

ANOTAÇÕES SOBRE O ANTEPROJETO DE LEI DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL¹

Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva²

INTRODUÇÃO

A Comissão para Elaboração de Anteprojeto de Lei de Cooperação Jurídica Internacional, instituída pelo Ministério da Justiça, é presidida por Cláudia Chagas, Secretária Nacional de Justiça, e dela fazem parte Antenor Madruga, Athos Gusmão Carneiro, Carmen Tibúrcio, Gilson Dipp, Maria Rosa Guimarães Loula, Márcio Pereira Pinto Garcia, Nadia de Araújo e Walter Nunes Júnior.

No dia 18 de abril de 2004, o ministro da Justiça, Márcio Thomaz Bastos, abriu a primeira reunião de trabalho, tendo consignado que “uma nova legislação será mecanismo importante para o combate ao crime organizado transnacional e à efetividade das decisões civis em processos internacionais... a lei facilitará os procedimentos de obtenção de provas de crimes transnacionais, de recuperação de ativos lavados e remetidos para o exterior; auxiliará na obtenção de pensão alimentícia de devedores que residem no estrangeiro, além de estabelecer procedimento para que decisões cautelares estrangeiras, como bloqueios de bens, possam ser efetivadas no Brasil”.

O Anteprojeto de Lei de Cooperação Jurídica Internacional surge no momento em que a sociedade brasileira clama pelo combate à criminalidade organizada, em especial os crimes de colarinho branco e de lavagem de dinheiro, frequentemente transnacionais, que reclamam das autoridades uma efetiva cooperação jurídica internacional.

No Relatório da Comissão de Estudos sobre Crime de Lavagem de Dinheiro, do Conselho da Justiça Federal³, foi demonstrada a necessidade de aperfeiçoamento dos acordos de cooperação jurídica internacional, como se depreende das seguintes conclusões:

Expressivo volume de bens, valores e capitais, senão a maior parte, é submetido a processos de “lavagem” no exterior, sob a égide de empresas *off shore*, especialmente pela legislação bancária e fiscal internamente permissiva e externamente hermética de alguns países. Esses paraísos fiscais, exemplificados na Instrução Normativa SRF n. 188, de 6/8/2002, são utilizados para fins ilícitos exatamente pela dificuldade de acesso às informações fiscais e bancárias. Parcerias com os Ministérios da Justiça e das Relações Exteriores são imprescindíveis para a formação desses

¹ Texto extraído das observações apresentadas em reunião científica promovida pelo Ministério da Justiça, no dia 31 de março de 2005, no Centro de Estudos do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

² Juiz Federal no Rio de Janeiro, Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, Mestre e Doutor em Direito, Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual.

³ Instituída pela Portaria 98, de 4 de setembro de 2002.

instrumentos, ainda que sob a forma de protocolos de intenções de reciprocidade. A participação do Ministério Público Federal e do Poder Judiciário na negociação e redação desses instrumentos asseguraria maior rigor técnico na formulação e adequação das cláusulas ao ordenamento jurídico interno.

No entanto, a dificuldade do Brasil em firmar acordos de cooperação internacional reside na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de que “medidas executórias, tais como uma quebra de sigilo bancário, não devem ser solicitadas por carta rogatória, pois ferem a soberania e a ordem pública nacionais”.⁴ O STF entende que tais medidas, na cooperação internacional, devem ser determinadas por uma sentença judicial transitada em julgado, o que pode ser considerado, a meu juízo, um dos motivos que levou à constituição da Comissão do Ministério da Justiça, que tem o importante papel de elaborar normas que integrem nosso país na comunidade internacional, e de rever dogmas existentes há décadas.

A AJUFE, Associação de Juízes Federais do Brasil, em 2003, elaborou o Anteprojeto de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal, cuja exposição de motivos, que transcrevo parcialmente a seguir, dá a idéia exata da magnitude e atualidade do assunto no Brasil:

As dificuldades enfrentadas pela Justiça brasileira na investigação de crimes transnacionais de grande repercussão ocorridos nos últimos anos levaram a Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE) a realizar dois seminários a respeito do assunto.

O primeiro, em abril de 2001, na cidade de São Paulo, “I Seminário sobre Cooperação Judiciária Internacional” teve o objetivo de se buscar soluções para o aperfeiçoamento da atuação de autoridades brasileiras no combate a esses graves delitos. Naquele evento, especialistas dos principais órgãos públicos envolvidos no tema apresentaram diagnósticos e propuseram soluções, indicando que, dentre outras medidas, a elaboração de uma lei brasileira de cooperação judiciária, a exemplo do que já existe em outros países, como Argentina, Espanha e Suíça, representaria um importante avanço na atuação das autoridades brasileiras nessa área.

Os números então apresentados deixaram evidente a necessidade urgente do aperfeiçoamento de nossa legislação. Verificou-se, naquele evento, que no campo da extradição, por exemplo, enquanto o Brasil havia atendido a 90% dos pedidos formulados por autoridades estrangeiras nos três anos anteriores, as autoridades brasileiras haviam sido atendidas em apenas 16% dos pedidos que haviam formulado ao exterior.

Nas solicitações de outras medidas, estudo recente realizado pelo Conselho da Justiça Federal mostrou que 70% (setenta por cento) das cartas rogatórias expedidas por autoridades brasileiras simplesmente não são atendidas. Nos poucos casos em que a carta rogatória é atendida, o

⁴ Afirmações de Antenor Madruga, expondo o tema “Funcionamento da cooperação jurídica internacional: cooperação em 1º, 2º e 3º níveis”, no Encontro Nacional sobre o Combate e a Prevenção à Lavagem de Dinheiro, organizado pelo Conselho da Justiça Federal e Ministério da Justiça, em 25 de outubro de 2004.

procedimento tem se mostrado inadequado e absolutamente ineficiente para a obtenção de medidas como bloqueio de ativos financeiros, uma vez que, até ser cumprida, o dinheiro já foi transferido diversas vezes para outros países.

.....

Diversos casos recentes, dentre os quais se destacam o envio de recursos ao exterior por fiscais de tributos no Estado do Rio de Janeiro e o desvio de verbas na construção do Fórum Trabalhista de São Paulo, demonstram também a necessidade do aumento do dever de diligência das instituições financeiras na realização de operações nas quais agentes públicos figurem como titulares ou de qualquer modo beneficiários da operação.

O estudo desses e de diversos outros casos demonstram que hoje não é mais possível a realização de uma sofisticada operação de lavagem de dinheiro sem o auxílio de uma assessoria especializada, que empreste os conhecimentos técnicos necessários para a realização, por exemplo, de abertura de empresas *off shore* em paraísos fiscais. Por esse motivo, é necessário deixar expressamente consignada em nossa legislação a responsabilidade penal de quem colabora para a realização da lavagem de dinheiro, prestando assessoria para a ocultação ou dissimulação de bens de origem ilícita.

Não se propõe, por meio deste Anteprojeto, a obrigatoriedade de comunicação de operações suspeitas por advogados, medida recomendada pelo Grupo de Ação Financeira sobre Combate a Lavagem de Dinheiro, que ainda dependerá de debate aprofundado a respeito de seu alcance, para que o sigilo profissional e o respeito às prerrogativas necessárias ao exercício da advocacia não sejam de qualquer modo atingidos pela medida. Por outro lado, é certo que nenhuma prerrogativa profissional permite o auxílio a criminosos na ocultação ou dissimulação da origem de bens obtidos de maneira ilícita.

Trata-se de conduta que poderia, desde já, ser considerada abrangida pelas leis de combate à lavagem de dinheiro, na forma de participação no delito. Nada obstante a evidência da ilicitude da conduta, pretende-se com este Anteprojeto tipificar de maneira autônoma o auxílio à lavagem de dinheiro, consistente em prestar assessoria financeira, contábil ou jurídica para a ocultação de bens, pelo efeito ao mesmo tempo repressivo e pedagógico da norma.

Finalmente, é importante ressaltar que a presente proposta, sobretudo no que se refere ao incremento e à facilitação da cooperação com autoridades estrangeiras, não atinge de forma alguma a soberania nacional, que se mantém íntegra na sua plenitude, pois o deferimento das medidas solicitadas dependerá sempre de uma decisão da Justiça brasileira. Nesse ponto, merece registro que os verdadeiros desafios hoje colocados à soberania nacional não se encontram na cooperação com autoridades estrangeiras, mas sim na atuação de organizações criminosas nas regiões de fronteira e nas grandes cidades do país, que contam com a ausência de

uma ação coordenada entre autoridades nacionais e estrangeiras para dominar territórios e colocar em risco o Estado Democrático de Direito.

No Seminário “Juizes de Fronteira”, realizado em Foz do Iguaçu, em 6 de dezembro de 2004, o Presidente da Associação dos Juizes Federais, Jorge Antônio Maurique, chegou a afirmar que *"detectamos que o excesso de burocracia dos mecanismos internos de cooperação jurídica internacional dificulta muito o combate ao crime organizado, que é uma das principais metas da Ajufe nesta gestão. Nós, juizes federais brasileiros, estamos preocupados com o aumento da macrocriminalidade em nosso país, da qual um dos piores aspectos é a lavagem de dinheiro. Para a Ajufe, o combate à lavagem é uma das maneiras mais eficazes de estancar essas atividades, por isso precisamos enfrentar esse problema com destemor e, agora, também em conjunto com os vizinhos do Mercosul"*.

A necessidade de alternativas ao atual regime interno de cooperação jurídica internacional foi levada ao Congresso Nacional. A Proposta de Emenda Constitucional (PEC) no. 152, de novembro de 1999, todavia arquivada, introduzia o §5º no art. 125 da Constituição, com o seguinte texto: *"Ao juiz da execução compete julgar a homologação de sentença estrangeira e a concessão de exequatur às cartas rogatórias"*. O suposto apoio de Ministros do Supremo Tribunal Federal às idéias contidas na referida PEC, externado quando de audiência pública na Reforma do Judiciário, como consta de suas exposições de motivos, é de ímpar importância, pois, a meu juízo, atesta a indispensabilidade de alteração constitucional, para que haja a tão almejada efetividade jurisdicional no plano internacional.

Permito-me, assim, transcrever a Exposição de Motivos da PEC-152/1999:

A Proposta de Emenda à Constituição Federal que ora submetemos à apreciação dos ilustres Pares visa transferir a competência processual para homologação de sentença estrangeira e execução de carta rogatória do Supremo Tribunal federal aos juizes de primeiro grau competentes para execução da sentença.

Hoje, o rito, criado no início do século, encontra-se inteiramente anacrônico, incompatível com o dinamismo e a crescente circulação de leis e de pessoas na sociedade moderna, sobretudo no momento em que mais e mais se caminha para a globalização da economia, com a criação de organismos multinacionais e a integração dos sistemas jurídicos.

Atualmente o cumprimento de uma sentença estrangeira entre nós passa pelo crivo de dois graus de jurisdição. Primeiramente, é apreciada pelo Supremo Tribunal Federal e, uma vez homologada, a parte ingressa com a execução de sentença perante o juiz singular. Em verdade, não há motivo relevante que justifique tal competência da Corte Constitucional, sendo esse o entendimento da doutrina e até mesmo dos próprios Ministros do Supremo Tribunal Federal, que já tiveram oportunidade de se manifestar, por ocasião audiências públicas da Reforma do Judiciário, como os Ministros Carlos Mário Velloso, Marco Aurélio Mello e José Celso Mello Filho. Todos acordam que nesses casos, a execução poderá ser feita de juízo a juízo, sem prever intervenção do Supremo Tribunal Federal. O Ministro Celso Mello chegou a citar o exemplo de uma carta rogatória do

Uruguai para execução da dívida, que poderia ter sido intimada em uma semana, porém, em face da tramitação burocrática, levou mais de oito meses para que o devedor fosse intimado.

Certo de que a presente preposição em muito contribuirá para nacionalização da prestação jurisdicional no Direito interno e a integração do Brasil na comunidade jurídica internacional, aguardo a sua aprovação.

Em julho de 2002, sustentei, em concurso público, a necessidade de competência difusa entre juízes de 1º grau, para o reconhecimento e execução de decisões judiciais estrangeiras, afirmando não haver razões principiológicas para mantê-la concentrada no Supremo Tribunal Federal. A partir de 2003, o Direito Processual Internacional passou a ser alvo de estudos e pesquisas na Universidade Federal Fluminense, junto ao Grupo de Pesquisa Efetividade da Jurisdição, que, pautado na linha de investigação “eficácia da jurisdição externa”, organizou seminários, missões e ações acadêmicas diversas, articuladas nas atividades de ensino dos Cursos de Graduação, Especialização e Pós-Graduação.

No I Seminário Direito Processual Internacional – A tutela judicial no sistema multinível (Rechtsschutz em Mehrebenensystem)⁵, da Universität Erfurt, organizado em parceria com a Universidade Federal Fluminense, em Erfurt-Alemanha, em maio de 2004, o Grupo de Pesquisa Efetividade da Jurisdição apresentou as seguintes conclusões:

Necessidade de manter como categoria de análise a concepção de soberania, que, contudo, deve ser enquadrada dentro de novas linhas, como a do “estado osmótico”, e ser retomada dentro de um novo parâmetro da teoria da integração.

Essa flexibilização e delimitação da soberania, especialmente no Brasil, implica em repensar a idéia de circulação e descentralização no reconhecimento e execução de decisões judiciais estrangeiras. Destaque-se a efetividade do modelo europeu, de aplicabilidade imediata de decisões estrangeiras, e sua possibilidade de adaptação aos sistemas jurídicos nacionais.

Naquela oportunidade, apresentei relatório sustentando o seguinte:

O reconhecimento automático das decisões estrangeiras, tendência internacional, é uma realidade positiva à efetividade da jurisdição que devemos alcançar no Brasil. A experiência européia e de países de tradição romano-germânica, autorizam vãos mais arrojados por parte do legislador brasileiro.

Não há risco de ofensa à soberania com a adoção do sistema do reconhecimento automático das decisões judiciais estrangeiras. A soberania somente seria sacrificada se fosse vedado o poder jurisdicional. A admissão voluntária de decisões judiciais estrangeiras, enquanto necessárias à efetividade da jurisdição nacional, e, portanto, do Estado de Direito, serão legítimas e fortalecerão ainda mais a soberania interna.

⁵Organização de Hermann-Josef Blanke e Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva. Transcrição de Marta Maria Alonso de Siqueira. Digitado. Português. Realizado nos dias 16 de 18 de maio de 2004, em Erfurt, Alemanha.

A possibilidade de controle judicial sobre a compatibilidade das decisões judiciais estrangeiras, em relação aos princípios fundamentais do estado brasileiro, será garantia de que não ocorrerão abusos na recepção da jurisdição estrangeira.

A competência privativa e originária do Supremo Tribunal Federal é incompatível com a proposta de incorporar no direito nacional brasileiro o sistema do reconhecimento automático das decisões judiciais estrangeiras. Não há razões de ordem principiológica para manter essa situação, valendo destacar o motivo que levou a primeira Constituição Republicana que foi evitar que juizes estaduais decidissem sobre questões de soberania e, portanto, de natureza constitucional.

A competência difusa entre os órgãos judiciais internos, para o reconhecimento da decisão judicial estrangeira, é inerente ao sistema do reconhecimento automático, para que seja ainda possível alegação de coisa julgada e litispendência em qualquer processo pendente e perante qualquer juiz nacional.

A litispendência e coisa julgada internacional são institutos destinados à unidade da jurisdição, que é fator indispensável à harmonia judiciária internacional.

A consolidação do Estado Democrático de Direito depende, nos tempos de globalização, não somente de regras e Instituições Nacionais justas, mas especialmente de uma jurisdição efetiva capaz de integrar a sociedade na ordem jurídica internacional.

A necessidade de alteração constitucional, delegando aos juízes de 1º grau, é sustentada por Antenor Madrugá e Nadia Araújo, membros da Comissão, como se depreende das conclusões seguintes, apresentadas pelo Grupo II, Cooperação Judiciária, no II Encontro de Cortes Supremas dos Estados Partes e Associados do Mercosul, realizado em Brasília, 28 de novembro de 2004:

Sem cooperação internacional, não há exercício pleno do Poder judicial nem efetividade das decisões judiciais;

Anotou, também, existência de instrumentos normativos, no âmbito do Mercosul, em execução assídua pelos órgãos judiciários dos Estados-Partes;

Recomendou a atenção para instrumentos regionais sobre os mesmos temas, a exemplo das convenções interamericanas de Direito Internacional Privado;

Demonstrou preocupação com jurisprudência que aplique, desmedidamente, a exceção de ordem pública, como limitação à cooperação judiciária internacional;

Reconheceu ser desejável que o exame da admissibilidade dos pedidos de cooperação judiciária, especialmente no âmbito do Mercosul, não seja feito apenas de forma concentrada, mas também diretamente pelo juízo de primeiro grau competente para a execução da medida solicitada.

Parte do Grupo concordou não haver obstáculos constitucionais à elaboração de tratados internacionais ou leis internas que autorizem a

homologação de sentenças estrangeiras para efeitos penais, como confisco e perdimento de bens ou aplicação de penas restritivas de liberdade.

A Emenda Constitucional 45, de 2004, pouco inovou a respeito do assunto, transferindo apenas para o Superior Tribunal de Justiça a competência que antes pertencia ao Supremo Tribunal Federal.

O Anteprojeto, ora em comento, representa as idéias iniciais da Comissão, que chegou a rotulá-lo de “*esboço de anteprojeto*”, por ainda pretender discuti-lo com a comunidade científica. Trata-se, entretanto, de obra pioneira no Brasil, digna de elogios, que vem corajosamente, em público, instigar o debate.

O presente trabalho, denominado “*anotações sobre o Anteprojeto de lei de cooperação jurídica internacional*”, comentando alguns artigos do Anteprojeto é fruto das observações apresentadas na reunião científica, que foi promovida pelo Ministério da Justiça, no Centro Cultural do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em 31 de março de 2005, da qual participaram, além dos componentes da Comissão, professores e pesquisadores especializados em Direito Processual Internacional, da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ), Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) e Universidade Federal Fluminense (UFF).

ANOTAÇÕES

ARTIGO 1º

Art. 1º. Esta lei dispõe sobre cooperação passiva e ativa com Estados e tribunais internacionais ou estrangeiros, em matéria civil, trabalhista, previdenciária, comercial, tributária, financeira, administrativa e penal, especialmente pelos procedimentos de:

I- carta rogatória;

II- ação de homologação de decisão estrangeira;

III- auxílio direto;

IV- transferência de processos penais;

V- extradição; e

VI- transferência de pessoas apenadas.

Jurisdição internacional

A integração da jurisdição internacional com a jurisdição nacional deve ser regulamentada em diploma autônomo, dada à diversidade de princípios afetos ao processo internacional sob perspectiva do direito internacional público. Insistir no assunto trará graves controvérsias, tal como possibilidade de negativa de uma decisão internacional que afronte a ordem pública, isto porque a cooperação jurídica neste Anteprojeto, alcançando as decisões de tribunais internacionais (art. 1º), está sujeita à cláusula da ordem pública (art. 2º *caput*). Particularmente, entendo que nenhum ato externo (estrangeiro ou internacional) possa afrontar a ordem pública⁶, porém reconheço que o tema deva ser examinado em outra

⁶ A questão poderá ser suscitada com o Tribunal Penal Internacional, no caso da prisão perpétua ser considerada ofensa a princípio fundamental do estado brasileiro.

oportunidade, tal como insinua o art. 66, §3º, parte final, ao tratar do pedido de entrega formulado por tribunal penal internacional.

Áreas de conhecimento

Não é tradição dos acordos internacionais nem do direito comunitário disporem sobre processo internacional penal, civil e de família em um único documento normativo. O direito processual civil e o direito processual penal estão sujeitos a institutos e princípios distintos, devendo merecer um tratamento em separado. Nem mesmo na União Européia, no atual estágio de comunhão, chegou-se ao ponto de reunir em um só documento regras sobre processo internacional, alcançando todos os ramos do direito.

Não obstante, o detalhamento das áreas de conhecimento atingidas pelo ato normativo, mais comum em acordos ou tratados internacionais, corre o risco de ser interpretado restritivamente de modo a excluir o direito de família, que com freqüência recebe destaque em normas análogas.

Procedimentos de reconhecimento

Os incisos do art. 1º prevêm procedimentos processuais destinados (a) à recepção de atos estrangeiros na ordem jurídica interna e (b) à solicitação para realização de atos no exterior, ambos sob o rótulo de cooperação jurídica passiva e de cooperação jurídica ativa, que incluem atos administrativos e atos judiciais.

Na recepção de ato estrangeiro, a autoridade pública nacional afere sua compatibilidade com a ordem pública nacional, ato que doravante passa a ser denominado de reconhecimento, no qual não existe a possibilidade de rever o ato estrangeiro à luz do direito estrangeiro ou do direito nacional infraconstitucional, sob pena de estarmos negando a própria cooperação.

Na cooperação passiva, o reconhecimento detém natureza processual administrativa; judicial de jurisdição voluntária; ou judicial de jurisdição contenciosa. Depende do conteúdo do ato estrangeiro a ser importado, bem como da sua natureza à luz do direito nacional.

Os atos administrativos estrangeiros, que à luz do direito nacional são considerados administrativos, poderão ser reconhecidos por um procedimento administrativo, independentemente da intervenção judicial nacional. A eventual atuação do judiciário nesse procedimento de reconhecimento seria apenas fruto de opção política do legislador.

Os atos judiciais de natureza ordinatória, tais como os de comunicação processual (citação ou intimação) e os probatórios, que não são capazes de gerar gravame às partes, independem de contraditório ou ampla defesa para serem recepcionados na ordem nacional, estando sujeitos a procedimento de jurisdição voluntária. Neste caso, a atuação do judiciário também é fruto de opção política do legislador interno (sentido lato), sendo possível delegação do reconhecimento à autoridade administrativa ou simplesmente deixar de prever o reconhecimento nesses casos, embora não seja essa a nossa tradição.

Na verdade, os atos estrangeiros, administrativos ou judiciais, sem conteúdo decisório, podem ser recepcionados no direito nacional, com as mesmas características que possuem no exterior, independentemente de reconhecimento.

No entanto, os atos judiciais que possuem natureza decisória no exterior,

capazes de solucionar litígios, dependem sempre de reconhecimento, ou quando muito de oportunidade de reconhecimento, em procedimento de jurisdição contenciosa, em que haja garantia do contraditório e da ampla defesa, como condição de existência ou de eficácia resolutiva no direito nacional. Negar a possibilidade de reconhecimento nesses casos seria o mesmo que permitir ofensa à soberania nacional.

A tradição constitucional brasileira é de que os atos judiciais estrangeiros sejam recepcionados ou reconhecidos no direito nacional por três procedimentos, o da carta rogatória, o da homologação de sentença estrangeira e o da extradição, sendo, entretanto, omissa nossa constituição quanto à cooperação jurídica de atos públicos administrativos.

Vale consignar que a previsão constitucional para cooperação de atos judiciais, por meio desses três procedimentos de reconhecimento, veio acompanhada da regra de competência privativa do Supremo Tribunal Federal, para processar e julgar a extradição, e do Superior Tribunal de Justiça, para processar e julgar carta rogatória e homologação de sentença estrangeira.

A regulamentação infraconstitucional da carta rogatória, destinando-a aos atos judiciais não decisórios (atos de comunicação ou de provas), a sujeitou a um procedimento de jurisdição voluntária perante o Supremo Tribunal Federal. A extradição, destinada à recepção de atos judiciais, finais ou incidentais, com ordem de prisão, e a homologação de sentença estrangeira, destinada às decisões finais cíveis ou penais, sempre estiveram sujeitas a um procedimento de jurisdição contenciosa.

Não tenho dúvidas da legitimidade das pretensões do Anteprojeto, de impor maior celeridade e efetividade aos atos de cooperação, especialmente aos que reclamam uma atuação emergencial. Também concordo que a competência privativa daqueles órgãos judiciais é ponto de estrangulamento na cooperação jurídica internacional, não havendo razões de ordem principiológica para manter tal tradição.

Entretanto, de *lege lata*, toda alteração infraconstitucional capaz de subtrair do STF ou do STJ a competência para reconhecer atos judiciais estrangeiros, decisórios ou não decisórios, são inconstitucionais, por ofenderem uma regra constitucional vigente. Além disso, não seria de boa técnica a previsão infraconstitucional de outros procedimentos de incorporação ao direito nacional de atos judiciais estrangeiros já alcançados pelos atuais procedimentos.

Tudo a se resumir no seguinte: (a) reconhecimento de ato judicial penal estrangeiro restritivo de liberdade é de competência privativa do Supremo Tribunal Federal; (b) reconhecimento de ato judicial estrangeiro, decisório ou não decisório, civil ou penal (não restritivo de liberdade), é de competência privativa do Superior Tribunal de Justiça; (c) com exceção do “auxílio direto” que verse sobre cooperação entre autoridades administrativas (art. 36 do ANTEPROJETO), as demais espécies de cooperação jurídica prevista no art. 1º do ANTEPROJETO são de competência privativa do STF ou do STJ.

ARTIGO 4º

Art. 4º. Na ausência de tratado, o pedido de cooperação pode, a critério da Autoridade Central, ser atendido com base em reciprocidade.

Reciprocidade de tratamento

O termo cooperação é gênero e possui como espécies os procedimentos indicados no art. 1º.

Assim, da forma que o *caput* do artigo está redigido (na falta de tratado), toda cooperação dependerá de reciprocidade, o que, no processo civil internacional, seria restabelecer uma condição para reconhecimento e execução de decisão estrangeira há muito repelida pela doutrina e legislação, no Brasil e no exterior.

Na verdade, a reciprocidade é aceita como condição para a cooperação penal, porém na cooperação civil, apenas nas de 1º grau (atos administrativos ou judiciais sem conteúdo jurisdicional).

É razoável que o Estado seja penalizado pela falta de reciprocidade, negando-lhe eficácia às suas decisões judiciais; no entanto, isso deve ocorrer somente nas relações de direito público, pois os seus súditos, titulares de relações de direito privado, jamais poderiam sofrer tal penalidade, sob pena de ofensa ao direito de acesso à Justiça.

Bastaria imaginarmos o exemplo de credor alimentício, com sentença transitada em julgado no exterior, que não puder executá-la no Brasil pela falta de reciprocidade entre o estado brasileiro e o seu de origem, para constatar a flagrante inconstitucionalidade que consagraríamos.

Nesse contexto, a exigência de reciprocidade deve ser pontual, nas relações transnacionais de direito público, tal como já previsto nos casos de reconhecimento de decisão judicial tributária, de extradição, e de cooperação penal em geral.

ARTIGO 8º

Art. 8º. Os pedidos de cooperação são encaminhados, diretamente ou por via diplomática, à Autoridade Central, que decide sobre a sua admissibilidade formal e verifica a compatibilidade com o interesse nacional, nos termos desta lei.

Parágrafo único. A Autoridade Central solicitará a complementação ou modificação de pedido formalmente incompleto ou irregular, sem prejuízo da adoção imediata de medidas urgentes.

Controle de admissibilidade prévio pelo Executivo

Qual o alcance do art. 8º? Não me afigura adequado delegar ao Executivo o poder de aferir a compatibilidade do ato judicial estrangeiro com a ordem pública. Desde os tempos do Império que isso não ocorre no Brasil. Deve ser facultado acesso ao judiciário no caso de dissidência entre o ente estrangeiro e o Ministério da Justiça (Autoridade Central). De acordo com a atual Constituição, o dispositivo somente alcançaria a cooperação de atos administrativos, mesmo assim se estiver prevista a possibilidade de acesso à Justiça. Seria inconstitucional subtrair, nas demais situações, a competência privativa do STF ou do STJ. De *lege ferenda*, apenas o reconhecimento de ato administrativo e judicial

não decisório, considerados como tais no direito nacional, poderia ser de recusado preliminarmente pelo Executivo, sem prejuízo de controle judicial posterior.

ARTIGO 13

Art. 13. A homologação de decisões estrangeiras poderá ser feita pelos procedimentos de carta rogatória ou ação de homologação de decisão estrangeira.

Reconhecimento, ação de homologação e carta rogatória

Homologação é procedimento de reconhecimento. Reconhecimento é o processo no qual é aferida a compatibilidade entre o ato estrangeiro e a ordem pública. No sistema proposto pelo Anteprojeto, ação de homologação é o procedimento de reconhecimento autônomo de decisões finais; carta rogatória, procedimento de reconhecimento de decisões interlocutórias e de atos judiciais sem conteúdo decisório. Essa é a interpretação que extraio dos incisos do art. 43, e do art. 47 *caput*, parte final, ambos do ANTEPROJETO. No entanto, aqui talvez fosse melhor constar “o reconhecimento de decisões estrangeiras...”.

Decisão estrangeira

Expressão acertada, pois o que é fruto de reconhecimento e de execução são as decisões interlocutórias e finais, que podem ser monocráticas e colegiadas. Sentença é ato judicial final monocrático. A expressão “decisões estrangeiras” acompanha a orientação do R. 44 (EU).

ARTIGO 14

Art. 14. As decisões estrangeiras somente poderão ser executadas no Brasil após sua homologação.

§1º- Podem ser homologadas as decisões interlocutórias e os provimentos não-judiciais que, pela lei brasileira, teriam natureza de sentença ou decisão interlocutória.

§2º- As decisões estrangeiras podem ser homologadas parcialmente.

§3º- Admite-se tutela de urgência e execução provisória nos procedimentos de homologação de decisões estrangeiras, nos termos da lei brasileira.

§4º- É cabível a homologação de decisões estrangeiras para fins de execução fiscal, em benefício do Estado requerente, quando prevista em tratado ou em promessa de reciprocidade apresentada à Autoridade Central.

§5º- É cabível a homologação de decisões penais estrangeiras para produção de efeitos penais.

Reconhecimento prévio à execução

Ao condicionar a execução da decisão estrangeira à homologação prévia, o ANTEPROJETO revoga o art. 483 do CPC, restabelecendo o art. 15, *caput*, da LICC, o que significa que o efeito declaratório de todas as decisões (declaratórias, constitutivas ou condenatórias) passa a ser automático e independente de homologação.

A suposta inconstitucionalidade resultaria da possibilidade de ser decidido, por um juízo qualquer, exceção de coisa julgada estrangeira, como questão prejudicial interna, sem que o STJ pronunciasse sua compatibilidade com a ordem pública. Esse reconhecimento incidental significará, em outras palavras, atribuir força definitiva (de coisa julgada) à decisão estrangeira, o que seria de competência privativa do STJ. E de que adiantaria, por exemplo, uma posterior ação autônoma, perante o STJ, para postular a declaração da incompatibilidade daquela decisão estrangeira com a ordem pública nacional?

No Direito comunitário (Bruxelas, R.44), o efeito automático não subtrai o reconhecimento das decisões estrangeiras, pois isso seria ofensivo a princípio fundamental, mas apenas admite-o em caráter eventual, incidental ou autônomo. Na verdade, o mais importante, é que a decisão estrangeira poderá surtir efeitos administrativos automaticamente: sentença de divórcio sendo levada a registro etc..

Além disso, admitir efeito automático (da coisa julgada), ainda que exigido o reconhecimento incidental, é um avanço, pois a data do trânsito em julgado a ser considerada passa a coincidir com a data em que, no exterior, a sentença tornou-se irrecurável. É mais justo e impede burla ao princípio do juiz natural.

Se interpretarmos que a Constituição deseja a competência privativa apenas para "homologação de sentença estrangeira", que não passa de um procedimento de reconhecimento, estaríamos permitindo que o legislador infraconstitucional acabasse esvaziando a competência constitucional, ao criar procedimentos diversos com a mesma finalidade: introduzir, no direito nacional, atos judiciais estrangeiros. O que está consolidado na Constituição é a competência para reconhecer e não apenas para homologar.

Portanto, a alternativa seria considerar a coisa julgada estrangeira uma questão prejudicial externa, suspender o processo principal, enviando-o ao STJ para decidir sobre sua compatibilidade com a ordem pública interna, para que, posteriormente, retornasse ao juiz natural e fosse decidido o incidente. Todo esse procedimento, esdrúxulo, é incompatível com o atual sistema processual internacional vigente no Brasil, em que prevalece a competência privativa de tribunais superiores para o reconhecimento de atos judiciais estrangeiros, sem possibilidade de propiciar efeito automático ao conteúdo declaratório das decisões estrangeiras

O reconhecimento prévio como condição apenas para execução está previsto em convenções internacionais e na UE (R. 44), que, contudo, consagram o regime do reconhecimento automático e, ainda, a competência difusa para execução e reconhecimento de decisões judiciais estrangeiras.

Reconhecimento de decisões interlocutórias

O reconhecimento, ou possibilidade de reconhecimento, é indispensável, sob pena de ofensa à soberania, nos casos de atos jurisdicionais estrangeiros ou outro qualquer que tenha essa natureza à luz dos princípios fundamentais do estado brasileiro. A homologação de atos estrangeiros que não possuem tal característica é discricionariedade política do legislador interno. É somente neste caso que o legislador deve utilizar a expressão "podem ser"; nos demais a lei deve ser imperativa. De toda sorte, é um avanço no Brasil, pois a LICC e o CPC

somente admitiam o reconhecimento de “sentenças”, espécie do gênero decisão.

Princípio da adequação

É consagrado o princípio da adequação, sendo recepcionada a parte da decisão que for compatível com a ordem pública.

Antecipação da tutela no reconhecimento

Regra louvável para dissipar eventuais dúvidas de que o art. 273 do Código de Processo Civil é aplicável aos atuais procedimentos de homologação de sentença estrangeira e carta rogatória.

Execução Fiscal

Qual seria a razão da norma? É utilizada a expressão “decisão estrangeira” e nesse caso deveria seguir a regra comum da ação de homologação ou de carta rogatória. Sendo um título extrajudicial (como previsto na LEF), deve haver homologação perante o STJ, para propiciar exeqüibilidade, tal como com qualquer título extrajudicial estrangeiro. Não haveria necessidade de reciprocidade nesse caso, salvo se para toda cooperação fosse necessária, mas aí também a referência seria inútil. De toda forma, tem efeito moral perante a comunidade internacional.

Homologação de decisão penal

A norma possui efeito didático, pois toda decisão estrangeira ou ato estrangeiro que tenha natureza jurisdicional à luz do direito pátrio, deve ser necessariamente alvo de reconhecimento (homologação). Não sendo decisão penal com ordem de prisão, que está sujeita à extradição, as demais estão sujeitas à ação de homologação. Entretanto, deve haver regulamentação do procedimento e dos limites dessa eficácia penal de decisões estrangeiras. Talvez o assunto devesse figurar no capítulo pertinente à cooperação penal.

ARTIGO 15

Art. 15. São homologáveis as decisões estrangeiras concessivas de medidas de urgência de caráter liminar ou definitivo, ainda que recaiam sobre bens imóveis situados no Brasil.

§1º- O juízo sobre a urgência da medida postulada compete exclusivamente à autoridade jurisdicional requerente.

§2º- A homologação de medida de urgência não vincula o reconhecimento, homologação ou execução da sentença definitiva estrangeira.

Reconhecimento de decisões cautelares

É importante admiti-la expressamente, não só porque inerente ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, mas também porque não cabe o aforamento de medida de urgência diretamente no foro da execução (do estado requerido), dada a sua incompatibilidade com o sistema de controle concentrado da deliberação.

No entanto, somente as decisões urgentes conservativas (arresto, seqüestro) poderiam desprezar a regra de competência internacional exclusiva de juiz nacional (bens imóveis no Brasil); o reconhecimento de medidas satisfativas,

por serem antecipatórias, depende da competência do juiz estrangeiro, segundo a lei brasileira.

Não obstante, lembro que na União Européia não há possibilidade de reconhecimento de decisão estrangeira, condenatória de dinheiro, ainda não tenha transitado em julgado no estado de origem.

Não existe medida de urgência de caráter definitivo. Todas são essencialmente provisórias, sob pena de inconstitucionalidade, já que são fruto de limitação à ampla defesa e contraditório. O correto seria “medidas de urgência interlocutórias e finais”.

É inevitável que o tribunal nacional controle o juízo de valor sobre a necessidade da tutela de urgência, caso haja ofensa à ordem pública ou aos princípios fundamentais na concessão da liminar no exterior. Na verdade, é o que ocorre na extradição: o tribunal nacional tem o poder de verificar se os pressupostos da prisão no exterior são compatíveis com os requisitos constitucionais à luz do direito nacional.

ARTIGO 16

Art. 16. São reconhecidas, independentemente de homologação:

I- decisões relativas ao estado e a capacidade das pessoas, desde que obedecidos os requisitos do art. 17;

II- decisões proferidas por tribunais internacionais de que o Estado brasileiro reconheça a jurisdição;

III- outras decisões previstas em tratados.

Parágrafo único – Excepcionalmente, a autoridade judiciária brasileira, incidentalmente ou a título principal, poderá negar eficácia às decisões referidas neste artigo.

Reconhecimento automático das decisões estrangeiras

Na verdade, como a homologação é condição apenas para execução, tendo revogado o art. 483 do CPC, o efeito declaratório de toda sentença (inclusive condenatória) seria automático e independente de homologação prévia.

Além disso, ao prever no inciso I as decisões de estado e capacidade das pessoas, ficou a impressão de que outras decisões, que não sejam as de estado e capacidade, não são reconhecidas independentemente de homologação (art. 16 *caput*) nem são passíveis de homologação (art. 14 *caput*).

No entanto, o artigo deve ser suprimido, mantendo-se a redação do art. 483 do CPC que é coerente com a competência privativa dos tribunais superiores, como já externado.

Reconhecimento de decisão internacional

A recepção de decisões internacional é assunto deve ser excluído do Anteprojeto, que diz respeito a direito internacional privado. É capaz de suscitar polêmicas, tal como a da sujeição da decisão internacional a controle judicial interno (incidental ou principal), previsto no parágrafo único do art. 27.

Reconhecimento incidental e a título principal

O parágrafo único é regra que possui semelhança com o R. 44 (EU), art. 33, 2 e 3, que adota o reconhecimento automático das decisões (art. 33 *caput*, R. 44). A explicação que encontro para a regra no ANTEPROJETO é uma tentativa de remediar o reconhecimento automático de decisões estrangeiras, instituído com a redação do art. 16, *caput*, do ANTEPROJETO. De toda sorte, falta regulamentar o procedimento de tal impugnação, que seria incoerente com o regime da competência concentrada no STJ para homologação. Por exemplo, qual órgão competente para julgar essa impugnação, incidental e a título principal? Isso deve ser esclarecido.

ARTIGO 17

Art. 17. Constituem requisitos indispensáveis à homologação:

I- haver a decisão sido proferida por autoridade competente;

II- ter sido o réu citado, ainda que haja permanecido revel,

III- ser a decisão exeqüível no lugar em que foi proferida;

IV- não haver manifesta ofensa à ordem pública.

Parágrafo único. As medidas de urgência, ainda que proferidas sem a audiência do réu, podem ser homologadas.

No inciso I, perde uma boa oportunidade para dissipar a controvérsia sobre o alcance do dispositivo. Deveria estar deixar claro que “a decisão estrangeira deve ter sido proferida por juiz internacionalmente competente, de acordo com a legislação em vigor no direito nacional”. A inobservância à regra de competência, perante o estado estrangeiro, não obsta o reconhecimento, salvo se ofensiva à ordem pública do estado nacional. A regra de competência nacional também é irrelevante; o que está em discussão é a regra de competência internacional prevista no direito nacional.

No inciso II, melhor seria registrar “oportunidade de defesa”, pois ainda que não haja citação é possível que o réu tenha se defendido adequadamente e o processo não seja inválido. O importante é registrar a necessidade de oportunidade de defesa, não exatamente a de citação.

Mantém o entendimento no inciso III de que homologação é condição para execução apenas, o que gera uma incompatibilidade com o art. 16, I, do ANTEPROJETO, pois não há como exigir que uma sentença de estado (declaratória) seja exeqüível. Convém reiterar, entretanto, que na União Européia (R. 44/01), não tem sido aceita a execução de decisões estrangeiras, condenatórias de dinheiro, que ainda não tenham transitado em julgado na origem, o que, na prática, restringe a livre circulação de decisões urgentes e satisfativas que sejam condenatórias de dinheiro, ou de decisões de dinheiro pendentes de recurso.

O reconhecimento de medidas de urgência, sem audiência prévia do réu, deve ocorrer apenas quando considerado efetivamente necessário, pelo juiz nacional, sob pena de ofensa a princípio constitucional (fundamental) brasileiro da ampla defesa, mantendo meu entendimento de que o juiz nacional deve exercer juízo de valor sobre o caráter de urgência do provimento estrangeiro (art. 15, §1º, do Anteprojeto).

ARTIGO 18

Art. 18. Não são homologáveis as decisões estrangeiras nas hipóteses de competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira.

Competência internacional exclusiva

Essa regra deveria estar alcançada pelo art. 17, I, do Anteprojeto. Além disso, seria incompatível com o art. 15, *caput*, do Anteprojeto. Na verdade, apenas as decisões finais estrangeiras, ou as interlocutórias antecipatórias⁷, não podem ser reconhecidas, no caso de competência exclusiva brasileira.

ARTIGO 19

Art. 19. São homologáveis as decisões estrangeiras, ainda que concorrente a competência da autoridade judiciária brasileira, quando:

I- o réu tiver domicílio no Estado onde a decisão foi proferida;

II- fundadas em atos ou fatos ocorridos no Estado onde proferidas;

III- na hipótese de homologação de sentença civil, as partes tiverem se submetido expressa ou tacitamente à jurisdição do Estado onde proferida: ou

IV- houver elementos de conexão com a jurisdição na qual a decisão foi proferida.

Parágrafo único. Entender-se-á feita a submissão tácita pelo autor quando este ajuizar ação no exterior ou, pelo réu, quando, no âmbito desta ação, apresentar defesa de mérito sem arguir a declinatória. Não se entenderá que tenha havido submissão tácita se o processo correr à revelia.

Competência internacional concorrente

Regra elogiável, pois evita o fórum shopping, admitindo tão-somente decisão oriunda de tribunal de Estado que tenha alguma relação com o fato ou as partes litigantes, de modo a afastar fraude à lei. *A contrario sensu*, não cabe reconhecimento de decisões oriundas de outros Estados.

ARTIGO 24

Art. 24. Quando a coleta ou produção de prova não decorrer de cumprimento de decisão de autoridade jurisdicional estrangeira e puder ser integralmente submetida à autoridade judiciária brasileira, o pedido segue o procedimento de auxílio direto.

Parágrafo único. A coleta ou produção de prova que, de acordo com a lei brasileira, dispensar autorização judicial pode ser produzida pela autoridade administrativa competente, a requerimento da Autoridade Central.

Produção de prova por auxílio direto

O dispositivo está em consonância com o objeto do auxílio direto, previsto no art. 37, *caput*, do ANTEPROJETO, que prevê a competência do “juiz federal do local em que deva ser executada a medida ou obtida a prova solicitada apreciar os

⁷ Verif. comentários ao art. 15.

pedidos de auxílio direto que demandem prestação jurisdicional”.

A regra pode ter sido inspirada pelo art. 6º, 6, da Convenção relativa ao auxílio judiciário mútuo em matéria penal entre os Estados-Membros da União Européia: “Sempre que relativamente aos pedidos de auxílio judiciário mútuo relacionados com os processos referidos no n. 1 do artigo 3º., a autoridade competente de um Estado-Membro for uma autoridade judiciária ou uma autoridade central e a do outro Estado-Membro uma autoridade administrativa, os pedidos de auxílio judiciário e as respostas poderão ser efetuados diretamente entre essas autoridades”.

Contudo, entre nós, se o procedimento almejado for acessório e instrumental a procedimento administrativo estrangeiro que vise efetividade de jurisdição estrangeira, não cabe auxílio direto, ou, quando muito, este deverá ser processado no Superior Tribunal de Justiça.

A postulação em tribunal nacional, por ente público estrangeiro é ampla (acesso à Justiça), porém, se na prática, é acessório (prévio ou incidental) à jurisdição estrangeira, estamos diante da recepção indireta de atos judiciais estrangeiros que dependerá de ratificação do STJ.

Isso é aplicável até mesmo às medidas de urgência, que eventualmente sejam aforadas no estado brasileiro - dependem de chancela do STJ; do contrário, poder-se-ia caracterizar uma burla à regra de competência constitucional.

O auxílio direto entre juízes estrangeiros e nacionais ou entes públicos estrangeiros e juizes nacionais depende do STJ. Apenas os atos administrativos é que podem ser objeto de cooperação direta, ao menos enquanto não dependerem da atuação judicial nacional.

Produção de prova em sede administrativa

O parágrafo único encontra coerência com o objeto do auxílio direto, que está previsto no art. 36: “o auxílio para a prática de atos que, segundo a lei brasileira, não necessitem de prestação jurisdicional, pode ser efetuada diretamente pela Autoridade Central”.

Também poderia ser invocado o art. 6º, 6., da Convenção relativa ao auxílio judiciário mútuo em matéria penal entre os Estados-Membros da União Européia.

Trata-se de regra inovadora, sem qualquer vício constitucional, já que à Administração Pública nacional é permitida a realização de atos administrativos que tenham por objeto o interesse público, também caracterizado na cooperação internacional. A dúvida seria quanto ao procedimento a ser adotado. É o do auxílio direto?

ARTIGO 25

Art. 25. A autoridade requerente pode, quando autorizada, participar da diligência.

Parágrafo único. A autorização referida no caput deve ser solicitada à Autoridade Central que, se necessário, submeterá a solicitação à autoridade judiciária competente.

A regra do *caput* pode estar fundada no art. 8º do Texto do Tratado de Cooperação Jurídica em Matéria Penal entre a República Federativa do Brasil e a Confederação Suíça, celebrado em Berna, em 12 de maio de 2004, e vazado nos seguintes termos:

“2. O Estado Requerido autorizará, a pedido do Estado Requerente, que os representantes das autoridades desse último e as pessoas que participarem do procedimento, bem como seus advogados, a assistir à execução do pedido no seu território.

3. Tais pessoas poderão, conforme previsto no parágrafo 1, ser autorizadas em particular a formular perguntas e a consultar os autos processuais. Poderão também sugerir, às autoridades do Estado Requerido, a formulação de perguntas ou a tomada de medidas complementares”.

Provavelmente, possui inspiração na Convenção Relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados-Membros da União Européia, cujo artigo 13, prevê “equipes de investigação conjuntas”, autorizando que “os elementos destacados da equipe de investigação conjunta têm o direito de estar presentes quando forem executadas medidas relacionadas com a investigação no Estado-Membro de intervenção” (art. 13, 5.).

Essa regra foi palco de recente polêmica, a partir de decisão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que autorizou a participação de juízes suíços na oitiva de testemunhas e produção de prova documental no caso Propinoduto (como ficou conhecido o esquema de fraude na arrecadação estadual de tributos no estado do Rio de Janeiro), que teria conexão com crime investigado na Suíça. A decisão inicial do STJ, exarada pelo Min. Sálvio de Figueiredo foi no sentido de que “haja vista existir pedido na Justiça suíça para inquirição de testemunhas e cópias de documentos, entre outros, relativos a investigações criminais em andamento perante a autoridade judiciária brasileira, os quais só poderiam ser atendidos mediante carta rogatória, vislumbrando potencial invasão de competência deste Superior Tribunal de Justiça, ...”, que, posteriormente, foi reformada, por maioria, pela Corte Especial daquele Tribunal, tendo o Min. Edson Vidigal, na oportunidade sustentado que “não é necessária a expedição de carta rogatória para que sejam atendidos os pedidos da Justiça suíça..”, pois “o acordo de cooperação jurídica em matéria penal visou à troca de informações para auxílio mútuo no combate à lavagem de dinheiro, uma das modalidades mais freqüentes de crime organizado em todo o mundo, com a importante inovação de permitir o repatriamento do dinheiro de origem ilegal mesmo antes das sentenças definitivas contra os acusados”. Durante a votação, o Min. Gilson Dipp, membro da Comissão que elaborou este Anteprojeto, consignou que “o pedido não veio por carta rogatória, mas por outro meio de cooperação legal: o pedido de assistência judiciária direta, prevista em todos os tratados internacionais. Portanto não haveria necessidade de *exequatur* e não estaria invadida a competência do STJ”. Acrescentou, ainda, que o fato de um magistrado estrangeiro praticar atos jurisdicionais no Brasil não traz qualquer malferimento à soberania nacional, já que um desembargador federal brasileiro o está acompanhando. No Supremo Tribunal Federal, restabelecida a decisão inicial, o Min. Marco Aurélio declarou que “o empréstimo de rótulo de procedimento de cooperação internacional a certo instrumento não pode desaguar na prática de atos somente possíveis de serem alcançados por meio de carta rogatória, como são aqueles ligados à audiência de instrução, visando à persecução criminal”.

Estou convencido de que, pela Constituição Federal, o intercâmbio entre autoridades judiciárias, para o fim de produção de provas, depende de carta rogatória, que é de competência privativa do Superior Tribunal de Justiça. De fato, a regra do *caput* do art. 25 não fere a soberania nacional, porquanto o ato estrangeiro seria ordinatório (produção de prova) e, ainda, pelo fato da regra prever “a participação da diligência”, que seria conduzida por juiz nacional. Não haveria ofensa a princípio constitucional; no entanto, fere regra constitucional vigente, a de competência privativa do STJ.

O parágrafo único é duplamente inconstitucional. O Poder Executivo, nos termos da Constituição, não detém competência para decidir sobre solicitação externa de realização de ato judicial nacional, e nem ainda “a autoridade judiciária competente” que estiver conduzindo o processo nacional, exceto se essa autoridade for o Superior Tribunal de Justiça. A autorização para que autoridades judiciárias ou administrativas participem de atos judiciais nacionais é de competência privativa do Superior Tribunal de Justiça.

ARTIGO 27

Art. 27. Poderá ser solicitada a transferência temporária de pessoas, para o exterior, detidas ou não, para a prática de atos processuais perante a autoridade requerente.

§1º- A transferência temporária de pessoas para comparecimento perante a autoridade requerente, seja na condição de vítima, testemunha, perito ou acusado, depende de seu consentimento.

§2º- Se a pessoa a ser transferida estiver detida ou cumprindo pena no Brasil, sua transferência somente será concedida se houver compromisso do Estado requerente em mantê-la presa durante o tempo em que permanecer sob sua custódia, sendo esse período computado para fins de detração penal.

§3º- A pessoa transferida deverá ser devolvida no prazo assinalado pela autoridade requerida.

Transferência temporária de pessoas

A transferência temporária de pessoas está prevista na União Européia, Convenção Relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados-Membros da União Européia (Ato de 12 de maio de 2000), alcançando apenas as pessoas detidas no estado requerido (art. 9º). No entanto, tal convenção é inerente ao princípio do reconhecimento mútuo, que, na União Européia, significa reconhecimento automático de decisões estrangeiras (finais ou interlocutórias).

No Texto do Tratado de Cooperação Jurídica em Matéria Penal entre a República Federativa do Brasil e a Confederação Suíça, há uma distinção relevante, que, contudo, está ausente no Anteprojeto: a regulamentação da “transferência temporária de pessoas detidas” (art. 20), **autonomamente**, da “intimação de atos procedimentais e de decisões judiciais” (art. 14) e do “comparecimento de testemunhas ou peritos” (art. 15). Além disso, a voluntariedade está presente em todos esses procedimentos (art. 20, 2, a; art. 17; art. 14, 4). Na solicitação de presença de acusado, testemunha ou perito, o que há é uma intimação para comparecimento ao exterior. Apenas nos casos de pessoa detida é que são adotados procedimentos diferenciados que justificam o título

“transferência de pessoas”.

No texto deste artigo, a transferência temporária de pessoas inclui testemunhas, peritos, acusados, detidos ou não. Entretanto, a exemplo do Acordo Brasil - Suíça e da Convenção de Auxílio Judiciário da União Européia, preferiria manter um tratamento diferenciado entre o procedimento de transferência de pessoas detidas, que assim estão por força de decisão judicial, e o procedimento para pessoas não detidas, em que bastaria uma intimação para comparecimento.

Na Constituição Federal, intimação para comparecimento no exterior depende de carta rogatória, que é de competência privativa do STJ. Aliás, esse é o ponto crucial da regra. A quem compete decidir sobre o pedido de transferência no caso de pessoa não detida e de pessoa detida? Não me afigura possível que o juiz federal ou o Ministério da Justiça tenham tal competência. A liberação de preso depende de ato jurisdicional do juiz que conduz o processo penal no Brasil. O problema reside, ainda, na necessidade de ser aferida a compatibilidade da solicitação estrangeira com a ordem pública brasileira, que está sujeito à competência privativa do STJ. Assim, no caso de transferência de pessoa detida, necessitaríamos de um procedimento prévio perante o STJ e, posteriormente, outro perante o juiz da execução.

Pela redação do parágrafo segundo, associado ao parágrafo primeiro, o consentimento não é condição para transferência de pessoa detida. De toda sorte, estando preso por ordem de juiz nacional, a transferência de preso atinge a jurisdição nacional.

A transferência de detento, sem o seu consentimento, especialmente quando acusado no exterior, não pode servir de burla à proibição da extradição. Portanto, cabível somente quanto possível sua extradição, o que deve ser decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

ARTIGO 28

Art. 28. A transferência temporária de pessoas somente será autorizada se houver compromisso do Estado requerente de não submeter a pessoa à prisão, medida de segurança ou outras medidas restritivas de liberdade pessoal ou de direito, por fatos não compreendidos no pedido de cooperação.

§1º- O salvo-conduto expresso no caput perderá validade sete dias após a notificação, pela autoridade central do Estado requerente à Autoridade Central brasileira, de que a presença da pessoa não é mais necessária, ou quando a pessoa, já tendo deixado o Estado requerente, a ele retornar voluntariamente.

§2º- A prisão, imposição de medidas de segurança ou de outras medidas restritivas de liberdade pessoal ou de direito à pessoa transferida, por fatos posteriores à transferência, deverá ser submetida à concordância da autoridade brasileira requerida.

A regra está fundada parcialmente no art. 18, 1 e 2, do Texto do Tratado de Cooperação Jurídica em Matéria Penal entre a República Federativa do Brasil e a Confederação Suíça. No entanto, o salvo conduto ali previsto oferecido às testemunhas e peritos é distinto do oferecido aos acusados. No primeiro caso, a testemunha ou perito “poderão ser processados, detidos ou submetidos a qualquer outra restrição de sua liberdade individual no território desse Estado por

fatos ou condenações anteriores à sua partida do território do Estado Requerido” (art. 18, 1). Já no segundo, o acusado terá garantia de não ser processado apenas por fatos ou condenações não visados pela intimação, o que significa que seria possível que lá permanecesse preso.

A regra prevista no Anteprojeto é draconiana nesse sentido, pois permite que testemunhas e peritos tenham o mesmo tratamento, no exterior, dispensado ao acusado. Além disso, mesmo se tratando do acusado, ao permitir a prisão no exterior por fatos compreendidos no pedido de cooperação, acaba por admitir ser o tal “transferência temporária de pessoas” uma modalidade indireta de extradição, que assim, deve estar sujeita à competência do Supremo Tribunal Federal.

Tudo a se resumir no seguinte: (a) testemunha ou perito, sujeitos à intimação, por carta rogatória de competência do STJ; (b) acusado, sujeito à intimação, por carta rogatória de competência do STJ; (c) testemunha ou perito que estejam presos no Brasil, sujeitos à intimação, por carta rogatória no STJ, e posterior autorização do juiz do processo em que estiver preso no Brasil; (d) acusado no exterior e preso no Brasil, sujeito à intimação, por carta rogatória, de competência do STF, em situações que for possível a extradição, e posterior autorização do juiz do processo em que estiver preso no Brasil.

ARTIGO 31

Art. 31. Nos casos de cooperação em matéria penal, a União será admitida na condição de assistente.

Não é a hipótese de assistência simples nem qualificada. Seria de legitimidade extraordinária concorrente com o ente estrangeiro. Nenhum direito da União está sendo atingido direta ou indiretamente. A lei deseja, contudo, que a União ingresse no feito e postule em nome próprio. Deve haver harmonia com a espécie de intervenção de terceiros, prevista no art. 37, §1º. Para evitar controvérsias conceituais, melhor se constasse “na condição de interveniente”.

ARTIGO 32

Art. 32. Recebido o pedido, os interessados serão intimados para manifestação em cinco dias.

Parágrafo único. A medida pode ser desde logo concedida, sem ouvir o réu ou interessados, quando verificar-se que, estes sendo citados, poderão tornar a medida ineficaz.

De fato, indispensável o contraditório sempre que a hipótese seja de eficácia interna de ato jurisdicional. Entretanto, no caso de atos sem conteúdo decisório (comunicação e probatório) não haveria necessidade de contraditório prévio.

ARTIGO 34

Art. 34. Na carta rogatória e na ação de homologação de sentença estrangeira, a defesa somente poderá versar sobre a autenticidade dos documentos, a inteligência da decisão e a observância dos requisitos desta lei.

O que significa “inteligência” da decisão? Está sendo admitida a revisão da decisão estrangeira? Passa o tribunal brasileiro a ser instância recursal da decisão estrangeira? Afasta o sistema da delibação? É melhor explicitar o alcance desse dispositivo. Deveria versar sobre os requisitos estabelecidos no art. 28. Lembre-se, ainda, que apenas na extradição de brasileiro, por crime de entorpecente (art. 64, I, do ANTEPROJETO), é que seria possível uma instância recursal no Brasil; nos demais casos, o tribunal nacional somente aprecia a compatibilidade entre a decisão estrangeira e a ordem pública.

ARTIGO 35

Art. 35. Os pedidos de auxílio direto devem ser encaminhados à Autoridade Central. Parágrafo único. Em caso de urgência, o pedido de auxílio direto pode ser encaminhado à Autoridade Central por qualquer meio, devendo ser formalizado dentro dos dez dias úteis seguintes.

Auxílio Direto

O auxílio direto, que já foi denominado pela Comissão de assistência direta, pode ter como paradigma a Convenção de Auxílio Judiciário Mútuo da União Européia, cujo artigo 3º, 1, prevê que “o auxílio mútuo também é concedido em processos instaurados pelas autoridades administrativas por fatos puníveis nos termos do direito do Estado-membro requerente ou do Estado-Membro requerido, ou de ambos, como infrações a disposições regulamentares, e quando da decisão caiba recurso para um órgão jurisdicional competente, nomeadamente em matéria penal”.

A propósito, o Anteprojeto de Cooperação Judiciária em Matéria Penal, elaborado pela Associação dos juízes Federais do Brasil, em 2003, foi fundamentado da seguinte maneira: “Buscando reduzir essa dramática assimetria, em prejuízo dos interesses brasileiros, o governo federal tem celebrado acordos de cooperação judiciária com alguns países, nos quais se prevê que o Brasil poderá requerer ou prestar assistência judiciária a Estado estrangeiro, por meio de comunicação direta entre autoridades centrais, em procedimento denominado “pedido de assistência judiciária internacional”, que suprime a via diplomática e a carta rogatória, encurtando a distância entre as autoridades judiciárias dos países envolvidos. Nesse procedimento de assistência judiciária entre Estados, não se prevê mais, ao contrário do que ocorre com a carta rogatória, a execução no Brasil de uma decisão proferida por Justiça estrangeira, mas trata-se de encarregar autoridades brasileiras, mediante compromisso de reciprocidade, de requerer perante o juiz nacional, a quem incumbirá decidir a questão, medidas de interesse do Estado estrangeiro. Em decorrência dessa nova realidade, países como Estados Unidos da América, por exemplo, não mais atendem cartas rogatórias

expedidas pela Justiça brasileira em matéria penal, pois entendem que, em razão da vigência do tratado de assistência mútua, os pedidos formulados pela Justiça brasileira devem seguir as regras estabelecidas no tratado, ou seja, autoridades brasileiras devem formular pedido de assistência, e não mais expedir carta rogatória, para que autoridades norte-americanas se encarreguem de requerer perante a Justiça daquele país as medidas de interesse do Brasil. A incorporação dessa nova realidade da assistência judiciária internacional à legislação pátria se mostra de todo conveniente, pela maior agilidade do procedimento e amplitude de atuação das autoridades envolvidas, devido à ausência de restrição a decisões que hoje não podem tramitar por meio de carta rogatória, como por exemplo a obtenção de documentos acobertados por sigilo e o seqüestro de ativos financeiros”.

Penso que a idéia tenha sido a substituição da carta rogatória pela assistência direta, tal como previsto no art. 1º do Anteprojeto da AJUFE: “A República Federativa do Brasil poderá requerer ou prestar assistência judiciária em matéria penal a qualquer Estado estrangeiro, em procedimento regulamentado por esta lei, que substituirá a carta rogatória, para investigação, instrução processual e julgamento de infrações penais”.

No entanto, o que afinal pode ser objeto de auxílio direto? Decisões interlocutórias ou de urgência não deveriam, pois estão sujeitas à carta rogatória, no art. 40, III e IV, do próprio Anteprojeto. Citação, intimação e provas também estão previstas naquele artigo, incisos I e II. Seria então discricionariedade do ente estrangeiro ou do Ministério da Justiça em optar entre o procedimento do auxílio direto e da carta rogatória? Nenhum problema existiria se não existisse competência privativa do STJ para carta rogatória, instituída pela CF, e a competência difusa para o auxílio direto ter sido instituído pelo Anteprojeto, o que torna a regra inconstitucional.

ARTIGO 36

Art. 36. O auxílio para a prática de atos que, segundo a lei brasileira, não necessitem de prestação jurisdicional, pode ser efetuada diretamente pela Autoridade Central.

A origem desse artigo pode estar no Anteprojeto da AJUFE, artigos 3º e 4º, *in verbis*:

“Art. 3º - Os pedidos de assistência judiciária internacional serão encaminhados ao Ministério da Justiça, diretamente ou por via diplomática, que poderá atender desde logo as solicitações que, segundo a legislação brasileira, não necessitem de autorização judicial.

“Parágrafo único - O pedido de assistência e demais documentos enviados por autoridades estrangeiras deverão estar acompanhados da tradução para a língua portuguesa e não será exigida autenticação dos documentos enviados por via diplomática.

“Art. 4º - A assistência para a prática de atos que, segundo a legislação brasileira, não necessitem de autorização judicial poderá ser prestada pelo Ministério da Justiça, ainda que o fato sob investigação não constitua delito no Brasil.

“Parágrafo único - Será, no entanto, exigido que os fatos sob investigação constituam crime previsto nas leis brasileiras se a assistência requerida consistir em uma medida que não possa ser realizada sem autorização judicial, segundo a legislação brasileira.”

A partir desse artigo fica mais claro o que pode ser objeto do auxílio direto: (a) incabível se o pedido for oriundo de ato jurisdicional estrangeiro (art. 38); (b) processado perante o Ministério da Justiça, se no Brasil não depender de jurisdição (art. 36); (c) processado perante um juiz brasileiro se o ato estrangeiro, administrativo ou inquisitorial, depender no Brasil de jurisdição (art. 37). Entretanto, a ressalva que apresento é com a competência do Superior Tribunal de Justiça, alcançando toda espécie de cooperação jurídica que depender da atuação judicial nacional.

De toda sorte, reitero a observação apresentada ao art. 24: “*Trata-se de regra inovadora, sem qualquer vício constitucional, já que à Administração Pública nacional é permitida a realização de atos administrativos que tenham por objeto o interesse público, também caracterizado na cooperação internacional*”.

ARTIGO 37

Art. 37. Compete ao juiz federal do local em que deva ser executada a medida ou obtida a prova solicitada apreciar os pedidos de auxílio direto que demandem prestação jurisdicional.

§1º- A Autoridade Central encaminhará o pedido à Advocacia-Geral da União, ou, ao Ministério Público Federal, em matéria penal, que requererá em juízo a medida solicitada.

§2º- Se o Ministério Público, no prazo de trinta dias, não intentar o pedido de cooperação em matéria penal, a Advocacia-Geral da União passará a ter legitimidade concorrente.

§3º- Se houver necessidade da prática de atos em mais de uma Seção Judiciária, o pedido poderá ser ajuizado em qualquer delas ou na Seção Judiciária do Distrito Federal.

§4º- Havendo parte interessada, será ela citada para, no prazo de cinco dias, impugnar a assistência solicitada.

A origem desse artigo pode estar no Anteprojeto da AJUFE, artigo 6º:

“Art. 6º - Nas hipóteses em que a assistência solicitada depender de autorização judicial, o Ministério da Justiça encaminhará os autos ao Ministério Público Federal, que representará em juízo os interesses da parte assistida pelo Estado brasileiro.

“§ 1º - Será competente para decidir sobre o pedido de assistência internacional o juiz federal do local em deva ser executada medida ou obtida a prova solicitada, aplicandose subsidiariamente as regras previstas no Código de Processo Penal brasileiro.

“§ 2º - Se o Estado requerente tiver interesse em uma condição especial ou forma de execução do ato, deverá requerê-la expressamente.

“§ 3º - Se houver a necessidade da prática de atos em mais de uma Seção Judiciária, o Ministério Público Federal poderá optar entre qualquer delas ou pela Seção Judiciária do Distrito Federal.”

Trata-se de regra inconstitucional. Não houvesse o impedimento da competência concentrada no STJ, ainda assim a competência só seria da Justiça Federal no caso de intervenção no processo de ente estrangeiro ou da União Federal; do contrário, seguiria perante um juiz que fosse ordinariamente competente para a questão de fundo no Brasil.

No §1º, o papel do MPF e da União é de legitimado extraordinário concorrente, defendendo, em nome próprio, direito da parte litigante ou do ente estrangeiro; no §2º, a posição da Advocacia Geral da União é de legitimado extraordinário concorrente subsidiário.

ARTIGO 38

Art. 38. Não cabe auxílio direto quando a medida solicitada decorrer de decisão de autoridade jurisdicional estrangeira e não puder ser integralmente submetida à apreciação da autoridade judicial brasileira.

Na verdade, essa modalidade de auxílio direto só caberia quando o ato judicial estrangeiro não dependesse de jurisdição nacional, ou mesmo de ato judicial (sem conteúdo decisório), pois mesmo os de comunicação ou probatórios, estão sujeitos à carta rogatória.

É possível que o ato judicial estrangeiro no Brasil detenha natureza jurídica de ato administrativo, como exemplo os atos judiciais investigatórios, e aí poderiam ser objeto de auxílio direto com as autoridades administrativas brasileiras, nos moldes do art. 36. O correto seria afirmar que “não cabe auxílio direto quando a medida decorrer de decisão jurisdicional” e não de autoridade jurisdicional, que pode realizar atos jurisdicionais ou não jurisdicionais.

ARTIGO 42

Art. 42. Da decisão do juiz cabe recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça, previsto no art. 105, II, c da Constituição Federal, ou, se for o caso, recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.

Inicialmente, vale registrar que a presença da União Federal e do MPF é na qualidade de parte (art. 34, §§ 1º e 2º), não podendo confundi-los como representantes do ente estrangeiro ou da parte litigante (o que seria incompatível com os princípios institucionais do Ministério Público), o que leva a conclusão de estarmos diante do art. 109, I, da CF e não do art. 109, II, CF. Assim, o recurso cabível seria para o TRF e não para o STJ. Na realidade, o importante é verificar a natureza da lide, partindo da seguinte indagação: a quem pertence o direito material declarado na decisão a ser importada? Ao ente estrangeiro ou ao particular? Pertencendo ao ente estrangeiro, como na cooperação penal, a postulação da União ou do Ministério Público será na qualidade de substituto processual de ente público estrangeiro, justificando-se a competência do art. 109, II, da CF; pertencendo a um particular, a União e o *Parquet* atuam como substituto

de entes privados, sendo a hipótese do art. 109, I, da CF. De toda sorte, insisto na inconstitucionalidade da competência do juiz federal para processar auxílio direto que reclame ato jurisdicional ou ato judicial de tribunal nacional.

ARTIGO 46

Art. 46. Nas regiões de fronteira, quando houver reciprocidade certificada pela Autoridade Central, a cooperação internacional poderá ser feita diretamente por meio de carta precatória, desta estando a Autoridade Central previamente informada.

O que pretende alcançar o artigo? Todas as espécies de cooperação previstas no Anteprojeto? É inconstitucional porque a expressão “diretamente” pretende um intercâmbio direto entre juízos interessados, subtraindo do Superior Tribunal de Justiça competência para processar carta rogatória. São também inconstitucionais o art. 19, §3º, do Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto, e o art. 7º da Convenção Interamericana de Cartas Rogatórias. Além disso, inconcebível a utilização da expressão “precatória” entre tribunais de nacionalidades distintas para denominar o instrumento de comunicação.

ARTIGO 47

Art. 47. A ação de homologação de decisão estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial demonstrar o atendimento aos requisitos do art. 28, conter as indicações constantes da lei processual, e ser instruída com a certidão ou cópia autêntica do texto integral da sentença estrangeira e com outros documentos indispensáveis, devidamente traduzidos e autenticados.

§1º- A ação de homologação pode ser proposta pela Advocacia-Geral da União no interesse da cooperação internacional ou para a produção de efeitos penais de caráter patrimonial.

§2º- A ação de homologação de decisões penais estrangeiras, para produção de efeitos penais, deve ser proposta pelo Ministério Público Federal, sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior.

§3º- A ação de homologação de decisões penais para efeitos civis pode ser proposta pela parte interessada.

Ao exigir “certidão ou cópia autêntica do texto integral da sentença estrangeira”, o *caput* do artigo delimita o objeto da ação de homologação nas sentenças (atos judiciais finais). A carta rogatória fica destinada para as demais decisões judiciais, que não sejam finais. Pelo sistema do Anteprojeto, a ação de homologação tem fundamento, ainda, no art. 16, parágrafo único.

No §1º, a posição da União Federal é de legitimado extraordinário concorrente, tal como a do Ministério Público, no §2º, também deste artigo.

A regra do §2º é demonstração de que a execução de pena no Brasil, fixada por sentença estrangeira, depende de homologação perante o Superior Tribunal de Justiça, não sendo possível que haja transferência de execução de pena para o Brasil, sem que haja autorização daquele Tribunal Superior (art. 58 *caput* do ANTEPROJETO).

No §3º, posição do titular do título judicial é de legitimado extraordinário concorrente com a União Federal.

ARTIGO 58

Art. 58. A requerimento de Estado estrangeiro, o Brasil pode aprovar a transferência de processo ou da execução da pena, sendo exigidos, sem prejuízo do encaminhamento dos autos, no original ou em cópia integral, os seguintes documentos:

I- nome, data e local de nascimento da pessoa acusada ou condenada;

II- natureza, duração e data do início do cumprimento da condenação que lhe foi imposta;

III- relatório dos fatos sobre os quais se baseou a denúncia ou a sentença;

IV- cópias da denúncia, do texto das disposições legais aplicadas e, se for o caso, da sentença;

V- pedido da pessoa acusada ou condenada ou declaração de seu consentimento, para que se faça o envio do processo ou de cópia integral do processo, acompanhado das provas materiais indispensáveis para o julgamento;

VI- declaração relativa ao tempo já cumprido da condenação, incluindo informação sobre prisão preventiva, redução da pena e sobre qualquer outro ato relativo à execução da sentença, bem como sobre a duração da pena a cumprir;

VII- caso necessário, relatório médico ou social da pessoa acusada ou condenada, informação sobre tratamento no Estado requerente ou qualquer recomendação relativa à continuação do tratamento;

VIII- se necessário, prova de que a pessoa acusada ou condenada é brasileira ou sua família reside ou possui o centro de sua atividade econômica no Brasil.

Qual o paradigma dessa regra? Entendo que devesse ter como premissa uma forte integração entre os Estados destinatários da norma, dependendo sempre de previsão em atos bilaterais ou multilaterais.

A norma alcança situações distintas, a de transferência de processo e a de transferência de execução. Na primeira, o Brasil passa a ter competência na fase cognitiva; na segunda, competência na fase executiva.

A execução de sentenças penais estrangeiras depende de reconhecimento, ou de oportunidade de reconhecimento, perante o Superior Tribunal de Justiça. Está previsto, inclusive, no art. 47, §2º, deste Anteprojeto que a produção de efeitos penais das sentenças estrangeiras depende de ação de homologação de decisão estrangeira.

O que justifica a execução da pena em outro estado não é exatamente o mesmo que justifica o deslocamento de competência para julgamento na fase cognitiva. Na Comunicação apresentada pela Comissão Europeia ao Parlamento Europeu, em 2000, ficou assentado que “o reconhecimento mútuo deverá assim assegurar, não só a execução das sentenças, mas também o respeito dos direitos individuais quando dessa execução, devendo, por exemplo, ser promovida a execução noutro estado sempre que tal permita uma melhor reintegração social do autor do delito”.

Por outro lado, recomenda a Comissão Europeia que a competência jurisdicional sobre um mesmo delito deve ser fixada por meio de regras que designem claramente um único Estado-Membro, de modo a evitar conflito positivo de jurisdição. Reafirma que as normas sobre competência processual

internacional, em matéria penal, devem ser claras e bem redigidas.

A preocupação que possuo com o dispositivo em questão é quanto à delegação de competência em favor de juizes nacionais, por meio de regra processual, sem que haja correspondente elemento de conexão “da lei penal material aplicável ao fato”, ou indicação do eventual elemento de conexão processual, capaz de justificar o processamento e julgamento no Brasil de fato estranho ao nosso direito. O fato é agravado se considerarmos que o art. 59, do ANTEPROJETO, confere à Autoridade Central, Ministério da Justiça, o poder para decidir sobre a questão.

ARTIGO 59

Art. 59. Deferido o requerimento, a Autoridade Central encaminhará o processo ou os documentos para o juízo correspondente, que pode ser o do local indicado pela pessoa acusada ou condenada, ou, na sua falta, o do seu domicílio de origem, ou, ainda, o do local onde haja vaga no sistema prisional, assim apurado pelo Ministério da Justiça.

§ 1º- O Brasil deverá respeitar a natureza e a duração da pena como determinado pelo Estado remetente, observadas as limitações e condições estabelecidas pela lei brasileira.

§ 2º- O Brasil não poderá agravar, por sua natureza ou duração, a pena imposta no Estado remetente.

Órgão do Executivo não pode sobrepor-se a ato jurisdicional de Tribunal nacional. Não pode ser facultado ao MJ (Autoridade Central) o poder de autorizar transferência de processo ou de execução da pena. Tal transferência dependeria de ato judicial jurisdicional do STJ, pois, na verdade, encerra execução de pena fixada em sentença estrangeira. Se sentença cível depende de homologação para ser executada, o mesmo se exige da sentença penal (art. 47, §2º.). A eficácia interna de ato jurisdicional estrangeiro (processo pendente ou não) depende da possibilidade de controle de sua compatibilidade com a ordem pública. Na Constituição brasileira esse controle é atribuição privativa do STJ.

ARTIGO 64

Art. 64. Não se concederá a extradição quando:

I- a pessoa reclamada for brasileira, salvo a naturalizada, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, caracterizado por prova da materialidade e de indícios da autoria;

II- o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente, não se exigindo exata correspondência na lei brasileira;

III- o Brasil for competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando, esteja ou não sendo processado, salvo quando, pelas circunstâncias do caso, justificar-se a extradição por conveniência ou efetividade do processo;

IV- lei brasileira impuser ao crime a pena de prisão igual ou inferior a dois anos ou, em caso de extradição para execução, a duração da pena ainda por cumprir seja inferior a um ano;

V- já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundamentar o pedido;

VI- a punibilidade estiver extinta pela prescrição segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente, antes da apresentação do pedido de extradição;

VII- o fato constituir crime político ou de opinião;

VIII- o extraditando houver de responder, no Estado requerente, perante tribunal ou juízo de exceção;

IX- houver fundados motivos para supor que o pedido de extradição foi apresentado com a finalidade de perseguir ou punir o extraditando por motivo de raça, sexo, religião, nacionalidade, opinião política ou que tais fatos sirvam para agravar sua situação;

X- a pessoa reclamada puder ser submetida a processo que não ofereça garantias de procedimento criminal que respeite as condições internacionalmente reconhecidas como indispensáveis à salvaguarda dos direitos humanos ou cumprir a pena em condições degradantes ou vir a ser submetida a tortura ou outro tratamento desumano, cruel ou degradante;

XI- o atendimento à solicitação ofender a ordem pública ou interesse nacional;

§ 1º- O disposto no item VII não impedirá a extradição quando o fato constituir, principalmente, infração da lei penal comum, ou quando o crime comum, conexo ao delito político, constituir o fato principal.

§ 2º- Caberá, exclusivamente, ao Supremo Tribunal Federal a apreciação da natureza da infração.

§ 3º- O Supremo Tribunal Federal poderá deixar de considerar crimes políticos os atentados contra chefes de Estado ou quaisquer autoridades, bem assim os atos de terrorismo, sabotagem, seqüestro de pessoas.

§ 4º- Não serão considerados crimes políticos o de genocídio, os contra a humanidade e os de guerra.

§ 5º- A extradição poderá ser recusada, por motivos humanitários que digam respeito à idade, saúde ou outras circunstâncias pessoais do extraditando.

§ 6º- O pedido de extradição de refugiado e solicitante de refúgio será regido nos termos da lei específica.

Extradição de brasileiro

Afirmar que a naturalização depende de “prova da materialidade e de indícios de autoria” em nada difere da condição constitucional de “comprovado envolvimento”. Esse inciso, isoladamente, não teria o condão de regulamentar o art. 5º, LI, da CF, que, não obstante a jurisprudência do STF é, a meu juízo, auto-aplicável. Portanto, o único dispositivo do Anteprojeto, capaz de ser considerado regulamentar do art. 5º LI da CF, seria o art. 79, VI, do ANTEPROJETO.

Competência penal exclusiva

O dispositivo (art. 64, III), que prevê impedimento para extradição diante da competência penal exclusiva do estado nacional, pode ser relacionado com o art. 84.

Permitir a extradição, dependendo das “circunstâncias” além de ser demasiadamente genérico, causando insegurança, pode significar, no caso concreto, ofensa ao princípio do juiz natural, com escolha do juiz mais conveniente. Quais seriam exatamente os casos em que deveria ser preferida a jurisdição estrangeira? Existiria ineficácia quando o acusado estivesse no exterior? Porém, nesse caso caberia extradição. Ou quando a prova necessitasse ser produzida no exterior? Porém, nesse caso seria aplicável a carta rogatória ou o auxílio direto.

A tradição do direito brasileiro é pela competência penal internacional exclusiva, sempre que a lei penal material seja aplicável ao fato *sub judice*. O elemento de conexão processual tende coincidir com o elemento de conexão material. A regra deste dispositivo seria salutar se fosse mais precisa, descrevendo as situações em que a competência penal internacional, de exclusiva, passasse a concorrente.

E com relação ao procedimento? Se já tivesse sido iniciada a ação penal no Brasil, seria possível sua interrupção e posterior deslocamento para o exterior, mediante extradição? Não seria aplicável o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, que é uma forma de garantia do juiz natural?

Bis in idem

De certa forma, o dispositivo é incoerente com a previsão genérica de competência concorrente no inciso III, deste artigo. Nos casos em que houvesse sentença de absolvição, pendente de recurso, seria aplicável a regra do inciso III ou deste inciso? Os fundamentos não seriam os mesmos? Por que não permitir a extradição mesmo depois do julgamento no Brasil, já que o que está em jogo é a efetividade da jurisdição, princípio de índole constitucional?

Crime prescrito

No direito processual penal, a prescrição intercorrente é regra, inclusive para coibir a morosidade processual. Hoje, está previsto na CF o direito a um julgamento em tempo razoável. O dispositivo impede que haja prescrição depois que a extradição tenha sido apresentada, independentemente do tempo de sua duração, o que poderia ser considerado contrário à tendência atual.

Recusa da extradição por motivos humanitários

Demasiadamente genérico o §5º, causando insegurança. Quais são as circunstâncias pessoais do extraditando, além da idade e saúde? As de família? A correspondência estaria em uma amplitude do alcance da regra do art. 89, parágrafo único, do Estatuto do Estrangeiro, a qual diz respeito apenas à suspensão da execução da extradição já julgada. Esse dispositivo deverá ser interpretado restritivamente, aplicável somente quando houver risco de vida. Melhor seria se fosse observada a redação do art. 78, do ANTEPROJETO, que se refere “a enfermidade grave comprovada por perícia médica”. Porém, não acredito que uma causa de suspensão da extradição seja motivo suficiente para indeferir a extradição, havendo, pois, incompatibilidade entre os dispositivos citados (64, §5º, e 78).

ARTIGO 94

Art. 94. O artigo 88 do Código de Processo Civil passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 88.....

IV- o autor tiver seu domicílio ou residência habitual no Brasil

a) nas ações de alimentos, guarda de menores e demais causas em que haja interesse de menores;

b) nas relações de consumo;

*V- as partes tenham se submetido expressa ou tacitamente à jurisdição brasileira.
§ 1º- Para o fim do disposto no inciso I, reputa-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal;
§ 2º- Não são aplicáveis as hipóteses previstas nos incisos I, II e III deste artigo se houver eleição de foro estrangeiro”.*

Não deve alcançar toda relação de consumo, porém apenas os consumidores que detiverem domicílio no Brasil. A norma deve proteger apenas a parte presumivelmente mais fraca na relação de consumo.

A norma do §2º corre o risco de permitir restrição do direito ao acesso à justiça, caso a eleição de foro seja imposta em contratos de adesão a pessoas domiciliadas no território nacional.

CONCLUSÕES

Não há ofensa à soberania nacional ou a princípio fundamental do estado nacional na cooperação jurídica ou auxílio direto entre autoridades administrativas ou autoridades judiciárias, desde que haja possibilidade de controle, por tribunal nacional, da compatibilidade do conteúdo do ato estrangeiro com a ordem pública.

A regra constitucional que prevê competência privativa do Superior Tribunal de Justiça, para homologação de sentença estrangeira e execução de cartas rogatórias, é ponto de estrangulamento da cooperação judicial e jurisdicional internacional, devendo ser revista o quanto antes, para permitir a implementação no direito pátrio de instrumentos processuais internacionais, já consagrados pela legislação comparada e doutrina nacional, tal como o reconhecimento automático de decisões estrangeiras.

A cooperação jurídica internacional em matéria penal e cível deve ser regulamentada separadamente, o mesmo devendo ocorrer com a integração entre a jurisdição internacional e a jurisdição nacional.

A reciprocidade de tratamento não deve ser condição de admissibilidade para a cooperação jurídica civil, sob pena de ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.

A Autoridade Central, no exercício do controle prévio de admissibilidade da cooperação jurídica civil e penal, deve estar sujeita ao controle judicial.

O reconhecimento de decisão judicial estrangeira, de natureza cautelar, assim como a antecipação da tutela nos atuais procedimentos de reconhecimento, é inerente ao princípio da inafastabilidade da jurisdição e independem de previsão expressa na legislação infraconstitucional.

A transferência temporária de pessoas detidas e não detidas, e as suas garantias no exterior, devem ser regulamentadas em separado, especialmente se o consentimento for condição para autorização da transferência.

A cooperação jurídica penal deve ser regulamentada por normas precisas, não se admitindo cláusulas genéricas que permitam insegurança na sua aplicação, tais como as que proíbem extradição de acordo com as condições pessoais do extraditando e as que autorizam a transferência de processo ou execução de pena para o Brasil ou para o exterior.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rogério Pacheco. **Tutela de urgência no Direito Processual Internacional**, In: SEMINÁRIO DE DIREITO PROCESSUAL INTERNACIONAL, 12, 2004, Niterói. Digitado. Universidade Federal Fluminense, Departamento de Direito Privado, Grupo de Pesquisa Efetividade da Jurisdição. 2004.

ARAÚJO, Nadia. **A internalização dos tratados no Brasil**, in: SEMINÁRIO DE DIREITO PROCESSUAL INTERNACIONAL, 5, 2003, Niterói. **Relacionamento entre a jurisdição internacional e a jurisdição interna: Corte Interamericana de Direitos Humanos, Corte Internacional de Justiça, Tribunal de Justiça Europeu e Tribunal Penal Internacional**. Digitado. Digitado. Universidade Federal Fluminense, Departamento de Direito Privado, Grupo de Pesquisa Efetividade da Jurisdição. 2004a.

_____. **Cooperação Judiciária**, In: ENCONTRO DE CORTES SUPREMAS DOS ESTADOS PARTES E ASSOCIADOS DO MERCOSUL, 2, 2004, Brasília. Digitado. Supremo Tribunal Federal. 2004b.

_____. **Sistemas de reconhecimento de decisão judicial estrangeira**, In: SEMINÁRIO DE DIREITO PROCESSUAL INTERNACIONAL, 10, 2004, Niterói. Digitado. Universidade Federal Fluminense, Departamento de Direito Privado, Grupo de Pesquisa Efetividade da Jurisdição. 2004c.

CORRÊA, Luiz Henrique de Vasconcelos Quaglietta. **Algumas notas sobre Direito Internacional**. In: SEMINÁRIO DE DIREITO PROCESSUAL INTERNACIONAL, 5, 2003, Niterói. **Relacionamento entre a jurisdição internacional e a jurisdição interna: Corte Interamericana de Direitos Humanos, Corte Internacional de Justiça, Tribunal de Justiça Europeu e Tribunal Penal Internacional**. Digitado. Universidade Federal Fluminense, Departamento de Direito Privado, Grupo de Pesquisa Efetividade da Jurisdição. 2004.

DOLINGER, Jacob. **Limites à jurisdição estrangeira**, In: SEMINÁRIO DE DIREITO PROCESSUAL INTERNACIONAL, 11, 2004, Niterói. Digitado. Universidade Federal Fluminense, Departamento de Direito Privado, Grupo de Pesquisa Efetividade da Jurisdição. 2004.

ENCONTRO DE CORTES SUPREMAS DOS ESTADOS PARTES E ASSOCIADOS DO MERCOSUL, II, 2004, Brasília. Digitado. Organização do Supremo Tribunal Federal. Realizado nos dias 28 e 29 nov. 2004.

GRECO, Leonardo. **A defesa do interesse difuso na Corte Interamericana de Direitos Humanos e na Corte Internacional de Justiça**, In: SEMINÁRIO DE DIREITO PROCESSUAL INTERNACIONAL, 6, 2003, Niterói. Digitado.

Universidade Federal Fluminense, Departamento de Direito Privado, Grupo de Pesquisa Efetividade da Jurisdição. 2003a.

_____. **A jurisdição internacional dos Direitos Humanos: Corte Européia de Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos.** In: SEMINÁRIO DE DIREITO PROCESSUAL INTERNACIONAL, 5, 2003, Niterói. **Relacionamento entre a jurisdição internacional e a jurisdição interna: Corte Interamericana de Direitos Humanos, Corte Internacional de Justiça, Tribunal de Justiça Europeu e Tribunal Penal Internacional.** Digitado. Universidade Federal Fluminense, Departamento de Direito Privado, Grupo de Pesquisa Efetividade da Jurisdição. 2003b.

_____. **A tutela jurisdicional internacional dos interesses coletivos.** Texto apresentado no WORKSHOP RECHTSSCHUTZ IM MEHREBENENSYSTEM, realizado nos dias 18 de 20 de maio de 2004, em Erfurt, Alemanha. Digitado. 14f. 2004a.

_____. **Circulação de decisões judiciais e integração supranacional e internacional** In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL A TUTELA JUDICIAL NO SISTEMA MULTINÍVEL, 2004, Brasília. **Direito Supranacional e Internacional.** Disponível em gravação de vídeo. Universidade Federal Fluminense, Departamento de Direito Privado, Grupo de Pesquisa Efetividade da Jurisdição, e Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários. 2004b.

MADRUGA FILHO, Antenor Antonio. **Cooperação Judiciária,** In: ENCONTRO DE CORTES SUPREMAS DOS ESTADOS PARTES E ASSOCIADOS DO MERCOSUL, 2, 2004, Brasília. Digitado. Supremo Tribunal Federal. 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Questões prejudiciais e coisa julgada.** Forense: Rio de Janeiro, 1967.

PEREIRA, Antônio Celso Alves. **Acesso à Corte Interamericana de Direitos Humanos,** In: SEMINÁRIO DE DIREITO PROCESSUAL INTERNACIONAL, 16, 2004, Niterói. Digitado. Universidade Federal Fluminense, Departamento de Direito Privado, Grupo de Pesquisa Efetividade da Jurisdição. 2004a.

_____. **A jurisdição internacional dos direitos humanos diante da jurisdição nacional,** In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL A TUTELA JUDICIAL NO SISTEMA MULTINÍVEL, 2004, Brasília. **Direito Supranacional e Internacional.** Disponível em gravação de vídeo. Universidade Federal Fluminense, Departamento de Direito Privado, Grupo de Pesquisa Efetividade da Jurisdição, e Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários. 2004b.

PESSOA, Marilda Bentes. **Considerações sobre o conflito de jurisdição e o reconhecimento de sentenças estrangeiras no sistema *common law* inglês e americano - para uma contribuição ao estudo do Direito Processual**

Internacional. 2003. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal Fluminense, Faculdade de Direito, Niterói, 2003. Orientador: Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva.

PINHEIRO, Luís Lima. **Circulação de decisões judiciais e integração supranacional e internacional** In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL A TUTELA JUDICIAL NO SISTEMA MULTINÍVEL, 2004, Brasília. **Direito Supranacional e Internacional**. Disponível em gravação de vídeo. Universidade Federal Fluminense, Departamento de Direito Privado, Grupo de Pesquisa Efetividade da Jurisdição, e Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários. 2004a.

_____. **Fundamentos da competência internacional e do reconhecimento de decisões judiciais estrangeiras. Competência internacional e reconhecimento de decisões judiciais estrangeiras no regime comunitário europeu. Competência internacional e reconhecimento de decisões judiciais estrangeiras no regime interno alemão e português. Reconhecimento de atos administrativos estrangeiros e de decisões arbitrais estrangeiras**, In: WORKSHOP COMPETÊNCIA INTERNACIONAL E RECONHECIMENTO DE DECISÕES ESTRANGEIRAS, 2004, Niterói. Digitado. Universidade Federal Fluminense, Departamento de Direito Privado, Grupo de Pesquisa Efetividade da Jurisdição. 2004b.

PIOVESAN, Flávia. **A jurisdição internacional dos direitos humanos diante da jurisdição nacional**, In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL A TUTELA JUDICIAL NO SISTEMA MULTINÍVEL, 2004, Brasília. **Direito Supranacional e Internacional**. Disponível em gravação de vídeo. Universidade Federal Fluminense, Departamento de Direito Privado, Grupo de Pesquisa Efetividade da Jurisdição, e Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários. 2004a.

SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA E COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO, 2002, São Paulo. Anais. Organizado pela AJUFE – Associação de Juízes Federais.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Aspectos controvertidos sobre competência, litispendência e coisa julgada no Direito Processual Internacional**, In: SEMINÁRIO DE DIREITO PROCESSUAL INTERNACIONAL, 1, 2003, Niterói.

_____. **Eficácia da jurisdição externa**. 2002. Digitado. Tese (Concurso para Professor Titular de Direito Internacional Privado)–Universidade Federal Fluminense, Faculdade de Direito, Niterói, 2002c.

_____. **Princípio da ordem pública e conceito de soberania na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**, In: SEMINÁRIO DE DIREITO PROCESSUAL INTERNACIONAL, 4, 2003, Niterói. Digitado. Universidade Federal Fluminense, Departamento de Direito Privado, Grupo de Pesquisa Efetividade da Jurisdição. 2004c.

_____. **Princípios e regras sobre competência internacional**, In: SEMINÁRIO DE DIREITO PROCESSUAL INTERNACIONAL, 8, 2004, Niterói. Digitado. Universidade Federal Fluminense, Departamento de Direito Privado, Grupo de Pesquisa Efetividade da Jurisdição. 2004d.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **As novas tendências do direito extradicional**. Renovar: Rio de Janeiro, 1998.

WORKSHOP RECHTSCHUTZ IM MEHREBENSYSTEM, 2004, Erfurt. Organização de Hermann-Josef Blanke e Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva. Transcrição de Marta Maria Alonso de Siqueira. Digitado. Português. Realizado nos dias 16 de 18 de maio de 2004, em Erfurt, Alemanha.

Prof. Ricardo Perlingeiro