rogatórias, restando seu uso banalizado pela jurisprudência pátria.

Questiona-se, portanto, se dentro da sociedade globalizada na qual o Brasil está inserido, a execução dentro do território nacional de medida de urgência proferida no exterior após a devida análise pelo STJ em sede de juízo de delibação, viola uma concepção fundamental da justiça e da moral interna.

Nesse momento cabe lembrar que no âmbito interno as medidas de urgência não apenas são permitidas, mas também são usadas corriqueiramente como um dos principais remédios processuais devido à lentidão da justiça. Soma-se a isso o fato de as necessidades da sociedade moderna exigirem soluções para os litígios não mais apenas no âmbito nacional, mas em âmbito global, em face das relações da sociedade atual.

Ademais, admitindo-se a legalidade da execução em território nacional das sentenças estrangeiras, após a devida homologação pelo STJ, não há razões para se afirmar que a execução de decisões de caráter urgente não possam ser admitidas.

Tendo isso em mente, constata-se que a cooperação para com os órgãos judiciais estrangeiros em matéria de medidas de urgência não ofende, como regra geral, a ordem pública nacional. Decorre do próprio conceito de ordem pública que, como mencionado, não é concreto e é passível de adequação à realidade da sociedade em que se insere, a necessidade de análise caso a caso para se constatar a ofensa à ordem pública.

Contudo, o que se verificou por muito tempo no STF foi a repetição, sem qualquer análise específica de cada caso, da jurisprudência anterior no sentido de que cartas rogatórias executórias não são passíveis de *exequatur* por não se permitir a execução em território nacional de decisão estrangeira sem que antes essa decisão seja homologada pelo STJ. Como bem esclarece Araujo e Bastos, a justificativa com base na ordem pública nesta hipótese carece de “elaboração teórica mais apurada” (2001:101). Nesse sentido, esses autores afirmam que se deve diferenciar entre uma decisão final – que precisa ser homologada para surtir efeitos no país – e uma decisão de caráter interlocutório ou liminar embasada em princípios tais como o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* que são aceitos pelo legislador nacional e tem como objetivo instruir o processo principal ou garantir a eficácia de futura execução (ARAUJO; BASTOS, 2001:101). Assim, nos casos em que a decisão é interlocutória e com base nos fundamentos presentes no ordenamento brasileiro não haveria motivo para denegar o *exequatur* às rogatórias dessa natureza com base na ofensa à ordem pública.

Dessa forma, é criticável a jurisprudência do STF que repetia, sem qualquer análise do caso concreto a jurisprudência que vinha desde a década de 50 no sentido de denegar o *exequatur* a toda e qualquer rogatória que contivesse em seu pedido medidas que implicassem em execução. Isso para falar o mínimo, sem mencionar que tal jurisprudência

tinha como fundamento doutrina ainda mais antiga de época na qual a concessão do *exequatur* não era nem ao menos competência do Poder Judiciário.

Por fim, curiosa é a análise da jurisprudência a partir do final da década de 80 e início da década de 90. Nessa época, passou-se a admitir a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias executórias apenas e tão-somente na existência de acordo bilateral ou multilateral com a justiça rogante. Questiona-se qual a justificativa para cooperação com os países com os quais houve a celebração de acordo e não com os demais. Se de fato há ofensa à ordem pública nacional, não seria o caso de não cooperar mesmo na existência de acordo internacional? Ou a partir desse momento passou-se a ter diferentes critérios de ordem pública?

Se não há violação da ordem pública ao deferir a concessão do *exequatur* às medidas executórias provenientes dos países com os quais o Brasil celebrou acordo internacional, parece não haver mais justificativas para não cooperação com os países com os quais não há acordo, pois também não há violação à ordem pública. Ademais, a cooperação com os países com os quais o Brasil não celebrou acordo bilateral ou multilateral pode ser feita sempre com base no princípio da reciprocidade.

A ofensa à ordem pública não deve ser utilizada como uma válvula de escape para indeferir toda uma categoria de pedido de cooperação. Ao contrário, deve ter aplicação restrita e específica a cada caso concreto, apenas sendo cabível nos casos em que exista, efetivamente, uma violação aos princípios fundamentais da nação.

CAPÍTULO VII

AS TENTATIVAS DE HARMONIZAÇÃO DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS NACIONAIS COM AS NECESSIDADES DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

Esse capítulo trará algumas propostas existentes no âmbito internacional de harmonização das normas aplicáveis à matéria das medidas de urgência nos litígios internacionais, seja por meio de convenções, seja por princípios e leis modelos que possam ser utilizados para inspirar alterações legislativas.³¹⁹ A importância de tais normas internacionais vai além da mera admissibilidade das medidas de urgência nos litígios internacionais, trazendo também regulamentação sobre a concessão dessas medidas; a lei aplicável à concessão e à execução da medida; as formas de execução; as defesas possíveis em cada judiciário; o dever de informação sobre eventual revogação; e, inclusive, a responsabilidade do requerente caso haja abuso na solicitação da medida. A regulamentação garante a segurança jurídica para todas as partes envolvidas.

1 Propostas de convenções multilaterais

Primeiramente deve-se ressaltar que, na década de 90, o Brasil aderiu a diversas convenções internacionais e celebrou diversos acordos bilaterais, demonstrando maior preocupação com o tema da cooperação jurídica internacional e a necessidade de segurança jurídica nas relações decorrentes do comércio internacional. Um grande avanço foi a adoção da Convenção de Nova Iorque sobre Execução de Sentenças Arbitrais e, mais especificamente sobre o tema, o Acordo de Medidas Cautelares do Mercosul.³²⁰ No entanto, ainda não foi assinada a Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Medidas Cautelares que será analisada a seguir.

³¹⁹ Optou-se por tratar das convenções, regras e normas modelo existentes no âmbito internacional em vez de analisar o direito comparado ou trazer notícias de sistemas diversos, tendo em vista a atualidade do tema e as mudanças que estão ocorrendo nos mais diversos ordenamentos assim como no brasileiro e a possibilidade de utilização dessas normas internacionais como fonte de inspiração para eventual alteração legislativa.

³²⁰ O impacto dessas convenções internacionais na jurisprudência pátria foi analisado nos Capítulos IV e V.

1.1 OEA: Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Medidas Cautelares (CIDIP II, Montevideu, 1979)

Conforme já foi demonstrado,³²¹ a Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias excluiu de sua aplicação todas as cartas rogatórias que implicassem em execução coativa. No entanto, o tema das medidas cautelares foi tratado em uma convenção própria celebrada na CIDIP II, realizada em Montevideu, Uruguai, em 1979. Foi celebrada a Convenção Interamericana sobre Cumprimento de Medidas Cautelares, com o objetivo de criar um modelo para aplicação de medidas de prevenção decretadas pelos juízes dos Estados partes no âmbito internacional em matéria civil, comercial, trabalhista e nos casos penais em que se busca reparação.

A Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Medidas Cautelares foi ratificada pela Argentina, Colômbia, Equador, Guatemala, Paraguai, Peru e Uruguai e, foi assinada pela Bolívia, Chile, Costa Rica, República Dominicana, El Salvador, Haiti, Honduras, Panamá e Venezuela.³²² Até dezembro de 2007, o Brasil não tinha assinado essa convenção.

O alcance da convenção é amplo, abrangendo qualquer tipo de medida, independente da denominação, com objetivo de garantir o efeito de um processo pendente ou futuro. Essas medidas podem estar relacionadas às pessoas, bens e obrigações de entregar, fazer ou não fazer.

Optou-se pelo reconhecimento e execução das medidas cautelares proferidas em outros ordenamentos e não pelo reconhecimento da jurisdição para concessão de medidas cautelares que tenham que ser executadas no âmbito do território de determinada jurisdição, mesmo que seja para garantir a eficácia de processos em outros Estados. Dessa forma, os Estados partes primaram pela cooperação entre autoridades judiciais.

O Título III, Lei Aplicável, estabelece que as razões para concessão da medida preventiva devem estar de acordo com a lei do Estado onde pende o processo. A execução e as impugnações são decididas pelo juiz da execução de acordo com a lei do Estado onde

³²¹ Vide *supra* p. 68.

³²² Conforme dados disponíveis em: www.oea.org, último acesso em 28 nov. 2007, às 15h23min.

se executará a medida. Emendas à medida e sanções decorrentes do uso também estão sujeitas à lei do local da execução. Esse título ainda traz disposições sobre bloqueio de bens e comunicação entre as autoridades. A convenção possibilita ao juiz que executará a medida a revogação desta de acordo com a lei de seu Estado.

A Convenção Interamericana ressalta que o cumprimento das medidas provisórias não condiciona o cumprimento da sentença final daquele processo.

Importante ressaltar que os Estados podem limitar as medidas cautelares aceitas por meio do mecanismo de reserva permitido pelo art. 17 da Convenção (CALIXTO, 1994:193).

Por fim, com relação ao procedimento a convenção segue as normas estabelecidas pela Convenção de Cartas Rogatórias.

Discute-se a necessidade de o Brasil ratificar a Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Medidas Cautelares. Se atualmente o Brasil já admite a execução de medidas cautelares por meio de cartas rogatórias entre os países do Mercosul, não estaria na hora de rever o posicionamento em relação à Convenção Interamericana de 1979?

1.2 Conferência da Haia

No âmbito multilateral a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado exerce papel importantíssimo. Iniciadas em 1893, as conferências da Haia tiveram duas fases de evolução. As primeiras sessões tiveram caráter diplomático, mas, após a 2.^a Guerra Mundial, a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado tornou-se uma organização internacional de caráter permanente, atuando ativamente na harmonização das normas de direito internacional privado.

As convenções da Haia destacaram-se mais no âmbito do direito de família e proteção ao menor. No entanto, embora não ratificadas pelo Brasil, algumas convenções sobre a matéria processual podem influenciar a matéria em análise. As Convenções sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial; Relativa ao Processo Civil; à Supressão da Exigência da Legalização dos Atos Públicos Estrangeiros; à Citação

e Notificação; e à Facilitação do Acesso Internacional à Justiça³²³ também tiveram consideráveis adesões.

Em 1993, aproximadamente 35 países, incluindo diversos membros da Comunidade Européia e os Estados Unidos, iniciaram negociações multilaterais sob a égide da Conferência da Haia para elaboração de uma Convenção sobre Jurisdição e o Reconhecimento e Execução de Julgados que poderia trazer disposições sobre cumprimento de medidas urgentes (LOWENFELD, 2002:580). O objetivo dessa convenção era duplo. Buscava-se não apenas a harmonização dos sistemas de reconhecimento e execução de julgados estrangeiros, mas também bases comuns de jurisdição. O duplo objetivo é coerente, tendo em vista que a ausência de jurisdição da autoridade que proferiu a decisão é uma causa para denegação da execução do julgado estrangeiro. Contudo, foi justamente uma polêmica sobre jurisdição que impediu o sucesso da convenção. Após diversas negociações, a União Européia recusava-se a aceitar a jurisdição transitória e por exercício de comércio³²⁴ aceita pelas cortes americanas. Os Estados Unidos, por outro lado, recusavam-se a aceitar jurisdição sobre terceiros conforme previsto no art. 6(1) da Convenção de Bruxelas, que manteve a mesma numeração com o advento do Regulamento. (LOWENFELD, 2002:581 e 582).

Tendo em vista o fracasso nas negociações de uma convenção mais abrangente, em 2005 foi celebrada uma Convenção sobre Cláusula de Eleição de Foro. Até o final de 2007, apenas o México havia ratificado essa convenção.³²⁵

Dessa forma, não há regulamentação sobre execução de sentenças estrangeiras ou cumprimento de cartas rogatórias em âmbito multilateral.

2 Outras previsões internacionais possibilitando a adoção de medidas de urgência nos litígios internacionais

Em face das dificuldades encontradas na execução de medidas de urgência nos litígios internacionais surgiram algumas tentativas de harmonização dessas regras. No

³²³ Textos disponíveis em: www.hcch.net, último acesso em 28 nov. 2007, às 15h37min.

³²⁴ Traduções livres de “transient or ‘tag’ jurisdiction” e “doing business jurisdiction”.

³²⁵ Tradução livre de “Convention on Choice of Court Agreements”. Texto da convenção e Estados signatários disponível em: www.hcch.net, último acesso em 28 nov. 2007, às 15h37min.

âmbito ibero-americano, o Código Modelo Ibero-americano traz disposições a respeito. Além disso, são de particular importância: os Princípios sobre Medidas Provisórias e de Proteção nos Litígios Internacionais,³²⁶ adotados pela International Law Association (ILA) na conferência realizada em Helsinque, Finlândia, em 1996; e as Normas Transnacionais de Processo Civil,³²⁷ especialmente o princípio número 8 sobre Medidas Provisionais e de Proteção, adotados pela The American Law Institute (ALI) em conjunto com a Institut International pour l'unification du Droit Privé (Unidroit) em abril de 2004.

2.1 Código de Processo Civil Modelo para a Ibero-América

O Instituto Ibero-americano de Direito Processual adotou em 1988 um Código de Processo Civil Modelo para a Ibero-América,³²⁸ após discussões em diversas jornadas desde 1967.

O Título IX é destinado exclusivamente às normas de processo internacional e o Capítulo III deste mesmo título trata da cooperação judicial em matéria cautelar.

O art. 378.1 do código modelo³²⁹ prevê o cumprimento das medidas cautelares decretadas por tribunais estrangeiros, com exceção das medidas que ofendam à ordem pública internacional.

O código prevê ainda que a procedência da medida cautelar será regulada de acordo com a lei do tribunal que a concedeu e a sua execução de acordo com a lei do foro onde será executada.³³⁰

O direito de terceiros é resguardado por meio da possibilidade de interposição de embargos diretamente no tribunal que dá cumprimento à medida. No entanto, esse tribunal apenas encaminhará os embargos ao tribunal de origem, que é o competente para julgá-los.

³²⁶ Tradução livre de “Principles on Provisional and Protective Measures in International Litigation”. Texto em inglês disponível nos anais da conferência de Helsinque (INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, 1996).

³²⁷ Optou-se por utilizar a tradução adotada por Antonio Guidi em Hazard e Taruffo (2001).

³²⁸ Texto disponível em: www.iidp.org, acesso em 15 jul. 2006, às 15h48min.

³²⁹ “378.1. Los Tribunales nacionales darán cumplimiento a las medidas cautelares decretadas por Tribunales extranjeros internacionalmente competentes y proveyerán lo que fuere pertinente a tal objeto, exceptuándose las medidas que estuvieren prohibidas por la legislación nacional o contraíen el orden público internacional (artículo 373.5).”

³³⁰ Mesmo critério utilizado na Convenção Interamericana, vide *supra* item 1.1, p. 134.

O cumprimento da medida cautelar não obriga o Estado a reconhecer ou executar posterior sentença do mesmo processo. Há, ainda, previsão de concessão de medidas urgentes nos procedimentos de reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras.

Ademais, o código modelo possibilita a concessão de medidas cautelares por qualquer jurisdição quando o objeto dessa medida encontrar-se no território daquela jurisdição.³³¹ São feitas as devidas ressalvas a respeito de informação ao tribunal competente sobre a concessão de qualquer medida cautelar. Esse dispositivo é inovador se comparado com a Convenção Interamericana e também de extrema importância uma vez que tais medidas são urgentes e muitas vezes não podem esperar os trâmites transnacionais que, por mais que estejam disponíveis, são mais longos que o recurso direto ao Judiciário que detém competência para executar a medida requerida.

Por fim, o código permite o trâmite das medidas cautelares pelos mais diversos meios, como diretamente pela parte interessada, por intermédio de agentes consulares ou diplomáticos, pela autoridade central ou mesmo por via judicial.

Embora o código modelo seja de 1988, no tocante às medidas cautelares em âmbito internacional sua redação esteve atenta às necessidades da sociedade contemporânea e continua atual.

2.2 Princípios sobre Medidas Provisórias e de Proteção nos Litígios Internacionais

O comitê de litígios internacionais em matéria civil e comercial da International Law Association (ILA) constatou na 64.^a Conferência em Queensland que era comum nas diversas partes do mundo a frustração do resultado do processo pelo desaparecimento dos bens antes do seu final. Ademais, verificou-se que a melhor forma de resguardar os bens de uma possível execução era alocá-los em outro país, tendo em vista a dificuldade na obtenção de medidas de proteção fora da jurisdição em que pende o litígio

³³¹ “383 (Facultad cautelar)

383.1 Cualquiera sea la jurisdicción internacionalmente competente para conocer en el litigio y siempre que el objeto de la medida se encontrare en el territorio nacional, los Tribunales del Estado podrán ordenar t ejecutar, a solicitud fundada de parte, todas las medidas conservatorias o de urgencia que tengan carácter territorial y cuya finalidad sea garantizar el resultado de un litigio pendiente o eventual.”

(INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, 1996:185, Second Interim Report – Provisional and Protective Measures in International Litigation). Dessa forma, o comitê decidiu pesquisar sobre medidas provisórias e de proteção nos litígios internacionais, procurando: (i) formas de assegurar bens suficientes para satisfação do processo; e (ii) formas de manter o *status quo* do objeto *sub judice* enquanto o processo estiver pendente.

Foram analisadas como eram concedidas medidas de proteção em diversos ordenamentos, incluindo países de *common law* e de *civil law*, bem como tratados internacionais que versassem sobre o assunto.³³² Também foram pesquisadas decisões de diversas cortes sobre medidas de urgência com alcance em outras jurisdições.³³³

Após a análise das medidas de urgência nos diversos ordenamentos jurídicos constatou-se que elas variavam não apenas na natureza e na forma, mas também nas situações em que são concedidas e nas condições para essa concessão. Além disso, havia o problema da jurisdição competente para a ação principal e para concessão de medidas de urgência nos litígios internacionais. Em alguns países bastava a presença de bem no território nacional para existir jurisdição para concessão da medida. No entanto, outros países exigem a presença de pessoas para configuração da jurisdição. O grande problema encontrado era a dificuldade de reconhecimento das medidas de urgência por outros países que não o que concedeu a medida.

As primeiras sugestões foram: (i) alcance mais abrangente da jurisdição pessoal, permitindo que essa alcançasse também os bens da pessoa *sub judice*; (ii) alcance extraterritorial da jurisdição; (iii) aumento da eficácia de ordens proferidas no exterior; e/ou (iv) reconhecimento de procedimentos auxiliares que fossem capazes de conceder medidas de proteção aos processos em trâmite em outras jurisdições (INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, 1996:190 e 207).

A metodologia do trabalho foi traçada na 66.^a Conferência em Buenos Aires, Argentina. Utilizando como base a obra de Collins (1994), foram detectados oito pontos de interesse:

³³² Mais especificamente foram analisadas, entre outras, as convenções de Lugano e Bruxelas que harmonizaram essa matéria para os países da União Européia.

³³³ Para maiores informações sobre as pesquisas realizadas pela ILA para adoção dos Princípios de Medidas Provisionais e de Proteção nos Litígios Internacionais, vide The International Law Association. *Report of the Sixty-Seven Conference held at Helsinki*, Finlândia, ago. 1996.

1. Procedimentos auxiliares;
2. Alcance extraterritorial;
3. Produção de provas auxiliares;
4. Fórum para o arresto;
5. Controle de bens;
6. Pagamentos provisórios;
7. Execução fora da fronteira;
8. Preservação do patrimônio.

O foco das discussões no comitê era como solucionar o problema prático de tornar os julgamentos mais eficazes, dificultando que os devedores escondessem bens dos credores por meio da facilidade da transferência internacional de fundos. Entre outras matérias, houve grande debate sobre a doutrina do *forum arresti*, a qual previa que a corte que promove o arresto tem jurisdição sobre a disputa, restando essa mitigada ao final da discussão (INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, 1996:207). Também foram abordadas questões referentes às garantias de direito de terceiros, concessão de medidas *ex parte* e à litispendência internacional.

Após longas discussões o comitê adotou os Princípios sobre Medidas Provisórias e de Proteção nos Litígios Internacionais na conferência realizada em Helsinque, Finlândia, em 1996, que serão expostos a seguir.

O objetivo dos Princípios sobre Medidas Provisionais e de Proteção nos Litígios Internacionais é indicar, para potenciais reformas legislativas, a visão do comitê concernente às medidas provisórias e proteção. O propósito de guiar reformas de direito processual e entendimento jurisprudencial no âmbito nacional e internacional é ressaltado no primeiro item *(a) Status and Purposes*.

Em seguida é esclarecido que o objeto dos princípios de medidas provisórias e de proteção são os litígios cíveis e comerciais, em especial medidas para: (i) manter o *status quo* enquanto pende a solução de um litígio; e (ii) para assegurar os bens que possam satisfazer o provimento final *((b) Scope of Principles)*. A classificação utilizada segue a adotada na maioria dos países: medidas de conservação e medidas para assegurar o resultado futuro do processo. Não se aplicam para outras medidas interlocutórias, como é o caso de pagamentos provisórios, ordens para produção de provas e julgamentos sumários.

Cabe ressaltar que embora esses princípios possam ser aplicados a todos os litígios internacionais, eles foram elaborados com base nos casos em que era necessário bloquear dinheiro em bancos em terceiros países.

O próximo princípio diz respeito à natureza da medida de proteção ((c) *Nature of the Remedy*, 3-9). Essas medidas devem ser sempre de natureza provisória. O primeiro item esclarece que os Estados devem oferecer, sem discriminação, medidas provisórias ou de proteção com o objetivo de assegurar os bens que satisfarão o julgamento. É ressaltado que essa concessão não deve ser discricionária, mas sim com base na demonstração da probabilidade de êxito na questão de mérito e no risco de dano.

Ademais, há provisões a respeito do direito à informação sobre a concessão da medida (6), o direito à resposta (7), à possibilidade de requerer caução (8), e o acesso às informações e de que a penhora dos bens não garante ao credor o benefício de ordem (9). Há também dispositivos que esclarecem que não deve haver distinção na ordem entre residentes e não residentes. Por fim, o uso de corporações para esconder os bens³³⁴ é vedado.

Em seguida, há disposições a respeito dos procedimentos auxiliares, (d) *Ancillary Proceedings* (10-15). O item 10 possibilita a concessão de uma medida auxiliar em uma jurisdição independente da jurisdição do mérito, ou jurisdição principal. A simples presença de bens em determinado território é suficiente para que o Estado tenha jurisdição e conceda uma medida de proteção àquele bem (11). Não há prazo determinado para concessão das medidas de urgência (12), mas, uma vez concedida, ela deve ter validade por um determinado espaço de tempo, sujeita à renovação caso necessário (13). Pode haver alguma supervisão da corte que possui a jurisdição do mérito sobre a decisão que concedeu a medida de urgência (14). Por fim, estabelece-se um dever de informar a corte principal sobre a concessão da medida de urgência por uma outra corte (INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, 1996:196-197).

A questão do alcance territorial é tratada nos itens 16 e 17 ((e) *Territorial Scope*). O primeiro prevê que a corte que julga o mérito pode conceder medidas de urgência sobre bens, independente da localização destes. O segundo, que o Estado que não julga o mérito,

³³⁴ Quanto a esse item, o próprio comitê reconhece a dificuldade de se saber quando uma corporação é utilizada apenas para encobrir bens e afirma que o tema precisa ser estudado com maior profundidade (INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, 1996:195-196).

pode exercer jurisdição sobre os bens em seu território, ressaltando que essa jurisdição é limitada. Ou seja, há uma diferenciação entre a jurisdição extraterritorial sobre bens que possam garantir um processo em julgamento e uma jurisdição limitada aos bens que estão dentro do território de alcance de uma determinada jurisdição (INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, 1996:199).

Os itens 18 a 20 tratam do reconhecimento em outras jurisdições e do alcance da assistência judicial internacional ((f) *Cross border recognition and international judicial assistance*). Nesses itens há a previsão de execução de medidas concedidas em outras jurisdições a pedido de um país, a determinação de que um Estado deve cooperar com o outro para garantir a eficácia dos provimentos jurisdicionais. Há, ainda, um esclarecimento de que não pode ser um obstáculo para o reconhecimento e cumprimento o fato da decisão não ser terminativa (INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, 1996:199-200).

Os redatores dos princípios concluem considerando que seu trabalho representa a visão de diversos peritos na área, advindos de uma diversidade de países e sistemas legais, que devem ser considerados nas reformas em nível nacional e internacional, em particular pela Conferência da Haia, em seu trabalho na elaboração de uma convenção global sobre julgamentos (INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, 1996:201). Da leitura das reuniões do comitê, vale a pena ressaltar o comentário do presidente do comitê, Peter Nygh de que os princípios não pretendem ser exaustivos, mas são “baseadas no consenso sobre princípios gerais” (tradução livre³³⁵) e menções a favor de maior cooperação judicial em relação às medidas provisórias e de proteção³³⁶ (INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, 1996:205-213).

Embora com pouca aplicação prática, a simples existência, desde 1996, de Princípios sobre Medidas Provisórias e de Proteção nos Litígios Internacionais já demonstra a preocupação com o tema em nível global e é, sem dúvida, uma tentativa de possibilitar harmonização entre os ordenamentos jurídicos, garantindo a segurança às partes envolvidas nas relações internacionais.

³³⁵ Original em inglês: “based on the consensus on general principles.”

³³⁶ Por exemplo, Peter Nygh: “Em um mundo ideal deveria haver um nível de comunicação jurídica e de cooperação entre fronteiras internacionais” (tradução livre de: “In an ideal world there would be a degree of judicial communication and co-operation across international border”.); ou Mc Lachlan: “(...) esse papel deveria ser visto de acordo com a crescente cooperação de medidas de proteção e provisionais” (tradução livre de: “(...) such role should be seen in light of increased judicial co-operation on protective and provisional measures”) (INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, 1996:211).

2.3 Normas Transnacionais de Processo Civil

O projeto para elaboração de regras transnacionais para o processo civil surgiu na conferência de processo civil comparado e foi abarcado pelos Professores Geoffrey Hazard, da Universidade da Pensilvânia, EUA, e Michele Taruffo, da Universidade de Padova, com apoio do The American Law Institute (ALI) em 1997. Posteriormente, o projeto ganhou apoio da Unidroit e de outros estudiosos³³⁷ sobre o assunto. O grupo reunia-se anualmente por quatro semanas para discutir e redigir as minutas, que eram distribuídas para comentários. Em maio de 2004, a Unidroit adotou as Normas Transnacionais de Processo Civil.

Embora não trate exclusivamente sobre as medidas de urgência nos litígios internacionais, as Normas Transnacionais de Processo Civil trazem dispositivos específicos a respeito da concessão de medidas provisórias ou de proteção.

Antes de analisar as disposições específicas sobre as medidas de urgência, cabe ressaltar a importância dessas normas e a necessidade de harmonização de diversas regras procedimentais para garantir a efetivação da justiça nos litígios transnacionais cada vez mais frequentes.

O prefácio das Normas Transnacionais de Processo Civil ressalta:

A explosão do comércio internacional mudou o mundo para sempre. O comércio e os investimentos internacionais estão crescendo a uma velocidade enorme e a quantidade de mudanças acelera continuamente. *Os procedimentos legais aplicáveis na comunidade global, entretanto, não acompanharam o passo e continuam fortemente confinados a, e limitados por, jurisdições nacionais individuais.* (tradução livre³³⁸) (AMERICAN LAW INSTITUTE, 2004: prefácio – grifos acrescentados)

Em face do crescente volume das relações internacionais e do descompasso entre a evolução dessas relações e dos sistemas jurídicos, surge a necessidade de harmonização

³³⁷ Entre eles o brasileiro Antonio Gidi, na época professor na Universidade da Pensilvânia e atualmente professor na Universidade de Houston.

³³⁸ Original em inglês: “The explosion in transnational commerce has changed the world forever. International commerce and investments are increasing at an enormous rate and the rate of change is continuing accelerate. The legal procedures applicable to the global community, however, have not kept pace and are still largely confined to and limited by individual national jurisdictions”.

das regras de processo civil para solucionar controvérsias transnacionais. Há quem veja com ceticismo o conceito de regras de processo civil universais, por outro lado, também há quem simpatize com a idéia. Importante é ressaltar que existem certas restrições como a superação das barreiras entre os sistemas de *civil law* e de *common law* e a possibilidade de prevalecerem as regras de um sistema sobre as dos demais. Anote-se, especialmente, se a norma geral corresponder àquelas dos Estados Unidos, no qual há o sistema de júri e procedimento abrangente para a produção de provas.³³⁹

A elaboração dessas normas teve por fundamento a necessidade de segurança para as partes envolvidas em conflitos transnacionais, gerando uma responsabilidade para os Estados de assegurarem uma justiça eficiente, transparente, econômica e previsível para todos os que dela necessitarem.

A intenção das normas é reduzir o impacto das diferenças entre os sistemas jurídicos nos processos envolvendo transações internacionais. A proposta é de um modelo universal com os elementos essenciais necessários para um processo civil justo. Como bem ressalta Gidi, “também o direito processual precisa acompanhar a evolução da sociedade” (2001:187). Nesse sentido, o projeto desenvolveu duas partes, os princípios e as regras específicas, deixando que os países incorporem as regras ou adotem os princípios, incorporando-os aos seus ordenamentos jurídicos por meio de regras próprias. Questionou-se a distinção entre princípios/regras, a importância das definições e o grau de especificidade.

Antes de iniciar a análise das disposições específicas sobre medidas de urgência, é importante ressaltar que as normas transnacionais de processo civil são destinadas a promover regras justas para a solução de litígios comerciais,³⁴⁰ podendo ser aplicadas como base para uma futura reforma no processo civil. As normas tratam sobre o tema da jurisdição, da independência, da neutralidade e da competência das cortes, além de garantir a igualdade das partes e direito de serem ouvidas, de consultarem um advogado, de serem notificadas e a responsabilidade da corte pela decisão justa e célere entre outros.

³³⁹ *Discovery*: Procedimento pelo qual as partes têm acesso à documentação da outra parte e pelo qual há o dever de produção de provas e não ocultação.

³⁴⁰ “O objetivo dos princípios e regras é oferecer um sistema justo de procedimento para litigantes envolvidos em disputas legais surgidas em decorrência do comércio internacional” (tradução livre de: “The objective of the principles and rules is to offer a system of fair procedure for litigants involved in legal disputes arising from transnational commercial transactions”) (ALI/UNIDROIT, 2004:11).

O princípio de número 2 trata da jurisdição. O item 2.3 prevê que um tribunal pode conceder uma medida provisória a respeito de uma pessoa ou propriedade no seu território mesmo não possuindo jurisdição sobre a controvérsia.

2. Jurisdição sobre as partes

2.3 Um tribunal deve conceder medidas provisórias com respeito a uma pessoa ou um bem no território onde se desenrola o caso mesmo se esta corte não tem jurisdição sobre a controvérsia. (tradução livre³⁴¹)

Essa previsão é de fundamental importância nos litígios transnacionais, permitindo que a medida seja concedida de forma célere e eficaz, diretamente na jurisdição onde se encontra o objeto da medida. Nesse ponto, as normas seguiram o sistema utilizado na Inglaterra e também adotado pelas Convenções de Bruxelas e Lugano,³⁴² permitindo o exercício da jurisdição sobre as medidas urgentes, mesmo quando o fórum não é, ou não será, o competente para propositura da ação principal.

O princípio de número 8 trata especificamente das medidas provisórias ou de proteção.³⁴³ Nesse sentido, as normas transnacionais de processo civil dispõem que a corte pode conceder medidas provisórias quando necessárias para preservar a efetividade do julgamento final ou para manter o *status quo* enquanto a lide estiver pendente.³⁴⁴ O termo utilizado – medidas provisórias – é genérico, não restando especificadas quais são essas medidas. Ademais, a concessão de medidas provisórias deve se basear no princípio da proporcionalidade.

³⁴¹ Original em inglês: “2. Jurisdiction Over Parties (...)”

2.3 A court may grant provisional measures with respect to a person or to property in the territory of the forum state, even if the court does not have jurisdiction over the controversy”.

³⁴² Esse posicionamento é contrário ao adotado na Convenção Interamericana, na qual privilegiou-se a cooperação à expansão da jurisdição. No entanto, o Código Modelo Ibero-americano adota critério diverso: o da competência concorrente, permitindo tanto o cumprimento de medidas proferidas em outras jurisdições como a solicitação direta na jurisdição competente para executar a medida.

³⁴³ Vide anexo 2.

³⁴⁴ “8. Medidas Provisórias e de Proteção

8.1 O tribunal deve garantir remédio provisório quando necessário para preservar a capacidade de garantir remédio efetivo no final do julgamento, ou de manter, ou de alguma outra forma regular o *status quo*. As medidas provisórias são governadas pelo princípio da proporcionalidade.” (tradução livre)

(Original em inglês: “8. *Provisional and Protective Measures* (...)”)

8.1 The court may grant provisional relief when necessary to preserve the ability to grant effective relief by final judgment or to maintain or otherwise regulate the status quo. Provisional measures are governed by the principle of proportionality.”).

Há, ainda, a previsão de concessão de medidas provisórias sem a notificação da outra parte em casos urgentes.³⁴⁵ Nesses casos, a parte requerente tem o dever de trazer a juízo todos os fatos que a corte deve ter conhecimento e a outra parte deve ser informada sobre a concessão da medida o mais rápido possível.

Por fim, também há previsão de responsabilidade do requerente da medida provisória caso fique comprovado que essa não era cabível.³⁴⁶ Em determinadas circunstâncias, a corte pode requerer a prestação de uma caução ou outra forma de comprometimento com o dever de compensar.

Johnson faz inúmeras críticas às disposições sobre medidas provisórias e de proteção nas Normas Transnacionais de Processo Civil. Primeiramente alega que a redação é demasiadamente abrangente (2004). Após, critica a ausência de uma limitação à jurisdição que concede a medida urgente, o que poderia causar problemas como o da aceitação da jurisdição e renúncia ao pacto arbitral. Por fim, nota que as normas transnacionais não incentivam a cooperação entre as autoridades jurisdicionais, remetendo-se à redação dos Princípios sobre Medidas Provisórias e de Proteção nos Litígios Internacionais da ILA como um exemplo a ser seguido (JOHNSON, 2004:109-125).

Algumas críticas apontadas por Johnson (2004) são relevantes, no entanto, não se pode negar que a possibilidade de concessão de medidas de urgência, mesmo nos casos em que a jurisdição não é competente para dirimir o litígio principal, é um avanço considerável. Não se pode esquecer que, ao contrário dos princípios da ILA, as normas

³⁴⁵ “**8. Medidas Provisórias e de Proteção**

8.2 O tribunal pode pedir remédio provisório sem notificar somente sob necessidade urgente e preponderância de considerações de justiça. O requerente deve revelar todos os fatos e questões legais que cada tribunal deve estar ciente. Uma pessoa contra quem um remédio *ex parte* foi direcionado deve ter a oportunidade de responder levando em conta o cabimento do remédio o quanto antes possível.” (tradução livre)

(Original em inglês: “**8. Provisional and Protective Measures (...)**

8.2 A court may order provisional relief without notice only upon urgent necessity and preponderance of considerations of fairness. The applicant must fully disclose facts and legal issues of which the court properly should be aware. A person against whom *ex parte* relief is directed must have the opportunity at the earliest practicable time to respond concerning the appropriateness of the relief.”)

³⁴⁶ “**8. Medidas Provisórias e de Proteção (...)**

8.3 Um requerente de remédio provisório deve geralmente ser responsável para compensar a pessoa contra quem o remédio foi aplicado, se após o tribunal determinar que o remédio não devesse ter sido concedido. Nas circunstâncias apropriadas, o juízo deve solicitar ao requerente de uma medida provisória que preste caução ou assuma formalmente a obrigação de compensar.” (tradução livre)

(Original em inglês: “**8. Provisional and Protective Measures (...)**

8.3 An applicant for provisional relief should ordinarily be liable for compensation of a person against whom the relief is issued if the court thereafter determines that the relief should not have been granted. In appropriate circumstances, the court must require the applicant for provisional relief to post a bond or formally to assume a duty of compensation”).

transnacionais de processo civil não tratam apenas das medidas de urgência, tornando-se inevitável uma redação mais genérica e impossibilitando a previsão de todas as ressalvas necessárias.

Assim, em que pesem as observações de Jonhson sobre as limitações das normas transnacionais de processo civil, não se deve perder de vista sua contribuição para o debate sobre a modernização da legislação pátria.

2.4 Lei Modelo de Arbitragem Comercial Internacional da Uncitral

Justamente visando facilitar a obtenção e efetivação de medidas de urgência nos litígios arbitrais, a Comissão das Nações Unidas de Direito do Comércio Internacional (Uncitral ³⁴⁷) criou, na 32.^a Convenção, realizada em Viena, Áustria, em março de 2000, um grupo de trabalho com o objetivo de alterar a redação da Lei Modelo de Arbitragem Comercial Internacional para garantir a eficácia dessas medidas de urgência.

Após diversas discussões e minutas de alteração do art. 17 da Lei Modelo de Arbitragem que trata de medidas provisórias, a redação final para alteração deste artigo foi aprovada na 39.^a Convenção da Uncitral³⁴⁸ realizada entre 19 de junho e 7 de julho de 2006, em Nova Iorque, EUA. Além de possibilitar uma harmonização dos requisitos para concessão de medidas provisórias e circunstâncias nas quais elas são disponíveis devido à utilização da Lei Modelo da Uncitral por vários países,³⁴⁹ os redatores da emenda também atentaram para a importância da efetivação dessas medidas:

não só medidas provisórias estão aumentando com a prática da arbitragem comercial internacional, mas também a efetividade da arbitragem como método de resolver as disputas comerciais dependendo da possibilidade de fazer cumprir essas medidas provisórias. (tradução livre³⁵⁰) (UNCITRAL A/61/17, 2006:15)

³⁴⁷ Optou-se por utilizar a sigla Uncitral em inglês e não Cnudci em português, pois a primeira é mais usual no meio arbitral.

³⁴⁸ Anais da convenção disponíveis em: www.uncitral.org (Documento A/61/17) último acesso em 16 abr. 2007, às 15h.47min. Vide anexo 3.

³⁴⁹ Embora o Brasil não tenha adotado a Lei Modelo, esta serviu como subsídio para redação da atual Lei de Arbitragem brasileira (CARMONA, 2004:29).

³⁵⁰ Original em inglês: “not only interim measures were increasingly being found in the practice of international commercial arbitration, but also that the effectiveness of arbitration as a method of settling commercial disputes depends on the possibility of enforcing such interim measures”.

A nova redação inclui dez novos artigos na lei modelo (17-A a 17-J). A secção 4 discorre apenas sobre o reconhecimento e execução das medidas provisórias. Nesse sentido, é o art. 17-H:

Artigo 17-H – Reconhecimento e execução

(1) Uma medida provisória determinada por um tribunal arbitral deverá ser reconhecida como obrigatória e, ao menos que o contrário seja disposto pelo tribunal arbitral, cumprida através de requerimento ao juízo competente, independente do país onde foi promulgada, sujeita às disposições do artigo 17 I.

(2) A parte que está procurando ou obteve o reconhecimento ou execução de uma medida provisória deve informar prontamente o juízo de qualquer revogação, suspensão ou modificação daquela medida provisória.

(3) O tribunal do Estado onde o reconhecimento e a execução são buscados, pode, se considerar apropriado solicitar à parte requisitante que preste caução apropriada se o tribunal arbitral ainda não tiver feito uma determinação com respeito à segurança, ou quando esta decisão é necessária para proteger os direitos de terceiros. (tradução livre³⁵¹)

Como se pode verificar, o art. 17-H não apenas prevê que uma medida de urgência prolatada por um tribunal arbitral deva ser reconhecida como vinculante e executada pelo tribunal competente, independente do país em que foi emitida, mas também impõe ao requerente o dever de informar sobre qualquer alteração e possibilitar a solicitação de prestação de caução. O art. 17-I³⁵² possibilita a recusa da execução das medidas

³⁵¹ Original em inglês: “**Article 17-H. Recognition and enforcement**

(1) An interim measure issued by an arbitral tribunal shall be recognized as binding and, unless otherwise provided by the arbitral tribunal, enforced upon application to the competent court, irrespective of the country in which it was issued, subject to the provisions of article 17 I.

(2) The party who is seeking or has obtained recognition or enforcement of an interim measure shall promptly inform the court of any termination, suspension or modification of that interim measure.

(3) The court of the State where recognition or enforcement is sought may, if it considers it proper, order the requesting party to provide appropriate security if the arbitral tribunal has not already made a determination with respect to security or where such a decision is necessary to protect the rights of third parties”.

³⁵² “**Artigo 17-I. Bases para recusar reconhecimento ou execução.**

(1) O reconhecimento ou execução de uma medida provisória pode ser recusado somente:

(a) A pedido da parte contra quem a medida foi invocada se o juízo estiver satisfeito com:

(i) Tal recusa estiver garantida nos fundamentos estabelecidos no artigo 36 (1) (a) (i), (ii) , (iii) , (iv) , ou

(ii) A decisão do tribunal arbitral com respeito às provisões de segurança em relação à medida provisória proferida pelo tribunal arbitral não estiver sido cumprida, ou

(iii) A medida provisória foi revogada ou suspensa pelo tribunal arbitral ou pelo juízo do Estado onde a arbitragem ocorreu, ou sob a lei onde a medida provisória foi emitida, ou

(b) Se o tribunal achar que :

(i) A medida provisória é incompatível com a competência conferida ao tribunal a menos que este decida reformular a medida provisória na medida da necessidade de adaptar a medida a sua competência e procedimentos com o propósito de cumprir a medida provisória sem modificá-la no mérito; ou

(ii) Qualquer dos fundamentos estabelecidos no artigo 36 (1) (b) (i) ou (ii) que se aplicam ao reconhecimento e execução da medida provisória.

provisórias ou interinas, com base nos mesmos fundamentos existentes para a denegação de uma sentença arbitral final, e acrescenta a falta de prestação de caução conforme requerido pelo tribunal arbitral; a suspensão ou extinção da medida pelo tribunal arbitral; ou, ainda, se a medida for incompatível com os poderes conferidos pelas partes ao tribunal arbitral. Em nota de rodapé adotada pela Comissão da Uncitral, resta esclarecido que as razões para recusa do cumprimento devem ser limitadas às estabelecidas pela lei modelo. No entanto, não contraria a harmonização a adoção de menores restrições à efetivação das medidas em análise.

Por fim, o art. 17-J³⁵³ prevê a competência concorrente do Poder Judiciário para conceder medidas provisórias em relação a processos arbitrais. Nas considerações da Uncitral o redator da emenda comenta que a intenção deste artigo é manter o poder do Judiciário para concessão de medidas urgentes, mas que não deve ser visto como uma

(2) Qualquer determinação feita pelo tribunal com fundamento do parágrafo (1) deste artigo deve ser efetiva somente com o propósito do requerente de reconhecer e cumprir a medida provisória. O tribunal no qual o reconhecimento e a execução são buscados não deve, ao fazer esta determinação, fazer uma revisão do mérito da medida provisória.” (tradução livre)

Original em inglês: “**Article 17-I. Grounds for refusing recognition or enforcement**

(1) Recognition or enforcement of an interim measure may be refused only:

(a) At the request of the party against whom it is invoked if the court is satisfied that:

- (i) Such refusal is warranted on the grounds set forth in article 36 (1) (a)(i), (ii), (iii) or (iv); or (ii) The arbitral tribunal’s decision with respect to the provision of security in connection with the interim measure issued by the arbitral tribunal has not been complied with; or
- (iii) The interim measure has been terminated or suspended by the arbitral tribunal or, where so empowered, by the court of the State in which the arbitration takes place or under the law of which that interim measure was granted; or

(b) If the court finds that:

- (i) The interim measure is incompatible with the powers conferred upon the court unless the court decides to reformulate the interim measure to the extent necessary to adapt it to its own powers and procedures for the purposes of enforcing that interim measure and without modifying its substance; or
- (ii) Any of the grounds set forth in article 36 (1)(b)(i) or (ii), apply to the recognition and enforcement of the interim measure.

(2) Any determination made by the court on any ground in paragraph (1) of this article shall be effective only for the purposes of the application to recognize and enforce the interim measure. The court where recognition or enforcement is sought shall not, in making that determination, undertake a review of the substance of the interim measure.”

³⁵³ “**Artigo 17. Medidas provisórias ordenadas pelos tribunais judiciais**

Um tribunal judicial deverá ter a mesma competência para conceder medidas provisórias em relação a procedimento arbitral, independente da sede deste ser no seu território, que ele tem em relação aos procedimentos nos seus tribunais. Esse tribunal deverá exercer seus poderes de acordo com os seus próprios procedimentos e levando em consideração os aspectos específicos da arbitragem internacional.” (tradução livre)

Original em inglês: “**Article 17- J. Court-ordered interim measures**

A court shall have the same power of issuing an interim measure in relation to arbitration proceedings, irrespective of whether their place is in the territory of this State, as it has in relation to proceedings in courts. The court shall exercise such power in accordance with its own procedures in consideration of the specific features of international arbitration.

expansão dos poderes do Judiciário para intervir no procedimento arbitral (UNCITRAL A/61/17, 2006:17).

Nessa mesma conferência, a Uncitral adotou uma declaração em relação à interpretação do art. II da Convenção de Nova Iorque, recomendando que todos os Estados considerem a nova redação da Lei Modelo da Uncitral para Arbitragens Comerciais Internacionais ao redigirem novas leis arbitrais ou emendarem as leis existentes (UNCITRAL A/61/17, 2006:31).

3 Considerações sobre as propostas de harmonização existentes

A primeira consideração que pode ser realizada é a necessidade de ratificação da Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Medidas Cautelares que data de 1979. Se o Brasil aderiu à convenção similar no âmbito do Mercosul, não há mais justificativas para não aderir à Convenção Interamericana, uma vez que seus dispositivos tratam de questões muito similares.

A segunda ponderação é a possibilidade da utilização dos princípios já existentes no âmbito internacional pelo legislador pátrio na elaboração de eventual lei de cooperação jurídica internacional. Atualmente, existe um Anteprojeto de Lei de Cooperação Jurídica Internacional de iniciativa do Ministério da Justiça que contempla os princípios discutidos neste capítulo.³⁵⁴

Nesse caso, os seguintes pontos podem ser interessantes ao legislador:

- Requisitos para concessão da medida urgente seguem a lei do Estado requerente do cumprimento da medida, desde que essa concessão não seja discricionária e seja baseada em critério de ponderação entre a probabilidade de êxito e o risco de dano.
- A execução da medida segue a Lei brasileira, inclusive possibilitando ao Judiciário pátrio a requisição de prestação de caução.
- A autonomia do cumprimento da medida urgente em relação à sentença final.

³⁵⁴ Até janeiro de 2008 esse projeto ainda não tinha sido apresentado ao Congresso Nacional.

- Deve ser resguardado o direito de terceiros, inclusive com a possibilidade de oposição de embargos diretamente no Judiciário brasileiro.
- Possibilidade de apresentação da requisição diretamente pela parte interessada.
- Imposição do dever de informação à parte requerente sobre qualquer alteração ou revogação da medida perante a justiça originária.
- Possibilidade de responsabilização da parte requerente caso seja verificada a desnecessidade da medida.
- Admissibilidade da competência do Judiciário brasileiro para concessão de medidas de urgência que tenham que ser executadas em seu território ainda que o processo principal tramite em outro Estado. Nesse caso, dever de prestar informação ao juízo competente sobre a medida concedida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O pensamento crítico é possível apenas na medida em que os pontos de vista dos outros estão abertos à inspeção.

Immanuel Kant

Esse estudo teve como ponto de partida duas premissas. A primeira foi o crescimento da participação do Brasil no comércio internacional. A segunda premissa foi o aumento do volume dos litígios transnacionais decorrentes dessa maior atuação no cenário comercial internacional. Com base nessas duas premissas, a hipótese que passou a ser analisada foi de que a postura do Judiciário brasileiro não era condizente com o grau de inserção do país no comércio internacional. Por um lado, o país colocava-se como um ator ativo no comércio global e, por outro, o Judiciário pátrio não estava atento para as mudanças na ordem internacional e não possibilitava garantias adequadas para a solução dos litígios transnacionais.

As questões que guiaram a presente análise merecem ser retomadas: (i) No contexto de uma sociedade globalizada, as garantias jurisdicionais devem ultrapassar os limites territoriais? (ii) O sistema jurídico brasileiro restringe as garantias jurisdicionais ao território nacional? (iii) Apenas com o reconhecimento das sentenças proferidas no exterior, é possível garantir a prestação jurisdicional eficaz nos litígios transnacionais?

Para responder a essas indagações foi realizado um estudo prático sobre a possibilidade de cumprimento no Brasil de medidas de urgência proferidas no exterior. Em geral, quase todas as jurisdições permitem algum tipo de medida de urgência como forma de garantir o provimento final do litígio. Dessa forma, com o aumento dos litígios transnacionais, surgiu a necessidade de que essas medidas também tenham alcance internacional.

A primeira parte desta dissertação demonstrou a necessidade, no contexto de uma sociedade globalizada na qual o Brasil se insere, das garantias jurisdicionais ultrapassarem

os limites territoriais. Também foram analisados os principais meios de cooperação entre Estados para cumprimento de medidas jurídicas no âmbito internacional, a homologação da sentença estrangeira e a carta rogatória. Embora se tenha constatado a necessidade, tanto no âmbito judicial como arbitral, de cooperação jurídica internacional para garantir a eficácia também dos provimentos urgentes, verificou-se a existência de barreiras para essa cooperação. Uma medida de urgência muitas vezes não se enquadrava como uma sentença estrangeira para que pudesse ser homologada e seu cumprimento também não era permitido por carta rogatória, de acordo com o entendimento cristalizado pela jurisprudência pátria, por conter medidas de caráter executório.

A segunda parte desta dissertação realizou uma análise sobre o cumprimento pelo Judiciário brasileiro das medidas de urgência proferidas no exterior para verificar se o sistema jurídico brasileiro restringia as garantias jurisdicionais ao território nacional.

O Capítulo IV analisou as medidas de urgência nos litígios judiciais transnacionais. Com o aumento desses litígios, ganhou importância o instrumento da carta rogatória como meio de cooperação para outros atos que não fosse a homologação da sentença final do processo, como, por exemplo, uma decisão que concede uma medida de urgência. Ocorre, contudo, que a análise das cartas rogatórias executórias demonstrou que o Judiciário brasileiro impunha limites à possibilidade de cooperação por meio de rogatórias. Verificou-se que por mais de meio século o STF repetiu posicionamento desatento à realidade da ordem internacional contemporânea, denegando o *exequatur* para cumprimento de quaisquer medidas que implicassem na prática de atos executórios no país. Tal posicionamento confirmava a hipótese retomada acima de que a postura do Judiciário brasileiro não era condizente com o grau de inserção do país no comércio internacional.

Contudo, verificou-se uma evolução de posicionamento no decorrer da elaboração da presente dissertação. Isso foi possível em razão da transferência da competência para homologação de sentenças estrangeiras e concessão do *exequatur* às cartas rogatórias do STF para o STJ. E, ainda, do interesse do Subprocurador-Geral da República e do Presidente do STJ na gestão 2006-2008. Atento à realidade da ordem internacional contemporânea e a necessidade de cooperação jurídica internacional para garantia do acesso à justiça nos litígios transnacionais, o Subprocurador-Geral da República adotou uma postura favorável à cooperação internacional. Dessa, forma, ele passou a opinar pela

concessão do *exequatur* em cartas rogatórias que rogavam o cumprimento de medidas de caráter executório proveniente do exterior. Esse posicionamento foi acolhido inicialmente pelo Presidente Min. Edson Vidigal sem maiores discussões sobre o tema e, posteriormente, foi adotado pelo atual Presidente Min. Barros Monteiro que rechaçou expressamente a jurisprudência do STF sobre a matéria. Embora ainda seja possível alguma discussão sobre o tema, existe jurisprudência do STJ favorável ao cumprimento de cartas rogatórias com caráter executório no território brasileiro. Uma vez que o cumprimento de tais medidas não ofende a soberania nacional nem a ordem pública esse não deve ser denegado como regra geral, mas analisado caso a caso. Muito embora tenha havido uma evolução do posicionamento do Judiciário brasileiro com relação à matéria, a questão não se esgota, uma vez que a legislação pátria ainda não reflete as necessidades da atual conjuntura internacional.

Assim, o Capítulo V, sobre litígios arbitrais, é de grande importância para análise da harmonização da ordem jurídica interna com a ordem internacional atual. Esse meio de solução de controvérsia é largamente utilizado nas relações de comércio internacional. Até meados da década de 90, a postura do Judiciário brasileiro de não dar eficácia às cláusulas arbitrais era muito criticada e demonstrava certa alienação deste órgão à realidade internacional atual. O Brasil também era constantemente citado no âmbito internacional por não ter aderido ao sistema da Convenção de Nova Iorque, que harmoniza o reconhecimento e a execução de sentença arbitral estrangeira. Contudo, a adoção da Lei de Arbitragem em 1996 e, principalmente, a declaração da sua constitucionalidade pelo STF em 2001 demonstram uma mudança de posicionamento. Tais fatos permitiram a inserção do Brasil entre as nações que não apenas participam do comércio internacional, mas também que garantem o resultado rápido e eficaz de eventuais litígios deles decorrentes. Apesar da Lei de Arbitragem ser relativamente recente, verifica-se uma postura favorável do Judiciário brasileiro em relação à nova Lei.

No que se refere às medidas de urgência nos litígios arbitrais (tema controvertido em diversas nações) o Judiciário brasileiro tem se demonstrado à disposição das partes para medidas preparatórias aos procedimentos arbitrais, sejam eles domésticos ou estrangeiros. Além disso, a competência do árbitro para conceder medidas urgentes foi confirmada tanto pela doutrina como pela jurisprudência nacional. Pode-se afirmar que a postura do Judiciário é mais favorável à cooperação com tribunais arbitrais estrangeiros do

que com outros Judiciários. Quanto à execução de medidas de urgência proferidas em arbitragens estrangeiras, ainda é controvertida a possibilidade de que a cooperação seja feita de forma direta conforme disposto no art. 22, § 4.º, da Lei de Arbitragem. Parece que essa disposição aplica-se somente para arbitragens domésticas, sendo necessário juízo prévio de delibação pelo STJ para o cumprimento de medidas urgentes proferidas em arbitragens estrangeiras. Ainda assim, tendo em vista a mudança de posicionamento do STJ, uma medida de urgência proferida por um tribunal arbitral estrangeiro também poderá ser cumprida no país.

A terceira parte desse estudo demonstrou que a cooperação jurídica com os demais Estados, também para dar efetividade aos provimentos de urgência, não é apenas possível, mas um dever dos Estados no interesse do bom funcionamento dos diversos sistemas jurídicos co-existent na sociedade globalizada atual. Ademais, a cooperação para com outros Estados no cumprimento de medidas de urgência não ofende, como regra geral, a ordem pública ou a soberania nacional. Constatada a possibilidade de cooperação, questiona-se como resguardar os direitos dos nacionais e de terceiros. O último capítulo traz diversas propostas regionais e multilaterais para regulamentação das medidas de urgência nos litígios internacionais que são fontes interessantes para o legislador brasileiro regulamentar o tema.

Assim, pode-se dizer que o descompasso entre a participação do Brasil nas relações internacionais em contrapartida à posição do ordenamento pátrio em relação aos litígios transnacionais vem sendo mitigado. Embora tardia, verificou-se nos últimos anos uma preocupação dos Tribunais Superiores com a realidade globalizada atual e com a importância do direito internacional. Como exemplo de tal preocupação pode-se citar a mudança no posicionamento do STJ a respeito das cartas rogatórias executórias e a declaração de constitucionalidade da Lei de Arbitragem pelo STF.

O Judiciário brasileiro, assim como diversos outros, ainda está em busca de meios adequados para solucionar conflitos decorrentes da nova ordem internacional. Verifica-se que a sua postura começa a dar sinais de que está atento ao grau de inserção do país no comércio internacional.

Dessa forma, o estudo realizado constatou que a hipótese traçada não é mais correta em 100% dos casos. Embora se reconheça uma evolução do Judiciário brasileiro, ainda é necessário que a jurisprudência consagre esse novo entendimento e que haja uma reforma

na legislação pátria. Ao contrário, tais esforços não poderão ser considerados sinalização positiva para comerciantes e investidores que pretendam intensificar suas relações com o Brasil.

* * *

Constatada a necessidade de cooperação do Judiciário brasileiro com os demais órgãos judiciais e arbitrais para dar eficácia aos provimentos de urgência proferidos no exterior, três ponderações podem ser realizadas e estão abertas para maiores discussões na doutrina e na jurisprudência e poderão ser consideradas pelo legislador em debates a respeito de qualquer projeto de lei que inclua disposições sobre a cooperação jurídica internacional.

A primeira ponderação é se ainda há necessidade de diferenciar a ação de homologação de sentença estrangeira da carta rogatória.

Há mais de meio século, os dois procedimentos são de competência do Judiciário e as mesmas possibilidades de defesa são garantidas às partes. Ademais, resta claro que existem outras decisões que não “sentenças” estrangeiras que também necessitam passar pelo procedimento de delibação para que tenham eficácia no território nacional. Além disso, não há razões para restringir às partes a capacidade de ajuizar ações de homologação e aos órgãos do Judiciário estrangeiro solicitar cumprimento de cartas rogatórias. Por motivos de celeridade, deveria ser permitido à parte apresentar diretamente solicitação de cumprimento de medida rogada por autoridade estrangeira. Da mesma forma, pode haver casos em que o Estado estrangeiro possa ter interesse em ver uma decisão reconhecida no Brasil e queira ajuizar ação de homologação de sentença estrangeira. Por tais razões, deve-se considerar a unificação dos procedimentos para permitir a cooperação com a autoridade estrangeira de forma mais ampla.

A segunda ponderação é a necessidade de regulamentação da cooperação jurídica internacional para resguardar os direitos dos nacionais.

Uma vez dito que se deve cooperar cada vez mais e de forma mais direta com as autoridades judiciais e arbitrais estrangeiras, surge a necessidade de regulamentação dessa

cooperação. Nesse sentido, verifica-se a existência de diversas tentativas de harmonização dessas regras no âmbito internacional. Para demonstrar a necessidade de regulamentar a cooperação jurídica internacional toma-se como exemplo as medidas de urgência nos litígios transnacionais. Inicialmente, há necessidade de esclarecer quem detém a competência para concessão de tais medidas. Uma opção seria a competência do juízo estrangeiro e a permissão da execução de medidas urgentes proferidas no exterior. Outra seria a competência direta do Judiciário local para proferir uma medida de urgência em suporte a procedimento em outra jurisdição. E, por fim, uma última opção seria possibilitar a competência concorrente dos dois Judiciários. Ademais, no caso de execução das medidas proferidas em outras jurisdições, a necessidade de determinar: (i) a lei aplicável para a concessão da medida; (ii) a lei aplicável para a execução; (iii) a necessidade de prestação de garantia; (iv) o dever de informação sobre eventual revogação da medida; (v) possibilidade de apresentação de defesa pelo requerido ou terceiro interessado diretamente na jurisdição que executa a medida; (vi) bem como razões para denegação da cooperação. Interessante também seria a previsão de responsabilidade do requerente da medida urgente caso, posteriormente, seja verificado o descabimento de tal medida possibilitando, assim, evitar abuso nessas solicitações. Tal responsabilidade já existe em algumas tentativas internacionais de harmonizar o tema e seria uma excelente forma de evitar o uso abusivo de medidas de urgência.

No âmbito arbitral, seria interessante a inclusão de normas sobre o tema das medidas de urgência em uma convenção de alcance global assim como é a Convenção de Nova Iorque. Isso possibilitaria segurança às partes em socorrer-se de uma arbitragem internacional sabendo que, se necessário, terão as medidas de urgência proferidas por tal tribunal reconhecidas e executadas pelas cortes dos mais diversos países. Nobre foi a reforma na Lei Modelo de Arbitragem Comercial Internacional da Uncitral para inclusão de previsões sobre o tema. Muito embora não seja ela uma convenção internacional, verifica-se uma grande deferência à Lei Modelo. Não apenas ela foi adotada por inúmeros países, como tem servido de base para a reforma ou adoção de leis arbitrais em outros tantos. Ademais, questiona-se a necessidade de diferenciar entre as formas e procedimentos para cooperação entre os juízes para com os árbitros domésticos e para com os árbitros estrangeiros.

Por fim, a terceira ponderação que pode ser realizada é que não se verifica no ordenamento jurídico brasileiro atual vedações à cooperação jurídica internacional.

Embora seja interessante uma regulamentação sobre cooperação jurídica internacional, não há dispositivo legal que impeça a colaboração entre órgãos jurisdicionais de diversas nações. Ao contrário, posições como a que se verificou por mais de 50 anos no STF ao denegar o *exequatur* para quaisquer rogatórias com caráter executório, violam a garantia constitucional de amplo acesso à justiça. Ademais, a violação à ordem pública não pode ser utilizada indiscriminadamente como uma válvula de escape dissociada à realidade da sociedade que se insere.

Em face do acima exposto, conclui-se que os elevados índices de participação do Brasil no comércio internacional, refletindo a transnacionalização da economia local, criaram necessidades de mudanças jurídicas para assegurar o bom funcionamento da economia globalizada. Nesse sentido, o Brasil precisa dispor de meios adequados, rápidos e eficazes para solucionar os litígios comerciais transnacionais como esperado pelas partes envolvidas no comércio internacional. Sinais positivos do ordenamento jurídico brasileiro nesse sentido possibilitarão a redução do “risco país,” com a conseqüente intensificação do comércio internacional gerando maior desenvolvimento econômico.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR, Ruy Rosado de. Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdição internacional. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, ano III, n. 6, p. 180-203, jul.-dez. 2000.

ALFÉRES, Francisco J. Garcimarán. *Sobre el fundamento de la cooperacion jurídica internacional*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2001. (Colección Escuela Diplomática n. 5 – Cooperación Jurídica Internacional).

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem interna e internacional*. Questões de doutrina e da prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANDENAS, Mads; ANDREW, Neil; NAZZINI, Renato. *The future of transnational civil litigation* – The english responses to the ALI/Unidroit Draft Principles and Rules of Transnational Civil Procedure. Londres: The British Institute of International and Comparative Law, 2004.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*: arts. 154-269. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. v. 2.

ARAÚJO, Nádia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____; BASTOS, Carlos Eduardo Caputo. A Convenção Interamericana de Cartas Rogatórias e a sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, Renovar, v. 21, p. 83-106, set.-dez. 2001.

ARMELIN, Donaldo. Competência internacional. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano I, n. 2, p.131-158, abr.-jun. 1976.

_____. Jurisprudência comentada – Medida cautelar incidental. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, RT, v. 3, p. 209-220, set.-dez. 2004.

ARRUDA ALVIM. *Ensaio sobre a litispendência no direito processual civil*. São Paulo: RT, 1970. v. 2.

ASSIM, João Afonso Silveira de; VIRMOND, Eduardo. Medida cautelar inominada para assegurar a prática de atos em arbitragem instaurada no exterior. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, RT, v. 5, p. 279-288, abr.-jun. 2005.

BARBOSA, Rui. *Elogios acadêmicos e orações de paraninfo*. São Paulo: Revista da Língua Portuguesa, 1924.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Problemas relativos a litígios internacionais. *Temas de direito processual. 5.ª Série*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 139-161.

_____. Garantia constitucional do direito à jurisdição – Competência internacional da Justiça brasileira – Prova do direito estrangeiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 343, p. 275-291, 1998.

BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988)*. Pré-constitucionalismo. O Estado. Constituição. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1. (arts.1.º a 4.º).

_____. *Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988)*. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 4, t. III. (arts. 92 a 126).

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado elementar de direito internacional privado* – Parte Especial. São Paulo: RT, 1961. v. 2.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003b.

BENETI, Sidnei Agostinho. Arbitragem e tutelas de urgência. *Revista do Advogado*, v. 26, n. 87, p. 100-108, set. 2006.

_____. Processo civil supranacional, União Européia e Mercosul. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, Renovar, v. 14, p.17-28, maio-ago. 1999.

BERMANN, George A. Provisional relief in transnational litigation. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 35, p. 553-617, 1997.

BERMUDES, Sérgio. Medidas coercitivas e cautelares no processo arbitral. In: MARTINS, Pedro Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (coord.). *Reflexões sobre Arbitragem*. São Paulo: LTr, 2002. p. 276-282.

BEVILÁQUA, Clovis. *Princípios elementares de direito internacional privado*. 2. ed. Rio Janeiro: Freitas Bastos, 1934.

BORN, Gary B. *International commercial arbitration, commentary and materials*. Haia: Kluwer Law International, 2001.

BRIGGS, Adrian; RESS, Peter. *Civil jurisdiction and judgments*. 3. ed. Londres: LLP, 2002.

BRIGGS, Arthur. *Cartas rogatorias internacionais*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1913.

BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*. 4. ed. Trad. port. V. R. Stockinger (coord.). *Princípios de direito internacional público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

CALIXTO, Negi. O processo cautelar no direito internacional privado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 124, p. 124-191, out.-dez. 1994.

CAPPELLETTI, Mauro. *The judicial process in comparative perspective*. Oxford: Clarendon Press, 1988.

_____; GARTH, Bryant. *Acces to Justice: the world movement to make rights effective*. Trad. port. Ellen Gracie Northfleet. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo – Um comentário à Lei n. 9.307/96*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. Das boas relações entre os juízes e os árbitros. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, v. 87, p. 88, 1997.

_____. (expositor) Medidas cautelares em processo arbitral: a solução da lei brasileira e as experiências estrangeiras. *Seminário Internacional sobre Direito Arbitral 1*, Belo Horizonte: Câmara de Arbitragem de Minas Gerais, 2003. p. 111-134.

CARNELUTTI, Francesco. Limiti della giurisdizione del giudice italiano. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 8, p. 218-219, 1931.

CASELLA, Paulo Borba. *Direito internacional: vertente jurídica da globalização*. Porto Alegre: Síntese, 2000.

_____. (coord.). *Arbitragem, lei brasileira e a praxe internacional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997.

_____; ARAUJO, Nádia de (coords.). *Integração jurídica interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998.

CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

COLLINS, Lawrence. *Essays in international litigation and the conflict of laws*. Oxford: Clarendon Press, 1994.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988: arts. 1.º a 5.º, I a LXVII*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. v. 1.

_____. *Comentários à Constituição brasileira de 1988: arts. 92 a 144*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. v. 6.

CRETELLA NETO, José. *Comentários a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DALL'AGNOL, Antonio. *Do processo de conhecimento* (arts. 102 a 242). São Paulo: RT, 2000. (Comentários ao Código de Processo Civil, v. 2).

DERANI, Cristiane; COSTA, José Augusto Fontoura. *Globalização & soberania*, Curitiba: Juruá, 2004.

DIAS DA SILVA, Agostinho Fernandes. *Direito processual internacional*. Rio de Janeiro: Villani: 1971.

_____. *Introdução ao direito internacional privado: Parte especial – os conflitos de leis no espaço* (principalmente em face do direito brasileiro). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. t. II.

_____. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004.

DOLINGER, Jacob. As soluções da Suprema Corte brasileira para os conflitos entre o direito interno e o direito internacional: Um exercício de ecletismo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 334, p. 71-107, abr.- maio 1996.

_____. Da “dignidade da diferença” ao moderno direito internacional privado. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 373, p. 113-120, maio-jun. 2004.

_____. *Direito internacional privado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996b.

_____; TIBÚRCIO, Carmen. *Direito internacional privado (parte especial): arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DONOVAN, Donald. The allocation of authority between courts and arbitral tribunals to order interim measures. *New horizons in International Commercial Arbitration and Beyond – ICCA*. International Arbitration Congress, Kluwer: The Hague, 2005. p. 203-241.

EPSTEIN, David; SNYDER, Jeffrey L. *International litigation: aguide to jurisdiction, practice and strategy*. 2. ed. New York: Aspen Law & Business, 1999.

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. Reforma Constitucional em período de globalização econômica. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 98, p. 253-265, 2003.

FERREIRA, Márcio Vieira Souto Costa. O cumprimento de medidas cautelares nos processos transnacionais. In: CASELLA, Paulo Borba; ARAUJO, Nádia de (coords.). *Integração jurídica interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução* – Análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996. São Paulo: RT, 1999.

FIX-FIERRO, Héctor. *Courts, justice and efficiency*. Oregon: Oxford and Portland, 2003.

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Aspectos fundamentais de processo arbitral e pontos de contato com o Judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 106, p. 189-216, 2002.

GEIMER, Reinhold. *Internationales Zivilprozessrecht*. 5. ed. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2005.

GIDI, Antonio. Normas transnacionais de processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 26, v. 102, p.183-217, abr.-jun. 2001.

GILLES, Peter. *Transnationales Prozessrecht: Deutsche Landsberichte zur Weltkonferenz für Prozessrecht in Taormina, Sizilien*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1995.

GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho internacional privado, derecho de la tolerancia*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1977.

GOMES, Eduardo Biacchi. A supranacionalidade e os blocos econômicos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 13, p. 310- 335, out.-dez. 2005.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 1, 2 e 3.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias na cooperação internacional em matéria penal. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 373, p. 3-18, maio-jun. 2004.

_____. *As grandes transformações do direito processual*, 2006. Disponível em: <http://www.uvb.com.br/main/posgraduacao/DireitoProcessual/AulasImpressas/DP_Aula07_obrigatoria.pdf>. Acesso em: 23 maio 2006.

_____. *O processo* – Estudos e Pareceres. São Paulo: Perfil, 2005.

_____; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988.

HAGE, José Alexandre Altahyde. Posturas racionalistas no direito econômico internacional: o espírito de cooperação e multilateralismo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 13, p. 292-309, out.-dez. 2005.

HANOTIAU, Bernard. A experiência da cautelar pré-arbitral na CCI. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, RT, n. 17, p. 327, 2002.

HAZARD, Geogrey. Fundamental principles of transnational civil procedure. *Journals of International Law and Politics*, Nova Iorque, v. 33, n. 3, 785-792, 2001. Disponível em: <<http://www.law.nyu.edu/journals/jilp/issues/33>>. Acesso em: 23 maio 2006.

_____; et al. Introduction to the Principles and Rules of Transnational Civil Procedure. *Journals of International Law and Politics*, Nova Iorque, v. 33, n. 3, p. 769-784, 2001. Disponível em: <<http://www.law.nyu.edu/journals/jilp/issues/33>>. Acesso em: 23 maio 2006.

_____; TARUFFO, Michele. Normas Transnacionais de Processo Civil. Trad. Antonio Gidi. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, v. 102, ano 26, p. 197-218, abr.-jun. 2001.

HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença estrangeira e lex mercatoria, horizontes e fronteiras do comércio internacional*. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito. São Paulo: Universidade de São Paulo, São Paulo, 1991. 233 f.

JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do conflito de jurisdições – A competência internacional da justiça brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

JOHNSOHN, Adam. Interim measures under the draft principles and rules of transnational civil procedure: some reflections from the english perspective. In: ANDENAS, Mads; ANDREW, Neil; NAZZINI, Renato. *The future of transnational civil litigation – The english responses to the ALI/Unidroit Draft Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*. Londres: The British Institute of International and Comparative Law, 2004.

KISSINGER, Henry. *Diplomacy*. Nova York: Simon & Schuster Paperbacks, 1994.

KLEEBANK, Susan. *Cooperação judiciária por via diplomática, avaliação e propostas de atualização do quadro normativo*. Brasília: Funag, 2004.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro, com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

LEMES, Selma Maria Ferreira. A inteligência do art. 19 da Lei de Arbitragem (instituição da Arbitragem) e as medidas cautelares preparatórias. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, RT, n. 20, p. 411-423, 2003.

LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KROLL, Stefan. *Comparative commercial arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira; NEY, Rafael de Moura Rangel. Revogação de medida liminar judicial pelo juízo arbitral. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem interna e internacional*. Questões de doutrina e da prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LOEWENSTEIN, Karl. Sovereignty and International Co-operation. *The American Journal of International Law*, v. 48, n. 2, p. 222-244, abr. 1954.

LOWENFELD, Andreas F. *International litigation and arbitration*. 2. ed. St. Paul: West Group, 2002.

_____. *International litigation and the quest for reasonableness, essays in private international law*. Oxford: Clarendon Press, 1996.

MACHADO, Maíra Rocha. Cooperação penal internacional e o intercâmbio de informações bancárias: as decisões do STF sobre a quebra de sigilo em cartas rogatórias. In: MACHADO, Maíra Rocha; REFINETTI, Domingos Fernando. *Lavagem de dinheiro e recuperação de ativos: Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suíça*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 105-110.

MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. *A renúncia à imunidade de jurisdição pelo Estado brasileiro e o novo direito de imunidade de jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003c.

_____. Brasil: monista ou dualista. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz (org.). *Temas atuais de direito*. Brasília: Editora Universa, 2003b, p. 3-12.

_____. O Brasil e a Jurisprudência do STF na Idade Média da Cooperação Internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, v. 13, n. 54, p. 291- 311, 2005.

_____. Um olhar internacionalista sobre jurisdição. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz (org.). *Temas atuais de direito*. Brasília: Editora Universa, 2003a, p. 13-38.

MAGALHÃES, José Carlos de. As leis da concorrência e a globalização – A competência extraterritorial do Cade. In: *Instituto Roberto Simonsen – Estudos, Documentos e Debates*. Reunião do Conselho Superior de Assuntos Jurídicos e Legislativos realizada em 30 de setembro de 2000 na sede da FIESP/CIESP, 2000b. p. 9- 36.

_____. A tutela antecipada no processo arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 4, p. 11- 20, 2005b.

_____. *O direito econômico internacional – Tendências e perspectivas*. Curitiba: Juruá, 2005.

_____. O Protocolo de Las Leñas e a eficácia extraterritorial das sentenças e laudos arbitrais proferidos nos países do Mercosul. *Revista de Informação Legislativa*, n. 144, p. 281-291, out.-dez. 1999.

_____. *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional – Uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MANN, F. A. The doctrine of jurisdiction in international law. 111 [Hague] *Recueil des Cours*, v. 81, p. 9-162, 1969.

MARCATO, Antonio Carlos. *Aspectos transnacionais do direito processual*. Cooperação internacional no processo civil e administrativo. Relatório apresentado pelo autor no V Congresso Mundial da Associação de Direito Processual, realizado em Taormina, Itália, em setembro de 1995.

MARQUES, Claudia Lima; ARAUJO, Nádia de. *O novo direito internacional: Estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MARTINS, Pedro Batista. Da ausência de poderes coercitivos e cautelares do árbitro. In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

McCLEAN, David. *International co-operation in civil and criminal matters*. Oxford: Oxford Press, 2002.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Da competência internacional e dos princípios que a informam. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, v. 50, p. 51-71, 1988.

MÖLLER, Gustav. On interim measures of protection and finnish Arbitration Law. In: EINHORN, Talia; SIEHR, Kurt (editores). *Intercontinental cooperation through private international law: essays in memory of Peter E. Nygh*. Haia: T. C. M. Asser Press, 2004. p. 249-261.

MORELLI, Gaetano. *Derecho procesal civil internacional*. Buenos Aires: Ejea, 1953.

MORRISON, Alan B. *Fundamentals of american law*. New York University School of Law, New York: Oxford University Press, 1999.

NAZZINI, Renato. Transnational Litigation and ADR: the philosophy of the CPR. In: ANDENAS, Mads; ANDREW, Neil; NAZZINI, Renato. *The future of transnational civil litigation – The english responses to the ALI/Unidroit Draft Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*. Londres: The British Institute of International and Comparative Law, p. 91-108, 2004.

OCTAVIO, Rodrigo. *Direito do estrangeiro no Brazil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1909.

PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). *Direito da integração e relações internacionais: Alca, Mercosul e EU*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001.

PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?* fev. 2003. Disponível em: <http://www.econ.puc-rio.br/gfranco/direito_e_economia_num_mundo_globalizado.pdf>. Acesso em: 23 maio 2006.

PINHEIRO CARNEIRO, Paulo Cezar. Aspectos processuais da nova Lei de Arbitragem. In: CASELLA, Paulo Borba (coord.). *Arbitragem, lei brasileira e a praxe internacional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997.

PINTO FERREIRA. *Comentários à Constituição brasileira: arts. 92 a 126*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 4.

PIRES, Alice Catarian de Souza; FONSECA, Amanda Gonçalves; CROSHIRE, Indira Lima. *Solução de controvérsias no Mercosul*. São Paulo: LTr, 1998.

PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*. 2. ed. São Paulo: Lax Limonad, 1953. v. 3. (arts. 98-140).

_____. *Comentários à Constituição de 1967*. 2. ed. São Paulo: RT, 1970. t. IV (arts. 118-153).

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense; Brasília: INL, 1973. t. III (arts. 154-281).

_____. *Tratado das ações*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: RT: 1974. t. III.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva: 1980.

RIBEIRO, Darci Guimarães. O processo cautelar no Mercosul. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 24, n. 94, p. 181-192, abr.-jun. 1999.

RODAS, João Grandino. *Direito internacional privado brasileiro*. São Paulo: RT, 1993.

_____. Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais. In: RODAS, João Grandino (coord.). *Contratos internacionais*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

SAMPAIO, Francisco José Marques. A Constituição e o direito internacional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 373, p. 69-84, maio-jun. 2004.

SCHWARTZ, Eric A. The practice and experience of the ICC Court. In: INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, International Court of Arbitration Bulletin, *Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration*. Paris: ICC Publishing, 1993.

SILVA, Jorge Alberto. *Derecho internacional sobre el proceso – Procesos civil y comercial*. México: McGraw-Hill, 1997.

SILVA NETO, Orlando Celso da. *A unificação do direito processual civil internacional: As normas unificadoras de cooperação judiciária no Mercosul e União Européia*. Dissertação (Mestrado) Faculdade de Direito. São Paulo: Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000. 204f.

SOARES, Guido Fernandes Silva. *Das imunidades de jurisdição e de execução*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

STRENGER, Irineu. *Comentários à Lei brasileira de Arbitragem*. São Paulo: LTr, 1998.

TARTUFFO, Michele. *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1999,

TEITZ, Louise Ellen. *Transnational litigation*. Charlottesville: Michie Law Publishers, 1996.

TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Nacional, 1942.

TIBÚRCIO, Carmen. As cartas rogatórias no direito brasileiro no âmbito do Mercosul. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 348, p.77-88, 1995.

_____. Três temas de processo internacional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, ano 94, v. 794, p. 159-178, dez. 2001.

TIBÚRCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (Orgs.). *O direito internacional contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

UNCITRAL. *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its thirty-ninth session*. 19 jun.-7 jul. 2006 (A/61/17). Nova Iorque: United Nations, 2006.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. *Seleção de Textos da obra de Erik Jayme*. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre: PPG Dir/EFRGS, 20003. v. 1, n. 1, março 2003.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado, em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos estados americanos – Parte Especial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978. v. 3.

VAN DEN BERG, Albert Jan (editor). *International arbitration 2006: back to basic?* Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2007.

VEEDER, V. V. The need for cross-border enforcement of interim measures ordered by a State Court in support of the international arbitration process. *New horizons in International Commercial Arbitration and Beyond – ICCA International Arbitration Congress*, Kluwer: The Hague, p. 242-271, 2005.

VESCOVI, Enrique. Hacia un proceso civil universal. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, v. 93, ano 24, p. 179-190, jan.-mar. 1999.

WALD, Arnoldo. Novos rumos para a arbitragem no Brasil. *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e de Arbitragem*, São Paulo, RT, v. 14, ano 4, p. 341-356, out.-dez. 2001.

WALTER, Gehard; BRUNNEN, Christoph. Interim measures and arbitration – Impact of the ILA Principles on Provisional and Protective Measures in International Litigation on the Draft Provisions on Interim Measures of Protection of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. In: EINHORN, Talia; SIEHR, Kurt (editores). *Intercontinental cooperation through private international law: essays in memory of Peter E. Nygh*. Haia: T. C. M. Asser Press, 2004, p. 469-487.

YESILIRMAK, Ali. *Provisional measures in international commercial arbitration*. Haia: Kluwer, 2005.

Outros Documentos:

AMERICAN LAW INSTITUTE. *ALI/UNIDROIT Principles of transnational civil procedure, as adopted and promulgated*. Washington: Cambridge University Press, 2004.

AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW. *Proceedings of the 99th Annual Meeting*. mar.-abr. 2005.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Justiça. *Cartas Rogatórias: manual de instrução para cumprimento*. Brasília, 1995.

ESCUELA DIPLOMÁTICA. *Cooperación Jurídica Internacional*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2001. (Colección escuela diplomática n. 5).

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. International Court of Arbitration Bulletin, *Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration*, Paris: ICC Publishing, 1993.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. *Report of the Sixty-Seven Conference held at Helsink*, Finlândia, ago.1996.

UNCITRAL, documento A/61/17, 2006.

ANEXOS

1 Princípios de Medidas Provisórias e de Proteção nos Litígios Internacionais, ILA

PRINCIPLES ON PROVISIONAL AND PROTECTIVE MEASURES IN INTERNATIONAL LITIGATION

SCOPE OF PRINCIPLES

1. Provisional and protective measures perform two principal purposes in civil and commercial litigation:
 - (a) to maintain the status quo pending determination of the issues at trial; or
 - (b) to secure assets out of which an ultimate judgment may be satisfied.
2. These Principles are intended to be of general application in international litigation. But they were drafted bearing in mind a paradigm case under category (b) above of measures to freeze the assets of defendant held in the form of sums on deposit in a bank account with a third party bank.

NATURE OF THE REMEDY

3. States should make available without discrimination provisional and protective measures with the objective of securing assets out of which an ultimate judgment may be satisfied.
4. The grant of such relief should be discretionary. It should be available:
 - (a) on a showing of a case on the merits on a standard of proof which is less than that required for the merits under the applicable law; and
 - (b) on a showing that the potential injury to the plaintiff outweighs the potential injury to the defendant.
5. The defendant should not be entitled to hide his assets behind a corporate veil.
6. The plaintiff should ensure that the defendant be informed promptly of the order, notwithstanding any formal legal requirements for service of the order and legal consequences which may flow from service.
7. The defendant should have the right to be heard within a reasonable time and to object to the provisional and protective measure ordered.
8. The court should have authority to require security or other conditions from the plaintiff for the injury to the defendant or to third parties which may result from the granting of the order. In determining whether to order security, the court should consider the availability of the plaintiff to respond to a claim for damages for such injury.

9. Provision should be made for access to information either through operation of law or by court order in appropriate cases as to the defendant's assets.

ANCILLARY PROCEEDINGS

10. The jurisdiction to grant provisional and protective measures should be independent from jurisdiction on the merits.
11. The mere presence of assets within a country should be a sufficient basis for the jurisdiction to grant provisional and protective measures in respect of those assets.
12. It should be a condition for the court exercising jurisdiction to grant provisional and protective measures that a substantive action is filed within a reasonable time either in the forum (if it has substantive jurisdiction) or abroad (but the court shall not act in aid of a substantive action abroad if there is no reasonable possibility of the judgment rendered on the substance in the foreign court being enforceable in the forum).
13. The provisional and protective measures should be valid for a specified limited time. The court should consider renewal in the light of developments in the court where the substantive action is underway.
14. There may be scope for the court exercising substantive jurisdiction to play a supervisory role, on the application of the defendant, over provisional and protective measures granted in other countries, considering in particular whether in aggregate those measures are justifiable in the light of the action as a whole, and the amount claimed in it.
15. The applicant for provisional and protective measures must inform the requested court of the current status of the proceedings for provisional and protective measures and on the merits in other countries. The possibility is not even excluded of states conferring on their courts permission, where authorised, to communicate directly with the relevant judicial authorities in other countries.

TERRITORIAL SCOPE

16. Where the court is properly exercising jurisdiction over the substance of the matter, it should have the power to issue provisional and protective orders addressed to a defendant personally to freeze his assets, irrespective of their location.
17. Where the court is not exercising jurisdiction over the substance of the matter, and is exercising jurisdiction purely in relation to grant of provisional and protective measures, its jurisdiction shall be restricted to assets located within the jurisdiction. Subject to international law, national rules (including rules of conflict of laws) will determine the location of assets.

CROSS BORDER RECOGNITION AND INTERNATIONAL JUDICIAL ASSISTANCE

18. At the request of a party, a court may take into account orders granted in other jurisdictions.
19. Further, a court should co-operate where necessary in order to achieve the efficacy of orders issued by other courts, and consider the appropriate local remedy.
20. This may require an extended recognition of foreign court orders. The fact that an order is provisional in nature, rather than final and conclusive, should not by itself be an obstacle to recognition or enforcement.

FORUM ARRESTI AND FORUM PATRIMONI

21. The fact that the court has granted a provisional and protective measure does not in itself found jurisdiction over the substantive claim, whether or not limited to the value of the frozen assets.

INTERIM PAYMENTS

22. The procedure in domestic law under which the court may order an interim payment (i.e. an outright payment to the plaintiff which may be subsequently revised on final judgment) is not a provisional and protective measure in the context of international litigation.

2 Normas Transnacionais de Processo Civil, ALI / Unidroit

(extratos)

2. Jurisdiction Over Parties

(...)

- 2.3 A court may grant provisional measures with respect to a person or to property in the territory of the forum state, even if the court does not have jurisdiction over the controversy.”

8 Provisional and Protective Measures

- 8.1 The court may grant provisional relief when necessary to preserve the ability to grant effective relief by final judgment or to maintain or otherwise regulate the status quo. Provisional measures are governed by the principle of proportionality.
- 8.2 A court may order provisional relief without notice only upon urgent necessity and preponderance of considerations of fairness. The applicant must fully disclose facts and legal issues of which the court properly should be aware. A person against whom ex parte relief is directed must have the opportunity at the earliest practicable time to respond concerning the appropriateness of the relief.
- 8.3 An applicant for provisional relief should ordinarily be liable for compensation of a person against whom the relief is issued if the court thereafter determines that the relief should not have been granted. In appropriate circumstances, the court must require the applicant for provisional relief to post a bond or formally to assume a duty of compensation.

3 Lei Modelo de Arbitragem Comercial Internacional, Uncitral (conforme alteração de 2006)

Chapter IV A. Interim measures and preliminary orders³⁵⁵

Section 1. Interim measures

Article 17. Power of arbitral tribunal to order interim measures

1. Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party, grant interim measures.
2. An interim measure is any temporary measure, whether in the form of an award or in another form, by which, at any time prior to the issuance of the award by which the dispute is finally decided, the arbitral tribunal orders a party to:
 - (a) Maintain or restore the status quo pending determination of the dispute;
 - (b) Take action that would prevent, or refrain from taking action that is likely to cause, current or imminent harm or prejudice to the arbitral process itself;
 - (c) Provide a means of preserving assets out of which a subsequent award may be satisfied; or
 - (d) Preserve evidence that may be relevant and material to the resolution of the dispute.

Article 17 A. Conditions for granting interim measures

1. The party requesting an interim measure under article 17, paragraph 2 (a), (b) and (c) shall satisfy the arbitral tribunal that:
 - (a) Harm not adequately reparable by an award of damages is likely to result if the measure is not ordered, and such harm substantially outweighs the harm that is likely to result to the party against whom the measure is directed if the measure is granted; and
 - (b) There is a reasonable possibility that the requesting party will succeed on the merits of the claim. The determination on this possibility shall not affect the discretion of the arbitral tribunal in making any subsequent determination.
2. With regard to a request for an interim measure under article 17, paragraph 2 (d), the requirements in paragraph 1 (a) and (b) of this article shall apply only to the extent the arbitral tribunal considers appropriate.

Section 2. Preliminary orders

Article 17 B. Applications for preliminary orders and conditions for granting preliminary orders

³⁵⁵ Conforme aprovada pelo Working Group II (Arbitragem), na 39ª sessão realizada em Nova Iorque de 19.jun. até 7.jul.2006. Documento A/61/17. Disponível em <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/V06/558/15/PDF/V0655815.pdf?OpenElement>>, último acesso em 16.abr.2007, às 15h.47min.

1. Unless otherwise agreed by the parties, a party may, without notice to any other party, make a request for an interim measure together with an application for a preliminary order directing a party not to frustrate the purpose of the interim measure requested.
2. The arbitral tribunal may grant a preliminary order provided it considers that prior disclosure of the request for the interim measure to the party against whom it is directed risks frustrating the purpose of the measure.
3. The conditions defined under article 17 A apply to any preliminary order, provided that the harm to be assessed under article 17 A, paragraph 1 (a), is the harm likely to result from the order being granted or not.

Article 17 C. Specific regime for preliminary orders

1. Immediately after the arbitral tribunal has made a determination in respect of an application for a preliminary order, the arbitral tribunal shall give notice to all parties of the request for the interim measure, the application for the preliminary order, the preliminary order, if any, and all other communications, including by indicating the content of any oral communication, between any party and the arbitral tribunal in relation thereto.
2. At the same time, the arbitral tribunal shall give an opportunity to any party against whom a preliminary order is directed to present its case at the earliest practicable time.
3. The arbitral tribunal shall decide promptly on any objection to the preliminary order.
4. A preliminary order shall expire after twenty days from the date on which it was issued by the arbitral tribunal. However, the arbitral tribunal may issue an interim measure adopting or modifying the preliminary order, after the party against whom the preliminary order is directed has been given notice and an opportunity to present its case.
5. A preliminary order shall be binding on the parties but shall not be subject to enforcement by a court. Such a preliminary order does not constitute an award.

Section 3. Provisions applicable to interim measures and preliminary orders

Article 17 D. Modification, suspension, termination

The arbitral tribunal may modify, suspend or terminate an interim measure or a preliminary order it has granted, upon application of any party or, in exceptional circumstances and upon prior notice to the parties, on the arbitral tribunal's own initiative.

Article 17 E. Provision of security

1. The arbitral tribunal may require the party requesting an interim measure to provide appropriate security in connection with the measure.
2. The arbitral tribunal shall require the party applying for a preliminary order to provide security in connection with the order unless the arbitral tribunal considers it inappropriate or unnecessary to do so.

Article 17 F. Disclosure

1. The arbitral tribunal may require any party promptly to disclose any material change in the circumstances on the basis of which the measure was requested or granted.
2. The party applying for a preliminary order shall disclose to the arbitral tribunal all circumstances that are likely to be relevant to the arbitral tribunal's determination whether to grant or maintain the order, and such obligation shall continue until the party against whom the order has been requested has had an opportunity to present its case. Thereafter, paragraph 1 of this article shall apply.

Article 17 G. Costs and damages

The party requesting an interim measure or applying for a preliminary order shall be liable for any costs and damages caused by the measure or the order to any party if the arbitral tribunal later determines that, in the circumstances, the measure or the order should not have been granted. The arbitral tribunal may award such costs and damages at any point during the proceedings.

Section 4. Recognition and enforcement of interim measures

Article 17 H. Recognition and enforcement

1. An interim measure issued by an arbitral tribunal shall be recognized as binding and, unless otherwise provided by the arbitral tribunal, enforced upon application to the competent court, irrespective of the country in which it was issued, subject to the provisions of article 17 I.
2. The party who is seeking or has obtained recognition or enforcement of an interim measure shall promptly inform the court of any termination, suspension or modification of that interim measure.
3. The court of the State where recognition or enforcement is sought may, if it considers it proper, order the requesting party to provide appropriate security if the arbitral tribunal has not already made a determination with respect to security or where such a decision is necessary to protect the rights of third parties.

Article 17 I. Grounds for refusing recognition or enforcement³⁵⁶

1. Recognition or enforcement of an interim measure may be refused only:

(a) At the request of the party against whom it is invoked if the court is satisfied that:

- (i) Such refusal is warranted on the grounds set forth in article 36, paragraph 1 (a)(i), (ii), (iii) or (iv); or
- (ii) The arbitral tribunal's decision with respect to the provision of security in connection with the interim measure issued by the arbitral tribunal has not been complied with; or
- (iii) The interim measure has been terminated or suspended by the arbitral tribunal or, where so empowered, by the court of the State in which the arbitration takes place or under the law of which that interim measure was granted; or

(b) If the court finds that:

- (i) The interim measure is incompatible with the powers conferred upon the court unless the court decides to reformulate the interim measure to the extent necessary to adapt it to its own powers and procedures for the purposes of enforcing that interim measure and without modifying its substance; or
- (ii) Any of the grounds set forth in article 36, paragraph 1 (b)(i) or (ii), apply to the recognition and enforcement of the interim measure.

2. Any determination made by the court on any ground in paragraph 1 of this article shall be effective only for the purposes of the application to recognize and enforce the interim measure. The court where recognition or enforcement is sought shall not, in making that determination, undertake a review of the substance of the interim measure.

Section 5. Court-ordered interim measures

Article 17 J. Court-ordered interim measures

A court shall have the same power of issuing an interim measure in relation to arbitration proceedings, irrespective of whether their place is in the territory of this State, as it has in relation to proceedings in courts. The court shall exercise such power in accordance with its own procedures in consideration of the specific features of international arbitration.

³⁵⁶ The conditions set forth in article 17 I are intended to limit the number of circumstances in which the court may refuse to enforce an interim measure. It would not be contrary to the level of harmonization sought to be achieved by these model provisions if a State were to adopt fewer circumstances in which enforcement may be refused.