Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Marcos Martins Davidovich

Cooperação jurídica internacional no mercado de capitais brasileiro: A Constitucionalidade dos Memorandos de Entendimento da CVM na Troca de Informações

Rio de Janeiro

2015

Marcos Martins Davidovich

Cooperação jurídica internacional no mercado de capitais: A Constitucionalidade dos Memorandos de Entendimento da CVM na Troca de Informações

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Internacional e Integração Econômica.

Orientadora: Prof.ª Dra. Carmen Beatriz Tiburcio Rodrigues

Rio de Janeiro

2015

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

D249 Davidocich, Marcos Martins.

Cooperação jurídica internacional no mercado de capitais: a constitucionalidade dos memorandos de entendimento da CVM na troca de informações / Marcos Martins Davidocich. - 2015.
142 f.
Orientador: Profª. Dra. Carmen Beatriz Tiburcio Rodrigues.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1.Mercado de capitais - Teses. 2. Cartas rogatórias –Teses. 3.Sentenças estrangeiras – Teses. I.Rodrigues, Carmen Beatriz Tiburcio. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 336.76(81)

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

_____ _____

Assinatura Data

Marcos Martins Davidovich

Cooperação jurídica internacional no mercado de capitais:

A Constitucionalidade dos Memorandos de Entendimento da CVM na Troca de Informações

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Internacional e Integração Econômica.

Aprovada em 13 de agosto de 2015.

Banca Examinadora:

_____

Prof.ª Dra. Carmen Beatriz Tiburcio Rodrigues (Orientadora)

Faculdade de Direito – UERJ

_____

Prof. Dr. Daniel Cabral Gruenbaum

Faculdade de Direito – UERJ

_____

Prof. Dr. Francisco Satiro de Souza Júnior

Universidade de São Paulo

Rio de Janeiro

2015

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha esposa, Larissa, companheira sempre presente nos momentos importantes da minha vida; aos meus filhos Júlia, André e Bruno, por, apesar de serem os principais responsáveis pelo uso de todo o prazo para entrega deste trabalho, tornarem a minha vida muito mais agitada e interessante, e por me ensinarem o real significado do termo "amor incondicional"; e aos meus pais, Maria Augusta, Luiz, Solange e Enrique, grandes responsáveis pelo que sou hoje.

AGRADECIMENTOS

Um trabalho complexo não se faz sozinho. São muitas as pessoas que participam de nossa vida e que, de uma forma ou de outra, contribuem, ainda que inconscientemente, para o desfecho da obra.

Com receio de deixar de agradecer pessoas relevantes para a conclusão deste trabalho, ressalto a importância daqueles que atuaram junto comigo na Comissão de Valores Mobiliários (CVM) no período de sete anos em que lá estive. Em especial, tenho que agradecer à Julya Wellisch, por confiar em mim e pela transferência de conhecimento, sendo a grande responsável pela minha nomeação ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional e minha admiração pela matéria.

Devo agradecer, também, aos colegas que atuaram comigo na Gerência Jurídica 4, subprocuradoria responsável pelo acompanhamento de processos administrativos sancionadores na CVM. Aprendi muito com os colegas Adriana Dullius, Danielle Barbosa, Luciana Alves, Milla Aguiar, Raquel Passarelli e Raul Souto. A convivência diária e as conversas sobre os mais diversos casos que enfrentamos certamente contribuíram para o meu crescimento profissional.

Agradecimento especial devo fazer, ainda, aos colegas inspetores que atuam na Superintendência de Processos Sancionadores da CVM, técnicos de excelência, capacitados e qualificados para garantir a importante missão de acompanhar e investigar fraudes no mercado de capitais brasileiro. Devo, ainda, mencionar os analistas da Superintendência de Relações Internacionais, essenciais na colaboração que prestaram para as pesquisas realizadas nesta dissertação.

Por fim, agradeço, como não poderia deixar de fazer, aos amigos e à família, pelo suporte constante em minhas decisões, compreendendo eventuais afastamentos necessários à conclusão do trabalho acadêmico a que me propus. Sem o apoio e suporte da família e dos amigos não teria como concluir tão árdua missão.

RESUMO

DAVIDOVICH, Marcos. *Cooperação jurídica internacional no mercado de capitais brasileiro*. 2015. 142f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional e Integração Econômica) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015.

A maior interconexão no mercado de capitais decorrente da globalização reverbera os impactos, negativos ou positivos, das políticas de regulação adotadas por cada país, trazendo evidentes riscos ao mercado financeiro internacional. Com o objetivo de trazer padrões mínimos de regulação e viabilizar trocas de experiências e informações entre agentes reguladores, foi criada a *International Organization of Securities Commissions* – IOSCO, que aposta na cooperação jurídica internacional como via adequada para o intercâmbio necessário. O trabalho tem como foco compreender os instrumentos de cooperação jurídica internacional adotados pelo Brasil, em particular, os convênios firmados entre autoridades reguladoras no mercado de capitais. Tendo em vista restrições constitucionais que estabelecem ser privativa do Presidente da República a atribuição para celebrar tratados e ter relações com Estados estrangeiros, bem como a concentração da competência, no Superior Tribunal de Justiça, para concessão de *exequatur* e homologação de sentenças estrangeiras, pretende-se fazer análise de constitucionalidade dos convênios, bilaterais e multilateral, que regulamentam o intercâmbio de informações praticado pela Comissão de Valores Mobiliários. O que se constata é a viabilidade de criação de instrumentos céleres de cooperação internacional, por meio de tratados ou legislação ordinária, sem que haja usurpação de atribuições privativas do Presidente da República ou de competência do Superior Tribunal de Justiça, desde que observadas algumas condições.

Palavras-chave: Cooperação jurídica internacional. Auxílio direto. Mercado de capitais. Intercâmbio de informações. Transferência de informações sigilosas.

ABSTRACT

DAVIDOVICH, Marcos. *International cooperation in Brazilian securities and exchange marke*t. 2015. 142f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional e Integração Econômica) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015.

The greater interconnection in capital markets as a result of globalisation reverberates positive and negative impacts of regulatory policies adopted worldwide, imposing risks to the international financial market. The International Organization of Securities Commissions – IOSCO was created in order to adopt international standards of regulation and to promote exchange of knowledge and information among regulators. IOSCO considers international cooperation the best and most suitable way of providing exchange of information. The focus of this work is to analyse the Brazilian international cooperation system, with a special view of memorandum of understanding regarding cooperation and mutual legal assistance signed by regulatory entities in the capital market. As such, this dissertation will analyse the constitutionality of bilateral and multilateral memorandum of understanding reached by the Brazilian's Securities and Exchange Commission (CVM), considering constitutional restrictions that limit to the President the power to sign treaties and to have relations with foreign countries as well as the constitutional jurisdiction given to the *Superior Tribunal de Justiça* to enforce foreign judgments. The results suggests the feasibility of the formulation of effective tools of international cooperation through treaties or national statutes without violation of the President's or the higher courts' powers, whereas some conditions are respected.

Keywords: International cooperation. Mutual assistance. Capital Market. Exchange of information. Confidential information.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	9
1	**MERCADO GLOBAL DE VALORES MOBILIÁRIOS**	12
1.1	**Arquitetura Financeira Internacional**	17
1.1.1	Organizações Internacionais	18
1.1.2	Grupos Estado-Estado	19
1.1.3	Redes Transgovernamentais	20
1.1.4	Redes Bilaterais e Regionais	20
1.1.5	Estruturas Privadas de Padronização	21
1.2	**Organismos Atuantes no Mercado Financeiro Internacional**	22
1.3	**IOSCO**	23
1.3.1	Estrutura da IOSCO	25
1.3.2	Produção Normativa	27
1.3.2.1	Princípios de Regulação de Valores Mobiliários	28
1.3.2.2	Memorando Multilateral de Entendimento	29
1.3.2.2.1	Mecanismos de Controle do MMoU da IOSCO	33
2	**COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL NO BRASIL**	35
2.1	**Carta Rogatória**	35
2.1.1	Dispensa de Cartas Rogatórias no Âmbito do Mercosul	39
2.1.2	*Exequatur* de Cartas Rogatórias Executórias	44
2.1.2.1	Medidas Executórias e Quebra de Sigilo por meio de Cartas Rogatórias	49
2.1.3	Carta Rogatória no Novo CPC	52
2.2	**Homologação de Sentença Estrangeira**	55
2.2.1	Previsão e Procedimentos de Homologação de Sentenças Estrangeiras	56
2.2.2	Obrigatoriedade da homologação de sentença estrangeira no Brasil	60
2.2.2.1	Obrigatoriedade constitucional de homologação de sentença estrangeira	60
2.2.2.2	Legislação Ordinária e Dispensa de Homologação	64
2.2.2.2.1	Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar de 1989	65
2.2.2.2.2	Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa.	67
2.2.3	Homologação de Sentenças Estrangeiras no Novo CPC	68
2.3	**Auxílio Direto**	70
2.3.1	Previsão legal	71
2.3.2	Auxílio Direto nos Tribunais	75
2.3.3	Auxílio Direto no Novo CPC	81
2.4	**Conclusões parciais – Cooperação Jurídica Internacional no Brasil**	82
3	**COOPERAÇÃO JURÍDICA NO MERCADO DE CAPITAIS BRASILEIRO**	84
3.1	**Análise de Memorandos de Entendimento da CVM**	87
3.1.1	Memorandos de Entendimento Bilaterais	87
3.1.1.1	Memorandos de Entendimento Assinados após o Advento do MMoU	89
3.1.2	Memorando Multilateral de Entendimento da IOSCO	91
3.2	**Evolução das Demandas de Cooperação na CVM**	92
3.3	**Análise de Casos Práticos**	95
3.3.1	Obtenção de Documentos de Natureza Pública	95
3.3.2	Informações Protegidas pelo Estado Estrangeiro	97

3.3.3 Investigações Conjuntas e Realização de Depoimentos 99
3.3.4 Intercâmbio de Informações Sigilosas 100

4 **ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO AUXÍLIO DIRETO NO MERCADO DE CAPITAIS BRASILEIRO** 102
4.1 **A Competência Privativa do Presidente** 102
4.1.1 Natureza Jurídica dos Memorandos de Entendimento 107
4.1.1.1 Memorandos de Entendimento e a Legitimidade para Celebrar Tratados e Manter Relações com Estados Estrangeiros 109
4.2 **Auxílio Direto e o Exequatur** 112
4.3 **Limite da Troca de Informações** 116
4.3.1 Acesso Direto a Informações Sigilosas 119
4.3.1.1 O STF e o Acesso Direto às Informações Sigilosas 121
4.3.1.1.1 Ação Cautelar n.º 33 124
4.3.1.1.2 Recurso Extraordinário n.º 389.808 125
4.3.2 Intercâmbio de Informações Sigilosas 126

CONCLUSÕES 128

REFERÊNCIAS 134

ANEXO - Demandas Internacionais Recebidas e Realizadas pela CVM 140

INTRODUÇÃO

A globalização dos mercados financeiros ao mesmo tempo em que beneficia investidores e economias nacionais gera preocupações crescentes em razão do nível de interconexão hoje presente nas operações financeiras. Como decorrência dessa interconexão a cooperação jurídica internacional no mercado financeiro e, em especial, no mercado de capitais, tem assumido importância ímpar. A experiência prática da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), agência reguladora do mercado de capitais brasileiro, demonstra que, cada vez mais, o intercâmbio de informações entre órgãos reguladores do mercado de capitais é essencial para a apuração de irregularidades, aprimoramento da regulação e manutenção da estabilidade e segurança do sistema financeiro global.

Dentro desse contexto, intensifica-se a atuação internacional da CVM e dos demais órgãos reguladores, essencial para inibir ilícitos no âmbito interno de suas respectivas competências. A coordenação dessas diversas entidades na troca de informações é o objetivo perseguido pela *International Organization of Securities Commissions* (IOSCO), que a concretizou por meio da criação do Memorando Multilateral de Entendimento – *Multilateral Memorandum of Understanding Concerning Consultation and Cooperation and the Exchange of Information* (MMoU).

Assumindo diversos compromissos com a assinatura do documento os órgãos reguladores do mercado de capitais de várias nacionalidades aderem aos objetivos e princípios estabelecidos pela IOSCO para regulação de valores mobiliários, protegendo investidores, assegurando mercados justos, confiáveis, eficientes e transparentes e reduzem o risco sistêmico. Como será abordado em momento oportuno, entre as principais preocupações do organismo internacional está a assistência mútua, caracterizada pela troca de informações e treinamentos, viabilizada por meio de completo, adequado e célere sistema de cooperação jurídica.

A nova visão global sobre o tema faz aflorar a importância da existência de arcabouço legislativo hígido e em conformidade com o nosso sistema constitucional de forma a permitir que a CVM cumpra com os compromissos assumidos na esfera internacional.

O presente estudo visa analisar o tratamento dado à cooperação jurídica internacional no âmbito do mercado de capitais. Busca-se, inicialmente, trazer algumas informações do funcionamento do mercado financeiro e das intrincadas conexões que justificam o enfoque pelo viés internacional. Na abordagem será feita breve referência à IOSCO, seus objetivos,

princípios básicos e formas de atuação. Para esse ponto do estudo foram selecionadas doutrinas estrangeiras, já que no Brasil não há abundante literatura sobre o tema.

Em seguida, serão feitas breves considerações acerca do instituto da cooperação jurídica internacional no Brasil, quando apresentaremos os principais instrumentos de cooperação. Delinear e bem definir cartas rogatórias, homologação de sentenças estrangeiras e o auxílio direto é de suma importância para a compreensão do estudo. Será a comparação entre o que existe em matéria de cooperação jurídica internacional e o entendimento dos Tribunais Superiores que permitirá melhor compreensão da cooperação jurídica no mercado de capitais.

O foco, nesse ponto, será a doutrina nacional. Artigos e livros de autores nacionais foram selecionados para alcançar visão geral dos institutos. Da mesma forma, para a análise a produção jurisprudencial assume papel de destaque, especialmente após a mudança de competência para exame de cartas rogatórias e homologação de sentenças estrangeiras promovida com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004 (EC n. 45/2004). Com efeito, a nova competência atribuída ao Superior Tribunal do Justiça (STJ) modernizou a atuação do Poder Judiciário, ampliando a cooperação jurídica e inserindo o Brasil no contexto de internacionalização atual. Registre-se, porém, que por não ser o escopo deste trabalho esgotar o tema referente aos instrumentos de cooperação jurídica existentes no Brasil, os pontos destacados serão aqueles estritamente necessários à compreensão do objeto desta dissertação, sem o esgotamento do estudo de cada instituto.

Somente com esse suporte teórico prévio é que será possível analisar a prática do mercado de capitais e a forma da atuação da CVM. A partir de então o estudo voltar-se-á ao emaranhado legal e normativo que regulamenta o instituto da cooperação jurídica internacional no âmbito do mercado de capitais brasileiro. Para isso, será necessário estudar o conteúdo dos diversos Memorandos de Entendimento firmados pela CVM com entidades congêneres de outros países e com a própria IOSCO. Também nessa oportunidade será relevante o estudo empírico da troca de informações entre entidades reguladoras dos mais diversos países integrantes da IOSCO.

Com base em elementos colhidos na Superintendência de Relações Internacionais (SRI) serão apresentados dados e informações acerca da prática da Autarquia no intercâmbio de informações com entidades estrangeiras. Alguns processos administrativos em que atos de cooperação internacional foram essenciais para o exitoso desfecho servirão de base para o estudo. Pedidos de cooperação ativos e passivos serão descritos, permitindo-se alcançar conclusões acerca das modalidades de informação objeto de intercâmbio.

Organizados esses dados, será apreciada a eventual constitucionalidade do instituto. Nessa última etapa serão aprofundados conceitos teóricos de *soft law* e sua legitimidade no direito internacional, bem como examinada a natureza jurídica dos instrumentos de cooperação jurídica internacional utilizados pela CVM na regulação do mercado de capitais. A análise terá como centro a compatibilidade do instituto aos ditames constitucionais que estabelecem: (i) ser privativo do Presidente da República a celebração de tratados e as relações com Estados estrangeiros (art.84, VII e VIII); (ii) ser competente o STJ para concessão do *exequatur* e homologação de sentenças estrangeiras (art.105, I, i); e (iii) ser limitado o acesso a informações sigilosas em respeito ao direito de privacidade (art.5º, X). Esses parecem ser os principais obstáculos a enfrentar no exame da matéria.

Por fim, alcançaremos as conclusões acerca da eficácia e viabilidade constitucional do instrumento de cooperação internacional à disposição da CVM, estabelecendo seus limites. Embora, como será visto, a troca de informações entre os diversos órgãos reguladores tem sido efetiva e satisfatória na prática, faltam questionamentos acerca de sua higidez jurídica na doutrina nacional. Pretende-se, por meio desse estudo e da experiência prática obtida em sete anos de atuação na Procuradoria Federal Especializada da CVM em conjunto com Superintendência de Processos Sancionadores da Autarquia enfrentar as principais dúvidas acerca da cooperação internacional realizada no mercado de capitais brasileiro.

1. MERCADO GLOBAL DE VALORES MOBILIÁRIOS

A compra e venda internacional de valores mobiliários, títulos da dívida pública, derivativos e outros instrumentos financeiros não é novidade. Desde a formação inicial das primeiras Bolsas de Valores na Europa admitiam-se investidores estrangeiros em operações no mercado financeiro. É certo, porém, que com o crescimento da globalização nos últimos anos, subproduto da evolução tecnológica, tem aumentado exponencialmente o interesse em operações transnacionais no mercado financeiro, trazendo a reboque a preocupação com a regulamentação para além dos limites das fronteiras físicas (JAMES, 1996, p.12).

Com o advento de crises financeiras globais, cada vez mais frequentes em razão da interconexão hoje presente no mercado, peso ainda maior recai na necessidade de regulação eficiente e globalizada, focada na cooperação entre as nações. Consequência relevante das crises e que demanda atenção especial é a fuga do capital volátil para portos mais seguros (FRANKEL e ROSE, 1996; DORNBUSH, 1998), trazendo grandes prejuízos a mercados emergentes. A insegurança decorrente de eventual instabilidade econômica prejudica sobremaneira o desenvolvimento dos países mais vulneráveis, e é no mercado bursátil que o impacto é mais imediato e evidente. Dessa preocupação global surge a importância da regulação internacional dos mercados financeiros.

Nem sempre foi assim, no entanto. Até o advento da Primeira Guerra Mundial as atividades financeiras eram essencialmente livres, sem qualquer tipo de regulação. Já a partir do século XVII diversos instrumentos financeiros passaram a ser utilizados, como empréstimos, valores mobiliários e mesmo títulos representativos de moedas, para obtenção de poupança popular com o objetivo de fomentar investimentos, fossem eles públicos ou privados. Apesar do aquecido mercado já à época, a falta de qualquer tipo de regulação no mercado financeiro acabava sendo apontado como responsável por frequentes crises locais (ARNER, 2002, p. 1545).

No século XIX, Londres destacou-se como pujante centro financeiro internacional e, até o início da Primeira Grande Guerra, variados instrumentos financeiros de alta sofisticação eram regularmente criados e utilizados. Há quem sustente que aquele teria sido o período de maior integração financeira internacional já visto, superando, inclusive, o estágio atual de interconexão global (JAMES, 1996, p.12).

Iniciada a Guerra, houve evidente redução da atividade financeira na Europa, com consequências globais. Posteriormente, em momento de retomada das operações no pós-guerra, uma crise de proporções homéricas atingiu o mundo. Em 1929, a Grande Depressão iniciada nos Estados Unidos rapidamente espalhou-se pelo globo, criando desespero, desemprego e abrupta redução nas atividades financeiras. Entre os fatores apontados como catalizadores da Grande Crise, a falta de regulamentação adequada destacou-se. Estudos liderados pelo Congresso dos Estados Unidos levaram à conclusão de que os principais motivos da crise foram a excessiva atividade especulativa e os abusos que acabaram influenciando o regular operar do mercado (ARNER, 2002, p.1546). Ou seja, constatou-se que para que o mercado atuasse de forma realmente livre, alcançando o equilíbrio devido, haveria a necessidade de controlar abusos e medidas especulativas.

E foi exatamente como decorrência dessa constatação que os Estados Unidos, considerados como a grande pátria do liberalismo e do *self made man*, arquitetou o primeiro regime legal de regulação do mercado financeiro a partir da década de 1930, apostando no ideal de *full disclosure*, com a criação da *Securities and Exchange Commission* (SEC), agência reguladora com amplos poderes para fiscalizar, regulamentar e punir (SELIGMAN, 2003, p.99/100).

Fora dos Estados Unidos, porém, as atividades financeiras, em especial aquelas ligadas ao mercado de capitais, continuavam sendo reguladas por meio de leis societárias e regras de bolsas de valores, sem a presença de entidade estatal forte e estruturada com o objetivo de atuar como verdadeiro xerife do mercado.

Fenômeno interessante e que incentivou a internacionalização dos mercados financeiros foi a criação dos chamados *Euromarkets*. Após a Segunda Guerra Mundial, na década de 1950, Bancos Europeus situados em Londres e na Suíça começaram a negociar com mais frequência dólares, desenvolvendo mercado que passou a ser conhecido como *Eurodollar*. Esse mercado, porém, expandiu, alcançando outras moedas, surgindo assim os *Euromarkets* (ARNER, 2002, p.1.547). Esses últimos desenvolveram-se como mercados internacionais de forma a evitar restrições regulatórias domésticas, e foi exatamente o sucesso desse modelo que o fez tornar-se cada vez mais globalizado e internacional (KINDLEBERGER, 2006, p.439).

Apesar de não terem relação direta com o mercado de capitais – objeto principal deste estudo – os *Euromarkets*[1] são de suma importância na demonstração do alcance global

[1] Os *Euromarkets* eram financiados basicamente por *Sindicated Loans*, *pool* formado por bancos para aquisição de títulos de dívida com redução do risco envolvido (KINDLEBERGER, 2006, p.438);

de restrições regulatórias impostas por alguns países. Com efeito, o grande desenvolvimento desse mercado é atribuído às restrições impostas pelos Estados Unidos da América no registro de valores mobiliários e na imposição, por esse mesmo país, em 1963, de taxas de equalização[2] com o objetivo de reduzir a quantidade de empréstimos feitos na Europa pelos americanos. Tentava-se reduzir o déficit da balança comercial dos Estados Unidos sobretaxando investimentos em valores mobiliários estrangeiros e, por consequência, tornando-os menos atrativos com o objetivo de inibir remessa de recursos ao exterior. No entanto, o efeito colateral foi a massiva alteração de comportamento de relevantes investidores americanos, que passaram a investir nos *Euromarkets*, j[a que, por não serem regulados, eram naturalmente excluídos das restrições. Como resposta ao desenvolvimento dos *Euromarkets* os Estados Unidos reduziram as restrições em 1973 (ARNER, 2002, p. 1.548).

O mercado de moedas então criado – e cujos principais centros de negociação são Londres e Luxemburgo – apresenta, ainda hoje, frequentes crises, na medida em que sua estrutura foi criada de tal forma a limitar a atuação de agentes reguladores. Os argumentos a favor da falta de interesse na regulamentação desse mercado são fundamentados, usualmente, no fato de que seus participantes não necessitam do mesmo nível de proteção garantido aos pequenos investidores, por serem investidores profissionais e qualificados, em sua maioria bancos de investimentos, grandes fundos de investimentos (*hedge funds*) e países soberanos (ARNER, 1549).

O mesmo não ocorre, porém, no mercado de capitais. Neste, grande parte dos recursos são provenientes da poupança popular, havendo consenso nos EUA, ao menos desde 1930, acerca da necessidade de regulação interna focada na defesa dos investidores e com poderes para ter amplo acesso à informações relativas a operações realizadas com valores mobiliários e exercer real controle de forma a manter a segurança da estrutura financeira (SELIGMAN, 2003, p.41). Apesar dos esforços realizados com o objetivo de regulamentar esse mercado no âmbito de cada país, não havia grandes iniciativas de alcance internacional. Somente a partir de 1973, diante da posição assumida pela SEC com o objetivo de facilitar a cooperação entre reguladores de mercado de capitais das Américas, surgiu o embrião da *International Organization of Securities Commissions*, com a consequente aceleração do procedimento de internacionalização da regulação do mercado de capitais (SOMMER, 1997, p.15).

---

[2] *Interest Equalization Taxes.*

E não poderia ser diferente, ao contrário dos *Euromarkets*, a garantia de transparência e a confiabilidade do mercado é essencial para o seu desenvolvimento (KARMEL, 2013, p.850). Como a grande parte dos investimentos decorre, direta ou indiretamente, da poupança popular, a lógica que permeia a aplicação é diversa daquela utilizada por grandes investidores. A estabilidade e a existência de regulação forte e eficaz fomentam o mercado, na medida em que transmitem segurança ao investidor.

No entanto, as peculiaridades regulatórias de cada país podem resultar em desequilíbrios que têm como consequência fuga de capital para países com regulação mais vantajosa. A globalização torna mercados estrangeiros mais acessíveis aos mais diversos tipos de investidores, majorando consideravelmente a possibilidade de competição regulatória com o objetivo de atraí-los (BRUMMER, 2013, p.267). Ocorre que, a despeito dos riscos envolvidos, tendo em vista a ganância típica de quem atua e busca lucros com base na volatilidade, os investidores migram para países em que a regulação é mais concessiva. O fenômeno da prática de desregulação para atrair investidores é denominada de "*race to the bottom*", colocando em risco não só o investidor, mas também a saúde do sistema financeiro internacional. (BRUMMER, 2013, p.268).

A desregulação criada por esse movimento aumenta o potencial de ocorrência de crises com impactos globais. Abalada a confiabilidade do mercado de capitais os investidores buscam recuperar o patrimônio investido, gerando sucessão de eventos que leva a grandes fenômenos de *default* (SHILLER, 2009), como o que gerou a crise asiática de 1997/1998.

Interessante salientar que após a crise asiática – responsável por grandes estragos no mundo, em especial nos países emergentes – evidenciam-se os impactos mundiais que a falta de regulação pode causar. Foi, inclusive, como decorrência dessa crise que o Congresso Norte-Americano envidou esforços para criar o *Commodity Futures Modernization Act* de 2000, estimulando maior participação da *Commodity Futures Trading Commission* (CFTC), agência reguladora de instrumentos derivativos nos Estados Unidos, na cooperação internacional. O objetivo da lei era coordenar autoridades regulatórias estrangeiras e incentivá-las a participar de organismos e fóruns de regulação internacional (BORN, 2001, p.609). Como consequência foram firmados pela CFTC, que se beneficiou de sua posição de associado à IOSCO, acordos bilaterais com diversos países. Por ironia, no entanto, a regulação interna para derivativos dos Estados Unidos – casa da CFTC – não sofreu avanços

relevantes e o vácuo regulatório acabou sendo responsável pela crise mundial de 2008[3], agora com os Estados Unidos em seu epicentro.

Constata-se, portanto, que, ao contrário do que ocorre nos *Euromarkets*, a falta de confiabilidade e segurança no mercado de capitais afasta o investidor de longo prazo e tem potencial de criar instabilidades de escala global, razão pela qual se pode concluir pela necessidade de ser evitada a competição regulatória entre países.

Nota-se que uma forma precisa e bastante clara de se manter o equilíbrio devido é por meio da redução da assimetria informacional. Isso porque, com maior transparência de equilíbrio entre as informações providas aos compradores e fornecidas pelos vendedores, há vantagens para o mercado como um todo, já que o equilíbrio informacional tende a reduzir especulações e garante preço mais justo dos bens, tanto para quem compra um produto, quanto para quem o vende[4].

Na busca do equilíbrio e considerando as especificidades de cada região, são constantes as tentativas de padronização internacional de determinadas áreas de regulação, com destacada atuação da IOSCO, especialmente no que se refere à maior transparência do mercado.

A necessidade de ampla regulação global do mercado de capitais exige mecanismos de cooperação perfeitamente ajustados, seja de natureza técnica, seja de troca de informações, visando à convergência das medidas regulatórias em nível mundial. Por meio da intervenção direta dos reguladores são viabilizadas as medidas de cooperação no âmbito do mercado de capitais (RAUSTIALA, 2003, p.28).

Registre-se, portanto, que a necessidade de cooperação entre as nações decorre não só do interesse dos Estados, que buscam a estabilidade econômica, mas também de particulares, que, com a regulação global e uniforme, evitam fuga de capital e os prejuízos daí decorrentes para os negócios como consequência de competições regulatórias. Nesse sentido, há quem defina a cooperação internacional realizada por meio de reguladores financeiros

---

[3] De acordo com SHILLER (2009), a crise das hipotecas de alto risco, também conhecidas como *subprime*, teve origem na falta de regulamentação de derivativos nos Estados Unidos. Como decorrência de *lobby* de grandes investidores houve gradual desregulação do setor para atrair investimentos. A concessão de crédito sem qualquer controle, com posterior securitização, acabou gerando títulos negociáveis sem qualquer lastro, porém com alta rentabilidade. Com a inadimplência dos tomadores do crédito houve reação em cadeia que atingiu grande porção do globo em razão da interconexão dos mercados. No Brasil não houve impactos diretos – embora a crise mundial tenha afetado o país – na medida em que a regulação de derivativos é bastante restritiva, sendo, desde o advento da Lei n.º 10.303/2001, competência da CVM fiscalizar o setor.

[4] Nesse sentido, veja-se clássico estudo "*The Market for ´Lemons´: quality uncertainty and the marke mechanism*", em que George Akerlof faz um paralelo dos mecanismos de preço do mercado com a compra e venda de carros usados;

como esforço multilateral para conciliar diversas demandas – de natureza pública e privada – com o objetivo de garantir adequada regulação e ambiente financeiro global mais estável (KAPSTEIN, 2006, p.3).

Esse ponto parece ser essencial na compreensão do funcionamento do mercado internacional de capitais e coloca no centro das discussões a relevância da cooperação jurídica na manutenção da estabilidade financeira global. Passamos a examinar as estruturas disponibilizadas pelo Direito Internacional para viabilizar e harmonizar a cooperação entre Estados com culturas e histórias diversas.

1.1. Arquitetura Financeira Internacional

A arquitetura financeira internacional[5] consiste no universo de organizações internacionais especializadas, tratados de cunho econômico e redes de regulação com foco no controle e na regulamentação do mercado financeiro (ZARING, 2012, p.693). Importante salientar que são diversas as estruturas possíveis e muitas as formas de organização que assumem (PAN, 2013, p.244).

O que se espera dessas estruturas jurídicas no mercado financeiro é que sejam capazes de prover intensa supervisão de instituições multinacionais e de sistemas macroeconômicos, com o claro objetivo não só de reprimir ilícitos, mas também de garantir estabilidade no mercado, antecipando eventuais desequilíbrios e crises locais que possam assumir caráter global, com impactos transfronteiriços.

Pan (2013, p.246) aponta a existência de cinco diferentes espécies de estruturas usualmente consideradas no Direito Internacional e formadas para garantir o intercâmbio de experiências e informações. As diferenças entre elas podem ser mais facilmente notadas se comparados os integrantes, bem como a formalidade e informalidade de que se revestem. São elas: Organizações Internacionais, Grupos de Contato Estado-Estado, Redes Transgovernamentais, Redes Bilaterais ou Regionais e Estruturas Privadas de Padronização.

O presente quadro[6] ilustra, de forma simplificada, as diferentes estruturas encontradas:

---

[5] Nos exatos termos trazidos por ZARING (2012), "*International Financial Architecture*";

[6] Elementos deste quadro foram extraídos de PAN (2013, p.248);

	Organizações Internacionais	**Grupos de Contato Estado-Estado**	**Redes Transgovernamentais**	**Redes Bilaterais e Regionais**	**Estruturas Privadas de Padronização**
Exemplos	FMI[7] Banco Mundial OMC[8]	G20[9] G8[10]	IOSCO[11] IAIS[12] OECD[13] Basileia	FMRD[14]	IASB[15] ISDA[16]
Características	Formados por meio de tratados; Grandes secretariados; Decisões políticas limitadas	Essencialmente político; Nenhuma estrutura de secretariado	Informalidade; Pequenos secretariados; Coordenação de políticas comuns	Informalidade	*Experts* do setor privado
Funções Regulatórias	Desenvolvimento técnico e econômico; Empréstimos soberanos; comércio internacional	Resposta a crises; Criação de redes	Estabelecimento de regras e padrões relacionado ao mercado bancário, de valores mobiliários, seguros e investimentos estrangeiros	Regras e padrões mutuamente reconhecidos	Padrões técnicos

Para melhor compreensão, passamos a tratar, com a objetividade e a brevidade que o presente estudo exige, cada um desses organismos internacionais.

1.1.1. Organizações Internacionais

As organizações internacionais são normalmente criadas por meio de tratados multilaterais. Pode-se mencionar como marco da existência dessas entidades o encontro de Bretton Woods, em 1944, quando então foi convencionada a criação de três organizações para administrar a economia global, quais sejam, o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco

[7] Fundo Monetário Internacional;

[8] Organização Mundial do Comércio;

[9] Grupo formado pelos ministros de finanças e chefes dos bancos centrais das 19 maiores economias do mundo mais a União Europeia;

[10] Grupo formado pelas sete economias mais industrializadas do mundo mais a União Europeia;

[11] *International Organization of Securities Commissions*;

[12] *International Association of Insurance Supervisors*;

[13] *Organisation for Economic Co-operation and Development;*

[14] *US-EU Financial Markets Regulatory Dialogue*;

[15] *International Accounting Standards Board*;

[16] *Internacional Swaps and Derivatives*;

Mundial e a Organização Mundial do Comércio (OMC), essa inicialmente moldada por meio do *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT) (PAN, 2013, p.249).

As organizações internacionais usualmente têm poderes formais estabelecidos por meio de tratados, possuem grande estrutura e tomam decisões políticas por meio de seus órgãos, formados por representantes dos Estados-membros. Algumas organizações podem criar procedimentos internos para resolução de conflitos e disputas relacionados ao objeto do tratado, como acontece com a OMC ao prever robusto sistema de resolução de conflitos (PAN, 2013, p.250).

Embora gozem de prestígio e de grandes estruturas, as organizações internacionais não têm poderes e conhecimentos necessários para atuar como reguladores do mercado financeiro. Para que pudessem ter a função de reguladores deveriam ter: (i) capacidade de monitorar o mercado e seus participantes, (ii) suficiente *know-how* de forma a permitir a identificação de problemas e apresentar respostas regulatórias rápidas e adequadas, (iii) autoridade para estabelecer regras e padrões e (iv) habilidade para implementá-las por meio de coerção, se necessário ("*enforcement"*) (PAN, 2013, p.251).

Ademais, há que se mencionar a falta de flexibilidade inerente a esse tipo de estrutura, na medida em que devem cumprir as determinações constantes do tratado que as criou, muitas vezes extremamente burocrático e de difícil alteração. Dessa forma, embora tenham relevante papel na administração do mercado financeiro internacional, apresentam limitações que precisam ser supridas por outros organismos internacionais.

1.1.2. Grupos Estado-Estado

Os Grupos Estado-Estado, por sua vez, surgiram para suprir deficiências encontradas no sistema de criação de organizações internacionais. A depender das circunstâncias, encontros internacionais agendados diretamente entre Ministros de Relações Exteriores, Ministros de Finanças, Presidentes de Bancos Centrais e Chefes de Estado passam a assumir importância ímpar, especialmente quando há urgência a demandar pronta atuação. Clássicos exemplos dessa forma de estrutura internacional são os denominados "Grupos-G".

Os "Grupos-G" não são organizados por meio de instrumentos jurídico-institucionais, apresentando decisões de natureza consensual que tomam a forma de declarações, ao contrário de acordos vinculantes. Normalmente a importância desses encontros decorre de sua função de legitimação de redes legais informais, atuando como reguladores de fato do sistema financeiro global (PAN, 2013, p.253).

1.1.3. Redes Transgovernamentais

As redes transgovernamentais podem ser definidas como vínculos entre atores subestatais, como agências reguladoras, que permitem a interação direta da autoridade reguladora com seus congêneres estrangeiros, sem a supervisão ou mesmo a participação de entidades diplomáticas (ZARING, 2006, p.211). Esses organismos são vistos como redes (*network*) na medida em que a cooperação é baseada em estrutura informal desenvolvida por meio de contatos esporádicos e pontuais, sem a necessidade de negociação formal (RAUSTIALA, 2002, p.43).

Sustenta-se a possibilidade de criação desses organismos informais sob o argumento de que a especialização das atividades do Estado alcançou patamar capaz de exigir contato direto entre agências especialistas, afastando-se o tratamento tradicional e moroso de outrora (SLAUGHTER, 2004, p.8-11).

Na prática, a criação dessas redes viabiliza a troca de informações entre agentes reguladores de todo o mundo, permite o estabelecimento de princípios comuns, com a consequente criação de normas orientadoras para seus membros. A utilização adequada dessas estruturas resulta na convergência das práticas e regras implementadas por meio de legislação local, garantindo ambiente propício ao desenvolvimento da área de relevância a ser regulada.

No âmbito do mercado financeiro internacional, três entidades assumem relevante papel regulador, são elas o Comitê da Basileia, a IOSCO e o *Financial Stability Board* (FSB). Todas elas são altamente representativas, embora suas decisões sejam consensuais e seus membros não fiquem obrigados internacionalmente a cumpri-las. As redes transgovernamentais estabelecem diretrizes a serem levadas em consideração pelos seus membros no âmbito interno, de forma a buscar padronização na respectiva regulação estatal.

1.1.4. Redes Bilaterais e Regionais

Não há como deixar de destacar, ainda, em paralelo ao regime de redes transgovernamentais, a existência de redes bilaterais e regionais com objetivos similares. Essas redes decorrem de acordos bilaterais ou regionais, sem força de tratado, firmados para endereçar problemas regulatórios específicos. Acabam sendo complementares às redes transgovernamentais, permitindo que os mesmos atores presentes naquela rede façam contato e acordos para resolver questões específicas, que nem sempre interessam a todos os membros da rede maior (PAN, 2013, p.258).

Grande parte das relações criadas para troca de informações entre o órgão regulador do mercado de capitais brasileiro – a CVM – e os órgãos congêneres de outros países é concretizada por meio de Memorandos de Entendimento bilaterais (MoU[17]), observados os princípios gerais estabelecidos pela IOSCO, como será abordado oportunamente.

A grande vantagem desse instituto é a possibilidade de serem tratadas especificidades que nem sempre teriam espaço em estruturas maiores, diante do grande número de integrantes das redes transgovernamentais. Embora também sejam informais, as redes bilaterais ou regionais admitem tratamento individualizado de questões pontuais, de forma a possibilitar maior vinculação e compromisso por parte dos agentes reguladores à proposta ali firmada. As redes bilaterais ou regionais exercem, ainda, função de vanguarda, sendo comum que pactos entre agentes de Estados com relevante estatura sirvam de parâmetro e incentivo para que outros Estados, por meio de seus respectivos agentes, adotem medidas similares (PAN, 2013, p.261)[18].

1.1.5. Estruturas Privadas de Padronização

Por fim, as Estruturas Privadas de Padronização consistem de reuniões realizadas regularmente por entes não estatais. A grande vantagem dessas estruturas para a administração do mercado financeiro global está no alto nível de conhecimento técnico de seus membros, que acabam ocupando espaços que não foram preenchidos pelo órgão oficiais de regulação (PAN, 2013, p.262). São diversos os casos em que os Estados adotam oficialmente os padrões ali estabelecidos, tornando-os obrigatórios.

Exemplo claro de entidade privada que bem representa essa estrutura é o *International Accounting Standards Board* (IASB), responsável pela publicação do *International Financial Reporting Standards* (IFRS), acolhido como instrumento de padronização contábil em todo o mundo[19].

---

[17] *Memorandum of Understanding*;

[18] Nesse ponto, PAN (2013), menciona como exemplo fato ocorrido na década de 1980, quando Estados Unidos e Grã-Bretanha tentaram negociar um padrão único de adequação de capital bancário no G10 sem sucesso. Diante do fracasso, os dois Estados fizeram acordo bilateral que acabou virando padrão global "de fato", posteriormente adotado por todos países integrantes do G10;

[19] No Brasil a CVM realiza grande trabalho de padronização das normas contábeis brasileiras para que se adequem às normas do IFRS. A relevância da padronização está na transnacionalidade do capital, na medida em que permite que investidores estrangeiros possam analisar as demonstrações contábeis das companhias brasileiras com amplo conhecimento da metodologia utilizada;

A eficiência desses órgãos provém exatamente do nível de expertise de seus membros – atores privados – ao inserir na regulação instrumentos que lhes são especialmente úteis e necessários.

1.2. Organismos Atuantes no Mercado Financeiro Internacional

Embora o mercado financeiro internacional tenha à sua disposição essas estruturas, a grande maioria das atividades regulatórias internacionais se dá por meio de redes de reguladores (redes transgovernamentais) ou, diretamente, entre participantes do mercado (redes bilaterais ou regionais). Na prática os participantes do mercado encontram-se regularmente por meio de fóruns com o objetivo de desenvolver padrões que podem ser importados para a respectiva legislação nacional.

Importante ressaltar, porém, que apesar de a maior parte da produção de normas[20] financeiras ser encontrada nessas redes, os comandos ali acordados não regulam efetivamente o sistema financeiro internacional. As diretrizes oriundas desses encontros, sejam aquelas adotadas como princípios gerais das redes transgovernamentais, sejam as assumidas por meio de compromisso bilateral ou de caráter regional, não têm efeito vinculante[21]. Devem elas ser observadas tão somente com base na reciprocidade e no risco reputacional frente aos demais reguladores (BRUMMER, 2011, p.284).

Nesse sentido, essas redes funcionam por meio de compromissos assumidos pelos membros em obter a convergência e harmonização das práticas internacionais, mesmo que não tenham eles capacidade de obrigar seus respectivos Estados. Para que haja efetiva convergência das práticas discutidas nesses fóruns, há necessidade de atuação política por parte de cada entidade subestatal de forma a sugerir e defender alterações legislativas internas que abracem as melhores práticas ali discutidas.

Exatamente como decorrência da impossibilidade de atuação direta das redes transgovernamentais na regulação internacional do sistema financeiro é que surgem algumas críticas acerca de sua manutenção. Levantam-se algumas vozes pela transformação dessas redes em organizações internacionais, criadas por meio de tratados internacionais, dotadas de personalidade jurídica de direito internacional e poder coercitivo próprios. O modelo sugerido alinha-se com o Sistema Europeu de Supervisores Financeiros (ESFS)[22], composto por três

[20] Utiliza-se aqui o termo "norma" para incluir também a *soft law*, conforme será aprofundado no item 4.1.1.

[21] O termo utilizado nesses instrumentos é *non-binding*;

[22] *European System of Financial Supervisors*;

autoridades supervisoras europeias e que funciona como fórum para promoção de coordenação, harmonização e convergência da regulação financeira, com poderes e recursos que o permite ter papel proativo na direção da supervisão das instituições financeiras nacionais de cada Estado-membro da Comunidade Europeia. É claro, porém, que a realidade europeia, de natureza regional e que já passa por longo processo de unificação, é bastante diversa da realidade global (PAN, 2013, p.277).

Limitando o escopo do estudo com base no objetivo da presente dissertação, far-se-á breve abordagem do funcionamento e estrutura da IOSCO, rede transgovernamental responsável pela padronização das normas reguladoras do mercado de capitais.

1.3. IOSCO

Considerado como principal fórum a reunir órgãos reguladores do mercado de capitais de todo o mundo, a *International Organization of Securities Commissions* – IOSCO tem sua origem na Associação Interamericana de Comissões de Valores Mobiliários, criada em 1974 sob a liderança dos Estados Unidos da América (SOMMER, p.15, 1996). Inicialmente formulada como fórum para tratar de problemas comuns referentes à regulação do mercado de capitais para o ocidente, contava com a presença de nove autoridades reguladoras em sua primeira reunião[23]. Nove anos após, em 1983, na Conferência realizada em Quito, no Equador, foi transformada em organização global, com sede no Canadá, Quebec, e incorporada, três anos depois, por meio de ato legal do parlamento de Quebec como sociedade sem fins lucrativos (MARCACCI, p.24, 2013). Os encontros anuais realizados passaram a ser publicados a partir de 1988, quando passou a ser possível ter ideia da participação dos reguladores nas atividades da IOSCO.

Conquanto tenha no título a nomenclatura de Organização, não é ela pessoa jurídica de direito público internacional, na medida em que não foi criada por meio de tratado firmado pelos diversos Estados que são nela representados. Há quem a classifique como "*rede reguladora multilateral de supervisores*" (MARCACCI, p.25, 2013), por ser instituição de natureza privada formada majoritariamente por autoridades públicas. É dotada, porém, de personalidade jurídica pois, como já mencionado, foi incorporada sob as leis do Quebec. Seguindo a posição de ZARING (2006), exposto e adotado linhas atrás, a trataremos como rede transgovernamental, pessoa jurídica de direito privado.

[23] Argentina, Brasil, Quebec, Ontario, Chile, Estados Unidos, México, Panamá e Venezuela;

Existem na IOSCO três classes de membros[24]: ordinários, associados e afiliados. Os membros ordinários são órgãos reguladores estatais[25] ou, em países sem entidade estatal estruturada para cumprir a função, assumem esse papel as agências autorreguladoras. De acordo com o relatório de encontro anual de 2013[26], atualmente não há mais qualquer agência autorreguladora como membro ordinário. Assim, todos os países que participam da organização já constituíram seus órgãos reguladores estatais[27]. O Brasil,, por exemplo, é membro ordinário da IOSCO.

Membros associados são entidades reguladoras supranacionais, reguladores regionais de países que já têm como membro da IOSCO reguladores nacionais e órgãos governamentais que tenham, por qualquer motivo, interesse em acompanhar a regulação do mercado de valores mobiliários. Nesses casos, embora não sejam eles membros ordinários, com regular participação na entidade, acompanham suas atividades diante do interesse nas questões que são objeto de discussão.

Por fim, membros afiliados são entidades de caráter regional ou universal cuja missão inclua a regulação e o desenvolvimento do mercado de capitais. Os principais membros afiliados são bolsas de valores de países dotados de autoridade reguladora governamental. A Bolsa de Valores de São Paulo (BM&F Bovespa), atualmente única bolsa de valores autorizada pela CVM a funcionar no Brasil, é membro afiliado da IOSCO.

De acordo com o Relatório anual de 2013, a organização conta com 124 membros ordinários, 12 membros associados e 64 membros afiliados, com a seguinte configuração mundial[28]:

---

[24] As classes estão definidas no Estatuto da IOSCO, na parte 2;

[25] Importante notar que o ente estatal que participa como membro ordinário da IOSCO nem sempre é agência reguladora do mercado de capitais. Cada país define o órgão responsável pela fiscalização e controle do mercado, podendo ser essa tarefa atribuída a Bancos Centrais – como ocorre, atualmente, com a Rússia – ou mesmo a órgão interno da estrutura do Executivo, como um Ministério – como é o caso do Japão em que, além da agência de serviços financeiros, é responsável pela regulação do Mercado de Capitais o Ministério da Economia, Comércio e Indústria e o Ministério da Agricultura, Silvicultura e Pesca;

[26] O Relatório pode ser obtido no site www.iosco.org, acesso em 11.02.2015;

[27] Até 2006 o Reinado de Bahrain era filiado à IOSCO por meio de sua entidade autorreguladora, porém, em 2006, com a criação do Banco Central de Bahrain, este passou a integrar a organização como ente estatal, afastando, por conseguinte, a participação da entidade de natureza privada;

[28] Mapa retirado do Relatório Anual da IOSCO para o ano de 2013, disponível em www.iosco.org, acesso realizado em 11 de fevereiro de 2015;

Constata-se a grande legitimidade da Instituição, na medida em que entidades representantes de mais de 95% dos mercados de capitais e futuros são membros (MARCACCI, p.24, 2013). Importante notar, ainda, que a despeito de serem 124 os membros ordinários, isso não significa que 124 países fazem parte da IOSCO. Isso porque a organização reúne entidades reguladoras estatais e não países, podendo haver mais de uma entidade em cada país. Como exemplo disso, pode-se mencionar o Japão, com três membros ordinários[29], ou mesmo os Estados Unidos da América, com dois membros[30].

1.3.1. Estrutura da IOSCO

Os trabalhos da IOSCO são conduzidos por meio de diversos comitês. O órgão de maior importância é o Comitê de Presidentes, formado pelos presidentes de todos os membros ordinários e associados que se encontram uma vez ao ano na Conferência Anual. Até 2012, esse era o Comitê responsável pela aprovação das resoluções e pela eleição do Comitê

[29] *Financial Services Agency, Ministry of Agriculture, Forestry and Fisheries* e *Ministry of Economy, Trade and Industry*;

[30] *Securities and Exchange Commission* e a *Commodities Futures and Trading Commission*;

Executivo, até então o principal órgão executivo, quando era formado de 12 representantes eleitos que se encontravam em reuniões organizadas ao longo dos anos e tinha como principal função viabilizar a administração da organização (SOMMER, 1997, p.19). Em 2012, porém, houve drástica alteração da estrutura da IOSCO, com a unificação dos Comitê Executivo, Comitê Técnico e Comitê de Mercados Emergentes em novo órgão, denominado de "IOSCO *Board*", composto de 33 membros ordinários[31].

Até o advento da alteração, subordinados ao Comitê Executivo estavam o Comitê Técnico e o Comitê de Mercados Emergentes. O primeiro era divido em subcomitês temáticos e tinha como missão fazer documentos de natureza técnica, como resoluções e memorandos de entendimentos, posteriormente encaminhados para aprovação pelo Comitê Executivo e submetidos ao Comitê de Presidentes. Por sua vez, o Comitê de Mercados Emergentes tinha a essencial função de garantir programas de treinamento que facilitassem a troca de informações e a transferência de tecnologia e conhecimento com países cujos mercados internos estivessem em fase de desenvolvimento. Também era divido em subcomitês com temas específicos (SOMMER, 1997, p.21). Com a criação do "IOSCO *Board*", todas as funções foram centralizadas em apenas um órgão, que organiza as suas atividades por meio da subdivisão de tarefas em comitês[32].

Dentro da estrutura administrativa da IOSCO há, ainda, a Secretaria Geral, localizada em Madri, na Espanha, e responsável pela organização das tarefas administrativas da organização. Entre as funções previstas, cabe aos seus integrantes atualizar o Estatuto e as resoluções, quando necessário, monitorar e fiscalizar os membros quanto à observância dos compromissos assumidos, preparar o Relatório Anual da Organização, entre outras.

Garante a IOSCO, ainda, espaço para participação dos membros afiliados. Com a intenção de prover canal para que esses membros possam expressar suas preocupações e sugestões em assuntos de relevo, foi criado o Comitê Consultivo. A importância desse órgão não pode ser minorada, por ser ele relevante meio de obtenção de informações acerca dos anseios da iniciativa privada, essencial quando se trata de regulação do mercado de capitais.

---

[31] A nova estrutura da IOSCO pode ser obtida por meio da análise de seu estatuto, disponível em www.iosco.org, acesso em 15.02.2015;

[32] Atualmente são oito os comitês subordinados ao "IOSCO *Board*", cujos temas a serem tratados são: (i) contabilidade, auditoria e transparência; (ii) regulação de mercados secundários; (iii) regulação de intermediários; (iv) *Enforcement*, troca de informações e Memorando Multilateral de Entendimento; (v) administração de investimentos; (vi) agência de *rating*; (vii) mercados de *commodities* e derivativos; e (viii) investidores de varejo.

1.3.2. Produção Normativa

O objetivo da IOSCO foi originariamente previsto no ato de incorporação de Quebec, que afirma: "*A Organização tem por objetivo capacitar seus membros para melhor cumprir a sua missão, incluindo o intercâmbio de informações, a fim de desenvolver os mercados de valores mobiliários e melhorar suas operações, coordenar as atividades dos seus membros e propor a adoção de normas comuns (padrões)*."[33] Pela leitura do objetivo constata-se a importância dada às trocas de informações entre os membros para melhor coordenação operacional, bem como o estabelecimento de normas comuns como forma de padronizar a regulação dos mercados de capitais nacionais.

No Estatuto da entidade foram estabelecidos os seus propósitos, havendo comprometimento por parte de seus membros em:

- Cooperar de forma a assegurar a melhor regulação dos mercados, seja interna ou internacionalmente, com o objetivo de manter mercados justos e eficientes;
- Trocar informações referentes às respectivas experiências de forma a promover o desenvolvimento de mercados domésticos;
- Unir esforços para estabelecer padrões e efetiva supervisão em operações internacionais de valores mobiliários;
- Providenciar assistência mútua para garantir a integridade dos mercados por meio de rigorosa aplicação dos padrões estabelecidos e de efetiva punição de ilícitos cometidos.

Além do objetivo e dos propósitos da organização, esses últimos de natureza perene, algumas políticas de médio prazo foram estabelecidas como forma de direcionamento estratégico de atuação da IOSCO para determinados períodos. Os objetivos de médio prazo atualmente em vigor foram estabelecidos na 35ª Conferência anual[34], realizada em 2010, e apontam como foco da atuação da entidade, até o ano de 2015, os seguintes itens: (i) desenvolvimento e aprimoramento do quadro regulatório internacional do mercado de capitais

[33] No original: "*The Organization aims to enable its members to better fulfill their mission, including the exchange of information in order to develop the securities markets and improve their operations, coordinate the activities of its members and adopt or purpose the adoption of common standards*".

[34] Disponível no site da organização: www.iosco.org, acesso em 28.02.2015;

por meio de padrões normativos internacionais; (ii) identificação de riscos sistêmicos; (iii) implementação dos objetivos e princípios da regulação de valores mobiliários; e (iv) efetivação plena do MMoU da IOSCO.

Alcançar, porém, os propósitos estabelecidos não tem sido tarefa simples para a organização. Isso porque, não bastasse a resistência interna de alguns órgãos reguladores membros da IOSCO, há embates até mesmo com outras organizações transgovernamentais, como o Comitê da Basiléia e a IASB, especialmente quando se pretende avançar na zona cinzenta que permeia o âmbito de competência de cada entidade (SOMMER, p.16, 1996).

Por fim, no plano de maior concretude estão as suas "normas"[35]. Destacam-se os princípios da regulação de valores mobiliários e os memorandos multilaterais de entendimento considerados núcleo da produção normativa da IOSCO (MARCACCI, p.36,2012).

1.3.2.1. Princípios de Regulação de Valores Mobiliários

Os princípios de regulação de valores mobiliários da IOSCO foram inicialmente criados em setembro de 1998[36]. Em revisão realizada em 2010 foram acrescidos oito novos princípios com o objetivo de adaptá-los à nova realidade decorrente do ambiente pós-crise[37]. Com isso, são 38 os atuais princípios vigentes, todos amplos e gerais de forma a serem aplicados nas mais diferentes jurisdições, acomodando, por consequência, os variados *frameworks* regulatórios. Estão eles agrupados em nove subgrupos, sendo o de maior relevo para o presente estudo o subgrupo de princípios para cooperação na regulação.

Os princípios de regulação estabelecidos são extremamente importantes por indicarem o rumo a ser seguido pelos reguladores. Criam altos padrões de regulação entre os membros das jurisdições alcançadas pela IOSCO e aumentam o nível de cooperação entre os reguladores (LUCY, 2003[38]).

---

[35] Importante notar que apesar de utilizarmos o termo "normas", a colocamos entre aspas na medida em que, por não ser a IOSCO um organismo de Direito Internacional Público não há que se falar em produção normativa em sentido estrito, devendo ser considerada a norma ali produzida como *soft law*, matéria esta que será abordada oportunamente no capítulo 4.1.1 deste estudo.

[36] IOSCO, Objectives and Principles of Securities Regulation (1998). Disponível em http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD82.pdf (acesso em 12.04.2015);

[37] IOSCO, Objectives and Principles of Securities Regulation (2010). Disponível em http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD323.pdf (acesso em 12.04.2015);

[38] Discurso de Jeffrey Lucy, então Diretora da ASIC (Australian Securities & Investments Commission), disponível em http://download.asic.gov.au/media/1336952/EABC_speech_031103.pdf (acesso em 19.05.2015)

No que se refere à cooperação jurídica internacional, estabelecem os princípios que: (i) os reguladores devem ser capazes de compartilhar documentos públicos ou sigilosos com suas contrapartes nacionais ou domésticas; (ii) os reguladores devem criar mecanismos que estabeleçam, de antemão, como e quando poderão ser compartilhadas essas informações; e (iii) o sistema regulatório do País deve permitir que eventual auxílio seja providenciado ao regulador estrangeiro quando este, no exercício de suas atribuições, tiver que cumprir diligências no exterior.

Os princípios são, portanto, genéricos e amplos o suficiente para adequarem-se às jurisdições que integram a IOSCO. De forma conceitual, exige-se que os membros da organização estejam legalmente autorizados a compartilhar informações, sejam elas públicas ou não, com os congêneres estrangeiros, bem como tenham condições de prestar imediato auxílio na eventual necessidade de realização de diligências no país. Para cumprir esses princípios, deve a legislação interna de cada membro ser adaptada de forma a não criar empecilhos ao atingimento dos objetivos propostos.

1.3.2.2. Memorando Multilateral de Entendimento

Outra fonte "normativa" de grande relevo dentro da entidade é o Memorando Multilateral de Entendimento - MMoU. Adotado inicialmente em 2002, o MMoU tem como objetivo facilitar investigações transfronteiriças e permitir o desenvolvimento de efetiva rede administrativa internacional de cooperação jurídica entre órgãos reguladores de valores mobiliários. Sua elaboração está intimamente ligada aos ataques terroristas de 11 de novembro de 2001, quando foi criado grupo com 20 entidades membros da IOSCO para explorar novas possibilidades de cooperação e intercâmbio de informações. Até então eram comumente usados memorandos bilaterais de entendimento entre órgãos reguladores, pautados nos melhores esforços das partes envolvidas, porém sem qualquer padronização ou controle externo. A criação de instrumento multilateral veio para garantir maior transparência e comprometimento por parte de seus membros (CUNHA, p.680, 2010).

O Memorando Multilateral de Entendimento da IOSCO para cooperação e troca de informações assumiu importância, em especial, nos últimos anos, como decorrência direta da 35ª Conferência anual, de 2010, que colocou como objetivo de médio prazo buscar sua plena implementação.

Nesse sentido, resolução do Comitê de Presidentes datada de julho de 2010[39] estabeleceu como meta para janeiro de 2013 que todos os membros da IOSCO providenciassem as informações necessárias para tornarem-se membros do MMoU. Foi criada "*watch list*", a partir de 1º de janeiro de 2013, com informações acerca de membros que ainda não tivessem aderido ao MMoU. Com isso, facilitou-se o controle e criou-se instrumento de pressão para aceleração do processo. Até fevereiro de 2015, porém, 21 membros ordinários e associados participantes da IOSCO ainda não tinham implementado as exigências necessárias para tornarem-se membros plenos.

Diante disso, conforme estabelecido no relatório anual de 2013, as seguintes medidas passaram a ser adotadas para aqueles que não se tornaram membros plenos do MMoU: (i) a partir de 30 de setembro de 2013 passaram a ter restrições, com impedimento de serem candidatos para eleição ou de serem indicados para posições de liderança; (ii) a partir de 31 de março de 2014 aqueles integrantes da IOSCO que estavam em posição de liderança tiveram que deixar o cargo; (iii) a partir de 30 de junho de 2014 a participação daqueles que não se tornaram membros do MMoU e que estavam no Comitê de Políticas da IOSCO foi suspensa; e (iv) a partir de 30 de setembro de 2014 os direitos de voto foram suspensos.

E não são poucas as exigências para adesão plena. Para que seja admitido no MMoU a entidade reguladora deve comprometer-se em cinco pontos específicos, quais sejam: (i) deve ter o poder de compelir pessoas que estão sob sua jurisdição a fornecer as informações necessárias; (ii) deve ter acesso a informações que permitam a reconstituição das operações com valores mobiliários, incluindo aquelas que permitam o rastreamento de transferências financeiras e dados bancários; (iii) deve ter a possibilidade legal de enviar para reguladores estrangeiros dados sobre utilização de informação privilegiada, manipulação de mercado, entre outras práticas fraudulentas; (iv) deve haver a possibilidade de o destinatário das informações utilizá-las para os fins propostos, em conformidade com sua própria regulamentação; e (v) deve haver compromisso de que as informações obtidas de outras Autoridades partes serão mantidas em sigilo, exceto se houver demanda judicial exigindo a divulgação ou se for ela necessária para fins de punição (*enforcement*) (CUNHA, p.681, 2010).

O compromisso assumido pelas entidades reguladoras deve ser levado aos seus respectivos países para que, se necessário, sejam implementadas reformas legislativas com o objetivo de adaptar a legislação de mercado de capitais interno às exigências estabelecidas

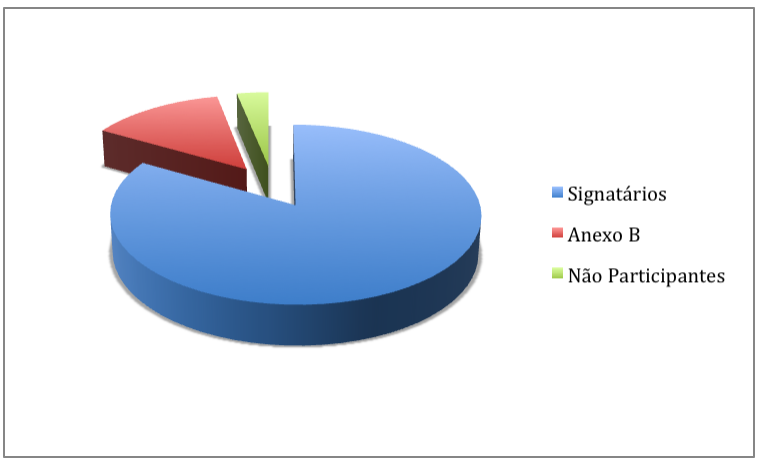
[39] http://www.iosco.org/library/resolutions/pdf/IOSCORES27.pdf

para adesão ao MMoU da IOSCO. A partir da premissa de que a legislação interna está adequada e compatível com os objetivos propostos no MMoU, deve a entidade membro levar à IOSCO a documentação, devidamente fundamentada, que comprove o alinhamento da ordem interna, quando então, se efetivamente demonstrada a adequação, será admitida como membro pleno.

Diante das dificuldades encontradas por diversos membros na implementação das alterações necessárias, foi estabelecido o anexo B ao MMoU. No anexo estão os órgãos reguladores cujos países ainda não dispõem de legislação adequada que os permitam ser membros plenos. Há, porém, compromisso de que realizarão os esforços necessários para alcançar esse desiderato. Ao serem viabilizadas reformas internas de modo a permitir a completa adesão aos cinco pontos acima referidos, os integrantes do anexo B qualificam-se como membros plenos do MMoU.

Informações extraídas da IOSCO para o mês de fevereiro de 2015[40] evidenciam que, do total de 129 membros ordinários e associados participantes da IOSCO, 105 são partes no Memorando Multilateral de Entendimento – incluindo aí a Comissão de Valores Mobiliários do Brasil – e outros 17 ainda constam do anexo B, por não terem cumprido os requisitos necessários para tornarem-se membros. Existem outros 4 membros que não chegaram sequer a apresentar os documentos necessários para iniciar o processo de assinatura do MMoU. O quadro abaixo ilustra a posição atual dos membros da IOSCO:

Gráfico 1

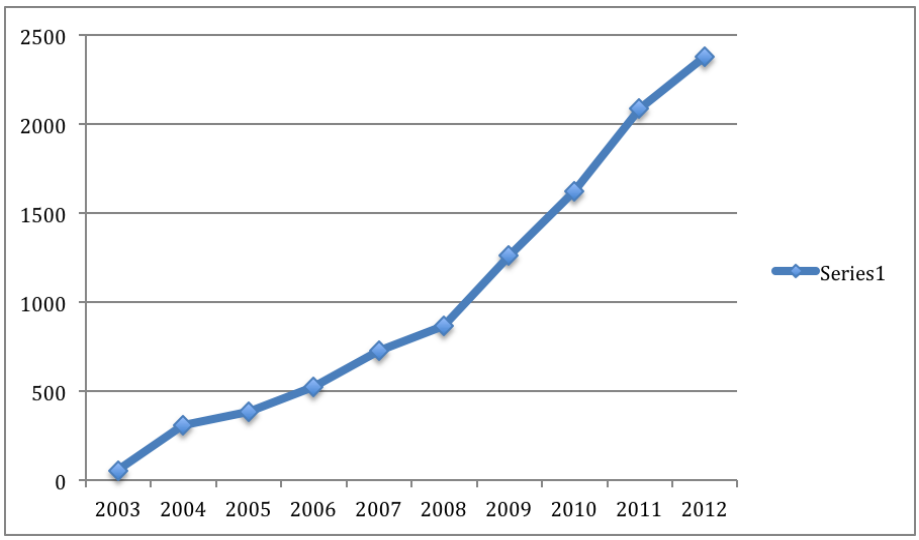


O gráfico demonstra a parcela de membros da IOSCO que participam do MMoU, aquele que ainda constam no Anexo B e os membros que ainda não participam.

[40] http://www.iosco.org/about/?subsection=mmou (acesso em 19 de fevereiro de 2015)

Ainda em conformidade com essas informações, constata-se crescente número de solicitações de auxílio feito pelos agentes reguladores com suporte nas regras do MMoU da IOSCO. Tal fato demonstra a forte adesão das Autoridades Reguladoras partes do MMoU aos seus termos, conforme demonstra o gráfico abaixo:

Gráfico 2



O gráfico analisa a quantidade de solicitações de auxílio realizados com suporte no MMoU da IOSCO (eixo vertical) no período de 2003 a 2012 (eixo horizontal).

Importante notar que a existência do MMoU da IOSCO não impede a adoção de outras vias de auxílio entre agentes reguladores, como os memorandos de entendimento bilaterais, ainda muito usados. Com efeito, os acordos bilaterais entre entidades reguladoras congêneres justificam-se quando a cooperação pretendida vai além dos objetivos do MMoU.

Nesse sentido, a própria SEC traz como recomendação que a celebração de novos memorandos de entendimento bilaterais somente deve ser concretizada quando o escopo da cooperação for mais amplo do que o previsto no MMoU da IOSCO. Dá-se, assim, preferência ao MMoU quando aplicável. De acordo com a agência reguladora norte-americana, havendo interesse em compelir testemunhas, buscar informações referentes a servidores de *internet* ou números de telefones, por exemplo, recomenda-se a utilização do MMoU da IOSCO[41].

Constata-se, dessa forma, que os benefícios na participação do MMoU são muitos, na medida em que, diante da existência de operações transfronteiriças, dados essenciais à conclusão de investigações dependem do intercâmbio de informações com entidades congêneres de outros países. Além desse benefício direto, costuma-se mencionar como

[41] vide http://www.sec.gov/about/offices/oia/oia_coopfactsheet.htm, acesso em 19 de fevereiro de 2015.

vantagem o crescimento da reputação e da credibilidade do respectivo mercado interno de capitais, com o consequente aumento do fluxo de capitais estrangeiros e queda do custo de capital. Por outro lado, a não adesão ao MMoU sinaliza falta de transparência e acaba tendo como consequência queda de reputação e isolamento internacional (CUNHA, 2010, p.684).

1.3.2.2.1. Mecanismos de Controle do MMoU da IOSCO

Interessante incentivo ao uso do MMoU da IOSCO para a concretização de intercâmbio de informações é a previsão de sanções a serem aplicadas pela IOSCO no caso de descumprimento. Enquanto os Memorandos de Entendimento bilaterais baseiam-se exclusivamente na reciprocidade, quando então, eventual inobservância dos compromissos assumidos importará tão somente na quebra de confiança da Autoridade Reguladora parte, o descumprimento imotivado das regras estabelecidas pelo Memorando Multilateral da IOSCO gera a possibilidade de sanções específicas. Com efeito, muitas vezes, para que sejam respeitadas as normas produzidas, sanções devem ser previstas[42].

Pode-se mencionar a existência de três diferentes tipos de penalidade a depender da gravidade da violação. São elas: (i) suspensão do direito de voto do membro por determinado período; (ii) suspensão temporária do membro da IOSCO; e (iii) exclusão definitiva da entidade. O poder para aplicar a sanção é do Comitê de Presidentes, após devidamente alertado pelo *Board* da IOSCO acerca da ocorrência. Para que o alerta do *Board* seja encaminhado ao Comitê de Presidentes, porém, há necessidade de observância do devido processo legal, sendo garantido ao membro em questão a apresentação de suas razões e defesa que justificariam ou mesmo afastariam a suposta transgressão (MARCACCI, 2012:35).

Apesar de haver previsão de punição em caso de transgressão, não é comum sua aplicação. Há somente um reporte de sanção aplicada pela IOSCO, em Maio de 2002, como decorrência da inadimplência do pagamento de contribuições anuais devidas à IOSCO. Na oportunidade, o Comitê de Presidentes aprovou Resolução suspendendo os direitos de voto da Superintendência de Valores Mobiliários da Colômbia e da Comissão Nacional de Valores Mobiliários do Paraguai, até que fossem regularizados os pagamentos. Nessa mesma resolução foi suspensa a inscrição da Bolsa de Valores da Argentina como membro afiliado em razão da mesma constatação

[42] Em conformidade com o pensamento socrático, as leis não educam e não são feitas para serem propriamente obedecidas, mas sim para garantir, sobretudo, a possibilidade de punição (SPINELLI, 2015).

Salienta-se, por oportuno, que eventual punição do membro da IOSCO é limitada à sua atuação perante a organização, não trazendo qualquer impacto, direto ou indireto, ao Estado do qual é parte. Não há que se cogitar na possibilidade de responsabilização internacional do Estado como decorrência do descumprimento, ainda que imotivado, de compromissos assumidos pela Autoridade Reguladora que o integra perante a IOSCO.

2. COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL NO BRASIL

Relevante para o objetivo deste estudo, apresentaremos, ainda que breve e pontualmente, os principais institutos de cooperação jurídica brasileiros e algumas discussões pertinentes às conclusões a serem aqui apresentadas.

Existem diversos instrumentos de cooperação jurídica internacional, tanto no âmbito cível quanto no penal, no entanto, para atingir o propósito deste trabalho, serão referidos apenas aqueles instrumentos que tenham como objetivo a troca de informações e auxílio mútuo. Questões de natureza tipicamente penal, como a extradição ou mesmo a transferência de presos, não têm qualquer relação com o desenvolvimento desta análise, razão pela qual não serão abordadas, apesar de serem típicos instrumentos de cooperação jurídica internacional.

Dessa forma, faremos breve abordagem dos institutos da carta rogatória, homologação de sentenças estrangeiras e auxílio direto, por serem instrumentos de cooperação jurídica internacional de interesse direto e relevante para o tema proposto.

2.1. Carta Rogatória

Tratando da carta rogatória, LOULA (2010, p.60) ressalta ser ela "*o instrumento do qual se vale uma jurisdição para solicitar que se pratique, no território de outra, atos de impulso processual, produção e coleta de provas ou qualquer ato de instrução processual*". A carta rogatória é vista como gênero da qual são espécies as cartas rogatórias passivas e ativas, a depender se a autoridade judicial brasileira é o juízo rogado ou juízo rogante, respectivamente. Nesse sentido, havendo necessidade de cumprimento, pelo Poder Judiciário Nacional, de ordem emanada pelo Poder Judiciário de Estado estrangeiro onde tramita o processo principal, recorre-se ao instrumento da carta rogatória passiva. Em sentido diverso, em se tratando de processo com trâmite no Brasil, havendo necessidade de realização de diligências no exterior, deverá ser buscada a carta rogatória ativa.

Diante dos limites territoriais impostos pela jurisdição – como decorrência da própria soberania estatal – não pode o magistrado responsável por determinada causa atuar fora dos limites de seu estado nacional, salvo raríssimas exceções[43]. Dessa forma, como regra, é por intermédio desse instrumento de cooperação que se permite a produção de efeitos de decisões

[43] Protocolo de Ouro Preto permite a citação transfonteiriça, no âmbito do Mercosul, sem a necessidade de carta rogatória, como será visto.

proferidas no âmbito de uma jurisdição em outra (TIBURCIO, 2006, p.61). Constata-se, assim, que, havendo necessidade de realização de diligência em outros Estados, deverá a autoridade judiciária recorrer à essa modalidade de cooperação jurídica internacional. Característica imanente ao instituto é ser originária de autoridades judiciais e dirigida a outras autoridades de mesma natureza, já que seu conteúdo é eminentemente jurisdicional.

O trâmite das cartas rogatórias passiva e ativa é diverso. As cartas rogatórias passivas são transmitidas ao Superior Tribunal de Justiça, em regra, pelo Ministério de Relações Exteriores, que as recebe do Estado estrangeiro. Havendo tratado específico, poderá a carta rogatória ser encaminhada pela Autoridade Central ali nomeada, quando então caberá a esta velar para que os pedidos sejam formulados e instruídos corretamente, antes de serem encaminhadas ao Poder Judiciário (LOULA, 2010, p.65).

A ideia de centralizar os pedidos de cooperação jurídica internacional em órgão especializado que funcione como Autoridade Central foi introduzida pela Conferência de Haia de Direito Internacional Privado (1965), com o objetivo de garantir maior celeridade e eficiência, na medida em que, ao fazer a análise das formalidades exigidas pelos demais Estados contratantes, evitam-se devoluções e retardos desnecessários. Essa posição é aberta e enfaticamente defendida por LOULA, para quem a Autoridade Central deve atuar no controle dos pedidos de cooperação jurídica internacional e não simplesmente como órgão burocrático que encaminha o pedido ao ente responsável pelo seu cumprimento (2010, p.68).

Protocoladas no STJ, caberá a este, de forma concentrada, realizar análise quanto ao preenchimento das formalidades para concessão do *exequatur*[44] (art. 105, I, 'i' da CRFB).

Já para o trâmite das cartas rogatórias ativas, estabelece o art.210 do Código de Processo Civil (CPC)[45] que, quanto à sua admissibilidade, deverá ser observado o que dispõem convenções internacionais que tratam sobre o tema. Somente no caso de não haver tratados específicos deverão ser aplicadas as normas internas. Constata-se, assim, a prevalência do direito internacional sobre as regras domésticas infraconstitucionais (BARROSO e TIBURCIO, 2013, p.527).

A Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, que introduziu no país o Novo Código de Processo Civil (Novo CPC), não trouxe disposição similar ao art.210 do CPC. No entanto,

---

[44] *Exequatur* é o termo jurídico utilizado para definir a autorização concedida por autoridade judiciária competente para que sentença estrangeira ou pedido formulado por autoridade estrangeira por carta rogatória sejam cumpridos no Brasil.

[45] Art. 210. A carta rogatória obedecerá, quanto à sua admissibilidade e modo de seu cumprimento, ao disposto na convenção internacional; à falta desta, será remetida à autoridade judiciária estrangeira, por via diplomática, depois de traduzida para a língua do país em que há de praticar-se o ato.

isso não prejudica o entendimento aqui manifestado, já que, mesmo sem tal previsão expressa, se houver tratado regulando a matéria estará caracterizada a existência de norma especial, que, pelos critérios de hermenêutica, deve ter primazia de aplicação sobre normas de cunho geral.

Dessa forma, de extrema importância é a verificação da existência de tratado com o País onde a diligência deverá ser cumprida. Para tal fim, os juízes nacionais encaminham as cartas rogatórias ao Ministério da Justiça que fará a análise acerca do procedimento a ser adotado (LOULA, 2010, p.69).

Com o advento do Novo CPC, passa a haver comando legal determinando expressamente que o pedido de cooperação jurídica internacional seja encaminhado pela autoridade judiciária competente à Autoridade Central para que esta faça o correto encaminhamento ao Estado requerido[46]. No Brasil, em razão do art.11, inciso IV, do Decreto 6.061 de 2007[47], foi delegado ao Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), órgão do Ministério da Justiça, o exercício da função de autoridade central para tramitação de pedidos de cooperação jurídica internacional, salvo em hipóteses específicas que prevejam de forma diversa[48].

Não havendo tratado, o trâmite seguirá pela via diplomática, quando então deverá a carta rogatória ser encaminhada ao Ministério das Relações Exteriores para que seja feito contato com o órgão congênere do Estado rogado. Por outro lado, sendo o Brasil parte em tratado com o país rogado, poderá ser utilizada a via da Autoridade Central. Nesse caso, caberá ao Ministério da Justiça direcionar corretamente o pedido à respectiva Autoridade Central, sem o necessário trâmite pelo Ministério das Relações Exteriores.

Importante salientar que seria demasiado complexo exigir que cada juiz tivesse conhecimento das formalidades previstas em tratados firmados com os países com os quais o Brasil mantém relações diplomáticas. É por esse motivo que opta-se pela centralização dos pedidos no DRCI que, então, deverá direcioná-lo ao órgão competente (LOULA, 2010, p.69).

Em qualquer caso, o Ministério da Justiça exerce controle prévio com o intuito de verificar o cumprimento das formalidades do país rogado, evitando, assim, a devolução – e

---

[46] Art. 37. O pedido de cooperação jurídica internacional oriundo de autoridade brasileira competente será encaminhado à autoridade central para posterior envio ao Estado requerido para lhe dar andamento.

[47] Art. 11. Ao Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional compete: (…) IV - exercer a função de autoridade central para tramitação de pedidos de cooperação jurídica internacional.

[48] Pode-se mencionar, como exemplo que a Autoridade Central estabelecida para a Convenção de Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, Promulgada pelo Decreto 3.413, de 14 de abril de 2000, é a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República.

consequente demora de cumprimento – por falta de requisitos formais (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014).

No que se refere às cartas rogatórias passivas, importante destacar que, por meio da Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004 (EC 45/2004), houve mudança de competência para concessão de *exequatur*. Antes atribuída ao Supremo Tribunal Federal (STF), a competência passou ao Superior Tribunal de Justiça que, para disciplinar a matéria e definir o procedimento, editou, em 04 de maio de 2005, a Resolução n. 9, em substituição ao Regimento Interno do STF que, até então, tratava da matéria. Ainda mais recente foi a revogação da Resolução n.9 do STJ, como decorrência da publicação da Emenda Regimental n.18, de 17 de dezembro de 2014, que inseriu nos artigos 216-A a 216-X do Regimento Interno do STJ dispositivos antes tratados pela referida Resolução.

Buscou-se com a nova atribuição de competência, garantir maior agilidade ao trâmite das cartas rogatórias, privilegiando, por outro lado, a atuação do STF como Tribunal Constitucional. A medida, porém, sofreu críticas de parte da doutrina. Isso porque houve a alegação de que o trâmite tornar-se-ia menos célere, na medida em que haveria a possibilidade de interposição de recurso extraordinário ao STF, abrindo nova via recursal. No entanto, a própria EC 45/2004, na tentativa de minimizar tal possibilidade, criou como exigência para admissão do recurso extraordinário demonstração de repercussão geral pelo recorrente (TIBURCIO, 2006, p.195).

Dessa forma, embora não mais seja competente para a concessão do *exequatur*, não ficou o STF alijado por completo do exame da matéria. Pela via do recurso extraordinário, continua o STF a conhecer da matéria no que confrontar com a Constituição Federal.

A alteração de competência trouxe claros avanços na interpretação do instituto. Isso porque, tradicionalmente, a posição do STF para concessão de *exequatur* era bastante conservadora, enquanto o STJ passou a dar decisões de vanguarda.

Nesse sentido, diversos avanços foram incorporados já na Resolução n.9 do STJ e reiterados na Emenda Regimental n.18 do STJ. Com efeito, ao tratar da matéria, a nova regulamentação adotou posição mais moderna, em consonância com a crescente demanda internacional por troca de informações. Como postura teórica mais avançada, constata-se que as novas diretrizes adotadas consideram a concessão do *exequatur* como regra. Somente de forma excepcional deve ser indeferida a ordem de cumprimento do pedido de cooperação jurídica internacional, devendo ser identificados os pontos que sejam manifestamente e de modo grave contrários à ordem pública ou à soberania nacional (LOULA, 2010, p.62-63). Trata-se de grande avanço, na medida em que idiossincrasias não devem servir de base ao

descumprimento de pedidos de cooperação diante da comunidade global cada vez mais próxima e interligada. Nesse sentido, veja-se importante lição de TIBURCIO e BARROSO, para quem "*a autorização para o cumprimento no Brasil da diligência pedida só deve ser negada em situações graves, pois indeferir o exequatur significa, em última análise, impedir que o país estrangeiro exerça sua jurisdição*" (2013, p.531).

Uma vez concedido o *exequatur* pelo STJ nas cartas rogatórias, caberá, na forma do art.109, inciso X, da CRFB[49], aos juízes federais de primeira instância executá-las. Note-se que eventual questionamento surgido no âmbito do processo de execução de carta rogatória pelo juízo de primeira instância deverá ser resolvido pelo STJ, por ser este o órgão judicial competente para tal.

Antes limitadas a atos simples, especialmente diante do conservadorismo tradicionalmente adotado pelo STF, têm as cartas rogatórias assumido crescente importância, com a ampliação do seu objeto. É cada vez mais aceita a realização de diligências de natureza executiva por meio dessa via, como será abaixo detalhado. Basta mencionar, como exemplo, os Protocolos do Mercosul determinando que medidas cautelares e solicitações de homologação de sentenças estrangeiras tramitem por meio de carta rogatória (LOULA, 2010, p.58).

Para os fins específicos do presente estudo, dois temas acerca das cartas rogatórias devem ser destacados para análise pontual, na medida em que podem impactar ou mesmo servir de fundamento às conclusões a serem aqui atingidas, são eles (i) possibilidade de dispensa de carta rogatória para cumprimento de diligências transfronteiriças na forma do art. 7º da Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias, assinada em 1975, e do art.19 do Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto, assinado em 1994; e (ii) possibilidade de cumprimento de cartas rogatórias de natureza executória.

2.1.1. Dispensa de Cartas Rogatórias no Âmbito do Mercosul

O trâmite das cartas rogatórias está bem definido no ordenamento jurídico nacional. A questão que deve ser aqui colocada é se qualquer pedido de diligência solicitado por autoridade jurisdicional estrangeira deve, necessariamente, seguir o trâmite para concessão de *exequatur* estabelecido para as cartas rogatórias passivas no Brasil? De outro lado, há que se

[49] Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: (…)X - os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o "exequatur", e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização.

questionar, também, se todas as diligências determinadas pela autoridade jurisdicional brasileira devem ser encaminhadas ao Ministério da Justiça pela via da carta rogatória ativa para posterior encaminhamento ao exterior? Seria constitucional incorporação ao direito pátrio de tratado prevendo dispensa do *exequatur* para cumprimento de decisões estrangeiras em determinadas hipóteses? Os questionamentos apontam para discussão acerca da possibilidade de eficácia extraterritorial de decisões interlocutórias sem a observância do procedimento estabelecido para as cartas rogatórias.

O trâmite legal para concessão de *exequatur* de cartas rogatórias apresenta certo grau de complexidade. Ainda que o procedimento seja mais célere do que a homologação de sentença estrangeira, não há como defender ser ele simples. Para demonstrar o tempo médio de tramitação de processos para concessão e cumprimento de *exequatur*, fez-se rápida busca, por amostragem, no site do STJ com informações referentes a 16 cartas rogatórias, obtendo-se os dados constantes na tabela abaixo[50]:

TABELA 1

Processo	Autuação	Exequatur	Trânsito em Julgado	Tempo para Exequatur	Tempo total para cumprimento
CR 8000	19/04/13	21/08/13	30/09/13	124	164
CR 7900	01/04/13	03/06/13	09/09/13	63	161
CR 7800	11/03/13	20/08/13	03/09/13	162	176
CR 7700	14/02/13	07/05/13	30/09/13	82	228
CR 7600	25/01/13	20/08/13	03/09/13	207	221
CR 7500	13/12/12	22/03/13	15/05/13	99	153
CR 7400	14/11/12	15/02/13	03/05/13	93	170
CR 7300	16/10/12	22/03/13	11/04/13	157	177
CR 7200	11/09/12	19/09/12	07/02/13	8	149
CR 7100	22/08/12	08/11/12	30/04/13	78	251
CR 7000	24/07/12	30/10/12	12/03/13	98	231
CR 6900	28/06/12	25/02/13	21/08/13	242	419
CR 6800	30/05/12	04/09/12	05/12/12	97	189
CR 6700	20/04/12	04/09/12	11/12/12	137	235
CR 6600	29/02/12	12/09/12	28/11/12	196	273
CR 6500	01/02/12	17/05/12	12/09/12	106	224
Médias:				**122**	**214**

[50] O critério utilizado para separar, de forma aleatória, os processos elencados na tabela foi o número das Cartas Rogatórias. Para isso, iniciou-se com a CR 6500, com autuação em fevereiro de 2012, e foram separadas as seguintes com saltos de 100 na numeração até a CR 8000, autuada em abril de 2013. Com isso foram separadas 16 Cartas Rogatórias para o período de pouco mais de um ano.

Pelas informações extraídas dos dados acima, o tempo médio para concessão do *exequatur* foi de 122 dias, ou seja, cerca de 4 meses, e o tempo total para cumprimento das diligências foi de 214 dias, aproximadamente 7 meses. Importante notar que o tempo médio reflete o período de efetivo trâmite no STJ, desconsiderando o a fase anterior ao seu ingresso no Tribunal e a posterior até o efetivo envio da Carta Rogatória cumprida ao país de origem.

Em determinadas situações a demora no cumprimento pode mostrar-se excessiva e desnecessária. Em zonas fronteiriças, por exemplo, é comum a realização de contratações em que cada uma das partes reside em diferentes países. Embora as cidades dos diferentes países possam ser próximas ou mesmo contíguas, eventual demanda judicial questionando o contrato importará no uso de carta rogatória, com toda sua complexidade, para a mera citação da outra parte, o que pode parecer desarrazoado.

Com o objetivo de simplificar e otimizar o trâmite necessário para realização de diligências nessas situações, a Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias de 1975[51], passou a estabelecer em seu art.7 o seguinte:

> Art.7 - As autoridades judiciárias das zonas fronteiriças dos Estados Partes poderão dar cumprimento, de forma direta, sem necessidade de legalização, às cartas rogatórias previstas nesta Convenção.

Com isso, passou-se a facultar o cumprimento direto das diligências por meio de simples permissão dos tribunais envolvidos (ARAUJO, p.279, 2006). Embora nomeadas de "cartas rogatórias", no caso de zonas fronteiriças passou a haver comando infraconstitucional permitindo a comunicação direta entre as respectivas autoridades judiciárias, com clara dispensa do *exequatur*.

No mesmo sentido está o Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto de 1994[52], ao dispor, em seu art.19, a seguinte norma:

> Art.19 - Os Juízes ou Tribunais das zonas fronteiriças dos Estados Partes poderão transmitir-se, de forma direta, os exhortos ou cartas rogatórias previstos neste Protocolo, sem necessidade de legalização.

[51] Promulgada pelo Decreto n. 1.899, de 09 de maio de 1996.

[52] Promulgado pelo Decreto n. 2.626, de 15 de junho de 1998.

Constata-se, assim, a existência, em nosso ordenamento pátrio, de norma que dispensa o procedimento de *exequatur* pelo STJ às cartas rogatórias na situação específica de zona fronteiriça.

Apesar do claro comando nesse sentido, costuma-se mencionar a decisão proferida nos autos da Reclamação (RCL) 717/RS[53], como exemplo da posição do Tribunal Supremo, à época competente para concessão de *exequatur*, contrário à possibilidade (ARAUJO, 2006, p. 279).

No caso concreto, a reclamação foi ajuizada em face de ato do Juiz de Direito da Comarca de Santana do Livramento, no Rio Grande do Sul, em razão da determinação de cumprimento de carta rogatória que lhe fora encaminhada diretamente por magistrado do Uruguai, na comarca de Rivera, cidade fronteiriça de Santana do Livramento. Na oportunidade, o STF entendeu caracterizada usurpação de sua competência, sob a justificativa de que a Constituição Federal, à época, atribuía-lhe competência exclusiva para concessão de *exequatur*.

Destaca-se, porém, que a leitura atenta da decisão deixa transparecer que a discussão acerca da possibilidade de legislação infraconstitucional prever o cumprimento direto de diligência determinada por magistrado em zona fronteiriça não chegou sequer a ser ventilada. Com efeito, a discussão pautou-se tão somente nos efeitos da internalização, no direito pátrio, do Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa – Protocolo de Las Leñas de 1992[54]. Isso porque o referido Protocolo passou a prever a possibilidade de ser promovida homologação e execução de sentença, no Brasil, por meio do procedimento simplificado de carta rogatória.

Ou seja, enquanto que os demais países que não são membros do tratado devem utilizar o complexo procedimento de Homologação de Sentença Estrangeira, o Protocolo de Las Leñas passou a permitir a adoção do procedimento estabelecido para concessão de *exequatur* previsto para cartas rogatórias para o atingimento da mesma finalidade. No entanto, em momento algum esse Protocolo dispensava a concessão do *exequatur* e como a competência para tal era do STF, não poderia o magistrado de primeira instância tê-lo concedido. Diante dessa conclusão foi determinada a suspensão imediata do ato impugnado e a paralisação do processo em andamento no Rio Grande do Sul.

---

[53] STF, RCL 717/RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. 30.12.1997, DJ 04.02.1998.

[54] Promulgado pelo Decreto n. 2.067, de 12 de novembro de 1996.

Nota-se que em momento algum foi abordada a constitucionalidade da dispensa de concessão de *exequatur* pelos Tribunais Superiores, prevista no art.7º da Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias. Ressalta-se, ainda, que à época do ocorrido, embora ainda não estivesse em vigor o Protocolo de Ouro Preto – que trouxe em seu art.19 disposição similar, acima transcrito – já vigorava o art.7º da Convenção Interamericana. Ou seja, o STF, nos autos da RCL 717/RS, analisou a questão posta sem abordar, ainda que indiretamente, a legislação completa aplicável. Limitou-se à análise do Protocolo de Las Leñas – que, efetivamente, não traz qualquer disposição acerca da dispensa de *exequatur* concentrado nos Tribunais Superiores – sem fazer qualquer referência aos demais dispositivos aplicáveis.

Dessa forma, não chegou o STF a afastar de forma expressa a aplicabilidade e constitucionalidade dos dispositivos que dispensam a realização de *exequatur* no caso de cartas rogatórias em zonas fronteiriças, embora parte da doutrina entenda que essa decisão sinalizaria nesse sentido (LOULA, 2010, p.201). No sentido da utilidade da norma, porém, denotando dúvidas quanto à sua constitucionalidade, menciona-se o seguinte trecho de ARAUJO que, ao tratar da RCL 717/RS, ressalta:

> Esse dispositivo, que poderia ser útil para o Brasil, em especial nos estados do sul do país, está em dissonância com a sistemática das cartas rogatórias passivas, e provavelmente não resistiria a uma interpretação do Judiciário Brasileiro. (ARAÚJO, 2006, p.279)

Não houve, no entanto, nem mesmo após transferida a competência de concessão do *exequatur* ao STJ, decisão clara, direta e expressa acerca da possibilidade de cumprimento direto de diligências em zonas fronteiriças. Com efeito, não encontramos relevantes discussões jurídicas, no âmbito dos Tribunais Superiores, acerca desses dispositivos presentes na Convenção Interamericana e no Protocolo de Ouro Preto.

Há, todavia, vozes favoráveis à sua constitucionalidade, conforme posição adotado por PERLINGEIRO, ao defender que "*não feriria princípio constitucional, nem regra constitucional brasileira, a carta rogatória, de juiz para juiz, na zona fronteiriça, tal como prevista no art.7 da Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias*" (2006, p. 807). Para ele, em situações em que não houvesse necessidade de juízo de delibação, o procedimento não precisaria ser concentrado nos Tribunais Superiores, não havendo determinação constitucional nesse sentido.

Parece-nos ser esse o melhor juízo. Isso porque o art.105, inciso I, alínea 'i' da Constituição Federal determina ser competência do Superior Tribunal de Justiça processar e

julgar originariamente a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias. Trata-se, nitidamente, de regra de competência (TIBURCIO, 2006, p.165). Ou seja, sempre que houver necessidade de concessão de *exequatur* caberá ao STJ fazê-lo. Nada impediria, ao nosso ver, que legislação infraconstitucional criasse situações excepcionais, sem esvaziar completamente a regra de competência constitucional, prevendo o cumprimento de cartas rogatórias sem a concessão de *exequatur*. É certo que não seria salutar a criação de situações genéricas que esvaziassem completamente o controle feito pelo STJ para a concessão de *exequatur*, no entanto, dentro da análise de razoabilidade, existem situações que recomendam o atendimento direto por parte do magistrado de primeira instância.

A Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias e o Protocolo de Ouro Preto, respectivamente em seus artigos 7º e 19º, fazem exatamente isso. No exame de razoabilidade e sem violar a regra de competência constitucional criam situações em que o cumprimento da carta rogatória pode ser feito de forma direta, sem a necessária concessão do *exequatur* de forma concentrada pelo STJ. Dentro do contexto de globalização e da atual interação entre os países, especialmente no âmbito do Mercosul, nada mais adequado do que permitir o cumprimento direto de diligências em zonas fronteiriças, sem que seja dispensado, porém, o necessário controle de sua adequação à ordem pública, a ser realizado pelo magistrado federal de primeira instância do Poder Judiciário nacional. Tal medida, além de simplificar consideravelmente o processo, em nada prejudica a soberania estatal ou viola a Constituição Federal, reduzindo de forma bastante expressiva o prazo para sua conclusão.

Dessa forma, parece coerente, desejável e constitucional a previsão de dispensa de concessão de *exequatur* a cartas rogatórias proferidas em zonas fronteiriças, embora deva ser alertado que, até o presente momento, não há posição conclusiva acerca do tema pelos Tribunais Superiores.

2.1.2. *Exequatur* de Cartas Rogatórias Executórias

Tradicionalmente as cartas rogatórias apresentam conteúdo não decisório. Servem tão somente como meio de cumprimento de diligências no Brasil, embora seja difícil conceituar-se o que pode ser considerado, de forma clara e exaustiva, conteúdo executório. Como bem ressaltado por TIBURCIO (1999, p. 80), o STF, por intermédio de decisão proferida no AgRg na CR 1.395[55], entende que o caráter executório das cartas rogatórias não

[55] RTJ 72/659.

é definido pela demanda que lhe dá origem, mas sim pela realização de atos de constrição judicial realizados no Brasil, algo que seria inerente à execução forçada. Com base nessa premissa o STF tem entendimento múltiplo sobre tipificação de atos executórios não passíveis de *exequatur*. Podem ser mencionados os casos de exibição de documentos[56], coleta de amostras biológicas[57], obtenção de documentos em cartório e informações bancárias[58], quebra de sigilo bancário[59], embargo executivo de cotas sociais[60] e penhora de imóveis[61] ou de móveis[62]. Nesse sentido, qualquer forma de produção de provas que importe em possibilidade de resistência da parte interessada pode caracterizar-se como execução forçada (TIBURCIO, 2006, p.482).

Assim, admitia-se *exequatur* de cartas rogatórias exclusivamente para realização de citações, intimações, oitiva de testemunhas e obtenção de provas em geral. Esse era o entendimento consolidado na jurisprudência do STF quando detinha plena competência para tratar da matéria (TIBURCIO, 2006, p.166).

Ilustra essa posição, segundo TIBURCIO (1999), decisão proferida na CR 3.237[63], ainda em 1980 que, em seu corpo, deixa claro que "*A carta rogatória constitui expediente pelo qual se cumprem ou executam os atos judiciais de procedimento que não dependem de sentença, tais como citações, intimações, avaliações et similia*". A ementa da referida decisão também não deixava dúvidas acerca do posicionamento do Tribunal Constitucional, ao assim dispor:

> "Carta Rogatória expedida pela Justiça da República Argentina para se proceder no Brasil ao sequestro de bens móveis e imóveis. Medida cautelar prevista no art. 1.295 do Código Civil argentino com o nome jurídico de embargo e no artigo 822 do Código de Processo Civil brasileiro, com o nome jurídico de sequestro. Tratando-se de providência judicial que depende, no Brasil, de sentença que a decrete, imperiosa é a conclusão de que tal medida não pode ser executada em nosso País antes de ser

[56] STF, CR 9.977, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 26.03.2002.

[57] STF, CR 10.177, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 23.08.2002.

[58] STF, CR 10.925, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 17.05.2004.

[59] STF, CR 10.661, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 14.11.2003.

[60] STF, CR 7.044, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 09.11.1995.

[61] STF, CR 9.612, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 11.09.2001.

[62] STF, CR 10.479, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 23.05.2003.

[63] STF, CR 3.237, Rel. Min. Antonio Neder, DJ 12.08.1980.

> homologada, na jurisdição brasileira, a sentença estrangeira que a tenha concedido. *Exequatur* denegado". (CR 3.237)

Embora o caso acima referido trate de carta rogatória proveniente da Argentina, naquela época ainda não estavam consolidados os diversos tratados de cooperação jurídica internacional do Mercosul.

Com essa compreensão, tradicionalmente adotado no STF, não haveria como ser pleiteada medida executória sem que houvesse prévia homologação de sentença estrangeira no Brasil. Como as cartas rogatórias são tradicionalmente utilizadas para cumprimento de diligências em feitos que ainda não têm decisão definitiva, o STF acabava impedindo medidas executórias de caráter provisório ou preliminar no Brasil.

Com a ratificação pelo Brasil do Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto, introduziu-se no país a possibilidade de solicitação de medidas cautelares formuladas por meio de cartas rogatórias, trazendo, ínsito a esse comando, a possibilidade de cartas rogatórias de natureza executória.

Diante da alteração legislativa trazida pela internalização desse tratado, o STF passou a permitir o cumprimento de ato de caráter executório no país por meio de carta rogatória, porém, desde que se tratasse de carta rogatória expedida com fundamento em convenções internacionais. Ou seja, somente aos países ratificantes haveria tal possibilidade (TIBURCIO, 2006, p.170). Nesse sentido decidiu o STF:

> "Carta Rogatória. Citação. Admissibilidade. Busca e apreensão de menor. Ato de caráter executório. Impossibilidade. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal considera insuscetíveis de cumprimento, no Brasil, as cartas rogatórias passivas revestidas de caráter executório, ressalvadas aquelas expedidas com fundamento em atos ou em convenções internacionais de cooperação interjurisdicional." (CR 8525-5/EUA, DJU de 26.04.1999, Relator Min. Celso de Mello)

Dessa forma, passou o STF a admitir a concessão de medidas executórias por meio de cartas rogatórias em situações excepcionais, quando previstas em convenções internacionais. Isso significa, portanto, que a concessão de caráter executório a cartas rogatórias não seria questão de violação de ordem pública ou mesmo de vedação constitucional, na medida em que legislação infraconstitucional poderia expressamente prever tal possibilidade.

Como bem sintetizado por TIBURCIO (1999), mesmo após a entrada em vigor do Protocolos do Mercosul foi mantida a conservadora posição do STF em negar *exequatur* a cartas rogatórias com atos de execução, quando não originárias de países membros das referidas convenções internacionais. Mantinha-se, portanto, a jurisprudência sedimentada no STF de negar, como regra, *exequatur* às cartas rogatórias executórias.

Com a promulgação da EC 45/2004 e a consequente alteração da competência para o STJ houve imediata alteração no tratamento da matéria (BARROSO e TIBURCIO, 2013, p.524). Isso porque a Resolução n.9 do STJ passou a estabelecer, em seu art.7º, que "*as cartas rogatórias podem ter por objeto atos decisórios ou não decisórios*". Ou seja, passou a constar de forma expressa a possibilidade de cartas rogatórias que extrapolassem o mero cumprimento de diligências.

A partir de então, iniciou-se tendência, no âmbito do STJ, de admissão de cartas rogatórias de natureza executória. Com efeito, constata-se a clara mudança de posição na CR 374/PT[64], em que se pretendia, por meio de decisão proferida pelo Poder Judiciário de Portugal, a penhora de 30% das quotas do capital social de sociedade brasileira.

Como fundamento para concessão do *exequatur* ressaltou-se que a antiga jurisprudência do STF restaria superada pelo art.7º da Resolução n. 9 do STJ, que passou a admitir cartas rogatórias com caráter executório. Salientou-se, ainda, parecer favorável do Ministério Público Federal no sentido de que a penhora, ainda que fosse ato nitidamente executório, seria mera afetação de bens do devedor, preparatório, portanto, para futura expropriação para satisfação da dívida, quando, aí sim, haveria ato de execução definitivo que dependeria de homologação de sentença. Dessa forma, não haveria, também, que se cogitar em eventual violação da ordem pública.

A tendência do STJ em afastar-se das limitações anteriormente apontadas pelo STF, de forma a admitir a concessão de *exequatur* também nas cartas rogatórias de natureza executória, atinge o ápice na decisão proferida na CR 438[65]. Na oportunidade, era analisada a possibilidade de concessão de *exequatur* para realização de buscas e apreensões e outras medidas de caráter constritivo, com o objetivo de verificar possível ocorrência de crime de lavagem de dinheiro em processo em curso na justiça belga (BARROSO e TIBURCIO, 2013, p.539).

---

[64] STJ, CR 374/PT, Rel. Min. Barros Monteiro, j.20.11.2006;

[65] STJ, CR 438, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 24.09.2007;

No julgamento, o Ministro-Relator Luiz Fux enalteceu a anterior jurisprudência restritiva do STF, porém ressaltou que com a alteração de competência advinda da EC 45/2004 e posterior publicação da Resolução n. 9 do STF, deveria a Corte "*atentar às necessidades da cooperação internacional, em especial no tocante ao combate ao crime organizado transnacional, e possibilitar aos demais Estados estrangeiros a investigação de ditas organizações criminosas, através da concessão do* exequatur *de cartas rogatórias com esse fim*". Agregado esse fundamento, foi concedido o *exequatur*.

O mesmo ocorreu nos autos da CR 5.480/FR[66], em que se analisava a possibilidade de concessão de *exequatur* para realização de busca e apreensão em determinados endereços com o objetivo de instruir inquérito em curso na justiça francesa. Na oportunidade foi externado o entendimento de que seria possível a concessão de *exequatur* para a realização de medidas executórias, nos termos do art.7º da Resolução n.9 do STJ.

Em ambas as decisões aqui referidas há expressa menção à nova situação trazida pela Resolução n. 9 do STJ. Deve ser esclarecido, porém, que esse foi um dos fundamentos, já que nos dois casos havia tratado específico prevendo expressamente a utilização de instrumentos de cooperação jurídica para efetuar buscas e apreensões e auxiliar em investigações. Enquanto na CR 438 aplicava-se a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional[67], a CR 5.480/FR enquadrava-se no Acordo de Cooperação Judiciária em Matéria Penal entre o Brasil e a França[68]. Destaca-se que ambas tratam de questões criminais, sendo mais comum a existência de tratados dessa natureza na seara criminal do que em matérias cíveis, comerciais, trabalhistas e administrativa.

Dessa forma, ainda que tenha sido colocada como fundamento da decisão, a alteração trazida pelo art.7º da Resolução n. 9 do STJ, os casos aqui tratados poderiam ser encaixados naqueles em que há tratado específico, quando então já teriam autorização em conformidade com a posição já consolidado do STF. No entanto, como já ressaltado, o diferencial está na fundamentação, que aponta a tendência em admitir a concessão de *exequatur* a cartas rogatórias de natureza executória mesmo na ausência de tratados internacionais.

---

[66] STJ, CR 5.480/FR, Rel. Min. Ari Pargendler, DJU 08.06.2011;

[67] Promulgado pelo Decreto n. 5.015/2004.

[68] Promulgado pelo Decreto n. 3.324/1999.

Mais recente, com a revogação da Resolução n.º 9 do STJ pela Emenda Regimental n.º 18, o tema passou a ser tratado no §1º do art.216-O[69] do Regimento Interno do STJ, que dispõe de forma similar ao agora revogado art.7º da Resolução n.º 9 do STJ.

Há, portanto, inegável avanço no reconhecimento, pelo STJ, da possibilidade de concessão de *exequatur* a cartas rogatórias de natureza executória. Casos especiais e que merecem breve exame em separado, são as medidas executórias de quebra de sigilo, requeridas por meio de cartas rogatórias.

2.1.2.1. Medidas Executórias e Quebra de Sigilo por meio de Cartas Rogatórias

Questão interessante e específica dentro do tema de que se trata é a possibilidade de concessão de *exequatur* para cumprimento de medida cautelar de quebra de sigilo bancário determinada por autoridade jurisdicional estrangeira no Brasil. O tratamento da matéria acaba sendo ainda mais restritivo em razão da garantia ao sigilo bancário, oriundo do direito constitucional à intimidade, e do sigilo de dados, na forma do art.5º, incisos X e XII, respectivamente. Nesse sentido, o STF nas CR's 9.886[70], 7.126[71], 7.154[72], 9.024[73] e 8.622[74] entendeu que a quebra do sigilo de operações bancárias realizadas no Brasil pela via da carta rogatória, encontraria óbice no sigilo de dados, além de contrariar a soberania, a segurança e a ordem pública.

O ponto ora em análise é consideravelmente mais sensível na medida em que, como regra e em princípio, o acesso a dados obtidos pela quebra do sigilo bancário estaria submetido à reserva de jurisdição[75], razão pela qual poderia haver violação à ordem pública acatar comando de autoridade jurisdicional estrangeira nesse sentido. Importante lembrar que, ainda que a carta rogatória tramite pelo Poder Judiciário para concessão do *exequatur*, o juízo

---

[69] art.261-O (...) §1º – Será concedido *exequatur* à carta rogatória que tiver por objeto atos decisórios ou não decisórios.

[70] STF, CR 9.886/FR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 15.03.2002.

[71] STF, CR 7.126/IT, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 20.03.1996.

[72] STF, CR 7.154/SI, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 17.11.1995.

[73] STF, CR 9.024/AR, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 14.12.1999.

[74] STF, CR 8.622/IT, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 24.04.2002.

[75] O STF vem admitindo a flexibilização da cláusula de reserva de jurisdição, especialmente no que se refere à quebra de sigilo fiscal, permitindo que as CPIs federais (MS 23652 e HC 100341) e estaduais (ACO 730) a determinem. Da mesma forma, o STF no MS 21729 afastou a possibilidade de o Banco do Brasil negar acesso a dados sigilosos ao Ministério Público quando houver dinheiro público envolvido.

feito pelo STJ é de mera delibação, com o exame das formalidades, mas sem análise do mérito da decisão.

Historicamente o STF afastava a possibilidade de concessão de *exequatur* para quebra de sigilo bancário em razão de seu suposto caráter executório[76]. Há que se contestar, inicialmente, o caráter executório da medida. O pedido de quebra de sigilo bancário não parece ter essa natureza, já que busca afastar o sigilo para obtenção de provas e não coo forma de restrição ao patrimônio do interessado. Trata-se de mera produção de provas, embora possa a legislação exigir tratamento especial à sua forma e requisitos específicos para sua produção (TIBURCIO, 2007).

Embrião do fortalecimento de posição diversa foi identificado nos autos da CR 10.484[77]. Na oportunidade, ao ser encaminhada carta rogatória com pedido de quebra de sigilo bancário em investigação conduzida pela autoridade suíça que investigava tráfico de mulheres brasileiras para aquele país, o Ministério Público Federal mudou sua tradicional posição opinando pela concessão do pedido. Entendeu o *Parquet* Federal que, por estar a quebra fundamentada e visando ela esclarecer o crime de tráfico de mulheres, não deveria prevalecer o sigilo bancário na hipótese (MADRUGA, 2009).

Apesar da manifestação do Ministério Público Federal nesse sentido, foi, uma vez mais, mantida a conservadora posição do Tribunal Constitucional pela impossibilidade do

---

[76] Nesse sentido, vide CR 9.886-8/FR, Relator Min. Marco Aurélio, DJU de 15.03.2002: "*Carta rogatória – **Atos executórios – Quebra de sigilo bancário** – Ausência de homologação de sentença – Inviabilidade de cumprimento. 1. Com esta carta rogatória, originária do Tribunal de Grande Instância de Paris, na República Francesa, objetiva-se obter informações sobre contas bancárias (...) 2. Conforme já consignado, esta rogatória dirige-se à obtenção de informações bancárias, alcançando, assim, garantia constitucional – o sigilo de dados. Na espécie, não se tem sentença estrangeira homologada, fato a inviabilizar o cumprimento da carta. Ante o parecer da Procuradoria Geral da República, é de registrar que a óptica ali externada conduz ao fornecimento dos dados relativos às pessoas jurídicas mencionadas no processo. Vale frisar que o Acordo de Cooperação Judiciária em Matéria Penal, subscrito pelos Governos do Brasil e da França – Decreto nº 3.324, de 30 de dezembro de 1999 –, não tem o condão de colocar em segundo plano a necessidade de homologação de sentença estrangeira que, de alguma forma, implique a quebra de tal sigilo, ainda que se trate de simples constatação da existência de conta bancária. É que o artigo 2º do referido Decreto alude à execução que contrarie a soberania, a segurança e a ordem pública ou mesmo interesses essenciais do país requerido. Logo, ante a envergadura da matéria, a envolver garantia constitucional – cujo afastamento pressupõe ordem judiciária –, indispensável é que se conte com a citada homologação. 3. Diante de tal quadro, indefiro a **execução pretendida** (...)*". No mesmo sentido, vide CR 10.661-1/Dinamarca, Relator Maurício Corrêa, DJU de 14.11.2003: "*(...) 4. As cartas rogatórias encaminhadas à Justiça brasileira somente devem ter por objeto a prática de simples ato de informação ou de comunicação processual, excluindo, portanto, as que tenham qualquer conotação de índole executória. 5. A diligência solicitada, quebra de sigilo bancário, não poderá ser executada sem que antes se proceda à homologação, pela Justiça brasileira, da sentença estrangeira que a determinou. 6. **É pacífica a jurisprudência da Corte no sentido de que a quebra de sigilo bancário, por revestir-se de caráter executório, não comporta deferimento**. De igual forma, foi decidido na CR 7581, Sepúlveda Pertence, DJU de 1º/8/1997, CR 9024, Carlos Velloso, DJU de 14/12/1999 e CR 8622 (Agr), Marco Aurélio, DJU de 1º/2/2002. (...)*". (grifo nosso).

[77] STF, CR 10.484/SI, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 23.10.2003.

cumprimento de diligências de quebra de sigilo, pois, "*além de atentar contra a ordem pública, possuem caráter executório, o que inviabiliza a concessão do exequatur*" (Trecho do voto do Rel. Min. Maurício Corrêa na CR 10.484/SI).

Registre-se, que, ainda à época, não eram poucas as críticas doutrinárias acerca desse entendimento. Veja-se posição então assumida por ARAUJO:

> "Se a proibição da concessão de medidas de caráter executório não é fundada na lei, mas decorre da análise da ordem pública pelo STF, deveria haver maior incursão no mérito da questão, e, caso a caso, o pedido poderia ser deferido ou não.(...) O óbice da ordem pública não pode ter caráter absoluto e precisa ser reapreciado". (2003, p.260)

Com a alteração da competência para o STJ havia expectativa de mudança de entendimento. Apesar disso, em suas primeiras decisões o STJ manteve a inviabilidade da quebra do sigilo de operações bancárias pela via da carta rogatória, diante de seu suposto caráter executório. Com efeito, nas CR's 226/BE[78] e 534/IT[79], o STJ concluiu pela impossibilidade de quebra do sigilo bancário requerida em carta rogatória, ao argumento de que, para se autorizar tal medida excepcional, seria necessário autorização judicial fundamentada ou existência de indícios suficientes da prática de delito.

A sinalização de que haveria alteração de sua posição veio com o julgamento da CR 1.457/FR[80], quando o Tribunal analisou, dentre outros, pedido de quebra de sigilo bancário realizado pelo Procurador da República do Tribunal de Grande Instância de Paris em procedimento de informação judiciária por suspeita de lavagem de dinheiro. Apesar de fazer referência ao Acordo de Cooperação Judiciária em matéria penal entre Brasil e França[81], ressaltou o STJ não haver que se cogitar em ofensa à soberania nacional ou à ordem pública, já que o próprio ordenamento jurídico nacional prevê a possibilidade de decretação da quebra de sigilo quando necessária para a apuração de ilícito penal, na forma do art.1º, §4º, da Lei Complementar n. 105, de 10 de janeiro de 2001 (LC 105/2001). Essa decisão foi relevante por afastar peremptoriamente qualquer possibilidade de alegação de violação à ordem pública ou à soberania nacional como impedimento à concessão de *exequatur* (TIBURCIO, 2007).

---

[78] STJ, CR 226/BE, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 21.02.2006.

[79] STJ, CR 534/IT, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 20.04.2005.

[80] STJ, CR 1.457/FR, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 30.10.2006.

[81] Promulgado pelo Decreto n. 3.324, de 30 de dezembro de 1999.

Após essa decisão, especialmente por força da norma constante do art. 7º da Resolução n. 9 de 2005 do STJ, então em vigor, inaugurou-se nova postura quanto ao tema. Importantes decisões foram proferidas pelo STJ quanto à questão da quebra do sigilo bancário e fiscal nas CR's 1.110[82] e 998[83]; telefônico na CR 1.684[84]; e telemático nas CR's 297[85] e CR 1.430[86]. Assim, com o recente avanço da jurisprudência do STJ, pode-se afirmar haver tendência no sentido de permitir a incidência de cartas rogatórias de natureza executória, em especial para quebra do sigilo bancário, priorizando a visão de reciprocidade internacional e efetividade global da justiça.

2.1.3. Carta Rogatória no Novo CPC

A Lei n.º 13.105, de 16.03.2015, ainda no período da *vacatio legis*, passará a regular o processo civil brasileiro a partir do ano de 2016. Entre as inovações trazidas destaca-se o tratamento concedido à cooperação jurídica internacional. O capítulo II, do Título II, do Livro II, que abrange os artigos 26 a 41, foi dedicado exclusivamente à cooperação jurídica internacional, havendo, ainda, tratamento específico acerca da homologação de sentença estrangeira e cartas rogatórias nos artigos 960 a 965, que integram o capítulo VI, do Título I, do Livro III.

Nas disposições gerais constata-se a relevância garantida às convenções internacionais, ao determinar o art.26[87] que a cooperação jurídica internacional será regida por tratado, no entanto, não se afasta a possibilidade de haver cooperação jurídica realizada com base na reciprocidade, mesmo diante da ausência de tratados. A referência à reciprocidade

[82] STJ, CR 1.110/UR, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 26.06.2006.

[83] STJ, CR 998/IT, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 18.10.2005.

[84] STJ, CR 1.684/FR, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 28.08.2006.

[85] STJ, CR 297/DE, Rel. Min. Barros Monteriro, DJ 29.09.2006.

[86] STJ, CR 1.430/EX, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 04.04.2006.

[87] Art. 26. A cooperação jurídica internacional será regida por tratado de que o Brasil faz parte e observará: I - o respeito às garantias do devido processo legal no Estado requerente; II - a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no Brasil, em relação ao acesso à justiça e à tramitação dos processos, assegurando-se assistência judiciária aos necessitados; III - a publicidade processual, exceto nas hipóteses de sigilo previstas na legislação brasileira ou na do Estado requerente; IV - a existência de autoridade central para recepção e transmissão dos pedidos de cooperação; V - a espontaneidade na transmissão de informações a autoridades estrangeiras. § 1º Na ausência de tratado, a cooperação jurídica internacional poderá realizar-se com base em reciprocidade, manifestada por via diplomática. § 2º Não se exigirá a reciprocidade referida no § 1º para homologação de sentença estrangeira. § 3º Na cooperação jurídica internacional não será admitida a prática de atos que contrariem ou que produzam resultados incompatíveis com as normas fundamentais que regem o Estado brasileiro. § 4º O Ministério da Justiça exercerá as funções de autoridade central na ausência de designação específica.

não tem sido aplaudida pela doutrina, na medida em que o Brasil não tem costume de fazer tal exigência no cumprimento de pedidos de cooperação (ARAUJO, 2014). Seria, portanto, retrocesso, na medida em que somente pelo período de dois anos durante o império foi legalmente exigida reciprocidade, posteriormente abolida e não mais inserida, até então, na legislação brasileira (TIBÚRCIO, 2011). Ressalta-se, porém, ter sido a reciprocidade expressamente afastada para homologações de sentenças estrangeiras.

Com a nova lei, passa o Ministério da Justiça a exercer funções de autoridade central como regra, somente podendo ser excepcionada quando houver designação específica em sentido diverso. Novamente, algo que já vinha ocorrendo na prática acaba sendo positivado pelo ordenamento jurídico.

Nota-se, ainda, que o art.27[88], ao estabelecer o objeto da cooperação jurídica internacional, apresenta rol claramente exemplificativo, permitindo a realização de qualquer medida judicial ou extrajudicial que não seja proibida pela lei brasileira.

O tratamento inicial dado pela Lei n.º 13.105/2015, o Novo Código de Processo Civil (NCPC), à carta rogatória é bastante reduzido, especialmente pelo fato de ter sido vetado o art.35 pela Presidente da República. A previsão normativa estabelecia a necessidade de utilização da carta rogatória para execução de decisão estrangeira no Brasil sempre que o pedido de cooperação fosse realizado entre órgão jurisdicional brasileiro e estrangeiro, para prática de ato de citação, intimação, notificação judicial, colheita de provas, obtenção de informações e cumprimento de decisão interlocutória[89]. As razões do veto, baseadas em consultas feitas ao MPF e ao STJ, destacam que a previsão legal poderia impedir a celeridade e efetividade de alguns procedimentos de cooperação jurídica, ao impor a utilização de cartas rogatórias em situações que poderiam ser viabilizadas pela via do auxílio direto (ARAÚJO e MELLO, 2015, p.79). Com o veto, pretende-se não fechar as portas para o desenvolvimento do auxílio direto como instrumento célere de cooperação.

Nas disposições especiais que tratam da homologação de sentenças estrangeiras e cartas rogatórias, a lei estabelece que a decisão interlocutória estrangeira *poderá* ser

[88] Art. 27. A cooperação jurídica internacional terá por objeto: I - citação, intimação e notificação judicial e extrajudicial; II - colheita de provas e obtenção de informações; III - homologação e cumprimento de decisão; IV - concessão de medida judicial de urgência; V - assistência jurídica internacional; VI - qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira.

[89] Art. 35. Dar-se-á por meio de carta rogatória o pedido de cooperação entre órgão jurisdicional brasileiro e órgão jurisdicional estrangeiro para prática de ato de citação, intimação, notificação judicial, colheita de provas, obtenção de informações e cumprimento de decisão interlocutória, sempre que o ato estrangeiro constituir decisão a ser executada no Brasil

executada no Brasil por meio de carta rogatória[90]. Com isso, parece não haver dúvidas acerca da possibilidade de a execução da decisão dar-se por outro meio, caso haja tratado ou autorização legal nesse sentido. A própria lei em comento determina que a eficácia da decisão interlocutória dependerá de concessão de *exequatur*, salvo quando houver disposição em contrário de lei ou tratado[91]. A previsão acaba corroborando com o entendimento firmado, linhas atrás, no sentido de que lei ou tratado podem excepcionar, validamente, a obrigatoriedade de juízo de delibação para garantia de eficácia da decisão interlocutória estrangeira no país.

Há, ainda, no novo diploma legal, expressa previsão da possibilidade de execução, pela via da carta rogatória, de decisão estrangeira concessiva de medida de urgência. Ou seja, medidas de urgência proferidas no estrangeiro poderão ser aqui executadas, desde que seja garantido o contraditório diferido[92]. Interessante o fato de que quem deve atribuir urgência à medida é a autoridade estrangeira, não cabendo ao STJ, em seu juízo meramente de delibação, fazer tal juízo. Essa medida, que já vinha prevista no art.8º, parágrafo único, da Resolução n.º 9 do STJ[93], e foi mantida no art.216-Q, §1º, do Regimento Interno do STJ[94], agora assume *status* legal.

Embora relevante a normatização trazida pelo Novo CPC, não trouxe ela grandes novidades, servindo, porém para consolidar entendimentos jurisprudenciais que já haviam sido incorporados pelo Resolução n.º 9 do STJ, sucedida pela Emenda Regimental n.º 18/2014 do STJ.

---

[90] Art. 960, § 1º A decisão interlocutória estrangeira poderá ser executada no Brasil por meio de carta rogatória

[91] Art. 961. A decisão estrangeira somente terá eficácia no Brasil após a homologação de sentença estrangeira ou a concessão do exequatur às cartas rogatórias, salvo disposição em sentido contrário de lei ou tratado.

[92] Art. 962. É passível de execução a decisão estrangeira concessiva de medida de urgência. § 1º A execução no Brasil de decisão interlocutória estrangeira concessiva de medida de urgência dar-se-á por carta rogatória. § 2º A medida de urgência concedida sem audiência do réu poderá ser executada, desde que garantido o contraditório em momento posterior. § 3º O juízo sobre a urgência da medida compete exclusivamente à autoridade jurisdicional prolatora da decisão estrangeira.

[93] Art. 8º (...) Parágrafo único. A medida solicitada por carta rogatória poderá ser realizada sem ouvir a parte interessada quando sua intimação prévia puder resultar na ineficácia da cooperação internacional.

[94] Art.216-Q (...)§ 1º A medida solicitada por carta rogatória poderá ser realizada sem ouvir

a parte requerida, quando sua intimação prévia puder resultar na ineficiência da

cooperação internacional.

2.2. Homologação de Sentença Estrangeira

Dentro do mesmo sistema jurídico as sentenças são eficazes a partir do momento em que o ordenamento assim o estabelecer. Com regra, dependem do trânsito em julgado, podem, porém, surtir efeitos antes. Sentenças oriundas de sistemas jurídicos diversos usualmente demandam ato posterior para reconhecê-las e dotá-las de eficácia interna.

Nem sempre se admitiu o reconhecimento de sentença proferida em jurisdição distinta como capaz de produz efeitos no ordenamento jurídico interno. Muitos Estados desconsideravam completamente as sentenças estrangeiras, deixando de reconhecer eficácia em provimentos jurisdicionais de Estados estrangeiros. Ocorre que, diante da globalização crescente e da maior facilidade de fluxo de bens e pessoas, houve gradual aceitação da possibilidade de seu reconhecimento. Exige-se, no entanto, procedimentos internos capazes de atribuir às sentenças estrangeiras efeitos na ordem interna (LOULA, 2010, p.80).

Com efeito, não existe norma de Direito Internacional a obrigar os Estados a reconhecerem mutuamente as sentenças proferidas pelos demais. Na ausência de regras, cada Estado é soberano para determinar a posição que melhor lhe convier (LOULA, 2010, p.80). Entretanto, a impossibilidade de reconhecimento de sentenças estrangeiras pelo Estado importar em evidente prejuízo aos seus próprios cidadãos, na medida em que, com a maior circulação de bens e direitos aumentam as chances de seus nacionais envolverem-se em lides em outros países. A falta de possibilidade de reconhecimento de sentença estrangeira limita a preservação de seus respectivos direitos. Ademais, não haveria como justificar o motivo pelo qual a pacificação do conflito, já obtida em outro país, deve ser reiniciada em território nacional. É claro que se a pacificação do conflito for contra a moral e os bons costumes de determinado país, não haverá como ser reconhecida a eficácia da decisão, mas esse controle deve ser feito pontualmente, com instrumentos próprios, e não por meio da negativa geral de qualquer tipo de reconhecimento de sentença estrangeira.

Na forma da legislação brasileira, as sentenças estrangeiras, para que surtam efeitos no País, não devem ser nacionalizadas, ou seja, não há que ser proferida nova decisão com o mesmo conteúdo daquela proferida no exterior. O que se exige é o exame do preenchimento de alguns requisitos formais. Nesse sentido, a sentença estrangeira que não for reconhecida no Brasil, não deixa de ser sentença. Ela continuará sendo sentença existente e válida, porém, sua eficácia estará limitada ao país de origem. Dessa forma, ainda que não homologada no Brasil, poderá ela ser utilizada como meio de prova em processo em trâmite no País. Por outro lado, como a homologação importa no mero reconhecimento da eficácia da sentença estrangeira – e

não sua nacionalização ou substituição por outra decisão nacional – eventual desconstituição da decisão importará na cessação de seus efeitos no Brasil. Assim, se a sentença que foi homologada e está sendo objeto de execução no Brasil é rescindida no exterior, não poderá a execução ter continuidade, já que não haverá título hábil para tanto.

No Brasil a sentença estrangeira é reconhecida internamente há tempos. A primeira disciplina legal sobre o instituto surgiu com a Lei n. 2.615, de 04 de agosto de 1875, ao ser autorizada a regulamentação da execução de sentenças estrangeiras, o que foi concretizado por meio do Decreto n. 6.982, de 27 de julho de 1878 (GRECO FILHO, 1978, p.37). O seu regime atual é regulado por normas constitucionais, legais e infralegais.

De acordo com entendimento pacífico do STF, mantido pelo STJ, sentença estrangeira passível de homologação é aquela proferida por Tribunal vinculado a uma soberania estrangeira. Estariam excluídas, por conseguinte, decisões proferidas por tribunais internacionais. Nesse sentido a decisão proferida pelo STJ nos autos da SEC 2.707[95]:

> "Decisão proferida pela Corte Permanente de Justiça em Haia, em 1929, tendo como partes o governo brasileiro e o governo francês. Ilegitimidade de empresa estranha à decisão para postular sua homologação. Ademais, decisão que não se subsume ao conceito de sentença estrangeira e cuja homologação afrontaria a soberania nacional."

2.2.1. Previsão e Procedimentos de Homologação de Sentenças Estrangeiras

Inicialmente previsto constitucionalmente como competência do STF, a partir da Emenda Constitucional 45/2001, o procedimento de homologação de sentença estrangeira foi transferido ao STJ, na forma do art.105, inciso I, alínea 'i', da Constituição Federal.

Em sede infraconstitucional, o art.483 do CPC[96] estabelece não ter eficácia no Brasil a sentença estrangeira senão após a homologação pelo STJ[97], enquanto que o art.484[98] do mesmo diploma legal determina que a execução deverá ser efetivada por carta de sentença e seguirá as regras estabelecidas para sentenças nacionais da mesma natureza.

---

[95] SEC 2707, STJ, Min. Rel. Francisco Falcão, DJe de 19.02.2009.

[96] Art. 483. A sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia no Brasil senão depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal. (com a alteração de competência, onde lia-se STF, leia-se STJ).

[97] No artigo consta, literalmente, como STF, mas com o deslocamento constitucional da competência ao STJ, deve o dispositivo ser interpretado em conformidade com a Constituição Federal.

[98] Art. 484. A execução far-se-á por carta de sentença extraída dos autos da homologação e obedecerá às regras estabelecidas para a execução da sentença nacional da mesma natureza.

O art.15 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), Decreto-Lei n. 4.657. de 04 de setembro de 1942, estabelece os pressupostos necessários para a homologação de sentença estrangeiro, assim dispondo:

> Art. 15. Será executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro, que reúna os seguintes requisitos:
> a) haver sido proferida por juiz competente;
> b) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado à revelia;
> c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida;
> d) estar traduzida por intérprete autorizado;
> e) ter sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal.

O primeiro pressuposto é meramente formal. A sentença estrangeira precisa estar traduzida por tradutor juramentado no Brasil bem como deve ser consularizada pela autoridade brasileira no exterior, com reconhecimento da autenticidade do documento no país de origem.

Deve, ainda, a sentença estrangeira ter sido proferida "por autoridade competente". É irrelevante, para o Brasil, se a autoridade que proferiu a sentença tinha competência interna no país estrangeiro. Essa matéria de competência interna deve ser resolvida no país de origem da decisão (FINKELSTEIN, 2005). Mesmo que a decisão proferida no exterior não provenha de juiz, propriamente dito, sendo ela equiparada poderá ser homologada (TIBURCIO, 2006, p.495). Tampouco há que questionar se o juiz estrangeiro tinha competência internacional ou interna no país estrangeiro. Para o Direito brasileiro a autoridade estrangeira vai ser sempre competente, salvo nos casos de competência exclusiva do direito brasileiro, na forma estabelecida no art. 89, do CPC[99](FUX, 2006, p.646).

Exige-se, também, o trânsito em julgado da sentença que se pretende executar. Discute-se se o trânsito em julgado deve ser formal ou material. Em princípio deve prevalecer o entendimento de que se trata de trânsito em julgado formal (ARAUJO, 2006, p.307). No entanto, impende anotar que a noção de trânsito em julgado não existe em alguns países. Com efeito, nada impede que a legislação interna de determinado país permita que sentenças possam ser eternamente revistas.

Diante dessas dificuldades, propõe-se entender esse requisito como sentença contra a qual não caiba mais recurso ordinário no país de origem. Para que o requerente possa provar o

[99] Art. 89. Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra: I - conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil; II - proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional.

trânsito em julgado da sentença, como regra, deverá obter certidão do órgão da justiça estrangeira nesse sentido. Não sendo possível a obtenção dessa certidão, poderão, ainda, serem usados outros meios de prova para demonstrar o momento em que ocorreu o trânsito em julgado de acordo com o direito estrangeiro em questão. Comprovada a regra jurídica do outro Estado, deverá ser feita prova no STJ de que aquele evento ocorreu no caso concreto (ARAUJO, 2006, p.307). O STJ já aceitou carimbos na sentença atestando estar ela arquivada como prova de ter havido o trânsito em julgado[100].

Outro requisito exigido é a devida citação das partes ou, caso inexistente, que esteja legalmente configurada a revelia. Se o réu tinha domicílio no Brasil, será necessário que a citação tenha sido realizada por carta rogatória (ARAUJO, 2006, p.304), ainda que no país de origem da sentença homologando haja previsão de procedimento diverso, como, por exemplo, citação por via postal ou por advogado - *affidavit.* Se o réu estava no exterior, por sua vez, é necessário que o réu tenha sido ali citado de acordo com as regras do país em que correu o processo, não sendo necessária carta rogatória.

Por fim, o último requisito é se a sentença não viola a ordem pública no Direito brasileiro. A ordem pública impede que os efeitos de lei ou sentença estrangeira sejam produzidos no Brasil, por colidirem com valores fundamentais da sociedade brasileira. O conceito do que seja violação de ordem pública varia no tempo e no espaço, devendo ser analisado o caso concreto à luz dos valores então determinantes (BARROSO e TIBURCIO, 2013, p.491).

Exemplo de alteração de posicionamento no tempo pode ser identificado nos casos de brasileiros domiciliados no Brasil condenados a pagarem dívidas assumidas em decorrência de jogos de azar. Durante muitos anos, o STF entendia não ser passível de homologação por ferir a ordem pública nacional, que não admite a cobrança judicial de dívidas de jogos[101]. O Min. Marco Aurélio, porém, nos autos da CR 9.897/US[102] proferiu decisão emblemática, apontando para a seguinte situação: não homologar a sentença estrangeira seria encobrir uma ilegalidade, beneficiando quem está se comportando de forma ilegal. Hoje em dia, o STJ já admite não haver violação da ordem pública na homologação,

[100] STJ, SEC 922, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 15.12.2005.

[101] STF, CR 5.332/AR, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 02.06.1993; STF, CR 7.426, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 15.10.1996.

[102] STF, CR 9.897/US, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 04.02.2002.

sem maiores questionamentos[103].

O art. 17 da LINDB e, atualmente, o art.216-F do Regimento Interno do STJ preveem essa barreira. Salienta-se que o exame de ordem pública para fins de homologação de sentença estrangeira não é a mesma avaliada para aplicação direta da lei estrangeira pelo juiz brasileiro. Nesse último caso, ao se alcançar a conclusão de que deverá a lide ser solucionada em conformidade com a lei estrangeira, a avaliação quanto a eventual violação da ordem pública assume feições consideravelmente mais amplas. Isso porque a decisão ainda será constituída em tribunal brasileiro (TIBURCIO, 2006, p.522).

Diversa é a situação em que já houve decisão proferida no exterior. Nesse caso, normalmente o julgador é mais tolerante, por haver coisa julgada formada no exterior. A análise de violação da ordem pública, nessas situações, é mais restrita, admitindo-se a homologação de sentenças que, provavelmente, seriam classificadas como violadoras da ordem pública na aplicação direta da lei estrangeira por juiz brasileiro (TIBURCIO, 2006, p.523).

Esses,, em apertada síntese, são os pressupostos que o STJ deve e pode analisar ao homologar a sentença estrangeira. Por serem eles *numerus clausus*, fala-se que o processo de homologação de sentenças estrangeiras no Brasil é de contenciosidade limitada. Não tem o STJ autorização legal para analisar o mérito da sentença estrangeira, até mesmo como consequência do fato de que, repita-se, não é proferida nova decisão no país, mas tão somente garantida eficácia no território nacional da decisão estrangeira.

Até o advento da Emenda Regimental n.º 18/2014, a resolução n.º 9 do STJ regulamentava o procedimento de homologação de sentença estrangeira. Com sua revogação, o procedimento foi inserido no Regimento Interno do STJ, nos artigos 216-A a 216-N.

A petição com pedido de homologação de sentença estrangeira deve ser dirigida ao Presidente do STJ, devendo a parte requerida ser citada para contestá-la no prazo de 15 dias, estando limitada a defesa à observância dos requisitos exigidos formais. Não cabe, com efeito, rediscutir a decisão estrangeira, até mesmo porque, como visto à exaustão, não será proferida nova sentença nacional, mas tão somente garantida a eficácia da sentença proferida por órgão jurisdicional estrangeiro.

Contestada a ação haverá redistribuição a um dos ministros da Corte Especial que funcionará como Relator, caso contrário caberá ao Presidente julgar monocraticamente. Ao

[103] STJ, CR 2.497, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 16.08.2007; STJ, CR 3.198/US, Rel. Min.Humberto Gomes de Barro, DJ 11.09.2008.

final, a sentença estrangeira, se devidamente homologada, será executada por carta de sentença no juízo federal competente.

Embora tenha havido alguma controvérsia acerca da possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela pretendida em ações de homologação de sentença estrangeira, a Resolução n.º 9 do STJ passou a permitir expressamente, o que foi mantido no art. 216-G do Regimento Interno do STJ, ao garantir a possibilidade de tutela de urgência.

Diante do procedimento acima descrito, é relevante destacar que, na homologação de sentença estrangeira, não tem a autoridade central papel relevante. Isso porque o procedimento é visto como questão de interesse preponderante do particular, que pretende ter a sentença proferida a seu favor em determinado Estado executada em outro. Difere, portanto, dos casos de carta rogatória, na medida em que é modalidade de cooperação entre juízos e, também, do auxílio direto, quando há intercâmbio de informações ou pedidos de assistência realizados diretamente entre órgãos não judiciais. Nessas duas hipóteses é garantida maior relevância às autoridades centrais. Excepcionalmente, porém, haverá análise por parte de autoridades centrais em casos de homologações de sentenças que tramitem por meio do procedimento de cartas rogatórias, como ocorre naquelas executadas com suporte em tratados do Mercosul (LOULA, 2010, p.88).

2.2.2. Obrigatoriedade da homologação de sentença estrangeira no Brasil

A discussão sobre a obrigatoriedade de homologação de sentença estrangeira no Brasil pode assumir vieses diversos. A primeira questão gira em torno da obrigatoriedade constitucional de homologação de sentenças estrangeiras para que possam ter efeitos no Brasil. Outra refere-se à possibilidade de legislação ordinária ou tratado trazer exceção que torne desnecessária a homologação, seja prevendo procedimento diverso – como a concessão de *exequatur* previsto para cartas rogatórias – seja isentando-a de qualquer procedimento formal de reconhecimento.

2.2.2.1. Obrigatoriedade constitucional de homologação de sentença estrangeira

A sentença meramente declaratória ou constitutiva precisa, necessariamente, ser homologada para que surta efeitos no país? A ação declaratória tem por objetivo alcançar certeza jurídica acerca de determinado fato, cobrindo-o com a autoridade da coisa julgada. Na

forma do art.4º do CPC[104], o interesse na busca de sentença meramente declaratória está na declaração de existência ou inexistência de relação jurídica ou autenticidade ou falsidade de documento. A ação de natureza constitutiva, por sua vez, tem duplo efeito, na medida em que há carga declaratória acerca da existência de direito potestativo à modificação jurídica e carga constitutiva, ao operar a modificação na esfera jurídico-patrimonial das partes (MARINONI, 1997).

O art.15 da LINDB, já transcrito, ao tratar dos requisitos necessários à homologação de sentença estrangeiras, em seu *caput* ressalta serem eles exigíveis para possibilitar a execução da sentença proferida no exterior. Assim sendo, deve-se, inicialmente, ponderar se as sentenças meramente declaratórias e as constitutivas caracterizam-se como títulos executivos judiciais. Ou seja, seria possível executar decisão meramente declaratória ou de natureza constitutiva?

Parte da doutrina processualista entende que apenas sentenças condenatórias seriam passíveis de execução. Para eles, somente decisões que contenham condenação seriam títulos executivos judiciais, na medida em que dependeriam de implementação pela via executiva (MARINONI e ARENHARDT, 2005, p.63; e CORAZZA, 2008). Em sentido contrário, porém, existem aqueles que defendem que o que qualifica a sentença como condenatória é a identificação, em seu conteúdo, de elementos que lhe conferem aptidão para servir de base à execução (ZAVASCKI, 2000, p.195). No mesmo sentido da possibilidade de execução de sentenças declaratórias encontramos posicionamento de THEODORO JUNIOR (2007, p.132) para quem, ao comentar a reforma do CPC feita pela Lei n.º 11.232/2005, de 22 de novembro de 2005, que acrescentou o art.475-N ao diploma legal[105], não mais haveria como se restringir a execução à sentença condenatória cível. Para o autor, a alteração legal acolheu entendimento jurisprudencial que reconhecia a possibilidade de instauração, em determinados casos, de execução por quantia certa também com base em sentenças declaratórias. Assim, basta que sentenças declaratórias reconheçam a existência de obrigação para que possam constituir-se em títulos executivos (WAMBIER, 2006, p.42).

---

[104] Art. 4º O interesse do autor pode limitar-se à declaração: I - da existência ou da inexistência de relação jurídica; II - da autenticidade ou falsidade de documento. Parágrafo único. É admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito.

[105] A Lei n.º 11.232/2005, ao sistematizar a execução no CPC, revogou o art.584 e acrescentou o art.475-N. O revogado art.584 estabelecia em seu inciso I serem títulos executivos judiciais as sentenças condenatórias proferidas no processo civil. Já o art.475-N, também em seu inciso I, estabelece serem títulos executivos judiciais as sentenças proferidas no processo civil que reconheçam a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia, sem fazer qualquer referência à serem elas condenatórias.

Ainda que possa ser acatada esse último entendimento, é certo, porém, que existem sentenças declaratórias que não são passíveis de execução. Por outro lado, as sentenças constitutivas, sejam elas positivas ou negativas, produzem desde já seus efeitos, não havendo propósito em sua execução.

Ocorre, porém, que mesmo não havendo necessidade de execução no país, pode o interessado pretender que os efeitos da sentença estrangeira atinjam situações jurídicas no Brasil. Ocorre que, na forma do art.483 do CPC, as sentenças proferidas por tribunais estrangeiros somente terão eficácia no Brasil depois de devidamente homologadas.

Até o advento da Lei n.º 12.036, de 1º de outubro de 2009, estava em vigor o parágrafo único do art.15 da LINDB, que estabelecia não depender de homologação as sentenças meramente declaratórias do estado das pessoas. No entanto, atualmente, não há mais sequer esse dispositivo. Mesmo antes da revogação dessa norma e ainda agora, após a sua retirada do ordenamento jurídico nacional, existem divergências quanto à obrigatoriedade de homologação dessas sentenças para que surtam efeitos no país.

BARBOSA MOREIRA (2005, p.77), antes mesmo da revogação do parágrafo único do art.15 da LINDB, sustentava ser ele inconstitucional, pois a Constituição de 1946 não o teria recepcionado. Segundo ele, o argumento da inconstitucionalidade teria ganhado nova força na medida em que:

> "Com o advento da Constituição de 1946, cujo art.101, n.º I, letra g, passou a referir-se à 'homologação *das* sentenças estrangeiras', enquanto os textos anteriores falavam da 'homologação *de* sentenças estrangeiras'. A mudança de redação, com efeito, resultara de emenda (...) destinada precisamente a tornar certo que *todas* as sentenças estrangeiras precisavam de homologação para produzir efeitos no Brasil".

Cumpre observar que o argumento gramatical utilizado acima para sustentar a exigência de que todas as sentenças estrangerias precisavam ser homologadas não mais se sustenta. Pelo contrário, com o advento da EC 45/2004 houve retorno do texto à sua redação anterior à Constituição de 1946. Com efeito, além de ter sido transferida a competência para homologação de sentenças estrangeiras ao STJ, deixou o texto de referir-se à possibilidade de homologação <u>das</u> sentenças estrangeiras para tratar de homologação <u>de</u> sentenças estrangeiras. Dessa forma, aplicado o entendimento esposado por BARBOSA MOREIRA a *contrario sensu*, com a nova redação do art.105, inciso I, alínea 'i', da Constituição Federal

teria o constituinte admitido, novamente, a possibilidade de serem dotadas de eficácia as sentenças estrangeiras não homologadas.

Outra parte da doutrina, no entanto, antes mesmo da alteração feita pela EC 45/2004, defendia ser completamente desnecessária a homologação nos casos de sentenças não executórias e que não precisassem ser registradas no país. Nesse sentido CASTRO questionava: "*delibação para quê, se não pode haver qualquer espécie de execução?*" (2008, p.305). Importante notar, porém, que esse entendimento foi manifestado antes da revogação do parágrafo único do art.15 da LINDB, que expressamente afastava a necessidade de homologação de sentenças meramente declaratórias.

Ainda antes da revogação desse dispositivo legal, o STJ teve oportunidade de aplicá-lo, sustentando a possibilidade de dispensa do juízo de delibação para sentenças meramente declaratórias do estado das pessoas em razão do comando normativo[106]. A posição do STJ foi manifestada antes do advento da EC 45/2004, o que indica entendimento de que, mesmo com a redação original da Constituição Federal de 1988, haveria possibilidade de dispensa do procedimento de homologação de sentença se a lei assim dispuser.

Coerente com essa postura, há que se mencionar as decisões proferidas após a revogação do artigo pelo mesmo Tribunal Superior, consolidando sua jurisprudência no sentido da necessidade de homologação de sentenças meramente declaratórias do estado de pessoas[107]. Ou seja, com a revogação do parágrafo único do art.15 da LINDB não havia mais norma especial a excepcionar o art.483 do CPC, razão pela qual, para ter eficácia, mesmo as sentenças meramente declaratórias teriam que ser homologadas.

O importante dessa análise jurisprudencial do STJ é destacar o entendimento de que, mesmo antes do advento da EC 45/2004, havia decisões naquela Corte a indicar que a obrigatoriedade de homologação de sentenças estrangeiras para garantia de sua eficácia no Brasil não seria tema constitucional, mas sim de natureza infraconstitucional. A exigência não decorreria da regra de competência estabelecida na Constituição Federal para definir quem seria o órgão responsável pela homologação, mas sim da norma do art.483 do CPC, que exige, para que sentenças estrangeiras tenham eficácia no país, sejam elas homologadas.

---

[106] "Não há necessidade de homologação de sentenças meramente declaratórias do estado das pessoas (art. 15, parágrafo único, da Lei de Introdução ao Código Civil)" (STJ. REsp 535.646/RJ, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. 08/11/2005, DJ 03/04/2006);

[107] SEC 6.354/EX, Rel. Ministra Eliana Calmon, Corte Especial, j.17/12/2012, DJe 20/02/2013; SEC 4.403/EX, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Corte Especial, j.01/08/2011, DJe 14/10/2011; SEC 5.726/EX, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Corte Especial, j.29/08/2012, DJe 13/09/2012; SEC 5.736/EX, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, j.24/11/2011, DJe 19/12/2011;

Em outras oportunidades, ainda, corroborando com a posição aqui registrada, o STJ manifestou-se por meio de decisões monocráticas pela dispensabilidade da homologação de sentenças estrangeiras quando há previsão em tratado de procedimento específico[108].

O STF, por sua vez, já decidiu, em época remota, pela aplicabilidade do art.15, parágrafo único da LINDB, não havendo qualquer questionamento quanto à sua eventual inconstitucionalidade[109]. Podem no entanto, ser encontradas decisões mais recentes em que prevalece o entendimento no sentido de que o artigo 483 do CPC teria revogado o artigo 15, parágrafo único da LINDB, sustentando-se a "*meridiana clareza*"[110] do art.483 do CPC ao tratar, de forma global, do tema, ao exigir a homologação de quaisquer sentenças estrangeiras para que seja garantida a sua eficácia no país.

Nota-se, aqui também, que as decisões passaram pela análise do art.483 do CPC. Se, de acordo com a legislação infraconstitucional todas as sentenças estrangeiras devem ser homologadas para que surtam efeitos no país e considerando que a Constituição Federal atribui competência ao STF (à época) para homologá-las, não haveria possibilidade de homologação incidental por juízo de primeira instância. Caso contrário estaria ele usurpando competência daquele Tribunal.

Dessa forma, interpretando as decisões do STJ e do STF, em momento algum foi explicitada a obrigatoriedade constitucional de homologação de sentenças estrangeiras. O que se extrai dos acórdãos analisados é que, havendo determinação legal de homologação de sentenças estrangeiras, será competente para a análise o Tribunal cuja competência esteja estabelecida na Constituição Federal (antes STF e, após a promulgação da EC 45/2004, o STJ).

2.2.2.2. Legislação Ordinária e Dispensa de Homologação

Ao que parece, portanto, inexiste impedimento constitucional a vedar a criação de regras infraconstitucionais que dispensem a homologação de sentenças estrangeiras. Tal ponto foi reforçado com o advento do Novo CPC, que, apesar de ainda não estar em vigor, estabelece que, havendo dispensa de homologação para que sentença estrangeira produza

---

[108] STJ, SE 5.268/PT, Min. Ari Pargendler, j. 08.02.2011; STJ, SE 5.237, Min. Cesar Asfor Rocha, j. 14.06.2010;

[109] STF, SE 1343, Rel. Min. Nelson Hungria, Primeira Turma, j.31.12.1969;

[110] STF, Pet. 11/MG, Rel. Min. Celso de Mello, j. 01.10.1997, DJ 10.10.1997;

efeitos no Brasil, a medida de urgência concedida com base nela dependerá de sua validade reconhecida pelo juiz competente para dar-lhe cumprimento[111].

De acordo com essa norma, assim como o parágrafo único do art.15 da LINDB trazia exceção, outras normas podem criar hipóteses em que não será necessária a homologação, concedendo eficácia direta a decisões proferidas no exterior.

Nesse sentido, existem, atualmente em vigor, ao menos duas situações em que a legislação infraconstitucional em vigor dispensa a homologação de sentenças estrangeiras. Ambas decorrem de tratados internacionais devidamente internalizados e em pleno vigor no Brasil. Por outro lado, embora ainda não esteja em vigor, o Novo CPC prevê como hipótese de dispensa de homologação de sentença estrangeira a sentença de divórcio consensual, podendo ela produzir seus efeitos no país independentemente de homologação[112].

2.2.2.2.1. Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar de 1989

A Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar de 1989, ratificada pelo Brasil[113], ao tratar do tema alimentos, traz alguns dispositivos sobre cooperação jurídica internacional a ela aplicáveis. Em seu art.11[114] são elencados os requisitos para que a sentença de alimentos proferida por Estado parte tenha efeitos extraterritoriais. O art.12[115], por sua vez, estabelece quais são os documentos necessários para solicitação, no país estrangeiro, de

---

[111] Art. 962, § 4º Quando dispensada a homologação para que a sentença estrangeira produza efeitos no Brasil, a decisão concessiva de medida de urgência dependerá, para produzir efeitos, de ter sua validade expressamente reconhecida pelo juiz competente para dar-lhe cumprimento, dispensada a homologação pelo Superior Tribunal de Justiça.

[112] Art. 961, § 5º A sentença estrangeira de divórcio consensual produz efeitos no Brasil, independentemente de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça.

[113] Promulgada pelo Decreto n.º 2.428 de 17 de dezembro de 1997;

[114] Artigo 11. As sentenças estrangeiras sobre obrigação alimentar terão eficácia extraterritorial nos Estados Partes, se preencherem os seguintes requisitos: a) que o juiz ou autoridade que proferiu a sentença tenha tido competência na esfera internacional, de conformidade com os artigos 8 e 9 desta Convenção, para conhecer do assunto e julgá-lo; b) que a sentença e os documentos anexos, que forem necessários de acordo com esta Convenção, estejam devidamente traduzidos para o idioma oficial do Estado onde devam surtir efeito; c) que a sentença e os documentos anexos sejam apresentados devidamente legalizados, de acordo com a lei do Estado onde devam surtir efeito, quando for necessário; d) que a sentença e os documentos anexos sejam revestidos das formalidades externas necessárias para serem considerados autênticos no Estado de onde provenham; e) que o demandado tenha sido notificado ou citado na devida forma legal, de maneira substancialmente equivalente àquela admitida pela lei do Estado onde a sentença deva surtir efeito; f) que se tenha assegurado a defesa das partes; g) que as sentenças tenham caráter executório no Estado em que forem proferidas. Quando existir apelação da sentença, esta não terá efeito suspensivo.

[115] Artigo 12 - Os documentos de comprovação indispensáveis para solicitar o cumprimento das sentenças são os seguintes: a) cópia autenticada da sentença; b) cópia autenticada das peças necessárias para comprovar que foram cumpridas as alíneas "e" e "f" do artigo 11; e c) cópia autenticada do auto que declarar que a sentença tem caráter executório ou que foi apelada.

cumprimento da sentença proferida. No entanto, o dispositivo relevante para a matéria aqui tratada é o art.13, que assim dispõe:

> Artigo 13 - A verificação dos requisitos acima indicados caberá diretamente ao juiz a quem corresponda conhecer da execução, o qual atuará de forma sumária, com audiência da parte obrigada, mediante citação pessoal e com vista do Ministério Público, sem examinar o fundo da questão. Quando a decisão for apelável, o recurso não suspenderá as medidas cautelares, nem a cobrança e execução que estiverem em vigor.

Em conformidade com o dispositivo, a verificação dos requisitos necessários ao cumprimento de sentenças estrangeiras de alimentos proferidas por Estado membro do tratado caberá diretamente ao juiz a quem corresponda a execução. Não é exigida, portanto, a homologação da sentença prévia à sua execução.

Os mesmos questionamentos antes levantados quanto à constitucionalidade do art.15, parágrafo único, da LINDB poderiam ser aqui repetidos. Conforme BARROSO e TIBURCIO (2013, p.549), o argumento que defende a inconstitucionalidade da previsão legal com suporte no texto da Constituição Federal que determinava que todas as sentenças estrangeiras deveriam, obrigatoriamente, ser homologadas já está ultrapassado, pois, como já ressaltado, a EC 45/2004, ao transferir a competência para o STJ, alterou o texto para ressaltar que cabe ao Tribunal Superior a homologação de sentenças estrangeiras e não mais das sentenças estrangeiras. O segundo argumento, por sua vez, de que o art.483 do CPC estabeleceria de forma diversa também não pode ser aproveitado, na medida em que a Convenção é posterior e especial, prevalecendo no caso específico de sentenças de alimentos proferidas nos seus termos.

Quanto ao primeiro argumento, há que se ponderar ser a alteração constitucional datada de dezembro de 2004, porquanto não teria o condão de tornar constitucional algo já viciado na origem. No entanto, como já analisado, em momento algum houve expressa manifestação dos Tribunais Superiores apontando haver previsão constitucional a obrigar a homologação de sentença estrangeira. Dessa forma, ainda que seja válida a observação quanto à alteração gramatical do texto constitucional a medida foi mera adequação do texto à interpretação já então vigente.

Em que pese a existência de discussões acerca da possibilidade de execução direta de sentença de alimentos estrangeiros na forma da Convenção, parece-nos plenamente compatível com a Constituição Federal a exceção aqui apontada.

2.2.2.2.2. Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa.

Em 2002 foi firmado, em Buenos Aires, entre os Estados Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile, o Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, ratificado pelo Brasil[116]. Visa o tratado criar condições para que nacionais e residentes nestes países tenham acesso à justiça dos Estados-Partes em igualdade de condições.

Consta do tratado a possibilidade de dispensa de homologação de sentenças estrangeiras proferidas pelos Estados membros, desde que preenchidos os requisitos dos arts. 20 e 21[117] do referido Acordo[118]. Nesse sentido, assim dispõe o seu art.19:

> Artigo 19 – O reconhecimento e execução de sentenças e de laudos arbitrais solicitado pelas autoridades jurisdicionais poderá tramitar-se por via de cartas rogatórias e transmitir-se por intermédio da Autoridade Central, ou por via diplomática ou consular, em conformidade com o direito interno.

Permite-se, portanto, a utilização do trâmite exigido para a concessão de *exequatur* de cartas rogatórias para cumprimento de sentenças definitivas proferidas pelos Estados membros do tratado.

Competente para examinar as cartas rogatórias previstas no acordo para execução de sentenças estrangeiras, o STJ tem admitido a sua aplicação, destacando ser juridicamente possível a execução por essa via, especialmente diante da previsão contida no tratado[119].

---

[116] Promulgado pelo Decreto n.º 6.891 de 2 de julho de 2009;

[117] ARTIGO 20: As sentenças e os laudos arbitrais a que se refere o artigo anterior terão eficácia extraterritorial nos Estados Partes quando reunirem as seguintes condições: a) que venham revestidos das formalidades externas necessárias para que sejam considerados autênticos no Estado de origem; b) que estejam, assim como os documentos anexos necessários, devidamente traduzidos para o idioma oficial do Estado em que se solicita seu reconhecimento e execução; c) que emanem de um órgão jurisdicional ou arbitral competente, segundo as normas do Estado requerido sobre jurisdição internacional; d) que a parte contra a qual se pretende executar a decisão tenha sido devidamente citada e tenha garantido o exercício de seu direito de defesa; e) que a decisão tenha força de coisa julgada e/ou executória no Estado em que foi ditada; f) que claramente não contrariem os princípios de ordem pública do Estado em que se solicita seu reconhecimento e/ou execução. Os requisitos das alíneas (a), (c), (d), (e) e (f) devem estar contidos na cópia autêntica da sentença ou do laudo arbitral. ARTIGO 21: A parte que, em juízo, invoque uma sentença ou um laudo arbitral de um dos Estados Partes deverá apresentar cópia autêntica da sentença ou do laudo arbitral com os requisitos do artigo precedente.

[118] Não se trata, porém, de verdadeira novidade, na medida em que o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa – Protocolo de Las Leñas, originariamente firmado em 1992, no âmbito do Mercosul – sem participação das Repúblicas da Bolívia e do Chile, e ratificado por meio do Decreto n.º 2.067, de 12 de novembro de 1996, já continha previsão semelhante.

[119] CR n.º 9.317/AR, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 11.12.2014; CR 8525/BO, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 02.06.2015; CR 9.251/AR, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 11.12.2014;

Como não poderia deixar de ser, não aponta o Tribunal Superior óbices à previsão convencional regularmente internalizada no país.

Pode-se afirmar tratar-se de segunda exceção ao regime legal obrigatório de homologação de sentenças estrangeiras, ainda que seja exigida a prévia manifestação do STJ, por ser ele o órgão constitucionalmente competente para concessão de *exequatur* em cartas rogatórias. Há, porém, quem não veja essa previsão como exceção, na medida que, na verdade, não haveria dispensa de homologação de sentença estrangeira, mas somente teria sido estipulado procedimento diverso para homologação, que ainda seria necessária (TIBURCIO, 2006, p.181). Ocorre, no entanto, que este entendimento somente prevalece porque no Brasil o mesmo órgão responsável pela homologação de sentença estrangeira é, também, competente para concessão de *exequatur* para cartas rogatórias. Como ambas tramitam pelo STJ, haveria tão somente alteração do procedimento. No entanto, se o órgão competente para análise das cartas rogatórias fosse diverso daquele que examina a homologação de sentença estrangeiras, não poderia falar-se em novo procedimento, mas sim em exceção ao regime de homologação. Assim, se, por hipótese, for alterada a competência para concessão de *exequatur* para cartas rogatórias no Brasil, estabelecendo-se órgão diverso do STJ para tal, restaria caracterizada a exceção aqui preconizada. Portanto, o só fato de o exame de ambas as hipóteses, atualmente, ser feito pelo mesmo órgão não parece descaracterizar a regra convencional em questão como exceção ao regime legal de homologação de sentenças estrangeiras.

Considerado como tal, somente pode ser reconhecida a constitucionalidade deste dispositivo se partirmos da premissa de não haver obrigatoriedade constitucional de homologação de todas as sentenças estrangeiras. Caso contrário, não haveria como tratado, com força de lei ordinária, estabelecer tal exceção.

2.2.3. Homologação de Sentenças Estrangeiras no Novo CPC

O Novo CPC trouxe, em capítulo próprio, procedimento de homologação de sentenças estrangeiras. Os requisitos para homologação, previstos em seu art. 963[120], não trazem grandes inovações, com conteúdo similar ao que já era exigido pelos tribunais com base na LINDB (ARAUJO, 2014).

[120] Art. 963. Constituem requisitos indispensáveis à homologação da decisão: I - ser proferida por autoridade competente; II - ser precedida de citação regular, ainda que verificada a revelia; III - ser eficaz no país em que foi proferida; IV - não ofender a coisa julgada brasileira; V - estar acompanhada de tradução oficial, salvo disposição que a dispense prevista em tratado; VI - não conter manifesta ofensa à ordem pública;

Críticas quanto à redação do art.963 do Novo CPC foram feitas por TIBURCIO (2011), para quem a sentença estrangeira deveria ter tratamento similar àquele concedido ao laudo arbitral pelos arts.34 e 38 da Lei n.º 9.307/1996. Por ser a não homologação hipótese excepcional, deveria restar claro que o ônus da prova da não conformidade da sentença estrangeira seria encargo imposto ao réu durante o processo. Dessa forma, deveria constar no rol legal os elementos que deveriam ser provados pelo réu para que fosse negada a homologação, ou seja, deveriam constar os requisitos negativos e não os requisitos positivos, como ficou na redação final[121].

Mesmo que passível de críticas, há que se mencionar a adequação feita no texto com a finalidade de retirar a exigência de trânsito em julgado no país de origem. Como visto, muitos países podem ter conceitos diversos acerca da imutabilidade da coisa julgada, razão pela qual se aplaude a alteração que passou a exigir que a decisão seja eficaz no local em que foi proferida.

Acrescentou-se, ainda, que não deve a decisão homologanda ofender a coisa julgada brasileira. Havendo coisa julgada formada no Brasil, não poderá ser homologada sentença estrangeira que a contrarie. Embora essa exigência já pudesse ser extraída da impossibilidade da sentença estrangeira violar a soberania nacional[122], com o novo diploma legal passou a ser expressa.

Interessante alteração que deve ser aqui mencionada veio da Emenda Regimental n.º 18 do STJ, que, ao incluir o art.216-F[123] no regimento interno do STJ, estabeleceu como requisito negativo para homologação de sentença estrangeira não ofenda ela a dignidade da pessoa humana. Parece claro que eventual ofensa à dignidade da pessoa humana já estaria vedada como decorrência da ofensa à ordem pública, no entanto, sua previsão de forma expressa traz ainda mais força à humanização das relações jurídicas.

Outra novidade que já estava sendo posta em prática pelo STJ e que havia sido incorporada pela Resolução n. 9 do STJ e, posteriormente, pelo seu Regimento Interno por meio da alteração decorrente da publicação da Emenda Regimental n. 18/2014, é a

---

[121] TIBURCIO (2011) defende a seguinte redação para o artigo: Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de decisão estrangeira quando: I – a decisão não houver sido proferida por autoridade competente; II – o réu não houver sido citado ou exercido sua defesa; III – não for eficaz a decisão no lugar em que foi proferida; IV – a decisão não estiver acompanhada de tradução oficial; V – houver manifesta ofensa à ordem pública. Parágrafo único. A medida de urgência, ainda que proferida sem a audiência do réu, poderá ser homologada.

[122] Vide SEC 8.451/EX, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial, j. 15.05.2013.

[123] 216-F. Não será homologada a sentença estrangeira que ofender a soberania nacional, a dignidade da pessoa humana e/ou a ordem pública.

possibilidade de concessão de medida de urgência durante o processo de homologação. Com o Novo CPC as medidas de urgência passaram a ter previsão legal expressa (ARAUJO, 2014)[124].

Por fim, o Novo CPC dispensa expressamente a homologação de sentença estrangeira de divórcio consensual, produzindo ela efeitos imediatos no país. Nesse sentido, qualquer juiz poderá examinar diretamente a validade da decisão se a questão for suscitada em processo judicial, seja de forma principal ou incidental (ARAÚJO e MELLO, 2015, p.738)[125].

Essa norma reforça ainda mais o argumento dispendido linhas acima no sentido de que não haveria vedação constitucional à criação de exceções legais à obrigatoriedade de homologação de sentença estrangeira, por ser a regra constitucional de competência. A partir da entrada em vigor da Lei n. 13.105/2015 e consequente revogação do art.483 do CPC, reduzir-se-á o âmbito de questionamento sobre a possibilidade de decisões estrangeiras terem eficácia imediata no país, mesmo sem sua homologação no STJ.

Corroborando esse entendimento, o art.962, §4º[126], abre ainda mais a interpretação, deixando claro que sempre que houver dispensa de homologação para que a sentença estrangeira produza efeitos no Brasil, eventual medida de urgência a ser cumprida, dependerá do conhecimento expresso de sua validade pelo juiz competente.

2.3. Auxílio Direto

Mais recente instrumento de cooperação jurídica internacional, o auxílio direto, também conhecido como assistência direta, difere da carta rogatória e da homologação de sentença estrangeira por ser procedimento inteiramente nacional. Inicia-se com a solicitação de pedido de cooperação por ente estrangeiro direcionado à Autoridade Central, que atuará

---

[124] Art. 961. A decisão estrangeira somente terá eficácia no Brasil após a homologação de sentença estrangeira ou a concessão do exequatur às cartas rogatórias, salvo disposição em sentido contrário de lei ou tratado.

(…) § 3º A autoridade judiciária brasileira poderá deferir pedidos de urgência e realizar atos de execução provisória no processo de homologação de decisão estrangeira.

[125] Art. 961 (…)§ 5º A sentença estrangeira de divórcio consensual produz efeitos no Brasil, independentemente de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça. § 6º Na hipótese do § 5º, competirá a qualquer juiz examinar a validade da decisão, em caráter principal ou incidental, quando essa questão for suscitada em processo de sua competência

[126] Art. 962 (…)§ 4º Quando dispensada a homologação para que a sentença estrangeira produza efeitos no Brasil, a decisão concessiva de medida de urgência dependerá, para produzir efeitos, de ter sua validade expressamente reconhecida pelo juiz competente para dar-lhe cumprimento, dispensada a homologação pelo Superior Tribunal de Justiça.

diretamente com o objetivo de cumpri-la, seja pela via administrativa, seja, quando necessário, por meio de requerimento judicial.

Aqui Autoridade Central atuará em nome próprio por meio de procedimento integralmente nacional. Ou seja, havendo necessidade de ajuizamento de demanda judicial será distribuída a Petição Inicial em que figura a Autoridade Central como Autora, requerendo ao juiz competente a apreciação da matéria como demanda comum. Nesse caso, caberá ao órgão com capacidade postulatória, normalmente a Advocacia-Geral da União ou o Ministério Público Federal, propor a demanda com os elementos encaminhados pela autoridade ou parte estrangeira (LOULA, 2010).

No auxílio direto não há decisão oriunda de Estado estrangeiro para ser cumprida no país, ao contrário das cartas rogatórias e das homologações de sentenças estrangeiras, mas sim, pedido de cooperação cuja a decisão para seu cumprimento, seja ela administrativa ou judicial, deve ser aqui proferida pelas vias ordinárias.

Com efeito, por meio desse instrumento busca-se produzir decisão judicial ou administrativa doméstica e, como tal, não sujeita a juízo de delibação. É nesse sentido que o auxílio direto permite cognição plena, não ficando limitada à mera análise de formalidades.

2.3.1. Previsão legal

Primeiro ponto a se ressaltar é o fato de não haver previsão constitucional do instituto. Isso tem sido motivo de divergências quanto à sua aplicabilidade e validade. Apesar disso, em sede infraconstitucional, seja como decorrência de tratados, seja na legislação ordinária, são diversos os normativos que trazem sua previsão.

A Convenção de Nova Iorque, ratificada pelo Brasil em 1965[127], inaugurou no Brasil a previsão do instituto ao prever hipótese de cooperação jurídica internacional pela via do auxílio direto para prestação de alimentos no estrangeiro.

Estabelece o seu artigo III que, se o demandante de alimentos estiver no território de Parte Contratante e o demandado estiver sob a jurisdição de outra Parte Contratante, poderá o Estado de domicílio do demandante encaminhar ao Estado de domicílio do demandado solicitação de auxílio para obtenção de alimentos. A Autoridade Central, denominada na Convenção de Autoridade Intermediária – e cuja função foi atribuída, pelo Decreto Presidencial ao Ministério Público Federal – deverá, para cumprir a solicitação, ajuizar ação

[127] Promulgado pelo Decreto n. 56.826, de 02 de setembro de 1965.

de alimentos e, posteriormente, fazer executar a decisão, sentença ou outro ato judiciário, na forma do art.VI do tratado.

A peculiaridade nesse caso é não haver qualquer decisão proferida no exterior para ser aqui cumprida. O que existe é o pedido da Parte estrangeira para que a Autoridade Central atue em seu nome perante o Poder Judiciário local, com o objetivo de obter decisão nacional. Ou seja, eventual demanda em face do potencial devedor de alimentos será ajuizada no país e a Autoridade Central atuará em substituição ao legitimado ordinário, como verdadeiro legitimado extraordinário[128].

O mais significativo acordo bilateral de cooperação jurídica internacional com previsão de auxílio direto, no entanto, trata de matéria penal. Assinado com os EUA, foi introduzido pelo Decreto n. 3.810 e promulgado em 02.05.2001. Embora não seja ele pioneiro, por ser a previsão do instituto, na legislação infraconstitucional brasileira, anterior, como já visto, é nesse tratado que fica clara a inaplicabilidade da carta rogatória aos pedidos de cooperação nele previstos (LOULA, 2010, p.95).

Justifica-se o seu destaque frente a outros tratados de natureza eminentemente civil pela grande importância e alto volume de troca de informações decorrentes de tratados de natureza penal. Isso porque esse tratado tem como objetivo combater a criminalidade transfronteiriça, algo que não encontra similar destaque no âmbito civil ou administrativo. Como veremos, no entanto, no mercado de capitais o volume de intercâmbio de informações por meio do auxílio direto tem crescido consideravelmente e pode ultrapassar, em relevância e volume, aquelas realizadas para fins criminais.

Em matéria civil, não se pode limitar a atuação do Brasil na previsão de auxílio direto para fins de prestação de alimentos no exterior. O País faz parte de alguns tratados multilaterais que admitem a cooperação jurídica por auxílio direto, quais sejam:

- Convenção Interamericana sobre Restituição Internacional de Menores, OEA, 1989[129];
- Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar, OEA, 1989[130];

[128] De acordo com o art.6º da Lei n. 5.869, de 11.01.1973 (CPC/1973), dispositivo mantido pelo art.18 da Lei n. 13.105, de 16.03.2015 (Novo CPC), a legitimação extraordinária é excepcional e somente pode ser autorizada por lei (DIDIER, 2014, p.231). Dessa forma, havendo autorização legislativa como decorrência da internalização da Convenção de Nova Iorque não há qualquer óbice jurídico ao seu cumprimento.

[129] Promulgado pelo Decreto n. 1.212/1994.

[130] Promulgado pelo Decreto n. 2.428/1997.

- Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, OEA, 1994[131];
- Protocolo de Assistência Jurisdicional Mútua em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, Mercosul, Las Leñas, 1992[132];
- Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Menores, Haia, 1980[133];

Existem, ainda, outros tratados bilaterais nos quais o Brasil compromete-se a prestar auxílio direto em determinadas situações, como é o caso do Acordo de Cooperação Judiciária em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa de 1991[134] e do Acordo de Cooperação em Matéria Civil de 1996[135].

Constata-se que o tema, apesar de pouco discutido, não é novo, nem limitado a poucas situações específicas. Ao contrário, abrange grande espectro de possibilidades, em especial diante de sua previsão em diversos tratados internacionais.

Não há que se limitar, porém, a previsão do auxílio direto aos tratados internacionais. Na legislação interna ordinária há previsão da possibilidade de celebração de convênios com órgãos similares de outros países para assistência e cooperação na condução de investigações. Conquanto não haja menção expressa ao auxílio direto nessas leis, pelas características desses convênios, afirma-se terem eles a natureza jurídica de auxílio direto.

No âmbito da ordem econômica e financeira a Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, ao criar o Conselho Administrativa de Defesa Econômica (CADE) e dispor sobre prevenção e repressão contra a ordem econômica, trouxe a possibilidade de o Plenário do CADE firmar convênios diretamente com organismos estrangeiros ou internacionais, desde que os submetessem previamente ao Ministro de Estado da Justiça[136]. Esse dispositivo foi mantido no art.10, inciso XI, da Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, revogando, quase que integralmente, a Lei n. 8.884/94.

---

[131] Promulgado pelo Decreto n. 2.740/1998.

[132] Promulgado pelo Decreto n. 2.067/1996.

[133] Promulgado pelo Decreto n. 3.413/2000.

[134] Promulgado pelo Decreto n. 1.560/1995.

[135] Promulgado pelo Decreto n. 3.598/2000.

[136] Art.10º, inciso XI, da Lei n. 12.529 assim dispõe: "Art. 10 – Compete ao Presidente do Tribunal: XI – firmar contratos e convênios com órgãos ou entidades nacionais e submeter, previamente, ao Ministro do Estado da Justiça, os que devam ser celebrados com organismos estrangeiros ou internacionais".

De especial interesse à regulação e fiscalização do mercado de capitais, deve ser destacado o art.10 da Lei n. 6.385, de 07 de dezembro de 1976, alterado pela Lei n. 10.303, de 31 de outubro de 2001, que assim dispõe:

> Art. 10. A Comissão de Valores Mobiliários poderá celebrar convênios com órgãos similares de outros países, ou com entidades internacionais, para assistência e cooperação na condução de investigações para apurar transgressões às normas atinentes ao mercado de valores mobiliários ocorridas no País e no exterior.

Nessa mesma esteira e seguindo igual lógica, há expresso comando, na LC 105/2001, a possibilitar a realização de convênios de auxílio mútuo pelo Banco Central do Brasil e pela Comissão de Valores Mobiliários com bancos centrais e entidades fiscalizadoras de outros países. Nestes termos, veja o que dispõe o §4º, inciso II, do art.2º da LC 105/2001:

> §4º O Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários, em suas áreas de competência, poderão firmar convênios:
> I – com bancos centrais ou entidades fiscalizadoras de outros países, objetivando:
> a) a fiscalização de filiais e subsidiárias de instituições financeiras estrangeiras, em funcionamento no Brasil e de filiais e subsidiárias, no exterior, de instituições financeiras brasileiras;
> b) a cooperação mútua e o intercâmbio de informações para a investigação de atividades ou operações que impliquem aplicação, negociação, ocultação ou transferência de ativos financeiros e de valores mobiliários relacionados com a prática de condutas ilícitas.

Enfatiza-se que, em todos esses dispositivos, há autorização legal para realização de convênios de cooperação mútua diretamente entre Autarquias nacionais e entidades estrangeiras, com o objetivo de alcançarem as suas respectivas finalidades institucionais. Esse tema, por ser o ponto central do presente trabalho, merecerá melhor detalhamento no capítulo 3.1, sendo suficiente por ora ressaltar a existência de legislação ordinária prevendo a matéria.

Também no âmbito da legislação ordinária, recente evolução do direito processual civil trouxe à luz o Novo CPC, que dedica uma seção inteira do capítulo II ao auxílio direto. Regulamentado em sete artigos e sem excluir os tratados dos quais o Brasil faz parte, criou-se regra geral de cooperação por meio de auxílio direto. Ressalta-se, no texto normativo, que quando a medida não decorrer diretamente de decisão de autoridade estrangeira a ser submetida a juízo de delibação no Brasil, caberá o instituto do auxílio direto.

Estabelece, ainda, a novel legislação, como competente para apreciar o pedido de auxílio direto, o juiz federal do local em que deva ser executada a medida e coloca como órgão responsável pelo cumprimento da medida judicial a Advocacia-Geral da União, exceto quando a Autoridade Central for o Ministério Público[137]. O procedimento ali previsto corrobora a doutrina existente sobre o tema.

Além das disposições legais, há previsões infralegais específicas tratando do auxílio direto. Destaque deve ser dado ao Regimento Interno do STJ que, no art. 216-O, §2º, prevê:

> "Art.216-O (...) §2º Os pedidos de Cooperação Jurídica Internacional que tiverem por objeto atos que não ensejem juízo deliberatório do Superior Tribunal de Justiça, ainda que denominados de carta rogatória, serão encaminhados ou devolvidos ao Ministério da Justiça para as providências necessárias ao cumprimento por auxílio direto".

Esse dispositivo é repetição integral do art.7º da Resolução n.9 do STJ, revogado pela Emenda Regimental n.18/2014, que alterou o Regimento Interno do STJ.

Por fim, o trâmite administrativo dos pedidos de cooperação jurídica internacional passivos que não ensejem juízo de delibação do STJ foi regulamentado pela Portaria Conjunta MJ/PGR/AGU n.1, de 27 de outubro de 2005.

2.3.2. Auxílio Direto nos Tribunais

Mesmo diante da vasta regulamentação infraconstitucional do instituto, persistem, especialmente no STF, dúvidas quanto à sua constitucionalidade. Em decisão proferida no HC 85.588[138], por maioria, foi inadmitida a possibilidade de realização de cooperação jurídica direta em matéria penal no Brasil.

No caso em análise estavam em andamento investigações referentes a crimes contra a Administração Pública e de lavagem de dinheiro em ação penal instaurada no Rio de Janeiro, onde parte das atividades supostamente ilícitas teria sido realizada por meio da abertura de contas bancárias na Suíça, fato esse conhecido como "propinoduto".

Diante da necessidade de obtenção de provas, houve troca de informações com uso de auxílio direto em matéria penal, solicitando o Brasil "*toda documentação que instrui os*

---

[137] Art.33. Recebido o pedido de auxílio direto passive, a autoridade central o encaminhará à Advocacia-Geral da União, que requererá em juízo a medida solicitada. Parágrafo único. O Ministério Público requererá em juízo a medida solicitado quando for autoridade central.

[138] STF, HC 85.588/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 15.12.2006.

procedimentos em curso nesse País concernentes aos fatos relatados no período de colaboração mútua por motivo penal". Posteriormente, as autoridades suíças remeteram, ao Brasil, carta rogatória informando a intenção de atender à solicitação brasileira e requerendo, por sua vez, realização de diligências às autoridades brasileiras (tais como inquirição de testemunhas, cópia de documentos e a participação de autoridades suíças durante a realização dos procedimentos), a fim de manter a simetria na realização do auxílio direto em matéria penal. Recebido o pedido, o Ministério da Justiça remeteu o expediente diretamente ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF 2), onde o Relator Ministro André Fontes exarou despacho autorizando a realização das audiências em cumprimento ao pedido de cooperação jurídica internacional.

Os investigados não concordaram com a medida e ofereceram, no STJ, a Reclamação n. 1.819[139] sob o argumento de alegada usurpação da competência do Tribunal Superior. Segundo os reclamantes, tais diligências antes deveriam receber o *exequatur* na forma do art. 105, inciso I, alínea 'i', da Constituição Federal.

Embora tenham sido suspensas liminarmente as audiências por decisão do Ministro Relator, houve agravo pelo MPF e a decisão foi reformada na Corte Especial do STJ, admitindo a realização da cooperação direta. No entanto, sob o argumento de que teria havido violação ao direito fundamental da liberdade, foi impetrado o Habeas Corpus n. 85.588, perante o STF, com fundamento no art. 102, inciso I, alínea 'i' da Constituição Federal[140]. Na oportunidade a Suprema Corte acabou decidindo em favor do impetrante, por entender que o sistema pátrio de cooperação jurídica internacional consagra a necessidade de pronunciamentos judiciais estrangeiros estarem sujeitos à prévia apreciação do STJ. Deve ser ressaltado, porém, que, no caso em comento, não havia decisão judicial proferida na Suíça, mas sim pedido de cooperação originária da autoridade suíça responsável pela investigação, entidade congênere ao MPF no Brasil.

Com essa interpretação, o STF defende ser o artigo 105, inciso I, alínea 'i' da CRFB, regra constitucional a impedir atuação direta dos órgãos judicantes nacionais no cumprimento de pronunciamentos judiciais estrangeiros. Para o STF, eventual economia processual não poderia sobrepor-se à triagem imposta constitucionalmente, sob pena de ofensa ao devido

---

[139] STJ, RCL 1.819, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 01.06.2006.

[140] Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processa e julgar, originariamente: (...) i) o habeas corpus, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância.

processo legal e à soberania nacional. Com essas conclusões, foram invalidados todos os atos praticados na Justiça Federal por meio do auxílio direto.

Deve ser destacado que o tratado de Cooperação Jurídica em Matéria Penal firmado com a Confederação Suíça e autorizado pelo Decreto Legislativo n. 300/2006, ainda não havia sido promulgado no Brasil[141]. Portanto, o entendimento acima adotado teve como pressuposto a inexistência de tratado sobre a matéria, embora esse ponto não tenha sido expressamente discutido. Conclui-se nesse sentido na medida em que o STF tem manifestações anteriores admitindo a realização do auxílio direto quando existentes tratados de auxílio mútuo entre o Brasil e o Estado requerente.

Com efeito, em algumas oportunidades[142] o próprio STF deixou de cumprir pedido de carta rogatória por entender que deveria ser cumprida pela via do auxílio direto. Veja-se a decisão proferida na CR 10.711[143]:

> Cuida-se de carta rogatória encaminhada pelo Juízo de Instrução Criminal Militar em Lisboa, com o objetivo de identificar a existência de conta bancária no Brasil em nome de Rui Jorge Crujo da Silva Fonseca, para posterior apreensão de seu saldo.
> Intimado para oferecer impugnação, o interessado deixou transcorrer in albis o prazo, conforme certidão de fl. 13.
> O Ministério Público Federal manifestou-se, preliminarmente, pelo não-conhecimento da carta rogatória, bem como pelo retorno dos autos para a adoção das providências cabíveis, com fundamento no Decreto 1320/94 - Tratado de Auxílio Mútuo em Matéria Penal.
> É o breve relatório, decido.
> Verifico que o artigo 14 do mencionado diploma legal estabelece que "Os pedidos são expedidos e recebidos diretamente entre as Autoridades Centrais, ou pela via diplomática", donde se pode concluir que o requerimento pode ser efetivado tanto por carta rogatória (diplomática) quanto pelas Procuradorias Gerais dos dois países, sem que haja, nessa hipótese interferência do Poder Judiciário.
> No caso em apreço, afigura-se evidente que a via eleita foi a segunda, dado que encaminhada pelo Gabinete do Procurador-Geral de Portugal diretamente para o Ministério Público Federal brasileiro, o que dispensa a atuação do Supremo Tribunal Federal.
> Ante essas circunstâncias, acolhendo o parecer do *Parquet*, não conheço desta carta rogatória, e determino a remessa dos autos para Procuradoria-Geral da República, a fim de que providencie as medidas cabíveis.

---

[141] A sua promulgação somente ocorreu em 07 de outubro de 2009, com a publicação do Decreto n. 6.974/2009;

[142] Além da decisão transcrita, no mesmo sentido são as cartas rogatórias n. 10.920; 10.922; 11.154 e 11.391;

[143] STF, CR 10.711, Rel. Min. Maurício Correa, j. 01.09.2003.

Intime-se;

Nota-se, uma vez mais, o incongruente entendimento do STF ao defender que, na inexistência de tratado, seria inconstitucional adoção do procedimento de auxílio direto. Seria como se a existência de tratado tivesse o condão de dar constitucionalidade ao instrumento, o que não parece ser o caso.

Interessante que, posteriormente, por meio da Reclamação 2.645/SP[144], foi novamente submetida a questão ao STJ, agora em razão de investigação conjunta entre o MPF e a Procuradoria Geral da Federação Russa. A diferença foi que, nessa oportunidade, a prova já havia sido compartilhada com o órgão diplomático russo em 2007 no momento em que a decisão foi proferida.

O STJ, ao julgar a reclamação, coerentemente manteve sua posição no sentido de que, ao atribuir ao STJ competência para a "concessão de *exequatur* às cartas rogatórias" (art. 105, inciso I, alínea 'i', CRFB), a Constituição Federal estaria referindo-se, especificamente, ao juízo de delibação consistente no exame do pedido feito por autoridade judiciária estrangeira para cumprimento, no Brasil, de diligência processual requisitada. Segundo o STJ, seria nesse sentido que deveria ser compreendida a referida competência constitucional.

Ressaltou-se a existência de acordos bilaterais, regionais e multilaterais, que proliferaram nas últimas décadas[145]. Especial destaque foi concedido às Convenções multilaterais de Mérida e Palermo, porque nelas – em especial, no artigo 46 e seus trinta incisos da Convenção de Mérida e no art. 18 e seus trinta incisos da Convenção de Palermo - está detalhado sistema de cooperação jurídica aplicável aos Estados Partes sempre que não exista (ou se opte por não aplicar) sistema próprio previsto em outro tratado (art. 46.7 e art. 18.7, respectivamente). De acordo como STJ:

---

[144] STJ, RCL 2.645/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe 16.12.2009.

[145] No âmbito bilateral, o Brasil mantém acordos de cooperação jurídica em matéria penal com a Itália (Decreto 862, de 09.07.93), com a França (Decreto 3324, de 09.07.93), com Portugal (Decreto 1.320, de 30.11.94), com o Paraguai (Decreto 139, de 29.11.95), com os Estados Unidos da América (Decreto 3.810, de 02.05.2001), com a Colômbia (Decreto 3.895, de 23.08.2001), com o Peru (Decreto 3.988, de 29.10.81), com a República Popular da China (Decreto 6.282, de 03.12.07), com Cuba (Decreto 6.462, de 21.08.08), entre outros. No âmbito multilateral, além dos diversos acordos em matéria de cooperação civil, mencionou-se como relevantes pelo STJ: no âmbito do Mercosul, o "Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais", promulgado no Brasil pelo Decreto 3.468, de 17.05.2000; no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), a "Convenção Interamericana contra a Corrupção" (Decreto 4.410, de 07.10.02), a "Convenção Interamericana contra o Terrorismo" (Decreto 5.639, de 07.10.02) e especialmente a "Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal", recentemente promulgada (Decreto 6.340, 03.01.08); e, no âmbito das Nações Unidas, além da já referida "Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção" (Convenção de Mérida), de 31.10.03, promulgada no Brasil pelo Decreto 5.687, de 31.01.06, merece destaque também a "Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional" (Convenção de Palermo), promulgada pelo Decreto 5.015, de 12.03.04.

> "O conjunto dessas normas internacionais sobre cooperação jurídica evidenciaria claramente a preocupação das Nações e dos Organismos Internacionais em estabelecer novos paradigmas de assistência mútua nessa área, a fim de enfrentar, com agilidade e eficiência, os graves problemas de aplicação das leis, especialmente das leis penais, numa realidade mundial globalizada. Ilustram essa preocupação os considerandos estampados no preâmbulo da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 31.10.03, promulgada no Brasil (Decreto 5.687, de 31.01.06)".

Ressaltou-se, ainda, não ter havido arguição de inconstitucionalidade de qualquer dos tratados e convenções internacionais sobre cooperação jurídica, nem das cláusulas que estabelecem formas de cooperação entre autoridades encarregadas da prevenção ou da investigação penal, no exercício das suas funções típicas, sem expedição de carta rogatória ou da participação ou intermediação de órgãos do poder judiciário. Para o STJ, estaria claro que o sistema de cooperação jurídica neles estabelecido, de forma alguma, poderia ser incompatível com a norma constitucional do art. 105, inciso I, alínea 'i', CRFB, que fixa a competência do STJ para conceder *exequatur* a cartas rogatórias.

Para a Corte esse dispositivo da Constituição, conforme já enfatizado, simplesmente fixa a competência do STJ para intervir em forma peculiar de cooperação internacional, estabelecida entre órgãos jurisdicionais e com objeto específico de viabilizar a execução de ato jurisdicional estrangeiro. Como toda norma sobre competência de tribunal superior, essa também deve ser interpretada restritivamente. Assim, não haveria como se extrair desse dispositivo a instituição de monopólio universal do STJ na área de cooperação jurídica, razão pela qual a competência nele estabelecida não impede nem é incompatível com outras formas de cooperação jurídica internacional, que prescindem da intermediação ou da participação do Superior Tribunal de Justiça.

Consideradas essas circunstâncias, bem como o conteúdo e os limites próprios da competência prevista no art. 105, inciso I, alínea 'i' da Constituição Federal, concluiu-se haver, na hipótese, cooperação jurídica não sujeita a carta rogatória ou a *exequatur*, nem de outra forma de intermediação do Superior Tribunal de Justiça, cuja competência, portanto, não teria sido usurpada. Consequentemente, a legitimidade do ato impugnado não estaria sujeita a controle por via de reclamação. Com essas premissas foi julgada improcedente a demanda.

Diante do desfecho, foi interposto *Habeas Corpus* no STF sob o n. 102.041[146]. No feito, porém, foi afastada a possibilidade de impetração do remédio constitucional diante da constatação de inexistência de restrição de liberdade nos fatos levados ao Tribunal. Ainda assim, por já ter havido a entrega efetiva do material à autoridade russa, foi registrada a impossibilidade jurídica de o Supremo Tribunal Federal expedir provimentos jurisdicionais consubstanciados em ordens mandamentais dirigidas à missões diplomáticas sediadas em território brasileiro. Ou seja, já estando o material em poder da missão diplomática, não caberia ao STF determinar a devolução. Contornou-se, portanto, a discussão acerca do cabimento ou não do auxílio direto solicitado pela entidade estrangeira e cumprido pela autoridade brasileira.

Outra discussão, dessa vez levada ao STF por meio do HC 105.905[147], referia-se à possibilidade de constrição de bens em território nacional por meio do instituto do auxílio direto como decorrência de ação penal condenatória proferida no Paraguai.

Na hipótese, o paciente estava no Brasil e havia sido condenado no Paraguai por roubo, lavagem de dinheiro e associação criminosa, sendo identificado no Brasil bens, supostamente adquiridos com o proveito do crime, no valor de US$ 11.132.100,00. O Governo Paraguaio solicitou à AGU, por meio de auxílio direto, o sequestro dos bens adquiridos pelo condenado para que fosse o país ressarcido dos prejuízos.

Ajuizada a ação cautelar na Justiça Federal foram sequestrados os bens, porém, em sede recursal foi determinada pelo respectivo Tribunal Regional Federal a suspensão da praça embora tenha sido mantida a determinação de sequestro de bens com designação de fiel depositário. Apresentado recurso ao STJ foi mantida a decisão pelo seu Ministro Presidente. Na oportunidade foi apontado como precedente favorável ao auxílio direto a Reclamação n. 2.645, aqui já referida. Impetrado *Habeas Corpus* perante o STF, entendeu o Tribunal Supremo que, nesse caso, por se tratar de execução de sentença penal condenatória, havia se seguir o trâmite constitucional para tal, sendo incabível o auxílio direto. Fez-se menção, ainda, ao HC 85.588 para justificar a necessidade do trâmite por via de homologação de sentença no STJ.

Deve-se destacar, porém, que a medida solicitada por meio do auxílio direto, qual seja, o sequestro de bens era medida cautelar que visava a garantia do ressarcimento dos prejuízos sofridos pelo Paraguai. Somente após a homologação da sentença penal

---

[146] Rel. Min. Celso de Mello, DJe 02.02.2010;

[147] Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 17.11.2011;

condenatória para fins de ressarcimento seria possível dar efetividade à efetiva medida de ressarcimento, no entanto, ao que nos parece, houve confusão por parte do STF. Considerando a constitucionalidade do auxílio direto, a medida assecuratória poderia ser realizada por meio da cooperação direta, já que não se tratava de execução de decisão estrangeira, mas sim de solicitação de mútua assistência feita pelo Governo Paraguaio ao Brasil[148], exclusivamente para realização de medida assecuratória. Se estivéssemos, ao contrário, diante de decisão judicial estrangeira determinando o sequestro, aí sim o caminho adequado seria o envio de carta rogatória de natureza executória. Não era esse, porém, o caso. Não se deve confundir solicitação de pedido de assistência mútua para tentar conseguir no Brasil medidas assecuratórias, com execução de decisão já proferida no país estrangeiro. Parece-nos que, enquanto para a primeira haveria a possibilidade de autuação com uso de auxílio direto, somente para a última seria necessária a via da concessão prévia de *exequatur*.

Pelo STF ainda ter entendimento vacilante quanto à matéria, especialmente quando se está diante de situação em que não existem acordos internacionais, muitos pedidos de auxílio direto continuam a chegar ao Brasil por meio de cartas rogatórias. Nesses casos, verificado não haver juízo de delibação a ser feito, o próprio STJ remete o pedido à autoridade administrativa responsável para cumprimento via auxílio direto, coerente com sua posição sobre a matéria. Somente quando há recurso ao STF é que surgem questionamentos à possibilidade da utilização desse instrumento de cooperação jurídica internacional.

2.3.3. Auxílio Direto no Novo CPC

A previsão legal do auxílio direto no Novo CPC não traz efetivas novidades ao instituto. Com efeito, nos termos da lei, trata-se de instrumento de cooperação a ser utilizado quando a medida não decorrer diretamente de decisão de autoridade jurisdicional estrangeira a ser submetida a juízo de delibação no Brasil[149], ao contrário do que ocorre no caso de homologação de sentença estrangeira e cartas rogatórias. Evidencia a lei que o auxílio direto pode ser prestado administrativamente, quando a realização dos atos solicitados não necessitarem de prestação jurisdicional[150], ou por meio do Poder Judiciário, quando assim

---

[148] Se estivéssemos diante de decisão judicial determinando o sequestro, a medida adequada seria a carta rogatória de natureza executória, como já visto.

[149] Art. 28. Cabe auxílio direto quando a medida não decorrer diretamente de decisão de autoridade jurisdicional estrangeira a ser submetida a juízo de delibação no Brasil.

[150] Art. 32. No caso de auxílio direto para a prática de atos que, segundo a lei brasileira, não necessitem de prestação jurisdicional, a autoridade central adotará as providências necessárias para seu cumprimento.

exigido, hipótese em que competirá ao juízo federal do local em que deva ser executada a medida apreciar o pedido[151].

Embora os dispositivos legais não tragam inovações com relação à legislação já vigente deve-se destacar a importância de sua previsão no novo código, na medida em que criou, de forma genérica, a possibilidade de utilização do auxílio direto com base na reciprocidade (ARAÚJO e MELLO, 2015, p.78), aproximando o Brasil das práticas atuais da comunidade internacional.

2.4. Conclusões parciais – Cooperação Jurídica Internacional no Brasil

Feita breve e pontual análise acerca das questões relevantes desses três instrumentos de cooperação jurídica internacional, deve-se pontuar que tanto para cartas rogatórias quanto para homologação de sentença estrangeira não há comando constitucional que torne obrigatório o caminho do juízo de delibação pelo STJ. A regra, com efeito, é que haja tal juízo, quando então a competência é, na forma do art.105, inciso I, alínea 'i' da CRFB, atribuída ao STJ.

Nada impede, assim, que leis ou tratados estabeleçam situações específicas que afastem a necessidade de juízo de delibação, garantindo eficácia imediata de decisões estrangeiras no país.

Corrobora esse entendimento a dispensa de utilização de cartas rogatórias para cumprimento de decisões em zonas de fronteiras, prevista pela Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias de 1975 e pelo Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto de 1994. Da mesma forma, existem situações em que é excepcionada a homologação de sentença estrangeira com sua substituição pelo procedimento de concessão de *exequatur* às cartas rogatórias, como previsto no Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa de 2002, ou mesmo pela sua completa dispensa, como estabelece a Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar de 1989 e, agora mais recente, o Novo CPC com relação às sentenças de divórcio consensual.

Importante ressaltar, ainda, a tendência cada vez mais forte de o STJ admitir concessão de *exequatur* a cartas rogatórias de natureza executória, embora ainda haja alguma resistência pelo STF. Mesmo nas hipóteses em que o pedido de cooperação internacional visa

[151] Art. 34. Compete ao juízo federal do lugar em que deva ser executada a medida apreciar pedido de auxílio direto passivo que demande prestação de atividade jurisdicional.

à quebra de sigilo bancário, fiscal ou de dados, tem o STJ adotada postura mais colaborativa, de forma a priorizar a visão de reciprocidade internacional.

Para o instrumento do auxílio direto, por não haver expressa previsão constitucional são também encontradas algumas resistências, especialmente no STF. Incongruente, porém, tem sido a postura de viabilizar a sua realização quando há tratado regulamentando o exercício do auxílio direto e não permiti-lo, por entender ser inconstitucional, em sua ausência. Isso porque, como ressaltado, não tem o tratado, recebido na ordem interna com força de lei, como transformar instrumento inconstitucional em algo válido e conforme à nossa Constituição. O só fato de não haver expressa previsão constitucional não deve inviabilizar o seu regramento infraconstitucional, seja por meio de lei ordinária, seja por meio da internalização de tratados internacionais. Por ser a regra insculpida no art.105, inciso I, alínea ‘i’ da CRFB mera regra de competência estabelecida para procedimento que exija juízo de delibação, excepcionado tal juízo, seja para cartas rogatórias, sentenças estrangeiras ou auxílio direto, não há como ser afastada a sua constitucionalidade.

3. COOPERAÇÃO JURÍDICA NO MERCADO DE CAPITAIS BRASILEIRO

A cooperação jurídica no mercado de capitais brasileiro tem por base, quase exclusivamente, o auxílio direto. O intercâmbio de informações, essencial ao bom desenvolvimento do mercado de capitais nacional, tem como viga mestre os memorandos de entendimento, instrumentos que regulamentam como será realizado a auxílio direto entre órgãos reguladores de diferentes países.

O fundamento legal para a operacionalização do intercâmbio de informações entre a CVM e instituições congêneres está nos art.10 da Lei n. 6.385/76, alterado pela Lei n. 10.303/2001, e art.2º, §4º, inciso II, da LC 105/2001. Esses comandos normativos autorizam a celebração de convênios com órgãos similares de outros países ou entidades internacionais para assistência e cooperação jurídica com o objetivo de conduzir investigações para apurar transgressões às normas relativas ao mercado de valores mobiliários. Essa determinação legal vai ao encontro dos princípios estabelecidos para o estabelecimento de memorandos de entendimento introduzidos pelo comitê técnico da *International Organization of Securities Commissions* - IOSCO na XVI Conferência Anual realizada em Washington DC em setembro de 1991.

Antes mesmo do advento dessas leis, a CVM já firmava convênios de cooperação com entidades reguladoras congêneres de outros países. Com efeito, data de 1º de julho de 1988 o primeiro MoU assinado com a SEC[152], no qual ambas as partes comprometiam-se a providenciar assistência mútua integral com o objetivo de facilitar fiscalizações, inspeções, investigações e análises de operações de investimentos relativas a situações ocorridas em suas respectivas jurisdições. Para tal fim, as entidades partes podem ter acesso recíproco aos arquivos uma da outra, obter depoimentos e documentos de terceiros, bem como conduzir inspeções e análises de operações de investimentos conjuntas. Destaca-se, ainda, que limitações legais poderiam restringir o escopo de atuação dos órgãos reguladores sem que restasse caracterizado o seu descumprimento[153].

Posteriormente, nas décadas de 1990 e de 2000, houve verdadeira explosão de convênios, com a assinatura de grande parte dos memorandos de entendimento atualmente em vigor. Nesse período, a CVM ainda não fazia parte do MMoU da IOSCO, razão pela qual

---

[152] Inteiro teor do MoU em questão pode ser obtido no site http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/menu/internacional/acordos/anexos/ussec-in.pdf, acesso em 18.06.2015;

[153] Art.2º do MoU;

tinha necessidade de fixar normas individualizadas de cooperação para cada entidade estrangeira.

Somente em 2009 a CVM foi admitida no Comitê Técnico da IOSCO (Apêndice A[154])e, em razão disso, tornou-se parte do MMoU da IOSCO. A partir desse momento, foi estabelecido entendimento no âmbito da Superintendência de Relações Internacionais da CVM de que não deveriam ser assinados novos MoUs bilaterais com membros ordinários e associados da IOSCO. Com isso, buscava-se promover e estimular outras jurisdições a enquadrarem-se nos critérios exigidos para integrar o MMoU da IOSCO. Admite-se, porém, assinatura de MoU bilateral em situações excepcionais, como ocorre com autoridades reguladoras supranacionais – é o caso do MoU firmado com a Autoridade Europeia para Valores Mobiliários e Mercados (ESMA)[155] – que não pode ser membro da IOSCO, ou quando a entidade somente puder participar como membro afiliado, portanto, inelegível para ser parte do MMoU[156]. Situação que se mostrou razoável, de forma a justificar a realização de convênios bilaterais, é a possibilidade de serem firmados acordos que tragam avanços maiores do que o MMoU da IOSCO, regulamentando hipóteses de cooperação ali não previstas[157]. Constata-se, assim, que, a partir de 2009, os convênios bilaterais passaram a ter natureza residual, sendo celebrados somente quando o MMoU não for suficiente para se alcançar os objetivos pretendidos.

Atualmente, estão em vigor os MoUs celebrados pela CVM com as entidades dos seguintes países[158]:

a. África do Sul – *Financial Services Board* (2001)
b. Alemanha – *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht* (1999)
c. Argentina – *Comisión Nacional de Valores* (1991)
d. Austrália – *Australian Securities and Investments Commission* (1997)
e. Bolívia – *Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros* (1997)
f. Canadá – *Autorité des Marchés Financiers* (1998)

---

[154] Os requisitos necessários para que entidade reguladora seja admitida no Apêndice A já foi objeto de análise neste estudo;

[155] No original: *European Securities and Markets Authority*.

[156] A informação sobre a posição da SRI consta em Relatório Consolidado da Superintendência de 2010, relatório este interno e não disponibilizado ao público em geral.

[157] Exemplo de MoU firmado sob a justificativa de ampliar o escopo de cooperação além do MMoU da IOSCO foi o convênio firmado entre a CVM e a SEC em 2012.

[158] Informações obtidas no site da CVM (http://www.cvm.gov.br/menu/internacional/acordos/bilaterais.html), acesso em 18.06.2015;

g. Chile – *Superintendencia Valores y Seguros* (1996)
h. China – *China Securities Regulatory Commission* (1997)
i. Equador – *Superintendencia de Compañias* (1996)
j. Esma – *European Securities and Markets Authority* (2013)
k. Espanha – *Comisión Nacional del Mercado de Valores* (1996)
l. Estados Unidos – *Securities and Exchange Commission* (1988 e 2012)
m. Estados Unidos – *Commodity Futures Trading Commission* (1991)
n. França – *Commission des Opérations de Bourse* (1997)
o. Grécia – *Ellhnikh Dhmokratia Epitpoph Kefalaiagoras* (2000)
p. Hong Kong – *Securities and Futures Commission* (1997)
q. Ilhas Cayman – *Cayman Islands Monetary Authority* (2009)
r. Israel – *Israel Securities Authority* (2006)
s. Itália – *Commissione Nazionale per le Societá e la Borsa da Italia* (1996)
t. Luxemburgo – *Commission de Surveillance du Secteur Financier* (2000)
u. Malásia – *Suruhanjaya Sekuriti* (1997)
v. México – *Comisión Nacional Bancária y de Valores* (1990)
w. Paraguai – *Comisión Nacional de Valores* (1994)
x. Peru – *Comisión Nacional Supervisora de Seguros y Valores* (1996)
y. Portugal – Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (1995)
z. Romênia – *Financial Supervisory Authority* (2004)
aa. Rússia – *Federal Financial Market Services* (2006)
bb. Singapura – *Monetary Authority of Siganpore* (2001)
cc. Tailândia – *Securities and Exchange Commission* (1997)
dd. Taiwan – *Securities and Futures Commission* (1997)

Por meio desses convênios bilaterais os órgãos fiscalizadores comprometem-se a trocar informações em matéria probatória e auxiliar no que for necessário e possível a entidade requerente. Importante notar que, como será analisado, esses são instrumentos de *soft law*, havendo cláusula específica em todos os convênios firmados no sentido de que os memorandos de entendimento não criam obrigações exigíveis no âmbito internacional. Dessa forma, não há responsabilização internacional do País em caso de descumprimento. Trata-se de instrumento que funciona exclusivamente na esfera da reciprocidade, com suporte no compromisso assumido pelos órgãos internos de cada Estado a prestar mútua assistência.

3.1. Análise de Memorandos de Entendimento da CVM

Para melhor compreensão acerca da forma pela qual são operacionalizados os pedidos de assistência, é importante analisar, ainda que brevemente, os MoUs bilaterais cuja CVM é parte, bem como o MMoU da IOSCO. Salienta-se a similaridade na maioria de suas cláusulas, embora possa haver especificidades necessárias à adequação do instrumento aos costumes e legislação de cada país[159].

3.1.1. Memorandos de Entendimento Bilaterais

Inicialmente, observa-se que os acordos bilaterais evidenciam que as suas disposições não têm o objetivo de criar obrigações legalmente vinculantes ou de suplantar leis e regulamentos domésticos. Em alguns memorandos de entendimento há expressa menção ao fato de que o instrumento não cria obrigações com base no direito internacional[160]. Dessa forma, ainda que não sejam cumpridos os seus termos, não haverá como ser responsabilizado, no âmbito internacional, o Estado do qual a autoridade reguladora integra. Isso não diminui a importância desses acordos, que têm por fundamento a reciprocidade, sendo de grande interesse de ambas as partes o seu pronto cumprimento para que possam contar com eventual auxílio da outra parte, quando requerido.

Também considerada como cláusula comum, a assistência prevista nos documentos inclui o fornecimento de quaisquer informações e documentos mantidos nos arquivos da autoridade requerida[161] objeto dos assuntos propostos na requisição de assistência. Entra, ainda, no escopo dos acordos, a obtenção de documentos necessários ao esclarecimento de fatos que estejam em poder de terceiros, diversos do regulador. Da mesma forma, há expressa previsão de tomada de declarações e de depoimentos de pessoas que possam esclarecer os fatos investigados.

Em alguns memorandos de entendimento analisados há comando aberto no sentido de que o escopo principal é definido com base nos termos acima descritos, porém, não deve

---

[159] A íntegra dos acordos bilaterais dos quais a CVM é parte pode ser obtida no site da CVM (http://www.cvm.gov.br/menu/internacional/acordos/bilaterais.html), acesso em 24.06.2015;

[160] Nesse sentido e por todos, veja-se o art.4º do MoU firmado com a Autoridade Reguladora de Luxemburgo, por exemplo (http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/menu/internacional/acordos/anexos/Lux-pt.pdf), acesso em 15.06.2015;

[161] Os conceitos de Autoridade Requerida ou Solicitada e Autoridade Requerente ou Solicitante é comum a todos os MoUs. Autoridade Requerida é aquele à qual é feita uma solicitação durante a vigência do acordo; Autoridade Requerente, por sua vez, é aquele que faz uma solicitaç!ao durante a sua vigência.

ser a eles limitados. Viabiliza-se, portanto, outras modalidades de assistência mesmo que não previstas expressamente. Nesse sentido, alguns MoUs firmados, antes de estabelecer o escopo da assistência, traz cláusula esclarecendo que a assistência disponibilizada inclui os termos referidos porém a eles não se limitam. Menciona-se, como exemplo, o MoU firmado com a autoridade reguladora das Ilhas Cayman, no art.7, b[162].

Como forma de controle e melhor atendimento dos requerimentos de assistência realizados, estipula-se, nos memorandos de entendimento bilaterais, a necessidade da descrição dos fatos subjacentes à investigação objeto da requisição e da assistência visada pela autoridade requerente, com os motivos pelos quais a informação buscada é necessária. Indicações de precauções especiais que devam ser adotadas na coleta das informações e documentos, devido a considerações investigativas, incluindo a sensibilidade das informações, são também exigidas, para que a assistência possa ser prestada da melhor forma possível.

Parece relevante o fato de haver em todos os memorandos analisados limitação quanto ao uso das informações fornecidas na resposta ao pedido de assistência. Com efeito, é cláusula comum dos acordos a previsão de tratamento confidencial tanto do pedido de assistência quanto dos documentos e informações enviados pela autoridade requerida. Sempre que houver necessidade de utilização das informações obtidas por meio do intercâmbio para qualquer finalidade diversa daquela estabelecida no acordo, deverá a autoridade requerente obter consentimento prévio e por escrito da autoridade requerida, que poderá submeter seu consentimento a certas condições. Havendo determinação legal no país da autoridade requerente a exigir o compartilhamento da informação obtida com outras autoridades nacionais, deverá ser a autoridade requerida notificada previamente ao cumprimento da determinação legal. Pode-se mencionar, como exemplo de exigência legal a demandar o compartilhamento das informações no Brasil, aquelas que se caracterizarem como crime. Detectada a ocorrência de crime em tese, a CVM é obrigada a comunicá-la ao Ministério Público, na forma do art.12 da Lei n. 6.385/76[163], não sendo discricionária sua atuação.

Nessa situação a autoridade requerente terá que compartilhar a informação, independentemente do consentimento da autoridade requerida, pois o memorando de entendimento não pode sobrepor-se à legislação local. Isso porque, como já visto, os acordos

---

[162]. (http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/menu/internacional/acordos/anexos/IlhasCayman_Port.pdf), acesso em 15.06.2015;

[163] Art . 12. Quando o inquérito, instaurado de acordo com o § 2º do art. 9º, concluir pela ocorrência de crime de ação pública, a Comissão de Valores Mobiliários oficiará ao Ministério Público, para a propositura da ação penal.

preveem expressamente que o documento não se sobrepõe à legislação interna de cada país, dando sistematicidade à previsão em comento.

Nesse sentido, em todos os acordos bilaterais analisados evidencia-se que a execução de seus dispositivos deve estar em consonância com as leis, regras e regulamentos domésticos das respectivas autoridades reguladores partes, bem como o cumprimento dos pedidos de assistência devem ser realizados dentro da disponibilidade de recursos das autoridades envolvidas, não podendo serem contrariados, ainda, os interesses públicos do país da autoridade requerida. Corrobora essas disposições a inexistência de obrigação jurídica e, por conseguinte, a impossibilidade de responsabilização do país de origem da autoridade reguladora em eventual descumprimento de requerimentos realizados.

Deve-se registrar, nesse ponto, as evidentes diferenças entre o tratamento dado a esses acordos daquele previsto para os tratados. No caso de tratados, o descumprimento de obrigação assumida pelo Estado sob a escusa de que estaria em dissonância com o ordenamento jurídico interno não encontra guarida no direito internacional. Nessas situações o Estado continua podendo ser responsabilizado internacionalmente, enquanto que o mesmo não ocorre em eventual descumprimento de MoU firmado pela CVM.

Pela análise feita, constata-se que esses acordos são firmados com base em cláusulas de melhores esforços, havendo comprometimento no sentido de serem observadas suas cláusulas sem que, contudo, haja necessidade de vinculação internacional e consequente possibilidade responsabilização do Estado no caso de descumprimento imotivado.

3.1.1.1. Memorandos de Entendimento Assinados após o Advento do MMoU

Após a assinatura do MMoU da IOSCO firmou-se entendimento na CVM, por meio da SRI, no sentido de que deveriam ser evitadas celebrações de novos MoUs bilaterais, com o objetivo de estimular outras jurisdições a enquadrarem-se nos critérios para tornarem-se membros do MMoU da IOSCO. Como já ressaltado, em situações em que a outra parte é autoridade supranacional ou membro afiliado da IOSCO, portanto inelegível para ser parte do MMoU ou, ainda, se o escopo do acordo for além dos limites do acordo multilateral, não haveria motivo para evitar a celebração de acordo bilateral. Portanto, em algumas situações específicas, admite-se a realização de novos MoU bilaterais mesmo após a CVM ter aderido ao Memorando Multilateral da IOSCO.

O acordo firmado com a ESMA, em julho de 2013, é claro exemplo de exceção à postura da CVM acima referida, na medida em que se trata de autoridade reguladora

supranacional, portanto, inelegível para ser parte do MMoU. Nesse acordo há ampliação do escopo de cooperação, ao serem admitidas trocas de informações no âmbito da regulação das agências classificadoras de risco, algo que não é objeto do MMoU da IOSCO.

As formas de cooperação direta são, também, mais amplas nesse acordo bilateral, permitindo-se, de forma expressa, a participação presencial da autoridade requerente em diligências a serem cumpridas no país da autoridade requerida, cláusula essa denominada de "*cross-border on-site visits*"[164]. Essa forma de cooperação, embora não seja vedada no MMoU da IOSCO, não encontra ali previsão expressa.

Também o MoU bilateral celebrado com a SEC, em julho de 2012, apresenta novidades que justificam a sua existência. Importante notar que o próprio acordo bilateral estabelece ser ele complementar ao MMoU da IOSCO, não alterando, de qualquer forma, seus termos e condições[165]. Novidade trazida pelo acordo em relação ao MMoU da IOSCO é a possibilidade de participação presencial da autoridade requerente em diligências a serem cumpridas no país da autoridade requerida, nos mesmos moldes do acordo firmado com a ESMA[166] e a previsão de consulta, cooperação e intercâmbio de informações na supervisão, e não somente no *enforcement*. Havendo necessidade de intercâmbio de informações para fins de *enforcement*, portanto, seriam utilizados os termos do MMoU da IOSCO.

Constata-se, dessa forma, que a CVM não tem mais celebrado acordos bilaterais com autoridades reguladoras externas, exceto em situações específicas que assim exijam.

---

[164] Na forma da artigo 4 do MoU bilateral celebrado com a ESMA: *Article 4. Cross-border on-site visits. Authorities should discuss and reach understanding on the terms regarding cross-border on-site visits, taking into full account each other's sovereignty, legal framework and statutory obligations, in particular, in determining the respective roles and responsibilities of the Authorities. The Authorities will act in accordance with the following procedure before conducting a cross-border on-site visit: a) The Authorities will consult with a view of reaching an understanding on the intended timeframe for and scope of any cross-border on-site visit. The local authority shall decide whether the visiting officials shall be accompanied by its officials during the visit. B) When establishing the scope of any proposed visit, the Authority seeking to conduct the visit will give due and full consideration to the supervisory activities of the other Authority and any information that was made available or is capable of being made available by that Authority. C) The Authorities will assist each other in reviewing, interpreting and analysing the contents of public and non-public documents and obtaining information from directors and senior management of Covered Entities or any other relevant person*.

[165] Conforme art.2º, item 15 do acordo: Article Two. 15. This MOU complements, but does not alter the terms and conditions of the following existing arrangements concerning cooperation in securities matter: (i) the IOSCO Multilateral Memorandum of Understanding Concerning Consultation and Cooperation and the Exchange of Information, to which the Authorities are signatories, which covers information-sharing in the context of enforcement; and (ii) Memorandum of Understanding between the US Securities and Exchange Commission and the Comissão de Valores Mobili[arios of Brazil, dated 1 July 1988.

[166] Conforme art.4, que trata de *on-site visits*, já transcrito (nota 164).

3.1.2. Memorando Multilateral de Entendimento da IOSCO

O MMoU da IOSCO também contém cláusulas similares às analisadas até o momento, suprindo de forma efetiva a necessidade da realização de novos acordos bilaterais. Alguns itens previstos em MoUs bilaterais, porém, estão um pouco mais detalhados nesse instrumento, já que, por se tratar de acordo multilateral, deve ser reduzida a margem para interpretações divergentes.

Pode-se mencionar, como exemplo de detalhamento inexistente nos MoUs bilaterais, porém presente no MMoU, a cláusula 7, b, ii, que assim dispõe[167]:

> 7. *Scope of Assistance*
> *(b) The assistance available under this Memorandum of Understanding includes, without limitation:*
> *(ii) obtaining information and documents regarding the matters set forth in the request for assistance, including:*
> - *contemporaneous records sufficient to reconstruct all securities and derivatives transactions, including records of all funds and assets transferred into and out of bank and brokerage accounts relating to these transactions;*
> - *records that identify: the beneficial owner and controller, and for each transaction, the account holder; the amount purchased or sold; the time of the transaction; the price of the transaction; and the individual and the bank or broker and brokerage house that handled the transaction; and*
> - *Information identifying persons who beneficially own or control non-natural Persons organized in the jurisdiction of the Requested Authority.*

O detalhamento dessa cláusula, embora não prevista expressamente nos demais acordos bilaterais, pode ser extraído da cláusula geral de compartilhamento de informações e documentos em poder da autoridade reguladora e de terceiros, presentes nos MoUs bilaterais. Aqui, porém, não há margem para dúvidas de que também informações detalhadas de operações financeiras, com o nome de beneficiários, transações bancárias e em corretoras são objeto de intercâmbio de informações. Da mesma forma, informações necessárias à identificação de pessoas que se beneficiam ou controlam pessoas jurídicas constituídas na forma da legislação das autoridades requeridas devem ser prontamente prestadas.

---

[167] Optamos por manter a redação original em inglês, do MMoU, na medida em que não existe tradução oficial para o português e a tradução livre pode gerar divergências conceituais que devem ser evitadas.

Nesse ponto, os Estados considerados como "paraísos fiscais", exatamente por garantirem o anonimato aos sócios de pessoas jurídicas neles constituídas, estão se adaptando para cumprir essa determinação. Diante disso é cada vez mais rara a negativa de intercâmbio de informações com base no argumento de que a legislação local não permite a identificação.

Cláusula interessante e que não consta dos demais MoUs bilaterais é a de número 13, ao tratar da obrigatoriedade assumida pelos reguladores que integram o acordo multilateral em alimentar, mesmo sem prévio requerimento, outros reguladores com informações que considere importante em seu trabalho de supervisão[168]. Trata-se de ponto relevante e inovador, por trazer forte elemento de proatividade para as entidades reguladoras. Assim, ao se depararem com alguma matéria que possa ser de interesse de regulador de outro Estado, as autoridades reguladoras partes prontamente deverão envidar esforços no sentido de transferir a informação, ainda que não tenha havido qualquer solicitação. A postura proativa na fiscalização do mercado internacional de valores mobiliários é desejável e mostra-se como relevante para o bom desenvolvimento da confiabilidade do mercado de capitais global.

Em conformidade com os relatórios internos da SRI para os anos de 2010, 2013 e 2014, esse tipo de cooperação proativa ainda não é comum, com registro de apenas uma comunicação recebida sob essa rubrica em 2013 e outra em 2014. Por sua vez, somente em 2014 a CVM enviou sua primeira colaboração com base na cláusula 13 do MMoU.

O MMoU da IOSCO, portanto, tem sua estrutura formada pelas mesmas cláusulas já costumeiramente praticadas nos diversos memorandos bilaterais existentes, embora possa ter maior detalhamento em algumas delas e apresente inovações em outras. Certamente o instrumento substitui a necessidade de serem elaborados novos acordos bilaterais com autoridades reguladoras que já integram a IOSCO, salvo interesse na ampliação do objeto de intercâmbio.

3.2. Evolução das Demandas de Cooperação na CVM

Como já mencionado, a partir de 2009 a CVM passou a integrar o Apêndice A da IOSCO, com a consequente adesão ao seu MMoU. Diante da nova realidade de inserção da Autarquia no plano internacional buscou-se analisar o volume de demandas internacionais

[168] Cláusula13 do MMoU da IOSCO: "*art.13 Unsolicited Assistance: Each Authority will make all reasonable efforts to provide, without prior request, the other Authorities with any information that it considers is likely to be of assistance to those other Authorities in securing compliance with Laws and Regulations applicable in their jurisdiction".*

recebidas e realizadas pela CVM a partir de então[169]. Deve ser ressaltado, porém, que os números ora apresentados não correspondem, necessariamente, ao total de demandas iniciadas pela CVM. Isso porque, embora a SRI devesse centralizar todos os pedidos de cooperação jurídica, por ser a autoridade indicada para tal no Anexo A do MMoU da IOSCO, outras áreas da Autarquia acabam contatando diretamente os reguladores estrangeiros, ao invés de trilhar o caminho preconizado pelo MMoU. Apesar de alguns pedidos de cooperação fugirem do controle estatístico realizado, há consenso na SRI que esses desvios seriam ocasionais, não gerando grandes impactos na consolidação final. A própria Superintendência destaca, em seus relatórios anuais, que recebe diversas consultas pelo correio eletrônico diretamente de reguladores externos e pelo *mailing* de membros ordinários da IOSCO. Quando as consultas são triviais e de simples solução os e-mails são respondidos sem abertura de processo, não entrando, portanto, nas estatísticas. De acordo com suas informações, em 2010 foram respondidas 28 consultas que não entraram nas estatísticas e em 2012 foram 30.

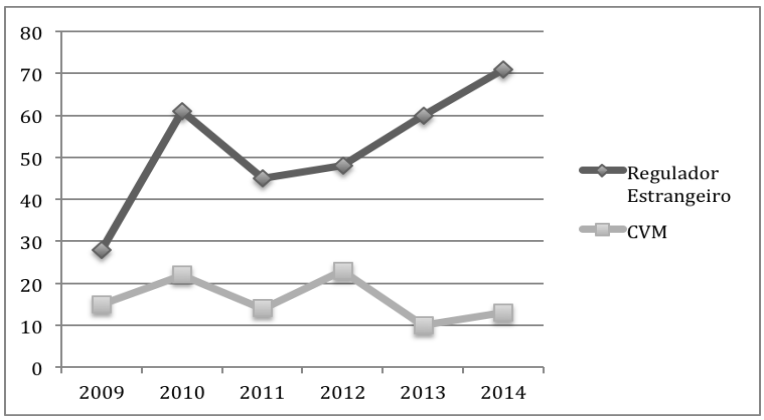
Com essas considerações, ressalta-se que, para o período em análise não houve aumento sensível do número de demandas realizadas ou recebidas pela CVM. Estão elas estabilizadas entre cerca de 70 a pouco mais de 80 por ano[170]. Há pequena distorção para o ano de 2009, pois foi esse o primeiro ano em que a CVM tornou-se parte do MMoU da IOSCO e o controle de demandas passou a ser realizado somente a partir de 2009. O gráfico abaixo traz comparativo entre o número de demandas iniciadas por reguladores estrangeiros e aquelas iniciadas pela CVM[171]:

[169] As informações aqui reproduzidas foram compiladas dos relatórios internos da SRI para os anos de 2009 a 2014, que não são disponibilizados ao público em geral. Os quadros com as informações completas para todos os anos analisados podem ser encontrados no Anexo I deste trabalho e podem ser acessadas na reprodução delas feita em cada Relatório Anual da CVM, disponíveis no site da CVM em http://www.cvm.gov.br/publicacao/relatorio_anual.html, acesso em 25.06.2015.

[170] Como pode ser observado no Anexo I do presente trabalho, esses números referem-se ao total de demandas iniciadas e recebidas pela CVM.

[171] No gráfico consta o número total de demandas realizadas e recebidas, sem separação dos tipos de pedido de assistência (investigação, diligências ou consultas). Como já referido, dados separados por tipo podem ser encontrados no Anexo I;

Gráfico 3

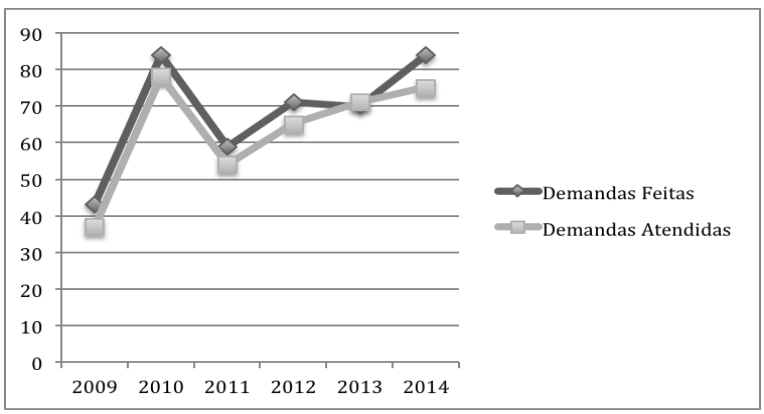


O gráfico analisa a quantidade de demandas iniciadas pela CVM e por reguladores estrangeiros (eixo vertical) no período de 2009 a 2014 (eixo horizontal).

O gráfico evidencia maior quantidade de demandas iniciadas por reguladores estrangeiros do que pela CVM. Essa situação é esperada e está dentro da normalidade, pois os pedidos de cooperação iniciados no exterior podem ser originários de qualquer órgão regulador parte do MMoU, enquanto que as demandas iniciadas pela CVM refletem os pedidos enviados por um único regulador.

Dado relevante é a quantidade de demandas iniciadas, tanto no exterior quanto na CVM, em contraposição às demandas atendidas. Com efeito, para que a cooperação internacional seja eficiente não deve haver represamento dos pedidos e a forma razoável de verificar a celeridade no atendimento está no comparativo entre a quantidade de demandas realizadas e atendidas. Para melhor visualização da situação identificada pela SRI, o gráfico abaixo traz o comparativo:

Gráfico 4



O gráfico analisa a quantidade de demandas feitas por reguladores estrangeiros e atendidas pela CVM (eixo vertical) no período de 2009 a 2014 (eixo horizontal).

Verifica-se que o número de demandas atendidas em cada ano é bastante próximo do número de demandas feitas[172], o que indica a celeridade do instrumento de cooperação, sem sério comprometimento decorrente de represamento das solicitações. Infelizmente não há estatísticas, nos documentos disponibilizados pela SRI, acerca do prazo médio de demora no atendimento, embora haja indicativo de que, por não haver excesso de burocracia envolvida em seu cumprimento, seriam atendidas as demandas em prazo razoável.

Há certa constância na atuação internacional, já que o quantitativo de pedidos de cooperação tem se mantido relativamente estável ao longo dos anos e o atendimento às demandas está muito próxima ao número de pedidos feitos em cada ano, sem represamento considerável. Tais fatos apontam para a eficiência da cooperação jurídica internacional realizada pela CVM e pelos demais reguladores, cumprindo o escopo buscado pela IOSCO.

3.3. Análise de Casos Práticos

Diante dos dados apresentados e constatado ser o auxílio direto instrumento usual para trocas de informações entre a CVM e entidades congêneres, passamos à análise de alguns casos concretos para melhor visualizar como e em quais situações práticas é utilizado o instrumento de cooperação ora em estudo. Os casos práticos selecionados para descrição já foram julgados pela CVM ou foram objeto de termo de compromisso. Dessa forma, não há violação de sigilo ao fazemos referência eventual aos envolvidos. A íntegra das decisões é disponibilizada na internet, razão pela qual são de natureza pública.

3.3.1. Obtenção de Documentos de Natureza Pública

Em algumas situações determinado procedimento investigatório pode encontrar obstáculos aparentemente simples, porém de difícil solução prática. Isso pode ocorrer quando a informação pretendida, embora de natureza pública, seja de difícil acesso para quem não está localizado no mesmo país em que ela se encontra.

[172] As informações constantes nos relatórios anuais consolidados da SRI consideram a posição identificada no dia 31 de dezembro do respectivo ano. Da mesma forma, há observações nos relatórios ressaltando que o número de requisições e respostas refere-se a atos executados no período, podendo incluir respostas a requisições de anos anteriores a requisições a serem respondidas em anos subsequentes.

Nos autos do Processo Administrativo Sancionador n. 02/2008, julgado pela CVM em 05 de março de 2013, buscava-se a responsabilização do então diretor financeiro da Brasil Telecom S/A por fatos ocorridos nos exercícios financeiros de 2003 e 2004[173].

A questão central ali tratada envolvia disputa havida entre o denominado Grupo Opportunity[174], como antigo administrador da Brasil Telecom S/A, e os novos administradores que o sucedeu após longa disputa judicial. Feita a acusação e distribuída ao Colegiado da CVM para julgamento, o relator do processo sancionador entendeu que seria importante para o deslinde do feito a obtenção de cópia do inteiro teor do processo judicial movido contra o Opportunity em Nova Iorque.

O processo foi, então, encaminhado à Procuradoria Federal Especializada da CVM para que fosse providenciado o documento. Embora o processo judicial americano fosse, em sua maior parte, público, os procuradores brasileiros não tinham acesso aos sistemas daquele Poder Judiciário de forma remota. Diante disso, foi iniciado contato informal com a SEC, pela via do correio eletrônico, informando a necessidade e questionando se haveria como se obter tal informação. Já no dia seguinte o contato na SEC respondeu o e-mail enviando parte do documento, ressaltou, porém, que a íntegra do processo era muito grande o que inviabilizaria o seu envio pela *internet*. Dessa forma, questionou-se a real necessidade da documentação e, se necessário o seu envio, solicitou-se a formalização do contato, por meio da SRI[175].

Na oportunidade, considerando os documentos presentes nos autos do processo sancionador em trâmite na CVM e ciente da informação prestada pela autoridade reguladora dos Estados Unidos da América, o Relator reconsiderou sua decisão, motivo pelo qual não foi preciso dar continuidade ao pedido de assistência.

Extrai-se desse caso prático a forma desburocratizada com que é feito o primeiro contato com o regulador estrangeiro, sendo certo, porém, que esse contato preliminar não chegou sequer a ser de conhecimento da SRI. Esse fato evidencia, por outro lado, que o número de pedidos de assistência é maior do que aqueles registrados nos relatórios consolidados anuais. Importante notar que o contato prévio não substitui o procedimento para pedido de assistência previsto no MMoU, embora possa ser de grande utilidade prática, na

---

[173] Íntegra da decisão da CVM disponível em http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/anexos/sancionador/2013/20130305_PAS_022008.pdf, acesso em 23.06.2015.

[174] A denominação "Grupo Opportunity"é trazida no relatório de acusação e reproduzida na decisão da CVM.

[175] Essas informações não constam na decisão do processo sancionador n. 02/2008, apesar de constar nos autos do processo, quando analisado em sua íntegra;

medida em que pode evitar a utilização formal do instrumento de auxílio direto ali previsto em situações que, com o devido esclarecimento, seriam desnecessárias.

3.3.2. Informações Protegidas pelo Estado Estrangeiro

Em alguns casos a informação pretendida é essencial para a compreensão dos fatos e eventual punição dos responsáveis por ilícitos cometidos no mercado de capitais, no entanto, são protegidas por normas de Estados estrangeiros pelos mais diversos motivos[176]. Exemplo que demonstra a importância da informação pode ser extraído do Processo Administrativo Sancionador n.03/2013, em que a Autarquia apurava eventual violação ao art.161, §4º, alínea "a", da Lei n. 6.404/76[177].

Tratava-se da Siderúrgica J. L. Aliperti S/A[178], companhia brasileira de capital aberto, em razão da suspeita de que, para a eleição do Conselho Fiscal, membros que integravam o seu controle utilizavam-se de veículos de investimentos com sede no exterior (Ilhas Virgens Britânicas) com o objetivo de burlar a referida norma e eleger membro do conselho fiscal que deveria ser eleito pelos acionistas minoritários. Como se sabe, o Conselho Fiscal é órgão de extrema relevância nas companhias, na medida em que seus membros acompanham de perto a gestão dos administradores. Por esse motivo a lei societária prevê a possibilidade de um de seus membros ser eleito por acionistas minoritários, para exercer com a amplitude devida o direito de fiscalização.

Iniciada a investigação pela área técnica da CVM, constatou-se que a atuação das sociedades estrangeiras Bellew e Dalmore, *offshores* com sede nas Ilhas Virgens Britânicas e com posição minoritária, porém relevante, teria sido determinante na eleição do conselheiro fiscal representante dos acionistas minoritários. Verificou-se, ainda, que os demais acionistas minoritários votaram em outros candidatos, no entanto, por deterem essas sociedades estrangeiras a maioria dos votos entre os acionistas minoritários, prevaleceu a sua vontade.

---

[176] É bastante comum a proteção legal do nome dos sócios que integram sociedades registradas em países denominados de "paraísos fiscais" como forma de incentivo e atração de capital.

[177] Art. 161. A companhia terá um conselho fiscal e o estatuto disporá sobre seu funcionamento, de modo permanente ou nos exercícios sociais em que for instalado a pedido de acionistas. (...) § 4º Na constituição do conselho fiscal serão observadas as seguintes normas: a) os titulares de ações preferenciais sem direito a voto, ou com voto restrito, terão direito de eleger, em votação em separado, 1 (um) membro e respectivo suplente; igual direito terão os acionistas minoritários, desde que representem, em conjunto, 10% (dez por cento) ou mais das ações com direito a voto;

[178] Os nomes dos envolvidos estão sendo aqui divulgados uma vez que o caso já foi julgado e seu inteiro teor está disponível no site da CVM (http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/anexos/sancionador/2015/20150505_PAS_032013.pdf), acesso em 15.06.2015;

Ocorre que houve suspeita por parte dos demais acionistas minoritários que o conselheiro eleito tinha vínculos com os controladores da Companhia, o que é vedado pela lei.

Ouvidos, os controladores, que também atuavam como administradores da Companhia, informaram não ter qualquer vínculo com as sociedades estrangeiras que elegeram o conselheiro fiscal suspeito. Afirmaram que não teriam, de forma alguma, influenciado a eleição e que, portanto, seriam infundadas as alegações dos reclamantes. Por sua vez, oficiadas as *offshores,* sustentaram o exercício de voto de forma independente e, por serem elas minoritárias, estariam amparadas pela legislação brasileira ao indicarem e elegerem seu candidato para o conselho fiscal da Companhia.

Dando continuidade às investigações, houve necessidade de obter informações dos sócios que integravam o quadro societário das sociedades estrangeiras. Ocorre, porém, que a legislação da Ilhas Virgens Britânicas veda, em princípio, acesso direto a informações dos acionistas das sociedades ali sediadas. Assim, estaria a CVM impossibilitada de ter acesso a informações essenciais ao deslinde da questão.

A saída encontrada para obter a informação necessária foi a utilização do Memorando Multilateral de Entendimento da IOSCO, do qual tanto a CVM quanto a *British Virgin Islands Financial Services Commission*, das Ilhas Virgens Britânicas são parte, para que fosse viabilizada a troca de informações pretendida. Cumprindo o acordo firmado a autoridade da Ilhas Virgens Britânicas encaminhou à CVM a documentação solicitada, quando então restou evidente que os controladores da Companhia brasileira eram, ainda que de forma indireta, os acionistas das *offshores* e, efetivamente, estavam utilizando as sociedades como veículos de investimento para burlar a legislação societária, reduzindo, portanto, de forma ilegal, o poder de fiscalização dos seus acionistas minoritários.

Sem essa informação, obtida por meio do auxílio direto, não seria possível juntar indícios suficientes que permitissem caracterizar violação ao art.161, §4º, a, da Lei n.º 6.404/76, com a consequente imputação de exercício abusivo do poder de controle, infração prevista no art.116, parágrafo único, c/c art.117, §1º, ‘c’, ambos da Lei n.º 6.404/76. Em acréscimo, por não terem, desde o primeiro momento, informado à CVM que efetivamente eram sócios das *offshores*, foram os controladores Ciro Mônico Alexandre Aliperti e Caetano Aliperti multados em R$300 e R$ 500 mil, respectivamente, por embaraço à fiscalização.

3.3.3. Investigações Conjuntas e Realização de Depoimentos

Pelo fato de algumas companhias brasileiras terem ações negociadas nas bolsas americanas, por meio da emissão de *American Depositary Receipts* (ADRs)[179], diversas irregularidades ocorridas no Brasil têm imediato impacto em operações financeiras realizadas no mercado norte-americano. Diante disso, é usual o intercâmbio de informações entre a SEC e a CVM, com investigações concomitantes nos Estados Unidos e no Brasil passam a caminhar lado a lado em situações como essas.

Caso interessante em que houve investigação paralela no Brasil e nos Estados Unidos teve origem na desvalorização do dólar ocorrida em 2008, como decorrência da crise financeira mundial, e seus efeitos em algumas sociedades brasileiras, em especial a Aracruz e a Sadia[180].

Com suporte no memorando de entendimento firmado entre a CVM e a SEC, inicialmente em 1º de julho de 1988 e, posteriormente, aprimorado por meio de novo instrumento firmado em 11 de julho de 2012, foram realizadas intensas trocas de informações. A cooperação com o órgão regulador norte-americano era realizada sobretudo por meio de *conference calls* nos quais membros responsáveis pela investigação em andamento nos Estados Unidos solicitavam que, nos depoimentos a serem realizados no Brasil no interesse da investigação levada a efeito pela CVM, fossem inseridas algumas perguntas que trouxessem esclarecimentos adicionais àquela entidade reguladora.

Da mesma forma, para melhor compreensão de como funciona o ordenamento jurídico brasileiro e poder valorar, com base na lei estadunidense, a conduta dos administradores investigados, eram constantemente solicitadas informações acerca da adequada interpretação da legislação societária brasileira.

A existência do memorando de entendimento para esse caso facilitou bastante a troca de informações, tornando o processo célere e adequado para as necessidades do mercado de capitais. Com a da possibilidade de acompanhar *pari passu* os procedimentos realizados aqui

---

[179] ADR ou *American Depositary Receipts* são certificados representativos de ações ou outros valores mobiliários emitidos no exterior com lastro em valores mobiliários de emissão de sociedades brasileiras depositados em custódia específica no Brasil.

[180] Conforme Termo de Compromisso firmado no Processo Administrativo Sancionador n. 16/2008 (Caso Aracruz) e condenação de administradores da Sadia no Processo Administrativo Sancionador n. 18/2008 (extrato do julgamento disponível em http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/anexos/sancionador/2010/20101214_PAS_1808.pdf, acesso em 12.06.2015), não existem motivos que justifiquem a omissão do nome dos envolvidos.

e nos Estados Unidos, viabilizou-se conclusões não colidentes em ambas as investigações, garantindo maior segurança ao mercado de capitais em seu aspecto global.

Em outras oportunidades, ainda que não haja investigação conjunta, a SEC rotineiramente demanda da CVM a realização de intimações no Brasil e até mesmo informações cadastrais de brasileiros com operações naquele mercado bursátil. A CVM, por sua vez, sempre envidou todos os esforços possíveis ao cumprimento das solicitações de assistência, de forma a tornar o instrumento de cooperação efetivo.

3.3.4. Intercâmbio de Informações Sigilosas

Não é incomum, ainda, a troca de informações sigilosas entre entidades membros de memorandos de entendimento. Como já visto, embora esteja detalhado no MMoU da IOSCO a possibilidade de compartilhamento desses dados, na maioria dos MoUs bilaterais há cláusula genérica de transferência de informações e dados. Tal fato, embora possa abrir margem a interpretações diversas, não inviabiliza o intercâmbio de informações sigilosas. Com efeito, dados detalhados de operações realizadas no mercado financeiro são, muitas vezes, essenciais para a análise jurídica da conduta do investigado.

Nos autos do Processo Administrativo Sancionador n. SP 2007/118, julgado pelo Colegiado da CVM em 26.02.2008, foi identificada a utilização de informação privilegiada em negociações com valores mobiliários – operação identificada como *insider trading* – realizadas por Luiz Gonzaga Murat Júnior, diretor de finanças e de relações com investidores da Sadia S/A à época dos fatos apurados.

No caso em comento o acusado realizou operações no mercado de valores mobiliários dos Estados Unidos da América de forma suspeita. Com efeito, o órgão regulador norte-americano detectou a aquisição de 45.900 ADRs de emissão da Perdigão S/A, no valor total de USD 939.708,00, em datas em que estavam sendo realizadas reuniões secretas com o objetivo de a Sadia adquirir, de forma hostil, o controle da então concorrente Perdigão. Provavelmente a operação financeira foi realizada nos Estados Unidos com o objetivo de esquivar-se da fiscalização das autoridades brasileiras, mais próximas ao fato.

Ocorre, no entanto, que por serem os valores mobiliários negociados em bolsas norte-americanas, é atribuição da SEC acompanhá-las e fiscalizá-las. Nesse sentido, diante da operação realizada e considerando o seu titular e as notícias acerca da proposta de aquisição posteriormente divulgada pela Sadia S/A no Brasil, foi iniciado procedimento apuratório na SEC. Identificadas as operações suspeitas, a SEC prontamente comunicou à CVM o ocorrido,

enviando o demonstrativo de operações realizadas naquele país, com os dados necessários para demonstrar o potencial ilícito perpetrado. Com base nessas informações foi instaurado procedimento investigativo na CVM que culminou com a condenação do acusado[181]. Importante notar, assim, que o documento que demonstrava a materialidade do ilícito administrativo continha informações de natureza sigilosa, quais sejam, operações financeiras realizadas por Luiz Gonzaga Murat Jr no mercado de capitais norte-americano.

E mais, deve-se salientar que esses mesmos fatos foram também apurados na esfera criminal, em razão de comunicação de crime realizada pela CVM ao Ministério Público Federal[182], e tornou-se o primeiro caso de *insider trading* a ser levado ao Poder Judiciário brasileiro. O resultado da apuração criminal[183], que também utilizou como lastro para a acusação os mesmos documentos obtidos da SEC, foi a aplicação da pena de prisão de dois anos, seis meses e dez dias, em regime inicial aberto, além de multa no valor de R$ 349.711,53[184].

Demonstra-se, assim, que o intercâmbio de informações não se limita a dados cadastrais, alcançando também operações financeiras necessárias à identificação do potencial ilícito cometido. Essas informações não ficam limitadas ao âmbito dos órgãos reguladores, na medida em que, havendo determinação legal de compartilhamento dessas informações com outros órgãos serão elas utilizadas para as mais diversas finalidades, servindo de efetivo instrumento de combate a ilícitos transfronteiriços.

---

[181] Perante o órgão regulador norte-americano foi realizado termo de compromisso (*consent decree*) para que fossem cessadas as investigações. Isso, porem, não impede a continuidade da acusação no Brasil.

[182] A Lei 6.385/76 foi alterada pela Lei 10.303/2001 e passou a criminalizar a conduta de insider trading em seu art.27-D. A pena prevista é de 1 a 5 anos e multa de até 3 vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime.

[183] Processo Criminal n. 0005123-26.2009.4.03.6181, que tramitou perante a 6ª Vara Criminal Federal da Seção Judiciária de São Paulo.

[184] A íntegra do voto pode ser obtida no site http://s.conjur.com.br/dl/voto-insider-trading.pdf, acesso em 18.06.2015;

4. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO AUXÍLIO DIRETO NO MERCADO DE CAPITAIS BRASILEIRO

Analisados casos concretos e a operacionalização dos pedidos de assistência ou cooperação jurídica, passamos ao exame do ponto central do presente estudo: seriam as providências ordinariamente adotadas pela CVM conformes à Constituição Federal?

Para abordar esse ponto, levantamos como principais preocupações: (i) eventual usurpação de competência privativa do Presidente da República, prevista no art.84, incisos VII e VIII, da Constituição Federal; (ii) eventual inconstitucionalidade da criação de instrumento de cooperação jurídica por meio de auxílio direto sem a necessidade de juízo de delibação prévio, na medida em que não há tratado específico regulamentando a matéria; e (iii) eventuais limites impostos às trocas de informações levadas a efeito e, se houver, se são eles respeitados.

Os três pontos levantados, ao que parece, seriam os principais empecilhos e questionamentos que podem surgir no tratamento da matéria, sendo relevante abordá-los de forma didática e com a profundidade necessária à boa compreensão da divergência. É o que passamos a fazer.

4.1. A Competência Privativa do Presidente

De acordo com a Constituição Federal brasileira, o Presidente da República é o responsável pela representação do País no exterior. É, portanto, do Presidente da República a atribuição de atuar como Chefe de Estado, inclusive perante os demais Estados e Organismos Internacionais (SILVA, 2001, p.549). As atribuições do Presidente da República relativas ao exercício de Chefia de Estado estão especificadas no art.84, incisos VII, VIII, XIX e XX, que assim dispõem:

> Art.84. Compete privativamente ao Presidente da República:
> VII – manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos;
> VIII – celebrar tratados, convenções e acordos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;
> XIX – declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo

> das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional;
> XX – celebrar a paz, autorizado ou com o referendo do Congresso Nacional;

Para os fins desse estudo, limitaremos a análise às competências privativas previstas nos incisos VII e VIII. Inicialmente, deve-se destacar que, como regra, as atribuições privativas são indelegáveis, somente podendo ser exercidas pelo Presidente da República ou, durante os seus impedimentos, por quem o substituir na Presidência. Na forma do parágrafo único do art.84, somente as hipóteses previstas em seus incisos VI, XII e XXV são passíveis de delegação aos Ministros de Estado. São, portanto, indelegáveis as atribuições no plano das relações internacionais, cabendo tão somente ao Presidente exercê-las.

Importante salientar, por oportuno, que, embora seja de sua competência privativa, por óbvio, não é o Presidente da República que participa diretamente de todos os eventos e negociações no plano internacional. Apesar de a Constituição Federal brasileira estabelecer essa função como privativa, pode o Presidente da República nomear plenipotenciários para assinar tratados ou manter relações com Estados estrangeiros em seu nome. Nesse sentido, a própria Constituição Federal, na parte final do inciso VII do art.84, estabelece ser de competência privativa acreditar seus representantes diplomáticos.

Plenipotenciário que possui ampla representatividade é o Ministro de Estado responsável pelas Relações Exteriores. Também o chefe de missão diplomática prescinde de apresentação de carta de plenos poderes para atuar como plenipotenciário, mas somente para negociações de tratados bilaterais entre Estado acreditante e Estado acreditado. Outros plenipotenciários podem, ainda, serem livremente indicados pelo Presidente da República, embora usualmente sejam escolhidos entre diplomatas ou servidores públicos. Nesse caso, deverão apresentar carta de plenos poderes, dirigida ao governo co-pactuante (REZEK, 2002, p.36).

É por meio da celebração de tratados que são estabelecidos compromissos e relações entre Estados soberanos e entre estes e as organizações internacionais, podendo serem as convenções internacionais conceituadas como acordos formais concluídos entre sujeitos de direito internacional público e destinados à produção de efeitos jurídicos (REZEK, 2002, p.14). A conceituação internacionalmente acolhida de tratado está no art.2º da Convenção de

Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, ratificado pelo Brasil[185], segundo o qual entende-se por tratado:

> "(...) acordo internacional concluído por escrito entre Estados[186] e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja a sua denominação específica."

Característica essencial dos tratados é a forma solene, escrita. Sendo atos formais destinados a produzir efeitos jurídicos, os tratados geram obrigações e prerrogativas capazes de vincular os Estados e organizações partes. Com efeito, como bem ressalta BARROSO e TIBURCIO (2013, p.163), "*o que confere obrigatoriedade aos tratados é a norma* pacta sunt servanda*, que integra o conjunto dos princípios gerais amplamente reconhecidos e respeitados pela sociedade internacional*".

Também por meio de tratados multilaterais são criadas as pessoas jurídicas de direito público internacional. A Organização das Nações Unidas[187] e a Organização Mundial do Comércio[188], entre outras organizações internacionais, foram criadas por meio de tratados, obtendo, a partir de então, personalidade jurídica de direito internacional própria e distinta dos Estados que a compõem. São dotadas de instrumentos de coerção para correta aplicação das normas ali criadas e possuem regras claras e bem definidas de atuação. Os Estados formalmente vinculados a essas organizações internacionais devem respeitar as suas regras, sob pena de responsabilização internacional.

Evidencia-se, dessa forma, o poder que os tratados têm de vincular os Estados partes. Ressalta-se, ainda, que a responsabilidade internacional dos Estados não se confunde com o seu plano interno. Eventual descumprimento de Convenção sob o argumento de que seria contrário à norma fundamental do Estado não tem o condão de eximi-lo da responsabilidade no plano internacional. Na falta de disposição em sentido contrário, a partir da assinatura do tratado o Estado já está vinculado no plano internacional, mesmo se houver necessidade de

---

[185] Promulgado pelo Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

[186] A Convenção de Viena sobre Tratados de 1986 aprimorou a redação do dispositivo para incluir no conceito os acordos realizados também por organizações internacionais, na medida em que são pessoas jurídicas de direito público internacional regularmente reconhecidas;

[187] A criação da ONU decorreu da Conferência sobre Organização Internacional das Nações Unidas, tendo sido assinado o seu estatuto em 26 de junho de 1945;

[188] A Organização Mundial do Comércio – OMC foi criada oficialmente em 01 de janeiro de 1995, embora já funcionasse uma rede de acordos e tratados desde 1948, por meio do GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*);

observar trâmites internos para validação da norma no direito nacional. A etapa de assinatura do texto original do tratado pode ocorrer por meio da ratificação, pela via de troca de notas ou depósito do instrumento de ratificação perante a organização internacional que tenha patrocinado a elaboração do acordo, ou por meio de adesão, quando o Estado pretende participar de tratado já em vigor. (BARROSO e TIBURCIO, 2013, p.162).

Vinculado o Estado aos termos do tratado firmado, eventual inobservância do pacto resulta em responsabilidade internacional. Diante da violação deverá o Estado responsável pelo ato ilícito reparar o correspondente dano que tenha causado aos demais Estados partes, salvo se o descumprimento da obrigação pactuada decorre de caso de manifesta violação à sua norma fundamental, já em vigor no momento de pactuado o tratado (BARROSO e TIBURCIO, 2013, p.167/168), na forma do artigo 46, item I, da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969[189].

Pode a reparação ser de natureza estritamente moral, por meio de desagravo público, pedido formal de desculpas ou mesmo punição das pessoas responsáveis pela violação, ou, se o dano tiver expressão econômica, a poderá ocorrer por meio da devida compensação financeira (REZEK, 2002, p.278-279).

Constata-se, dessa forma, que a vinculação de Estado por meio da assinatura regular de tratado pode resultar em sua responsabilização internacional, com os corolários daí decorrentes. Esse motivo justifica, portanto, a privatividade do Presidente da República na celebração de tratados internacionais, já que somente o Chefe de Estado tem legitimidade para assumir essa posição, ainda, que a Constituição brasileira determine sejam eles referendados pelo Congresso Nacional, como forma de controle entre os Poderes da República.

Mas as relações com Estados estrangeiros não se limitam à assinatura de tratados internacionais. Reuniões para tratar de matérias específicas de interesse internacional, como ocorre regularmente nos encontros do G-20, também são formas de manter relacionamentos com Estados estrangeiros. E, na maioria das vezes, o resultado desses encontros não deságuam em tratados com força vinculante. Com efeito, grande parte das relações internacionais entre Estados é feito por meio do que se convencionou denominar de *soft law*, em contraposição aos acordos vinculantes, tidos como *hard law*.

[189] Art.46, item 1: "Um Estado não poderá invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação seja manifesta e diga respeito a uma regra de seu direito interno de importância fundamental".

Existe grande divergência doutrinária acerca da definição de *soft law*. Alguns autores, mais positivistas, chegam até mesmo a negar a sua existência, sob o argumento de que "*law*", por definição, seria sempre vinculante (KLABBERS, 1996, p.168). Na literatura estrangeira muitos doutrinadores utilizam-se da divisão "binária" vinculante/não vinculante para distinguir a *soft law* do que pode ser chamado de *hard law* (SCHAFFER, 2010, p.713).

Mais precisa, porém, nos parece a definição trazida por ABBOTT et ali (2000, p.401-402) para quem o conceito de legalização deve englobar três dimensões, quais sejam, obrigação, precisão e delegação. Obrigação significa que os Estados ou outros atores estão vinculados por um compromisso. Precisão significa que as regras constantes do compromisso não podem ser ambíguas, devendo definir de forma clara a conduta proscrita. Por fim, por delegação compreende-se que as partes que celebraram o compromisso têm a autoridade para implementar, interpretar e aplicar as regras, resolvendo eventuais disputas surgidas. Preenchidas essas características estaríamos diante de *hard law*.

Soft law, por sua vez, teria caráter residual, na medida em que seria ela caracterizada pela flexibilização ou enfraquecimento de uma ou mais dimensões mencionadas. Dessa forma, se um acordo não é vinculante, faltará a dimensão da obrigação, quando então será visto como *soft law*. Por outro lado, ainda que haja determinação de vinculação, sendo ela vaga e pouco precisa ou se não houver qualquer autoridade capaz de monitorar, interpretar e aplicar as regras ali constantes, não será ele considerado como *hard law* (SCHAFFER, 2010, p. 715).

A aplicação desse conceito de três dimensões para a caracterização de *hard law* parece mais razoável, na medida em que de nada adianta a existência de acordo vinculante que não contenha regras específicas e claras ou mesmo seja inaplicável por faltar autoridades capazes para tal.

Exemplo de *soft law*, reconhecido pela doutrina nacional, é o "acordo de cavalheiros" ou *gentlemen's agreement*. Normalmente os compromissos assumidos por meio de acordos de cavalheiros são de índole moral, em que os Chefes de Estados se comprometem a assumir determinadas posturas para alcançar objetivos específicos. Algumas críticas, porém, surgem da falta de estudos sérios que explorem a diferença entre *soft law* e política. Como bem ressaltado por GUZMAN (2010, p.173): "(…) *for example, if a leader makes a promise in a public speech, is this soft law or mere politics? This distinct is not well explored in the existing literature*".

Como bem ressaltado por REZEK (2002, p.20):

> "a qualificação da Carta como um *gentlemen's agreement*, e, pois, como um não-tratado, só se faz possível à leitura integral do texto, ante a percepção de que aquele acordo formal, lavrado por pessoas indiscutivelmente representativas de dois sujeitos de direito internacional público, não se destinou a produzir efeitos jurídicos, a estabelecer normas concretas e cogentes para as partes, mas apenas a 'das a conhecer alguns dos princípios comuns às políticas nacionais de seus países, nos quais baseiam as suas esperanças de um futuro melhor para o mundo'".

Constata-se, nesse caso, não só a vagueza das regras contidas no instrumento, o que descaracteriza a precisão necessária, mas também a falta de autoridades capazes de interpretar e aplicar as determinações contidas. Faltando essas duas dimensões, não haveria sequer necessidade de haver cláusula expressa informando que o instrumento não é vinculante para que fosse visto como *soft law*. Não é, portanto, a qualidade de quem assina o acordo que o caracteriza como *soft law* – já que, comumente, em *gentlemen's agreements*, é o próprio Chefe de Estado subscritor – mas sim seu conteúdo.

Saliente-se que, por ter característica residual, não deve a *soft law* ser limitada aos *gentlemen's agreements*, podendo ela apresentar as mais diversas formas no contexto do direito internacional. Para isso, basta que o instrumento utilizado seja descaracterizado como *hard law* em uma de suas três dimensões.

Dessa forma, para cumprir compromissos internacionais e bem representar o Brasil no âmbito internacional, deverá o Presidente da República valer-se de instrumentos de *hard law*, quando então será observado o art.84, inciso VIII da CRFB, com o necessário referendo pelo Congresso Nacional, e de *soft law*, mantendo relações com estados estrangeiros sem a necessidade de referendo retro (inciso VII do art.84 da CRFB), já que, nessas hipóteses, não haverá qualquer sanção ao País em razão de eventual descumprimento do compromisso, como consequência de sua própria natureza.

4.1.1. Natureza Jurídica dos Memorandos de Entendimento

Considerando todos os pontos levantados até o momento, podemos afirmar serem os memorandos de entendimento firmados pela CVM típicos instrumentos de *soft law*. Destaca-se haver, em todos eles, expressa menção aos seus efeitos não vinculantes.

Importante notar, ainda, que a própria IOSCO é criação da *soft law*. Não se trata de organização criada por meio de tratados internacionais, mas sim de órgão transgovernamental

criado da comunhão de interesses de atores estatais e não-estatais com o objetivo de regular o mercado de capitais internacional.

E qual seria o motivo da primazia dos instrumentos de *soft law* na regulação internacional do mercado de capitais? Importante referendar que institutos similares não são facilmente encontrados nos ordenamentos jurídicos nacionais, embora sejam comuns no direito internacional. Como explicar esse fenômeno?

Aqueles que defendem a ampla utilização de *soft law* no direito internacional apontam como vantagens desses instrumentos: (i) são mais fáceis de negociar e menos custosos; (ii) impõem menores "custos de soberania" em áreas sensíveis dos Estados; (iii) proporcionam maior flexibilidade aos membros; (iv) permitem aos contratantes engajar-se de forma mais comprometida na cooperação do que se engajariam se houvesse preocupações acerca da possibilidade de aplicação de sanções[190]: (v) melhor se adaptam à diversidade; e (vi) são disponibilizados a órgãos dos Estados e organizações não governamentais, alcançando maior espectro de partes legítimas (SCHAFFER, 2010, p.719).

Exatamente como decorrência dessas qualidades é que muitos autores estrangeiros, cada vez mais, identificam e associam instrumentos de *soft law* com o mercado financeiro internacional. As principais teorias que justificam a predominância de instrumentos de *soft law* nessa área ressaltam a possibilidade de participação de órgãos estatais que, de outra forma, não teriam legitimidade para figurar em acordos internacionais. Com efeito, agências reguladoras dos mercados financeiros, sejam elas do setor bancário, de seguros ou do mercado de capitais, são responsáveis pela fiscalização e regulação do mercado interno em grande parte devido à sua expertise técnica. Ademais, de certa maneira, são estas agências especializadas, e não os Chefes de Estado, que se envolvem cotidiana e primariamente na adequação das normas nacionais às normas de outros países (BRUMMER, 2010, p.6-7). Diante da transnacionalidade do capital e considerando a rapidez com que os mercados financeiros se desenvolvem, é interesse do próprio Estado que existam instrumentos ágeis para regular novas situações de forma a atrair investidores estrangeiros. Isso pode explicar, inclusive, o motivo pelo qual, ainda que seja não vinculante, os membros de instrumentos de *soft law* realizam os melhores esforços com o objetivo de implementá-los na prática.

Feitas essas ponderações, questiona-se: não seriam inconstitucionais esses instrumentos na medida em que são firmados diretamente entre entidades reguladoras congêneres internacionais, sem haver sequer a ciência por parte dos Chefes de Estado,

[190] O termo usualmente utilizado para tratar da aplicação de sanções é *enforcement*, não havendo tradução perfeita para o português de seu real significado.

legitimados para celebrar tratados e manter relações com Estados estrangeiros? Nos parece que, na forma pela qual são atualmente celebrados, a resposta negativa se impõe, como passamos a defender.

4.1.1.1. Memorandos de Entendimento e a Legitimidade para Celebrar Tratados e Manter Relações com Estados Estrangeiros

Em primeiro lugar deve ser enaltecido o fato de os memorandos de entendimento serem *soft law*, portanto, de natureza não vinculante. Por que estabelece a Constituição ser privativo do Presidente da República manter relações com Estados Estrangeiros e celebrar tratados internacionais? Tratados são típicos acordos pautados em *hard law*. Eventual descumprimento importa em responsabilização do Estado, afetando, ainda que indiretamente, todos os cidadãos brasileiros. As relações com estados estrangeiros, por sua vez, são, normalmente, atos preparatórios para posterior celebração de tratados ou mesmo decorrem de reuniões bilaterais ou de Grupos Estado-Estado com o objetivo de colocar a firme posição do Estado. Ainda que possam não ser dotados de força vinculante, exige-se que o ator presente nas relações tenha legitimidade para representar o seu país, na medida em que falará em nome dos nacionais que representa.

Esse motivo, por si só, já justifica a privatividade constitucionalmente estabelecida. Isso porque somente o Chefe de Estado estaria legitimado para assumir compromissos vinculantes na esfera internacional. O mesmo não ocorre, porém, no caso dos memorandos de entendimento. Isso porque, como já exaustivamente analisado, são eles não vinculantes e seu descumprimento, embora possa resultar em sanções específicas à CVM no âmbito da IOSCO ou mesmo com base na reciprocidade – no caso dos memorandos de entendimento bilaterais – não importam em responsabilidade ao Estado brasileiro.

Assim, seus efeitos são bastante limitados, não havendo motivos constitucionais para sua vedação. Nota-se, ainda, que embora a Constituição estabeleça ser privativo do Presidente da República a competência para celebrar tratados, ainda que por meio de pessoas por ele acreditados, não há qualquer regra constitucional que impeça a realização de compromissos não vinculantes por parte de outras entidades estatais. Pelo contrário, diante do vácuo constitucional acerca do tema, a legislação infraconstitucional preencheu a lacuna, atribuindo à CVM a capacidade de celebração de convênios com órgãos similares de outros países ou com entidades internacionais, na forma do art.10, da Lei n. 6.385/76, com redação dada pela

Lei n. 10.303, de 31 de outubro de 2001. Da mesma forma, a Lei Complementar n. 105/2001, em seu art.2º, §4º, inciso II, prevê tal possibilidade.

Nota-se, que por não se tratar de tratado, mas sim de convênio – *soft law* – não há ser arguida a inconstitucionalidade dessas normas. E, repita-se, não se trata de mera diferença de nomenclatura, mas sim da própria natureza jurídica, com as consequências que lhes são inerentes. Tratados, convenções ou quaisquer que sejam as nomenclaturas adotadas para esses acordos, são eles obrigatórios, precisos e há delegação de autoridades para aplicá-los, enquanto o mesmo não ocorre com instrumentos de *soft law*. A falta de obrigatoriedade caracterizada pela ausência de vinculação expressamente estabelecida justifica a sua exclusão da previsão constitucional.

Ponto interessante que pode levantar dúvidas refere-se à eventual possibilidade de constar de forma expressa em determinado memorando de entendimento, tratar-se de documento vinculante. Nesse caso, poderia o Estado ser responsabilizado internacionalmente em razão de seu descumprimento? Seria, ainda assim, constitucional o instrumento de cooperação celebrado pela autoridade reguladora?

A questão levantada refere-se à hipótese não encontrada na prática, pois, como já visto, em todos os acordos, bilaterais e multilaterais, firmados pela CVM há sempre expressa disposição acerca da sua não vinculação. Para responder essa pergunta hipotética há que se recorrer não somente às regras concernentes a tratados, mas também às regras aplicáveis à responsabilidade estatal. Nesse caso deve ser ponderado se as condutas internacionais adotadas por órgãos internos de Estados, ainda que não autorizados para tal, têm a capacidade de vinculá-los.

O ponto de início para a resposta está no art.2º do relatório sobre responsabilidade de estados por ilícitos internacionais, adotado pela Comissão de Direito Internacional da ONU em 2001 e aprovada pela Assembleia Geral da Organização Internacional[191] (FITMAURICE & ELIAS, 2005, p.32). Esse artigo estabelece haver ilícito internacional atribuível ao Estado quando a conduta, omissiva ou ativa, (i) for a ele atribuível com base nas leis internacionais e (ii) caracterizar-se como quebra de obrigação internacional assumida pelo Estado. Em sequência, o art.4º estabelece quando a conduta pode ser atribuída ao Estado da seguinte forma:

[191] O documento é denominado de "*Responsability of States for Internationally Wrongful Acts 2001*" e está disponível em http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf, acesso em 24.06.2015;

> *"The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central Government or of a territorial unit of the State.*"

Diante desse quadro, questiona-se se acordo administrativo celebrado por agente do Estado – como a autoridade reguladora – poderia gerar responsabilidade do Estado ao criar obrigação internacional de natureza vinculante ou se apenas o agente estatal estaria vinculado à obrigação, quando, então, eventual descumprimento não resultaria em responsabilização do Estado, mas tão somente do agente? Respondendo a esse ponto, KLABBERS entende que o fato de agentes estatais não serem dotados de personalidade jurídica internacional, por si só, não os impediria de assumir obrigações vinculantes na esfera internacional. Para ele, o Estado, ao permitir que seus agentes internos celebrem acordos administrativos que criam direitos e obrigações internacionais, assumem os ônus de eventual descumprimento, podendo, por consequência, ser responsabilizado (1996, p.101/103).

No mesmo sentido defende LORD MCNAIR, para quem o importante é ressaltar que, ao final, não há como se omitir o fato de que as partes realmente contratantes são os Estados, já que esses são sempre representados por agentes. Para ele:

> "*It is necessary to insist upon this point, because any notion that an Agreement expressed to be made between Governments or Government Departments bind only those Governments might have a tendency to impair the binding character of such agreements by encouraging the subsequent Governments, perhaps of a political complexion completely different from the Government which made the agreement, to repudiate them*". (LORD MCNAIR, 1986, p.20)

Dessa forma, constata-se que a celebração de Memorandos de Entendimento sem cláusula expressa de não vinculação, teria como efeito a vinculação internacional do Estado, ainda que possa ter sua validade questionada no plano interno. Nesse caso, como somente cabe ao Presidente da República vincular-se internacionalmente, seria claramente inconstitucional o instrumento de cooperação. No entanto, como já ressaltado, o fato de o instrumento ser considerado inconstitucional no plano interno não isenta o Estado de responsabilidade internacional, salvo em hipóteses excepcionalíssimas, razão pela qual, ainda assim, estaria o Estado vinculado.

Ressalta-se, portanto, a relevância da cláusula de não vinculação contida em todos os memorandos de entendimento, bilaterais e multilateral, celebrados pela CVM. Isso porque, ao ser admitido como *soft law* não vincula o Estado em eventual descumprimento e, por consequência, está excluído da hipótese do art.84, VIII da Constituição Federal, não havendo, dessa forma, vício de constitucionalidade.

Por outro lado, também não haveria vedação constitucional em razão do inciso VII do art.84, pois a atuação da CVM frente a outras entidades estrangeiras congêneres e no âmbito da IOSCO não pode ser caracterizada como "relações com Estados estrangeiros". Não há necessidade da ampla legitimidade exigida em relações diretas com Estados estrangeiros, já que a posição da autoridade reguladora não representa a posição do Estado, mas sim da instituição vista de forma isolada.

4.2. Auxílio Direto e o *Exequatur*

Outro ponto que poderia levantar dúvidas quanto à sua constitucionalidade decorre da interpretação quanto à possibilidade de ser criado instrumento de auxílio direto sem previsão em tratado. A questão aqui tratada não se limitaria especificamente ao instituto do auxílio direto no mercado de capitais, mas, de forma geral, abarcaria qualquer forma de cooperação jurídica internacional que preveja o auxílio direto.

Como já visto no item 2.3.1, ao tratarmos de auxílio direto como gênero, existem tratados internacionais dos quais o Brasil é parte que contam com sua previsão legal, embora o auxílio direto realizado no mercado de capitais não decorra de instrumentos de *hard law* internacional. Nota-se, assim, a "aparente necessidade" de serem distinguidas as hipóteses de auxílio direto previsto em tratados daqueles que não são regulados por esses instrumentos vinculantes.

E por que "aparente necessidade"? Na verdade, não se trata de real distinção. A previsão do instituto do auxílio direto em tratado ou em lei ordinária não deve ser tratada de forma distinta. Isso porque não é o fato de haver tratado internacional regulando a matéria que tem o condão de garantir a sua constitucionalidade.

A jurisprudência brasileira, historicamente, adota a teoria do monismo moderado, segundo a qual o direito interno e o internacional, após devidamente internalizado, estariam no mesmo nível hierárquico, prevalecendo o posterior sobre o anterior (*lex posterior derogat priori*). Ainda que esse posicionamento seja criticado por grande parte da doutrina, ao defender a teoria monista radical com prevalência do direito internacional sobre o nacional,

desde há muito prevalece na jurisprudência entendimento diverso (BARROSO e TIBURCIO, 2013, p.177/180).

Costuma-se mencionar a decisão proferida pelo STF nos autos do RE n.º 80.004[192] como mais famoso precedente a abraçar a teoria monista moderada no país (BARROSO e TIBURCIO, 2013, p.182). A decisão analisava a aplicação do Decreto-Lei n.º 427, de 22 de janeiro de 1969, que instituiu o registro obrigatório de notas promissórias em repartições fazendárias, sob pena de nulidade. Ocorre que a Lei Uniforme de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, ratificada pelo Brasil[193] e anterior, não previa tal exigência. Na oportunidade, segundo o STF:

> "Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do país, disso decorrendo a constitucionalidade e consequente validade do Decreto-Lei 427/69 que instituiu o registro obrigatório da Nota Promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título."

Destaca-se, no entanto, que antes mesmo dessa decisão a jurisprudência brasileira já trilhava esse caminho. Embora alguns doutrinadores interpretassem de forma diversa as decisões anteriores, segundo BARROSO e TIBURCIO (2013, p.183), em razão da visão distorcida que detinham como decorrência da crença na primazia do direito internacional, DOLINGER (2003, p.106/107) bem identificou que a orientação já vinha de longa data. Com efeito, de acordo com o autor, já em 1968, no julgamento do Conflito de Jurisdição 4.663[194], o STF manifestava entendimento no sentido de que os tratados estariam no mesmo plano das leis internas, apesar de a jurisprudência ser então vacilante, com decisões garantindo a primazia do tratado em algumas situações[195].

Para tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, porém, a própria jurisprudência já vinha admitindo tratamento diferenciado, sobrepondo-os às leis ordinárias, embora não tenham status de norma constitucional. De acordo com BARROSO e TIBURCIO (2013, p.219/220), a tese que já era defendida pela doutrina acabou sendo consagrada pelo STF no julgamento do HC n.º 87.585/TO[196], com suporte no art.5º, §2º, da CRFB[197].

---

[192] STF, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, DJU 28.12.1977

[193] Promulgada pelo Decreto n.º 57.663, de 24 de junho de 1966.

[194] STF, CJ 4.663, Rel. Min. Eloy da Rocha, RTJ 48/76.

[195] STF, RE 71.154, RTJ 58/71;

[196] STF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 26.06.2009;

Mais recentemente, com a promulgação da EC n.º 45/2004, foi incluído o §3º no artigo 5º, da CRFB, estabelecendo que:

> "Art.5º, §3º - Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

Com isso, estabeleceu-se especial mecanismo de atribuição de hierarquia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos aprovados com o quórum qualificado ali previsto. Garantiu-se, assim, eficácia qualificada a esses tratados, com prevalência sobre legislação infraconstitucional, ainda que posterior, passando eles a integrar o "bloco de constitucionalidade". A partir daí podem servir de parâmetro para controle de constitucionalidade de outras normas e, por tornarem-se cláusulas pétreas, não podem ser objeto de denúncia pelo Presidente da República (BARROSO e TIBURCIO, 2013, p.219).

Constata-se, assim, como regra, a prevalência do entendimento no sentido de que os tratados são internalizados com força de lei ordinária, à exceção daqueles que tratem de direitos humanos e sejam aprovados na forma do art.5º, §3º, da CRFB. Dessa forma, não há qualquer argumento válido que possa sustentar a transmutação de determinado instituto de inconstitucional para constitucional em razão de sua mera previsão em tratado. Ademais, note-se, especificamente no que se refere ao auxílio direto prestado no mercado de capitais, haver expressa previsão legal para sua criação[198] (art.10 da Lei n. 6.385/76 e art.2º, §4º, II, da LC 105/2001), motivo pelo qual, da mesma forma que ocorre com tratados, estaria ele legitimado também pela legislação infraconstitucional.

Não há, portanto, ao nosso ver, qualquer motivo para diferenciar o auxílio direto feito pela CVM, com suporte na Lei n.º 6.385/76 e na Lei Complementar n.º 105/2001, de qualquer outra espécie de auxílio direto previsto em tratados internacionais quanto a esse ponto. O fato de tratar-se de auxílio direto realizado com fundamento em lei ordinária e não com suporte em tratado não o torna inconstitucional.

---

[197] Art.5º, §2º - Os direitos e garantias expressas nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

[198] Importante ressaltar, como já visto, que, a partir de 2016, com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil – Lei n. 13.105/2015 – haverá previsão genérica do auxílio direto, ampliando, ainda mais, as possibilidades de cooperação jurídica internacional no país.

Ultrapassado esse ponto, questiona-se: seria correto o posicionamento do STF, proferido nos autos do HC 85.588, no sentido de que, por determinação expressa da Constituição Federal, o sistema pátrio de cooperação jurídica internacional consagraria a necessidade de pronunciamentos judiciais estrangeiros estarem necessariamente sujeitos à prévia apreciação do STJ, nos termos do artigo 105, inciso I, alínea 'i', CRFB? Mais uma vez, parece-nos que não.

Ora, é característica do auxílio direto a inexistência de prévia decisão jurisdicional no Estado estrangeiro requerente acerca do tema proposto. Esse é, inclusive, um dos principais pontos de diferenciação entre carta rogatória e auxílio direto. Enquanto para cartas rogatórias o Estado rogado limita-se a analisar o cumprimento das formalidades exigidas, pois a decisão já foi tomada pelo órgão jurisdicional estrangeiro, no auxílio direto há ampla análise da matéria meritória pela autoridade brasileira responsável pelo seu cumprimento, seja a atividade requerida de natureza jurisdicional ou administrativa. A decisão proferida nos autos do HC 85.588 partiu, portanto, de premissa equivocada, ao considerar haver necessidade de controle do pronunciamento judicial estrangeiro pelo STJ, embora não houvesse, no caso concreto, qualquer pronunciamento judicial a ser analisado.

Mesmo que assim não fosse, parece-nos que o comando contido no art.105, inciso I, alínea 'i' da CRFB é regra de competência, não havendo obrigatoriedade de sujeição de todos os pronunciamentos judiciais estrangeiros ao STJ. Esse posicionamento foi bastante explorado quando tratamos, no item 2.1.1, do cumprimento de cartas rogatórias no âmbito do Mercosul. Na forma ali tratada, não haveria qualquer ilegalidade a criação de situações excepcionais que, sem esvaziar completamente a regra de competência constitucional e desde que plenamente justificáveis, estabelecessem a possibilidade de cumprimento de cartas rogatórias de forma direta, sem a necessidade de concessão de *exequatur*. Exemplo de situação excepcional que autoriza o cumprimento direto de cartas rogatórias transfronteiriças está, como já visto, na Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias e no Protocolo de Ouro Preto, respectivamente em seus artigos 7º e 19º.

É certo, porém, que ainda não houve análise conclusiva de Tribunais Superiores acerca da constitucionalidade dessa previsão contida nos tratados, no entanto, esse entendimento parece ser o mais consentâneo não só com o texto constitucional, mas também com o atual estágio das relações internacionais.

Dessa forma, se mesmo para situações em que haja, efetivamente, pronunciamento judicial de autoridade jurisdicional estrangeira poderia haver cumprimento direto, sem necessidade de *exequatur*, em se tratando de auxílio direto não há qualquer exigência ou

impedimento constitucional a inviabilizar o cumprimento direto da medida. Não funciona, portanto, o Poder Judiciário, como órgão de controle obrigatório de qualquer forma de cooperação jurídica internacional.

As medidas requeridas que não exijam o conhecimento prévio do Poder Judiciário podem ser cumpridas diretamente pelas autoridades centrais indicadas em tratados ou na legislação interna, sem que haja qualquer violação da Constituição Federal nesse ponto. E mesmo matérias eventuais submetidas à reserva de jurisdição poderiam ser encaminhadas, pela autoridade central, ao juízo federal de primeira instância, sem que fosse caracterizada usurpação da competência do STJ. Não haveria que se cogitar, portanto, em necessária concessão de *exequatur*.

Poderia surgir, por fim, dúvidas quanto ao limite de atuação das autoridades centrais e de quais matérias estariam submetidas à reserva de jurisdição.

4.3. Limite da Troca de Informações

Com efeito, ponto que pode gerar grandes controvérsias refere-se aos limites de atuação das autoridades administrativas no cumprimento de solicitações de auxílio direto. Até o momento os argumentos focaram na constitucionalidade do instituto do auxílio direto no mercado de capitais seja porque, por ser instrumento de *soft law*, estaria excluído das amarras trazidas pelo art.84, incisos VII e VIII da CRFB, seja porque o fato de não haver previsão constitucional de forma alguma o inviabiliza. No entanto, os limites de atuação da autoridade administrativa devem ser analisados, ponderando-se quando as medidas solicitadas podem ser cumpridas diretamente e quando precisariam tramitar perante o Poder Judiciário, ainda que na primeira instância da Justiça Federal.

Existem informações que, por não serem potencialmente lesivas a qualquer direito fundamental, podem ser livremente transferidas. São elas as informações de natureza pública, como, por exemplo, orientações acerca da aplicação de determinada legislação brasileira, certidões sobre situação de processos que tramitam no país e a mera transferência de dados cadastrais.

Nesse último sentido, há que mencionar decisão proferida no STJ nos autos do RMS n.º 36.598/RN[199], ressaltando que:

[199] STJ, RMS 36.598/RN, Rel. Min. Jorge Mussi, j.22.08.2012.

> "os dados cadastrais dos usuários de internet não estão abrangidos pela tutela que se confere aos direitos à intimidade, como aqueles 'relativos à convivência privada, como relações médicas, bancárias, fiscais e de clientela, por exemplo, nas quais constam informações sobre a forma como vive o indivíduo, e que não dizem respeito a terceiros' (e-STJ fl. 319). Certamente, são dados privativos, mas elementos de identificação em decorrência da convivência social, não se conferindo a eles sigilosidade em razão da proteção constitucional a que se confere ao direito à intimidade e privacidade, como pretende a recorrente".

Da mesma forma, algumas diligências não dependem de autorização prévia do Poder Judiciário para serem realizadas. Dentre estas, pode-se mencionar a realização de intimação ou citação de parte ou interessado a pedido de entidade congênere estrangeira ou, ainda, a reprodução de documentos de natureza pública, como, por exemplo, o envio de cópia de processo judicial que tramita sem segredo de justiça. É certo porém, que no caso de ser realizada citação direta no Brasil, por exemplo, sem utilização de carta rogatória, poderá restar inviabilizada posterior homologação da sentença proferida no exterior. Isso porque a citação realizada por outro meio que não a carta rogatória resulta em impossibilidade de homologação, conforme manifestações reiteradas do STJ[200].

Por outro lado, existem casos em que há evidente reserva de jurisdição[201]. A interceptação telefônica, por exemplo, é matéria que necessariamente precisa passar pelo Poder Judiciário, não tendo a CVM autoridade para executá-la de forma direta. Ainda assim, para que seja possível requerer ao Poder Judiciário essa medida excepcional, deverão estar presentes os requisitos exigidos pela Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. Dessa forma, para cumprir eventual solicitação nesse sentido, haveria necessidade de a CVM atuar em conjunto com a autoridade policial ou Ministério Público Federal[202] e haverá estar presentes indícios razoáveis de autoria ou participação na infração penal, não podendo haver outros meios menos gravosos de produção de prova e o tipo penal deve ser punível, no Brasil, com pena de reclusão[203].

---

[200] STJ SEC 10.154/EX, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 01.07.2014; STJ, SEC 1.483/LU, Corte Especial, DJ 29.04.2010; STJ SEC 2.493/DE, Corte Especial, DJ 25.06.2009.

[201] O postulado da reserva de jurisdição estabelece a submissão de determinadas matérias ao âmbito exclusivo de ação dos magistrados.

[202] Lei 9.296/96, Art.3º - Art. 3° A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento: I - da autoridade policial, na investigação criminal; II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

[203] Lei 9.296/96, Art.2º - Art. 2° Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

Importante ressaltar que se o ilícito investigado no exterior não caracterizar também crime no Brasil e não puder aqui ser punido, ficará difícil sustentar a produção da prova pretendida. Nota-se, porém, que esse ponto parece chocar-se com o disposto no art.7, c, do MMoU da IOSCO[204], ao estabelecer que o fato de o objeto da investigação não ser também ilícito no país da Autoridade Requerida não pode servir de escusa para o não cumprimento do pedido de assistência. Isso porque a legislação nacional não permitirá esse tipo de produção de prova se o fato apurado no exterior não for punido com reclusão no Brasil.

O mesmo ocorre em casos em que a própria CVM também precisaria ajuizar demandas judiciais para obter a prova pretendida. Exemplo disso é a obtenção de dados telefônicos com o objetivo de identificar ligações feitas por investigados. Não tem a Autarquia poderes para requisitar tais informações diretamente às companhias telefônicas, na qualidade de terceiro, quando então tem que recorrer ao Poder Judiciário para satisfação de sua pretensão probatória. A CVM, por meio de sua Procuradoria Federal Especializada, tem obtido êxito em requerimentos judiciais para quebra do sigilo de dados telefônicos quando há elementos suficientes que indiquem a ocorrência de ilícito no âmbito do mercado de capitais. As experiências exitosas podem ser apontadas em casos de investigação de uso indevido de informações privilegiadas – *insider trading* – quando esse tipo de prova é relevante para o alcance da conclusão final pela ocorrência ou não do ilícito.

Nessas hipóteses, como a própria CVM deve recorrer ao Poder Judiciário, é certo que qualquer solicitação de entidade congênere que envolva a quebra de sigilo de dados telefônicos necessariamente deverá tramitar pela mesma via. Destarte, havendo pedido de assistência internacional nesse sentido deverá a CVM formular o pedido judicial com base nas justificativas apresentadas pelo órgão estrangeiro.

A controvérsia, no entanto, gira em torno da possibilidade de troca direta de informações sigilosas protegidas pela Lei Complementar 105/2001, que dispõe sobre o sigilo das operações financeiras de instituições financeiras.

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção. Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada;

[204] 7. Scope of Assistance. (...) c) Assistance will not be denied based on the fact that the type of conduct under investigation would not be a violation of the Laws and Regulations of the Requested Authority.

4.3.1. Acesso Direto a Informações Sigilosas

Quanto ao ponto, deve-se ponderar que a garantia de proteção ao sigilo bancário está prevista implicitamente na Constituição Federal ao tratar do direito à incolumidade da intimidade e da vida privada (art.5º, X). De acordo com o STF[205], haveria clara relação entre o sigilo bancário e o direito à privacidade e à intimidade, especialmente diante do fato de que, por meio de dados bancários, seria possível ter acesso a aspectos da vida privada, costumes e estilo de vida de determinado cidadão[206].

É certo, porém, que mesmo tratando-se de garantia constitucional, pode ela ser relativizada, na medida em que não há direitos absolutos. O STF, por diversas vezes, já manifestou esse entendimento[207]. Dessa forma, não pode ser o sigilo bancário oposto de forma absoluta como impedimento a qualquer tipo de investigação. Não permanecem dúvidas de que o Poder Judiciário tem poderes para afastar o sigilo bancário de forma a permitir o seu acesso a terceiros. A questão que permanece, porém, é se estaria submetido à reserva de jurisdição o acesso a informações bancárias por entes públicos, como a CVM.

Antes, porém, de adentrarmos na questão, há que se ponderar se o acesso a informações bancárias por parte do ente regulador poderia ser caracterizado como quebra de sigilo bancário. Nota-se que o art.1º da LC 105/2001, ao estabelecer que as instituições financeiras devem conservar sigilo das operações bancárias, conceitua, em seu §3º, não constituir violação do dever de sigilo as seguintes situações:

> "I – a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central

[205] Importante registrar que, embora amplamente majoritária essa posição, existem vozes dissonantes. O Min. Francisco Rezek, em voto vencido proferido nos autos do MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10.05.1995, deixou claro seu posicionamento no sentido de que "o sigilo bancário só existe no Direito brasileiro por força de lei ordinária. Não entendo que se cuide de garantia com status constitucional. Não se trata da intimidade protegida no inciso X do art.5o da Constituição Federal".

[206] Nesse sentido, vide MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j.10.05.1995;

[207] STF, PET-QO 577, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 25/03/1992, "Não é ele um direito absoluto, devendo ceder, é certo, diante do interesse público, do interesse da justiça, do interesse social, conforme, aliás, tem decidido esta Corte"; STF, MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, "(...) o direito ao sigilo bancário é um direito individual, mas não absoluto, porque cede diante do interesse público"; STF, AC 33, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/11/2010, "(...) vivemos em uma sociedade complexa, em que é preciso ponderar inúmeros princípios (...). São circunstâncias da vida em que o bem coletivo, a segurança de todos, a prevenção e a repressão das infrações prevalecem sobre a conveniência individual, guardados critérios de necessidade, moderação e respeito"; STF, RE 418.416, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 05/10/2006, "(...) nenhum direito fundamental é absoluto; ele cede diante do interesse maior da coletividade, sobretudo à luz de um caso concreto. A cláusula constitucional abrigada no art. 5o, inc. X, não confere imunidade absoluta ao sigilo bancário (...)"

> do Brasil;
> II - o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;
> III – o fornecimento das informações de que trata o § 2o do art. 11 da Lei no 9.311, de 24 de outubro de 1996;
> IV – a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa;
> V – a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados;
> VI – a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2o, 3o, 4o, 5o, 6o, 7o e 9 desta Lei Complementar."

Em seu §4º, por sua vez, estão expressos os casos em que poderá ser decretada a quebra do sigilo. Pode o juiz fazê-lo quando necessária para apuração de ocorrência de ilícitos de natureza criminal em qualquer fase de inquérito ou de processo judicial. Deve-se notar, de início, a diferença de tratamento entre um e outro caso. Enquanto que no primeiro a própria lei estabelece não haver violação de dever de sigilo na transmissão de informações bancárias, no último há comando claro no sentido de autorizar a quebra em determinadas situações.

Continuando a análise da LC 105/2001, constata-se em seu art.2º que o dever de sigilo é extensivo ao Banco Central do Brasil e à CVM (art.2º, §3º), não podendo as instituições financeiras opor sigilo a essas Autarquias quando estiverem no desempenho de suas funções.

Constata-se, assim, que a LC 105/2001 não classifica o acesso direto da CVM e do Banco Central do Brasil a dados bancários mantidos por instituições financeiras como quebra de sigilo. Com efeito, nesse caso haveria mera transferência dos dados sigilosos, sem sua efetiva quebra. Isso porque a quebra do sigilo bancário deve ser entendida como comunicação ou informação prestada a terceiros. E não é isso que ocorre no acesso legalmente previsto. Aqui, as informações são transferidas a entes estatais que devem manter o seu traço sigiloso, na medida em que seus agentes são obrigados a resguardar as informações manuseadas, sob pena de responsabilização penal e administrativa (CASTRO, 2003, p.14).

Dessa forma, ao nosso entender, haveria que se diferenciar "transferência" de "quebra" de sigilo. No caso de acesso às informações bancárias pela CVM, no exercício de suas atribuições e em conformidade com a LC 105/2001, haveria transferência do sigilo. Nesse caso, devem as informações obtidas ser usadas exclusivamente para os fins colimados, com todo o zelo inerente à atuação administrativa. Eventual quebra indevida das informações

transferidas, por meio de sua indevida divulgação, importaria em responsabilização penal do agente que deu causa, com previsão de pena de reclusão de um a quatro anos e multa, na forma do art.10 da LC 105/2001[208].

O tema, porém, é bastante controverso, devendo ser examinado como o STF tem tratado a matéria.

4.3.1.1. O STF e o Acesso Direto às Informações Sigilosas

Não localizamos decisões específicas no STF, no período de vigência da LC 105/2001, acerca da possibilidade de obtenção de informações bancárias pelo Banco Central do Brasil ou pela CVM, na forma estabelecida no art.2º, §1º e §3º da LC n.º 105/2001[209]. Para o período anterior ao advento da LC 105/2001, quando o sigilo bancário era regulado pela Lei n.º 4.595/64, há decisão do STF no sentido de que o poder de fiscalização do Banco Central não compreenderia a possibilidade de ingressar na esfera privada das contas dos dirigentes das instituições financeiras fiscalizadas. A decisão foi proferida pela Primeira Turma do STF nos autos do RE 461.366-2[210]. Na oportunidade os Ministros Sepúlveda Pertence e Carlos Britto foram favoráveis à possibilidade e transferência de sigilo para o Banco Central, enquanto que os ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Carmen Lúcia foram contrários, alegando haver caracterização de quebra indevida pelo Banco Central.

Nos autos do Inquérito n.º 2.245/MG[211], que apurou a existência do denominado "Mensalão", houve discussões acerca da constitucionalidade da previsão legal que determina a comunicação, pelo Banco Central do Brasil, ao Ministério Público Federal de ilícitos,

---

[208] Art. 10. A quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar, constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis. Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem omitir, retardar injustificadamente ou prestar falsamente as informações requeridas nos termos desta Lei Complementar

[209] Art. 2º O dever de sigilo é extensivo ao Banco Central do Brasil, em relação às operações que realizar e às informações que obtiver no exercício de suas atribuições. § 1º O sigilo, inclusive quanto a contas de depósitos, aplicações e investimentos mantidos em instituições financeiras, não pode ser oposto ao Banco Central do Brasil: I – no desempenho de suas funções de fiscalização, compreendendo a apuração, a qualquer tempo, de ilícitos praticados por controladores, administradores, membros de conselhos estatutários, gerentes, mandatários e prepostos de instituições financeiras; II – ao proceder a inquérito em instituição financeira submetida a regime especial. §3º O disposto neste artigo aplica-se à Comissão de Valores Mobiliários, quando se tratar de fiscalização de operações e serviços no mercado de valores mobiliários, inclusive nas instituições financeiras que sejam companhias abertas.

[210] STF, RE 461.366-2, Rel. Min. Marco Aurélio, j.03.08.2007.

[211] STF, INQ 2.245/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJ 09.11.2007.

acompanhada de extratos bancários que demonstrem sua materialidade, na forma autorizada pelo art.1º, §3º, IV da LC n.º 105/2001[212].

As discussões no feito não alcançaram uma conclusão, na medida em que a questão foi considerada prejudicada ao ser esclarecido pelo Min. Joaquim Barbosa que os documentos anexados aos autos eram oriundos de quebra regularmente determinada por Comissão Parlamentar de Inquérito e não de documentação enviada diretamente pelo Banco Central ao MPF. Quanto a esse ponto o STF já entendia ser possível a quebra de sigilo determinada por Comissão Parlamentar de Inquérito, na medida em que detém ela poderes de investigação próprios de autoridades judiciais, na forma do art.58, §3º da Constituição Federal[213]. Essa posição havia há muito sido manifestada pelo STF, conforme decisão proferida nos autos do MS n.º 23.851/DF[214]. Antes de se alcançar essa conclusão, no entanto, houve intenso debate acerca da possibilidade de comunicação direta de ilícito, pelo Banco Central, ao MPF com envio de documentos sigilosos.

Para o Min. Gilmar Mendes os relatórios detidos pelo Banco Central seriam sigilosos e o fornecimento direto ao MPF importaria em quebra de sigilo não autorizada, tornando as provas ilícitas. Os Ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Eros Grau acompanharam o Min. Gilmar Mendes.

Seguindo também esse mesmo entendimento, o Min. Marco Aurélio ressaltou que o art.1º, §3º, inciso IV da LC n.º 105/2001 deveria ser harmonizado com a Constituição Federal, de forma a exigir sempre que a "autoridade competente" ali prevista fosse, necessariamente, autoridade judiciária.

O Min. Cezar Peluso, por sua vez, ao entender que a autoridade competente prevista na lei seria efetivamente o MPF, ressaltou não haver como o Banco Central comunicar a ocorrência do ilícito ao órgão ministerial e não enviar os dados sigiloso que, em regra, caracterizariam a sua materialidade. Assim, para ele, não haveria qualquer irregularidade na comunicação legalmente prevista, sob pena de inviabilizá-la.

---

[212] Art. 1º, § 3º: Não constitui violação do dever de sigilo: IV – a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa".

[213] Art. 58, § 3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

[214] STF, MS 23.851/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 26.09.2001;

Portanto, cinco ministros do STF manifestaram seu posicionamento contra a possibilidade da comunicação prevista no art. 1º, §3º, IV da LC n.º 105/2001, enquanto um ministro manifestou-se a favor. Os demais deixaram de se manifestar na medida em que a questão foi considerada prejudicada.

Todas as discussões realizadas enfrentaram a possibilidade de comunicação direta ao MPF, pelo Banco Central, com envio de documentos sigilosos que estavam em poder da Autarquia. Em momento algum levantou-se eventual inconstitucionalidade de o Banco Central ter acesso, ele próprio, a essas informações. Ou seja, não foi questionada a constitucionalidade do art.2º, §1º e §3º da LC n.º 105/2001. Assim, embora possa ter manifestação do entendimento de cinco ministros acerca da impossibilidade de divulgação a terceiros das informações sigilosas detidas pelo Banco Central do Brasil como decorrência do exercício de suas funções, em momento algum questionou-se a possibilidade de a Autarquia ter acesso direto a esses documentos.

E nem poderia ser diferente. Isso porque, considerar que para o desempenho de sua função fiscalizatória e sancionadora deveria o Banco Central recorrer ao Poder Judiciário tornaria inviável qualquer tipo de supervisão. Com efeito, a supervisão nem sempre é feita com base na existência prévia de indícios de irregularidades, mas sim por amostragem, quando então, diante dos documentos analisados – inclusive extratos bancários e outros documentos sigilosos – pode restar caracterizada alguma irregularidade passível de apuração e posterior punição. Se houvesse dependência do Poder Judiciário para obter acesso a esses documentos restariam inviabilizados procedimentos fiscalizatórios, na medida em que a concessão de autorização de quebra de sigilo bancário depende de prévios indícios acerca da existência de irregularidades. Como visto, nem sempre há indícios suficientes no início do procedimento fiscalizatória. Entender dessa forma importa em verdadeira subversão da ordem.

Matéria que foi mais discutida pelo Plenário do STF refere-se à possibilidade de acesso a dados protegidos pela LC n.º 105/2001 diretamente pelo fisco, com decisões aparentemente contraditórias julgadas no período de um mês. Enquanto na Ação Cautelar n.º 33[215] prevaleceu o entendimento no sentido de que poderia haver o acesso direto, no RE 389.808[216] a conclusão foi diversa[217]. Nessas demandas, a questão de fundo tratava da

[215] AC 33, Rel. Min. Marco Aurélio, j.24.11.2010;

[216] RE 389.808, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15.12.2010;

[217] A AC n.º 33 foi ajuizada perante o STF com o objetivo de dar efeito suspensivo ao RE 389.808, contudo, não foi a liminar referendada pelo Plenário do STF;

possibilidade de repasse de dados relativos à movimentação financeira com base na Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF) para fins de fiscalização, pela Receita Federal, no âmbito do Imposto de Renda. Na oportunidade questionavam-se os artigos 5º[218] e 6º[219] da LC n.º 105/2001.

Para melhor compreensão da conclusão alcançada pelo STF, há que se fazer análise um pouco mais detalhada das decisões proferidas em cada uma das ações.

4.3.1.1.1. Ação Cautelar n.º 33

No julgamento da AC n.º 33, o Min. Marco Aurélio deferiu a liminar sob o argumento de que somente caberia ao Poder Judiciário, como órgão equidistante, afastar o sigilo bancário. Sendo o Fisco sujeito da relação tributária, portanto, parte interessada, não poderia ter acesso direto às informações bancárias.

Divergiu do voto do Relator, no entanto, o Min. Joaquim Barbosa, indeferindo a liminar pretendida. Para ele a requisição de informações bancárias diretamente pela Administração Fazendária estaria devidamente autorizada pela LC 105/2001. Ressaltou que, como as Ações Diretas de Inconstitucionalidade que tratam da matéria ainda não tinham sido decididas pelo STF, prevaleceria o princípio da presunção de constitucionalidade da Lei em comento.

Seguindo a votação, os ministros Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski e Celso Mello acompanharam o Ministro Relator no sentido da impossibilidade da quebra de sigilo direta pelo Fisco. Para ele o pedido de acesso a dados bancários deveria passar, necessariamente, pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, os ministros Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Carmen Lúcia e Dias Toffoli alinharam-se à divergência aberta pelo Min. Joaquim Barbosa, ainda que cada um tenha levantado pontos específicos. Nesse sentido, ressaltou o Min. Dias Toffoli que:

> "(...) aqui não se trata de quebra de sigilo, trata-se, na verdade, de uma transferência de dados sigilosos de um determinado portador de

[218] Art. 5o O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços";

[219] Art. 6o As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente".

> dados, que tem o dever de sigilo, para um outro, que manterá a obrigação desse sigilo".

No mesmo sentido foi o voto da Min Carmen Lúcia, para quem:

> "(...) também não vislumbro, aqui, agressão aos direitos fundamentais, uma vez que não me parece que tenha havido quebra da privacidade; uma vez que não está autorizado por lei a dar a público, mas apenas a transferir para um outro órgão da administração, para cumprimento das finalidades da Administração Pública, aqueles dados".

Essa posição já havia sido manifestada, ainda em 2007, pelo Min. Sepúlveda Pertence, em voto vencido, quando do julgamento, pela Primeira Turma do STF, do RE n.º 461.366[220], ao assim esclarecer:

> "O que está realmente preocupando é a impunidade das quebras verdadeiras; quer dizer, não da transferência de sigilo para uma autoridade responsável, mas o popular vazamento de informações sob sigilo".

Com esse entendimento, por seis a quatro foi indeferida a liminar na ação cautelar, prevalecendo a posição pela constitucionalidade da regra disposta no art.6º da LC n.º 105/2001. Deve-se ressaltar que, na oportunidade, o STF estava com dez membros, na medida em que o Min. Eros Grau aposentara-se em 02.09.2010 e seu substituto ainda não havia sido escolhido.

4.3.1.1.2. Recurso Extraordinário n.º 389.808

No mês seguinte, em dezembro de 2010, foi realizado o julgamento do RE n.º 389.808. Inicialmente deve-se considerar o contexto em que foi realizada a votação. O Min. Joaquim Barbosa, que havia iniciado a divergência no julgamento da AC n.º 33, estava licenciado, razão pela qual não votou. Integrava, então, o Plenário, nove Ministros. Desses, na sessão do mês anterior, cinco votaram pela possibilidade de acesso direto pelo Fisco e quatro pela impossibilidade.

Ocorre que, iniciado o julgamento, após serem proferidos os votos dos Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Carmen Lúcia e Carlos Britto, mantendo

---

[220] Vide nota 210.

a posição por eles adotada no mês anterior, o Ministro Gilmar Mendes alterou seu voto e passou a entender que a quebra de sigilo estaria sujeita ao princípio da reserva de jurisdição, razão pela qual não poderia o Fisco obter diretamente as informações. Diante do novo entendimento, foi dado provimento ao Recurso Extraordinário para inviabilizar o acesso direito pretendido pelo Fisco e preconizado pela LC n.º 105/2001.

Nota-se que essa decisão prevaleceu em razão da composição eventual naquela oportunidade. Com efeito, a decisão anterior de seis a quatro foi revertida com nova decisão de cinco a quatro, como decorrência da ausência de um Ministro. Na oportunidade houve tentativa, por parte da Min. Ellen Gracie, de pedido de vistas como manobra para evitar decisões contraditórias em tão curto período, a depender da composição eventual do Tribunal. Foi ela, no entanto, demovida da ideia a acabou proferindo seu voto.

Dessa forma, considerando que as decisões proferidas não têm caráter vinculante e sendo certo que foram produzidas em situações excepcionalíssimas, não há ainda como se afirmar existir firme posição do STF acerca da matéria. Assim sendo, como exposto no item 4.3.1, deve ser mantido o entendimento sobre a diferenciação entre transferência e quebra de sigilo, defendendo que o acesso, pela CVM, no exercício de sua função fiscalizatória, a informações sigilosas protegidas pela LC n.º 105/2001, não caracteriza quebra de sigilo, mas mera transferência, que não pressupõe reserva de jurisdição.

4.3.2. Intercâmbio de Informações Sigilosas

Feitas essas considerações e partindo do entendimento defendido acerca da possibilidade de acesso direto, pela CVM, às informações bancárias quando no exercício de suas atribuições, deve-se ponderar, por fim, eventual possibilidade de transferência das mesmas às entidades congêneres no exterior como decorrência de pedido de assistência formulada nos termos dos Memorandos de Entendimento firmados pela Autarquia.

A LC n.º 105/2001, em seu art.2º, §4º, II, b[221], estabelece a possibilidade de a CVM e o Banco Central firmarem convênios com entidades fiscalizadoras congêneres estrangeiras para intercâmbio de informações referentes a aplicação, negociação, ocultação ou

[221] § 4º O Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários, em suas áreas de competência, poderão firmar convênios: (....) II - com bancos centrais ou entidades fiscalizadoras de outros países, objetivando:(...) b) a cooperação mútua e o intercâmbio de informações para a investigação de atividades ou operações que impliquem aplicação, negociação, ocultação ou transferência de ativos financeiros e de valores mobiliários relacionados com a prática de condutas ilícitas.

transferência de ativos financeiros e de valores mobiliários relacionados à prática de condutas ilícitas.

Por sua vez, o art.1º, §3º, VI, da mesma Lei Complementar, estabelece não constituir violação do dever de sigilo a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos em diversas de seus artigos, incluindo o art.2º.

Como já referido, mais consentânea parece a posição no sentido de que a regra contida nesse dispositivo não trata como quebra de sigilo a mera transferência nas hipóteses taxativas ali previstas. A própria lei, por outro lado, prevê a possibilidade de acordos com entidades congêneres, de cooperação mútua, para intercâmbio das informações por ela protegidas. Há, portanto, explícita autorização legal de transferência de sigilo bancário para entidades congêneres no exterior.

Ocorre que, como ressaltado, somente pode-se falar em transferência de sigilo se a autoridade receptora da informação também tiver compromisso de manter o sigilo da informação. Isso porque a transferência para terceiro que não tenha esse compromisso importaria em verdadeira quebra de sigilo indevido, na medida em que surgiria forte possibilidade de vazamento das informações.

Nesse ponto é importante ressaltar análise já feita, no item 3.1.1, dos termos dos memorandos de entendimento dos quais a CVM é parte. Em todos os acordos firmados há expressa limitação quanto ao uso das informações fornecidas, devendo elas serem tratadas como confidenciais, ainda que não sejam abraçadas formalmente pelo sigilo no país de origem. Com o objetivo de garantir a manutenção do sigilo, exige-se que as informações deverão ser utilizadas tão somente para os fins estabelecidos no acordo. Qualquer desvio de finalidade deve ser previamente comunicado e expressamente consentido pela autoridade requerida, com exceção, neste último ponto, dos casos em que haja determinação legal no país da autoridade requerente do compartilhamento da informação com outras autoridades.

Há, portanto, preocupação nos instrumentos firmados de manutenção do sigilo de forma a reforçar, ainda mais, o entendimento de que estaríamos diante de transferência de sigilo legalmente autorizada. Não há, portanto, que se cogitar em quebra de sigilo e, por consequência, de reserva de jurisdição.

Com essas conclusões, parece-nos não haver qualquer inconstitucionalidade no auxílio direto, instrumento de cooperação jurídica internacional utilizado pela CVM no âmbito do mercado de capitais.

CONCLUSÕES

Diante da interconexão hoje presente no mundo globalizado, a regulação do mercado financeiro assume importância ímpar. O modo pelo qual os países regulam os seus respectivos mercados podem resultar em manipulação do fluxo de investimentos estrangeiros, da mesma forma, pode colocar todo o sistema em risco. A quebra da confiança, especialmente no mercado de capitais – diante da grande participação de poupança popular – gera impactos globais, crescendo o interesse das nações na elaboração de regras uniformes e estáveis que possam trazer segurança ao investidor e às economias nacionais. Dentro desse contexto de internacionalização, assume relevante papel a cooperação jurídica internacional, ao permitir a troca de experiências, o intercâmbio de informações e a realização de diligências, aproximando diferentes jurisdições.

A cooperação jurídica internacional pode ser realizada por intermédio de diversos instrumentos. Análise da arquitetura financeira internacional aponta a relevância de cada estrutura internacional no ambiente global, na medida em que cada organismo conta com características próprias e funções específicas, maior ou menor flexibilidade e celeridade na tomada de decisões. Entre as modalidades disponíveis, para o mercado de capitais optou-se pela criação da IOSCO, organismo transgovernamental transformado em organização global em 1983, integrado primordialmente pelas autoridades reguladoras dos países interessados na regulação transnacional das operações com valores mobiliários e derivativos.

Representando mais de 95% do mercado de capitais e futuros do mundo, a IOSCO estabelece princípios gerais de regulação de valores mobiliários e atua, por meio de seus órgãos, com o objetivo de capacitar seus membros e garantir o necessário intercâmbio de informações para o bom desenvolvimento do mercado e de suas operações. No interesse de viabilizar esse objetivo, em 2002 foi adotado o Memorando Multilateral de Entendimento da IOSCO – MMoU para substituir e unificar diferentes memorandos de entendimento bilaterais dos quais eram partes as autoridades reguladoras. A Comissão de Valores Mobiliários – CVM tornou-se parte do MMoU em 2009, unindo-se aos seus 105 membros.

No Brasil, os mecanismos internos tradicionais de cooperação jurídica internacional são a carta rogatória e a homologação de sentença estrangeira, atuando na vanguarda da cooperação o auxílio direto, ainda não muito bem compreendido pelos tribunais superiores.

Com o advento da Emenda Constitucional n.º 45/2004 e a consequente transferência do juízo de delibação do STF para o STJ houve considerável avanço no tratamento da

cooperação jurídica. Inicialmente por meio da Resolução n.º 9/2005 do STJ e, mais recentemente, em razão da Emenda Regimental n.º 18/2014, também do STJ, foram incorporados anseios até então limitados à doutrina. A possibilidade de medidas de urgência com contraditório diferido, de concessão de *exequatur* a cartas rogatórias que tenham objeto executório, entre outros avanços, passaram a constar expressamente na regulamentação infralegal dada à matéria. O Novo Código de Processo Civil, por sua vez, elevou ao patamar de lei ordinária algumas situações já previstas na regulamentação dos institutos.

Ainda assim, existem algumas questões que merecem tratamento mais claro. Ponto de relevância refere-se à eventual possibilidade de ser garantida eficácia de decisão estrangeira no Brasil, seja ela interlocutória ou definitiva, sem que haja necessário juízo de delibação pelo STJ. Vimos que a Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias de 1975 e o Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto de 1994 estabeleceram a possibilidade de dispensa de procedimento de *exequatur* pelo STJ às cartas rogatórias transfronteiriças. Da mesma forma, questiona-se a possibilidade de ser excepcionada a regra de homologação de sentenças estrangeiras pelo STJ para que surtam efeitos no país. Nesse sentido, destaca-se a inovadora disposição trazida pelo Novo CPC no sentido de que sentenças de divórcio consensual proferidas no exterior gozam de eficácia no Brasil, ainda que não homologadas.

Esses pontos estão intimamente ligados à interpretação que deve ser dada ao art.105, inciso I, alínea ‘i’ da CRFB, no sentido de que se trata de mera regra de competência para prolação do juízo de delibação, podendo, no entanto, ser excepcionada. Mesmo que essa interpretação encontre certa resistência, parece ser a leitura mais compatível com o ordenamento jurídico brasileiro e com o nível atual de desenvolvimento da cooperação jurídica internacional. Dessa forma, não há comando constitucional determinando que toda e qualquer medida jurisdicional estrangeira passe, obrigatoriamente, pelo juízo de delibação no STJ. Havendo, porém, necessidade de tal juízo, será o STJ competente para fazê-lo.

Nota-se, ainda, maior flexibilização das decisões mais recentes proferidas pelo STJ, ao admitir-se não só medidas estrangeiras de natureza executória no país, mas também ao viabilizar-se a quebra de sigilo bancário, fiscal, telefônico e telemático, de forma a garantir a continuidade de investigações e processos conduzidos no exterior. Há, portanto, avanços no contexto do tratamento dado à cooperação jurídica internacional.

O auxílio direto, por sua vez, ainda encontra algumas resistências nos Tribunais Superiores, em especial no STF, ao não ser previsto na Constituição Federal de 1988 e ter seu tratamento regulamentado somente pela legislação infraconstitucional. Regulamentado em tratados dos quais o Brasil, encontra ele, também, previsão na legislação ordinária e

complementar, ao estabelecerem a possibilidade de convênios com órgãos similares para assistência e cooperação na condução de investigações.

Há se ressaltar celeridade trazida pelo auxílio direto no cumprimento de solicitações de intercâmbio de informações e realização de diligências direta e administrativamente pela autoridade central, sem que seja descartada a possibilidade de recorrer-se ao Poder Judiciário quando a solicitação estiver sob reserva de jurisdição.

Quanto a esse ponto, o STF tem admitido a realização de diligências por meio do auxílio direto quando previsto em tratado, tratando-a como inconstitucional se não houver tal previsão. Como ressaltado, há certa incongruência nessas conclusões, na medida em que o tratado não tem o condão de transmutar matéria inconstitucional em constitucional. O STJ, por sua vez, tem aplicado o entendimento de que não haveria usurpação de competência na criação de hipóteses de auxílio direto. Nesses casos, deve ser encaminhado o pedido diretamente à autoridade administrativa responsável pelo seu cumprimento, na forma do revogado art.7º, parágrafo único, da Resolução n.º 9/2005, sucedido pelo art.216-O, §2º, do Regimento Interno do STJ.

No mercado de capitais brasileiro o instrumento utilizado para intercâmbio de informações com congêneres estrangeiros tem sido, por excelência, o auxílio direto. Fundado no art.10, da Lei n.º 6.385/76, e no art.2º, §4º, II, da LC n.º 105/2001, a CVM já celebrou diversos memorandos de entendimento bilaterais e ingressou, em 2009, como membro do MMoU da IOSCO. Verificado o conteúdo desses acordos, constata-se que, em todos eles, há expressa menção de que não são vinculantes (*non-binding*), razão pela qual eventual descumprimento não importa em responsabilização da autoridade parte ou mesmo do Estado do qual integram.

Por intermédio desse instrumento têm sido realizadas, rotineiramente, trocas de informações de interesse da CVM e de autoridades estrangeiras. A eficácia do auxílio direto pode ser constatado pela sua celeridade. Embora não existam dados concretos sobre o tempo de tramitação dos pedidos de assistência na Superintendência de Relações Internacionais, constata-se que o número de demandas atendidas em cada ano é bastante próximo ao número de demandas feitas, não havendo represamento relevante das solicitações. Tal fato sugere eficiência no cumprimento das solicitações internacionais.

A análise dos casos práticos faz transparecer a facilidade de utilização do instrumento pela CVM. Ressalta-se que o objeto da troca de informações e da cooperação vai além da mera transferência de dados públicos, incluindo, mas não se limitando, ao

intercâmbio de dados cobertos pelo sigilo bancário e à realização de diligências conjuntas, inclusive *on-site visits*.

Embora eficiente, há que se perquirir a constitucionalidade do auxílio direto na forma prevista pela CVM, sendo esse o ponto central deste estudo. Nesse passo, três principais questionamentos são apontados como potencialmente impeditivos à sua utilização, quais sejam: (i) eventual usurpação de competência privativa do Presidente da República, prevista no art.84, incisos VII e VIII, da Constituição Federal; (ii) eventual inconstitucionalidade da criação de instrumento de cooperação jurídica por meio de auxílio direto sem a necessidade de juízo de delibação prévio, na medida em que não há tratado específico regulamentando a matéria; e (iii) eventuais limites impostos às trocas de informações levadas a efeito e se são eles respeitados.

Para o item (i), ponderou-se que a privatividade do Presidente da República para manter relações com Estados estrangeiros e para celebrar tratados, convenções e acordos internacionais, justifica-se, pois as medidas de *hard law* adotadas vinculam o Estado. Diante da possibilidade de responsabilização internacional em caso de descumprimento, parece razoável e adequado que somente o Presidente da República, na qualidade de Chefe de Estado, ou pessoas por ele acreditado, tenha o poder de celebrar tratados. Também nas relações oficiais com outros Estados estrangeiros, ainda que não sejam firmados instrumentos de *hard law*, deverá o agente estar legitimado para representar a nação. Ao participar de encontros internacionais, o Chefe de Estado atua como representante de seu país, razão pela qual deve ter a devida legitimidade. É nesse sentido, portanto, que somente a ele cabe, de forma privativa, manter relações com Estados estrangeiros.

Demonstrou-se, porém, que os memorandos de entendimento dos quais a CVM é parte não podem ser caracterizados como *hard law*. As tratativas para sua assinatura não importam, ainda, em relacionamento com Estados estrangeiros, mas limitam-se à atuação direta entre autoridades reguladoras de cada Estado, com escopos e limites bem definidos. Em momento algum são os entes reguladores identificados como representantes do Estado, de forma a vincular o país. São, com efeito, instrumentos de *soft law* na medida em que expressamente não vinculam sequer as autoridades parte. Por esses motivos, não estaria o auxílio direto, criado pela CVM por meio de memorando de entendimento, incluído na esfera privativa do Presidente da República. Não haveria, assim, previsão constitucional permitindo ou proibindo sua criação.

Aplica-se, aqui, o mesmo raciocínio relativo à regra de competência para o juízo de delibação de cartas rogatórias e para homologação de sentenças estrangeiras. Constatou-se

que, não havendo vedação constitucional que inviabilize a criação de exceções ao juízo de delibação, nada impede que lei ordinária estabeleça eficácia direta da decisão estrangeira. *Mutatis mutandis*, sem expressa vedação constitucional e não se enquadrando o instrumento em análise na competência privativa do Presidente da República, nada impede que seja ele criado pela legislação infraconstitucional. O silêncio da Constituição não pode ser interpretado como vedação implícita. Não seria, portanto, inconstitucional neste ponto.

O item (ii) trata de eventual inconstitucionalidade da criação de instrumento de cooperação jurídica por meio de auxílio direto sem a necessidade de juízo de delibação prévio, por não haver convenção internacional específica regulamentando a matéria.

Como visto, o STF, em decisões incongruentes, entende que a previsão do instituto de auxílio direto em tratado o torna válido, sendo, nesse caso, desnecessário o juízo de delibação perante o STJ. Nota-se, porém, que, embora não haja previsão em tratados da modalidade de cooperação realizada pela CVM, existem comandos legais que a autorizam (art.10 da Lei n. 6.385/76 e art.2º, §4º, II, da LC 105/2001). Prevalecendo o entendimento de que leis e tratados, em regra, possuem mesmo nível hierárquico no ordenamento jurídico interno (teoria monista moderada), não haveria, na prática, qualquer distinção entre eles. Assim sendo, do ponto de vista da análise de sua constitucionalidade, a autorização de realização de cooperação jurídica por meio de auxílio direto dada pelas leis ordinária e complementar teria a mesma consequência daquela autorizada por tratado internacional regularmente internalizado. Portanto, se os Tribunais Superiores admitem como válido o auxílio direto previsto em tratado, não haveria motivos para inquiná-lo de inconstitucional quando previsto em leis ordinária e complementar.

Por fim, o item (iii) também deve ser ultrapassado, na medida em que o intercâmbio de informações não deve ser caracterizado como quebra de sigilo. Com efeito, embora ainda haja sérias divergências no âmbito do STF acerca da constitucionalidade da LC n.º 105/2001, diante dos argumentos dispensados no plenário do Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Cautelar n.º 33 e do RE n.º 389.808 e considerando a presunção de constitucionalidade das leis, há expressa autorização legal a viabilizar a transferência do sigilo por meio do instrumento de auxílio direto.

Nesse sentido, o art. art.2º, §4º, II, b, estabelece a possibilidade de a CVM e o Banco Central firmarem convênios com entidades fiscalizadoras congêneres estrangeiras para intercâmbio de informações referentes a aplicação, negociação, ocultação ou transferência de ativos financeiros e de valores mobiliários relacionados à prática de condutas ilícitas. Por sua vez, o art.1º, §3º, VI, da mesma Lei Complementar, estabelece não constituir violação ao

dever de sigilo a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos em seus artigos, incluindo o art. 2º. Deve, ainda, ser mencionado que a autoridade requerente, na forma dos memorandos de entendimento firmados, deve comprometer-se a tratar de forma confidencial as informações recebidas, garantindo, assim, a manutenção do sigilo. Assim sendo, Não há que se cogitar em quebra de sigilo, mas sim de transferência de sigilo, essa última excluída da reserva de jurisdição.

Após exaustivo estudo acerca do tema, parece-nos não haver óbices constitucionais a impedir a utilização do instrumento de cooperação jurídica internacional criado pela CVM. A crescente transnacionalização do capital tem exigido respostas rápidas e adequadas aos novos desafios que surgem, e, pela análise aqui realizada das mais recentes decisões proferidas pelos Tribunais Superiores, parece que o Brasil está preparado para cooperar nessa nova realidade global.

REFERÊNCIAS

ABBOTT, Kenneth, KEOHANE, Robert, MORAVCSIK Andrew, SLAUGHTER Anne-Marie, SNIDAL, Duncan. *The Concept of Legalization*. International Organization, vol. 54, issue 3, 2000.

ABBOTT, K. W.; SNIDAL, D. *Hard and Soft Law in International Governance*. International Organization, v. 54, n. 03, p. 421–456, 2000.

ANDERSON, M. *Interpol and Fraud*. Commonwealth Law Bulletin, v. 18, p. 719, 1992.

AKERLOF, George A. *The market for "lemons": quality uncertainty and the market mechanism*. The Quarterly Journal of Economics, vol.84, n.º 3, Aug. 1970, pp.488-500.

ARAÚJO, Luis Carlos e MELLO, Cleyson de Moraes (coord.). *Curso do novo processo civil.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015;

ARAÚJO, N. DE. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ARAUJO, Nadia de. *A importância da Cooperação Jurídica Internacional para a atuação do Estado Brasileiro no plano interno e internacional*. Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos, 4a edição, 2014.

ARNER, D. W. *Globalization of Financial Markets: An International Passport for Securities Offerings*. International Lawyer (ABA), v. 35, p. 1543, 2001.

ARNER, D. W.; BUCKLEY, R. P. *Redesigning the Architecture of the Global Financial System.* Melbourne Journal of International Law, v. 11, p. 185, 2010.

ARNER, D. W.; TAYLOR, M. W. *Global Financial Crisis and the Financial Stability Board: Hardening the Soft Law of International Financial Regulation*, The. University of New South Wales Law Journal, v. 32, p. 488, 2009.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 12ª Ed. Rev. e At., vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BELFIORE, R. *Movement of Evidence in the EU: The Present Scenario and Possible Future Developments*. European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, v. 17, p. 1, 2009.

BORN, B. *International Regulatory Responses to Derivative Crises: The Role of the U.S. Commodity Futures Trading Commission*. Northwestern Journal of International Law & Business, v. 21, p. 607, 2001.

BRADLEY, C. *Private International Law-Making for the Financial Markets*. Fordham International Law Journal, v. 29, p. 127, 2006.

BRUMMER, C. *Corporate Law Preemption in an Age of Global Capital Markets*. Southern California Law Review, v. 81, p. 1067, 2008.

BRUMMER, C. *Stock Exchanges and the New Markets for Securities Laws*. University of Chicago Law Review, v. 75, p. 1435, 2008.

BRUMMER, C. *How International Financial Law Works (And How It Doesn't)*. Georgetown Law Journal, v. 99, p. 257, 2011.

BRUMMER, C. *Post-American Securities Regulation*. California Law Review, v. 98, p. 327, 2010.

BRUMMER, C. *Why Soft Law Dominates International Finance—and not Trade*. Journal of International Economic Law, v. 13, n. 3, p. 623–643, 1 set. 2010.

CASTRO, Aldemário Araújo de. *A constitucionalidade da transferência do sigilo bancário para o Fisco preconizada pela Lei Complementar n. 105/2001*. In: MARINS, James (coord); CASTRO, Aldemário Araújo de et al. (Colab). Tributação e sigilo bancário-tributação e terceiro setor, 1 ed. 3 tir. Curitiba: Juruá, 2003.

CASTRO, Amílcar. *Direito Internacional Privado*. 6ª Ed., 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

COLOMBATTO, E.; MACEY, J. R. *Public Choice Model of International Economic Cooperation and the Decline of the Nation State, A*. Cardozo Law Review, v. 18, p. 925, 1997.

CORAZZA, Sérgio. *Em defesa da simplicidade – o art.475-N do CPC*. Porto Alegre, 2006. Disponível em http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/87-artigos-jul-2006/5459-em-defesa-da-simplicidade-o-artigo-475-n-do-cpc , acesso em 01.07.2015

CUNHA, R. *IOSCO Multilateral Memorandum of Understanding (MMoU): An International Benchmark for Securities Enforcement, The*. Uniform Law Review, v. 15, p. 677, 2010.

DOLINGER, J. *Direito internacional privado: parte geral*. 7a ed. ampliada e atualizada de acordo com as emendas à Constituição e o novo Código civil ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DORNBUSH, R. *Capital controls: an idea whose time is past. In: Should IMF pursue capital account convertibility?* Essays in international finance, n.º 207, Princeton University, 1998;

EIZIRIK, N. L. *Mercado de capitais: regime jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FINKELSTEIN, Cláudio. *Homologação de sentença estrangeira e execução de carta rogatória no Brasil. Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Vol.50, RT, 2005.

FITMAURICE, Malgosia & ELIAS, Olufemi. *Contemporary Issues in the Law of Treaties*. Eleven International Publishing. The Netherlands, 2005.

FRANKEL, Jeffrey A. & ROSE, Andrew K. *Currency cashes in emerging markets: na empirical treatment.* Journal of internacional economics, n.º 41, p 351-366, 1996.

FUX, Luiz. *Homologação de Sentença Estrangeira*, in Direito Internacional Contemporâneo, org. Carmen Tibúrcio e Luis Roberto Barroso, Rio de Janeiro, Renovar, 2006

GREENE, C. A. A. *International Securities Law Enforcement: Recent Advances in Assistance and Cooperation*. Vanderbilt Journal of Transnational Law, v. 27, p. 635, 1994.

GUIMARÃES LOULA, M. R. *Auxílio Direto: Novo instrumento de cooperação jurídica internacional civil*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010.

GUZMAN, A. T.; MEYER, T. L. *International Soft Law*. Journal of Legal Analysis, v. 2, p. 171, 2010.

HACHIGIAN, N. *Essential Mutual Assistance in International Antitrust Enforcement*. International Lawyer (ABA), v. 29, p. 117, 1995.

HAWES, D. W. *Internationalization Spreads to Securities Regulators*. University of Pennsylvania Journal of International Business Law, v. 9, p. 257, 1987.

HUNT, I. C. J. *It's a Small World After All: The Sec's Role in Securities Regulation Globalization*. Administrative Law Review, v. 51, p. 1105, 1999.

JIMENEZ, P. I*nternational Securities Enforcement Cooperation Act and Memoranda of Understanding.* Harvard International Law Journal, v. 31, p. 295, 1990.

JAMES, Harold. *International Monetary Cooperation since Bretton Woods.* 12 International Monetary Fund, 1996.

JORDAAN, H. IOSCO's *Contributions to MOUs with Emerging Market Countries: An Analysis in Light of SEC Experiences*. Yearbook of International Financial and Economic Law, v. 2, p. 339, 1997.

KAPSTEIN, E. B. *Architects of Stability? International Cooperation Among Financial Supervisors*. Rochester, NY: Social Science Research Network, 1 fev. 2006.

KARMEL, R. S. IOSCO's *Response to the Financial Crisis*. Journal of Corporation Law, v. 37, p. 849, 2012.

KARMEL, R. S.; KELLY, C. R. *Hardening of Soft Law in Securities Regulation*, The. Brooklyn Journal of International Law, v. 34, p. 883, 2009.

KINDLEBERGER, Charles P. A *Financial History of Western Europe*. Routledge: New edition, 2006.

KLABBERS, Jan. *The Concept of Treaty in International Law*. Kluwer Law International, Hague, The Netherlands. 1996.

KLABBERS, Jan. *The Redundancy of Soft Law*. 65, Nordic J. Int'l L. 167, 1996.

LANGEVOORT, D. C. *Global Securities Regulation after the Financial Crisis*. Journal of International Economic Law, v. 13, n. 3, p. 799–815, 1 set. 2010.

MADRUGA, Antenor. *O Brasil e a jurisprudência do STF na Idade Média da Cooperação Jurídica Internacional.* Palestra apresentada no 10o seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, Sào Paulo, 2004. Disponível em http://www.rogatoria.com.br/cji/wp-content/uploads/ 2009/08/MADRUGA-Antenor-STF.pdf acesso em 25.05.2015

MANN, M. D.; LEDER, P. A.; JACOBS, E. *The Establishment of International Mechanisms for Enforcing Provisional Orders and Final Judgments Arising from Securities Law Violations.* Law and Contemporary Problems, v. 55, n. 4, p. 303, 1992.

MANN, M. D.; MARI, J. G.; LAVDAS, G. *Developments in International Securities Law Enforcement and Regulation.* International Lawyer (ABA), v. 29, p. 729, 1995.

MARCACCI, A. IOSCO: *The World Standard Setter for Globalized Financial Martkets*. Richmond Journal of Global Law and Business, v. 12, p. 23, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A Tutela Antecipatória das Ações Declaratória e Constitutiva*. Revista CEJ, V.1, n.º 3, set/dez, 1997. Disponível em https://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/119/162 acesso em 04.07.2015

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de conhecimento.* 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

MCNAIR, Lord. *The Law of Treaties*, OUP, Oxford. 1986.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos* (2014). Disponível em http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/arquivos/Manual-Coop-Juridica-Int-Civil-2014.pdf, acesso em 14.06.2015

PAN, E. J. *Challenge of International Cooperation and Institutional Design in Financial Supervision: Beyond Transgovernmental Networks*. Rochester, NY: Social Science Research

Network, 20 abr. 2010. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/abstract=1593334>. Acesso em: 9 dez. 2013.

PERLINGEIRO, Ricardo. *Cooperação Jurídica Internacional e auxílio direto*, in Direito Internacional Contemporâneo, org. Carmen Tibúrcio e Luis Roberto Barroso, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

RAUSTIALA, K. *Architecture of International Cooperation: Transgovernmental Networks and the Future of International Law, The*. Virginia Journal of International Law, v. 43, p. 1, 2003.

SACKHEIM, M. S. *Cross-Border Futures Regulation*. International Financial Law Review, v. 10, p. 30, 1991.

SELIGMAN, Joel. *The Transformation of Wall Street*. 3 ed. New York: Aspen Publishers, 2003.

SHAFFER, G.; POLLACK, M. A. *Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements and Antagonists in International Governance*. Rochester, NY: Social Science Research Network, 26 jun. 2009. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/abstract=1426123>. Acesso em: 9 dez. 2013.

SHILLER, Robert. *Irrational Exuberance*. 2nd paperback edition, revised and updated, Crown Business, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19a Edição. Editora Malheiros: São Paulo, 2001

SIMMONS, B. A. *The International Politics of Harmonization: The Case of Capital Market Regulation.* International Organization, v. 55, n. 03, p. 589–620, 2001.

SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New World Order*. Princeton University Press, 2004.

SOMMER, A. A. J. *IOSCO: Its Mission and Achievement*. Northwestern Journal of International Law & Business, v. 17, p. 15, 1997.

SPINELLI, Miguel. *Epicuro e as bases do epicurismo*. Ed. Paulus, 2015.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *As Novas Reformas do Código de Processo Civil.* 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TIBURCIO, Carmen. *Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TIBURCIO, Carmen. *As rogatórias executórias no direito brasileiro no âmbito do Mercosul*. Revista Forense, v.94, n. 348, p.77-88, out/dez 1999.

TIBURCIO, Carmen. *STF – CR 1.457/França – A polemica da quebra de sigilo bancário no Brasil pela via da rogatória.* Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n.44, ago. 2007. Texto acessado em 25.05.2015 em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_ leitura&artigo_id=2208

TIBURCIO, Carmen. *Nota doutrinária sobre três temas de direito internacional privado no projeto de novo código de processo civil*. Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 28, p. 139-145, 2011.

TIBURCIO, C.; BARROSO, L. R. *O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TIBURCIO, C.; BARROSO, L. R. *Direito Constitucional Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

TRINDADE, A. A. C. *O direito internacional em um mundo em transformação: (ensaios, 1976-2001)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

UNDERHILL, G. R. D. *Keeping governments out of politics: transnational securities markets, regulatory cooperation, and political legitimacy.* Review of International Studies, v. 21, n. 03, p. 251–278, 1995.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença Civil: Liquidação e Cumprimento*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZARING, D. *International Law by Other Means: The Twilight Existence of International Financial Regulatory Organizations*. Texas International Law Journal, v. 33, p. 281, 1998.

ZARING, D. *Informal Procedure, Hard and Soft, in International Administration*. Chicago Journal of International Law, v. 5, p. 547, 2005 2004.

ZARING, D. *Three Challenges for Regulatory Networks*. International Lawyer (ABA), v. 43, p. 211, 2009.

ZARING, D. *Finding Legal Principle in Global Financial Regulation*. Virginia Journal of International Law, v. 52, p. 683, 2012 2011.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, SP: Editora RT, 2000

ANEXO - Demandas Internacionais Recebidas e Realizadas pela CVM[222]

CONSOLIDADO 2009

Demandas Internacionais Realizadas e Atendidas pela CVM			
Tipo de Processo		Realizadas	Atendidas
Demandas	Iniciada por Regulador Estrangeiro	28	24
	Iniciada pela CVM	15	13
Total		43	37

CONSOLIDADO 2010

Demandas Internacionais Realizadas e Atendidas pela CVM			
Tipo de Processo		Realizadas	Atendidas
Investigação	Iniciada por Regulador Estrangeiro	11	9
	Iniciada pela CVM	4	3
Diligência	Iniciada por Regulador Estrangeiro	20	21
	Iniciada pela CVM	1	4
Consulta	Iniciada por Regulador Estrangeiro	31	23
	Iniciada pela CVM	17	18
Total		84	78

CONSOLIDADO 2011

Demandas Internacionais Realizadas e Atendidas pela CVM			
Tipo de Processo		Realizadas	Atendidas
Investigação	Iniciada por Regulador Estrangeiro	4	5
	Iniciada pela CVM	13	12
Diligência	Iniciada por Regulador Estrangeiro	23	15
	Iniciada pela CVM	0	1
Consulta	Iniciada por Regulador Estrangeiro	18	20
	Iniciada pela CVM	4	6
Total		59	54

[222] Os quadros aqui reproduzidos foram retirados dos relatórios internos da SRI, podem, porém, serem encontrados nos relatórios anuais da CVM, no site

CONSOLIDADO 2012

Demandas Internacionais Realizadas e Atendidas pela CVM			
Tipo de Processo		Realizadas	Atendidas
Investigação	Iniciada por Regulador Estrangeiro	7	5
	Iniciada pela CVM	18	11
Diligência	Iniciada por Regulador Estrangeiro	19	24
	Iniciada pela CVM	1	1
Consulta	Iniciada por Regulador Estrangeiro	22	23
	Iniciada pela CVM	4	1
Total		71	65

CONSOLIDADO 2013

Demandas Internacionais Realizadas e Atendidas pela CVM			
Tipo de Processo		Realizadas	Atendidas
Investigação	Iniciada por Regulador Estrangeiro	13	13
	Iniciada pela CVM	8	9
Diligência	Iniciada por Regulador Estrangeiro	20	17
	Iniciada pela CVM	0	0
Consulta	Iniciada por Regulador Estrangeiro	27	28
	Iniciada pela CVM	2	4
Total		70	71

CONSOLIDADO 2014

Demandas Internacionais Realizadas e Atendidas pela CVM			
Tipo de Processo		Realizadas	Atendidas
Investigação	Iniciada por Regulador Estrangeiro	7	6
	Iniciada pela CVM	8	7
Diligência	Iniciada por Regulador Estrangeiro	34	32
	Iniciada pela CVM	3	2
Consulta	Iniciada por Regulador Estrangeiro	30	26
	Iniciada pela CVM	2	2
Total		84	75