CAROLINA YUMI DE SOUZA

**Cooperação Bilateral Brasil – EUA em Matéria Penal:
Alcançando o Devido Processo**

Tese de doutorado

Orientador: Professor Associado Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

**Faculdade de Direito
Universidade de São Paulo
São Paulo - SP**

2015

CAROLINA YUMI DE SOUZA

Cooperação Bilateral Brasil – EUA em Matéria Penal:

Alcançando o Devido Processo

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração de Direito Processual, sob a orientação do Prof. Associado Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró.

Faculdade de Direito

Universidade de São Paulo

São Paulo - SP

2015

Autorizo a reprodução e divulgação parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da publicação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

S719c

Souza, Carolina Yumi de

Cooperação Bilateral Brasil – EUA em Matéria Penal:
Alcançando o Devido Processo / Carolina Yumi de
Souza; orientador Gustavo Henrique Righi Ivahy
Badaró. - São Paulo, 2015.
279 f.

Tese (Doutorado)- Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo.
Departamento de Direito Processual. Área de
concentração: Direito Processual.

1. Direito Processual Penal. 2. Direito
Processual Internacional. 3. Cooperação
Internacional. 4. Direitos e garantias individuais.
I. Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy, orient. II.
Título.

Para meus pais, Hatsune e Conrado, pelo amor e apoio incondicionais.

Para Felipe, por trazer luz a minha vida.

AGRADECIMENTOS

A realização desta tese de doutorado não teria sido possível sem a participação de todos que me acompanharam nesta jornada.

Agradeço aqui a algumas pessoas que tornaram esta tarefa menos árida, sem pretender, no entanto, limitar a elas minha gratidão. Cada um que compartilhou comigo este caminho contribuiu de algum modo para a consecução deste projeto.

Agradeço em primeiro lugar a meu orientador, o Professor Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, cuja paixão pelo Direito inspira a todos que com ele têm o privilégio de conviver. Agradeço ao Professor Antonio Magalhães Gomes Filho, meu orientador no mestrado, que me auxiliou nos primeiros passos de minha vida acadêmica.

Aos professores Antonio Scarance Fernandes e Marta Cristina Cury Saad Gimenes, pelos valiosos conselhos ofertados em minha banca de qualificação.

Ao ex- Ministro da Justiça Márcio Thomaz Bastos (*in memoriam*), sem cujo apoio não haveria o desenvolvimento da cooperação jurídica internacional em nosso país.

Agradeço aos amigos Antenor Pereira Madruga Filho, Ana Maria Belotto e Maria Rosa Guimarães Loula, que fizeram nascer a paixão pela matéria, vivenciando comigo, desde o início, as derrotas e os sucessos desta caminhada.

A Heloísa Estellita e Luiz Guilherme Roraro Decaro, pelas longas conversas e pelas contribuições fundamentais a este trabalho.

Agradeço à equipe do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, na pessoa de seu Diretor, Ricardo Andrade Saadi, por todo o apoio durante o desenvolvimento desta tese, fornecendo o material necessário à sua consecução e esclarecendo dúvidas acerca da prática da cooperação. Da mesma forma, agradeço a Edson Oliveria de Almeida e Bruce Zagari pelas valiosas contribuições.

Aos meus amigos de Brasília, Juliana Garcia Barenho, Marcelo Stopanovski Ribeiro, Érica Ribeiro, Gilson Libório, Felipe Dantas de Araújo e Lucas Albuquerque Aguiar, por compartilharem angústias e compreenderem a minha ausência.

Aos meus companheiros da Advocacia Geral da União, Cristiana Mundim Melo, Marco Antonio Perez de Oliveria, Tércio Tokano e Dennys Hossne, por sonharem e lutarem comigo, apesar de todas as dificuldades, e por toda a compreensão neste período.

Aos queridos Maria Beatriz Corrêa Salles, Luiz Fernando Villares e Silva, Ana Cláudia Lorenzetti Leme, Helena Regina Lobo da Costa, Leandro Galluzzi, Melissa Mestriner, Davi Tangerino e Felipe de Paula, por todo o carinho.

A Luiz Guilherme Mendes de Paiva e Priscila Spécie, companheiros inseparáveis desta jornada.

Por fim, minha gratidão a meus pais, Hatsune e Conrado, pelo carinho, pelo apoio, pela preocupação, e por me acompanharem em cada passo do caminho, me incentivando e perdoando sempre minhas falhas.

RESUMO

SOUZA, Carolina Yumi de. **Cooperação bilateral Brasil-EUA em matéria penal: alcançando o devido processo**. 2015. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

O objetivo desta tese é demonstrar como se pode alcançar, na cooperação jurídica internacional, o respeito ao devido processo legal, ao mesmo tempo em que sejam respeitados os ordenamentos jurídicos envolvidos. Pluralidade de ordenamentos, confiança mútua, respeito aos direitos fundamentais e o dever/necessidade de cooperar conduzem a aparentes dicotomias na apreciação da matéria, como aquela que contrapõe eficiência e garantismo. Contextualizada a cooperação e analisadas suas principais características, afirmamos que cooperação eficaz, reconhecimento da diversidade de sistemas jurídicos e direitos dos concernidos constituem os principais vetores do instituto, cujo equilíbrio é essencial a sua correta aplicação. Partindo desta premissa, a cooperação não pode ser entendida como instrumento dedicado primordialmente ao uso da acusação, como mais uma ferramenta de combate ao crime, mas como procedimento que tem por finalidade a consecução de um processo justo. Para problematizar a forma com a qual seria garantido este processo justo, parte-se do estudo da relação bilateral entre Brasil e Estados Unidos, que congrega os principais desafios a uma cooperação embasada no respeito aos direitos fundamentais, que deve permear todos os ramos do direito e, em especial, no respeito aos direitos da defesa, que são os mais atingidos na prática deste instituto. Analisa-se também o sistema estadunidense de cooperação jurídica internacional, com ênfase em sua legislação e jurisprudência sobre o tema. Esta análise é oportuna, pois a atuação dos Estados Unidos na área é bastante intensa e sua disciplina exaustiva, constituindo o estudo do direito comparado vantajoso à tentativa de propositura de soluções a questões não resolvidas no ordenamento brasileiro, cuja carência de regulamentação conduz a incertezas. Estas incidem principalmente na salvaguarda dos direitos da defesa, alijada do processo de desenvolvimento do instituto e excluída da utilização do MLAT (*Mutual Legal Assistance Treaty*) e da possibilidade de interferir no deslinde da execução de um pedido de assistência. Uma vez identificados pontualmente os principais problemas, prosseguimos com a apresentação de soluções gerais, consubstanciadas em propostas de interpretação de nossa legislação. Em síntese, estas propostas são direcionadas à proteção da ampla defesa, demonstrando-se a necessidade de disponibilizar meios adequados de atuação à defesa que, em homenagem ao corolário da paridade de armas, devem ser proporcionais aos meios que possui a acusação. Além disso, a defesa deve ter a oportunidade de se manifestar em todos os momentos do cumprimento do pedido de cooperação, não devendo se constituir em regra o contraditório diferido. Por fim, as sugestões voltar-se-ão ao papel que as tradicionais causas de restrição à assistência podem desempenhar na salvaguarda dos direitos aqui estudados.

Palavras-chave: processo penal; processo penal internacional; cooperação jurídica internacional; devido processo legal; direito à defesa.

ABSTRACT

SOUZA, Carolina Yumi de. **Brazil-USA bilateral cooperation in criminal matters: reaching the due process**. 2015. Doctorate - School of Law, University of São Paulo, São Paulo, Brazil, 2015.

The goal of this thesis is to demonstrate how the respect to the due process of law can be achieved at the same time that the legal systems involved are respected on an international legal cooperation. The plurality of jurisdictions, mutual confidence, respect for fundamental rights and duty/need to cooperate lead to apparent dichotomies when evaluating the matter, such as the one that contrasts efficiency and guaranteeism. However, when contextualizing the cooperation and analyzing its main features, we affirm that the effective cooperation, recognition of the diversity of legal systems and the rights of those concerned are the main vectors of the institute, whose balance is essential to its correct application. Starting from this premise, cooperation cannot be understood as an instrument dedicated primarily to the use of the prosecution as another crime-fighting tool, but rather as a procedure whose purpose is to achieve a fair trial. To discuss the way in which this fair trial would be guaranteed, we start by studying the bilateral relations between Brazil and United States, which brings together the main challenges to a cooperation based on the respect for fundamental rights, which must permeate all branches of law, and, in particular, the respect to the rights of the defense, which are the ones hit the hardest in the practice of this institute. Then, the American system of international legal cooperation will be also analyzed with an emphasis on its legislation and jurisprudence on the subject. This analysis is timely, as the performance of the United States in the area is quite intense and its discipline is exhaustive, which makes the study of the comparative law beneficial to the attempt at propositioning solutions to unresolved issues in the Brazilian system, whose lack of regulation leads to uncertainty. These mainly focus on safeguarding the rights of the defense, jettisoned from the development process of the institute and excluded from the use of MLAT (Mutual Legal Assistance Treaty) and from the possibility of interfering in the outcome of the execution of a request for assistance. After promptly identifying the main problems, we proceed with the presentation of general solutions embodied in proposals for interpretation and amendment of our legislation. In summary, these proposals are directed to the protection of being heard, which demonstrate the need of making available appropriate means of action to the defense that should be proportional to the means that the prosecution has in honor of the corollary of parity of weapons. In addition, the defense should have the opportunity to manifest itself at all times of the execution of the request for cooperation and the deferred adversary proceeding should not become the rule. Finally, the suggestions will return to the role that the traditional causes of restriction to the assistance can play when safeguarding the rights studied herein.

Keywords: criminal procedure; international criminal procedure; international legal cooperation; due process of law; right to defense.

RIEPILOGO

SOUZA, Carolina Yumi de. **Cooperazione bilaterale Brasile-USA in materia penale: raggiunto il giusto processo**. 2015. Dottorato - Facoltà di Diritto, Università di São Paulo, São Paulo, 2015.

L'obiettivo di questa tesi è quello di dimostrare come si può ottenere, nella cooperazione giuridica internazionale, il rispetto per il giusto processo legale, mentre assicura il rispetto degli ordinamenti giuridici coinvolti. Pluralità di sistemi, la fiducia reciproca, il rispetto dei diritti fondamentali e il dovere / necessità di collaborare portano a dicotomie apparenti nell'apprezzamento della questione, come quella che oppone l'efficienza e garantismo. Contestualizzata la cooperazione e analizzate le loro caratteristiche principali, tuttavia, affermiamo che la collaborazione efficace, il riconoscimento della diversità dei sistemi giuridici e dei diritti dei interessati sono i principali vettori dell'istituto, il cui equilibrio è essenziale per la loro corretta applicazione. Da questa premessa, la cooperazione non può essere compresa come strumento dedicato principalmente all'utilizzo dell'accusa, o come un altro strumento di lotta contro la criminalità, ma come una procedura che mira a raggiungere un giusto processo. Per discutere il modo in cui sarebbe garantito questo giusto processo, si parte dallo studio del rapporto bilaterale tra il Brasile e gli Stati Uniti, che riunisce le principali sfide per una cooperazione informata sul rispetto dei diritti fondamentali, che deve permeare tutti i rami del diritto e, in particolare, il rispetto dei diritti della difesa, che sono la più colpita nella pratica di questo istituto. In continuazione, si analizza anche il sistema americano di cooperazione giuridica internazionale, con particolare attenzione alla sua legislazione e giurisprudenza sull'argomento. Questa analisi è puntuale, come si dimostra che l'esperienza degli Stati Uniti nella zona è piuttosto intensa e la sua disciplina è esaustiva, costituendo lo studio di diritto comparato vantaggioso al tentativo di portare soluzioni ai questioni irrisolte del sistema brasiliano, la cui carenza di regolamentazione porta ad incertezze. Si riferiscono principalmente a salvaguardare i diritti della difesa, esento del processo di sviluppo dell'istituto ed esclusa dall'uso di MLAT (*Mutual Legal Assistance Treaty*) e della possibilità di interferire con la delimitazione della esecuzione di una richiesta di assistenza. Una volta identificati puntualmente i principali problemi, procediamo con la presentazione di soluzioni generali, motivata per proposte dell'interpretazione e della modifica della nostra legislazione. In sintesi, queste proposte sono orientate alla protezione dell'ampia difesa, dimostrando così la necessità di che sono disponibili mezzi adeguati di prestazione della difesa che, in onore del corollario della parità delle armi, devono essere proporzionale ai mezzi che ha l'accusa. Inoltre, la protezione deve avere l'opportunità di manifestare in ogni momento la conformità con la richiesta di cooperazione, e non deve costituire una regola il differito contraddittorio. Infine, i suggerimenti ritorneranno al ruolo che le cause tradizionali di restrizione a l'assistenza possono svolgere nella salvaguardia dei diritti studiati qui.

Parole chiave: procedimento penale; procedimento penale internazionale; cooperazione giuridica internazionale; giusto processo; diritto alla difesa.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. - Artigo

CJI – Cooperação Jurídica Internacional

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

CR – Carta Rogatória

DRCI – Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional

DOJ – Department of Justice

HC – *Habeas Corpus*

MJ – Ministério da Justiça

MLA – Mutual Legal Assistance

MLAT – Mutual Legal Assistance Treaty

MPF – Ministério Público Federal

MRE – Ministério das Relações Exteriores

PGR – Procuradoria-Geral da República

OIA – *Office of International Affairs, Criminal Division, U.S. Department of Justice*

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

ONU – Organização das Nações Unidas

UNODC - *United Nations Office on Drugs and Crime*

Sumário

INTRODUÇÃO	14
TÍTULO I – COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL	20
1. PARTE GERAL	20
1.1. Contextualização e conceituação	21
1.2. Topologia	30
1.3. Fontes	34
1.4. Objeto	38
1.5. Princípios	40
1.5.1. Princípio da territorialidade	41
1.5.2. Princípio da primazia	43
1.5.3. Princípio da boa-fé	44
1.5.4. Princípio da reciprocidade	46
1.5.5. Princípio da especialidade	49
1.5.6. Outros princípios	53
1.6. Classificação	55
1.7. Lei aplicável	58
2. INSTRUMENTOS	69
2.1. Extradicação	71
2.2. Transferência de processos	75
2.3. Transferência de apenados	78
2.4. Homologação de sentença estrangeira	83
2.5. Carta rogatória	85
2.6. Auxílio direto	90
2.6.1. Auxílio direto x carta rogatória: hipóteses de cabimento	97
TÍTULO II – COOPERAÇÃO BILATERAL ENTRE BRASIL E ESTADOS UNIDOS	101
1. COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL NO SISTEMA JURÍDICO NORTE-AMERICANO	102
1.1. Direito comparado	102
1.2. Visão geral do sistema norte-americano	106
1.2.1. Processo Penal	110
1.3. Cooperação Jurídica Internacional	121
1.3.1. Cooperação ativa	124

1.3.1.1. Meios previstos na legislação interna.....	124
1.3.1.2. Cooperação na ausência de tratado	130
1.3.1.2.1 Assistência policial.....	130
1.3.1.2.2. Cartas Rogatórias	131
1.3.1.2.3. Outras espécies de acordo	134
1.3.1.3. Mutual legal assistance treaties	140
1.3.1.4. Uso de métodos coercitivos para a obtenção de provas no exterior.....	143
1.3.1.4.1. Espécies de métodos coercitivos	145
1.3.2. Cooperação Passiva.....	151
1.3.2.1. Assistência Policial	154
1.3.2.2. Cartas Rogatórias	154
1.3.2.3. Utilização de medidas compulsórias	155
1.4. <i>Considerações Finais</i>	159
2. MUTUAL LEGAL ASSISTANCE TREATY	163
2.1. <i>Dados gerais</i>	163
2.2. <i>MLAT: Conteúdo</i>	171
3. DIREITOS INERENTES À DEFESA	187
3.1. <i>Utilização exclusiva do tratado pela acusação: ampla defesa e direito à prova</i>	190
3.2. <i>Desproporcionalidade dos instrumentos e dos requisitos – paridade de armas</i>	203
3.2.1. Carta rogatória.....	204
3.2.2. Atuação direta nos tribunais estrangeiros.....	215
3.3. <i>Limitação de atuação da defesa: ampla defesa e contraditório</i>	220
3.3.1. Estados Unidos: participação da defesa e a <i>confrontation clause</i>	225
4. RESTRIÇÕES À ASSISTÊNCIA	232
4.1. <i>Ordem pública</i>	236
CONCLUSÃO	243
BIBLIOGRAFIA.....	247
ANEXO A – Mutual Legal Assistance Treaty – Decreto n° 3.810, de 2 de maio de 2001.....	268

INTRODUÇÃO

Muito se tem estudado sobre os novos instrumentos de cooperação jurídica internacional. Sua utilização que, no Brasil, há não menos de dez anos restringia-se à extradição e a cartas rogatórias, é hoje disseminada, sendo crescente o número de pedidos de cooperação em processos criminais tendo como objeto as mais diversas espécies de medidas (estatísticas divulgadas pelo Ministério da Justiça, autoridade central brasileira, mostram que os pedidos de cooperação em matéria penal que, em 2004, eram de 780, passaram a 1254 em 2009¹).

No entanto, esta expansão não veio acompanhada de uma legislação adequada e sua visão, ainda firmada exclusivamente como instrumento de que dispõem os órgãos estatais para a persecução do crime, traz consequências no âmbito da proteção dos direitos da defesa.

Em que pese o entendimento hoje pacífico na doutrina de que os direitos fundamentais internacionalmente consagrados devam ser respeitados e tenham de permear todos os ramos do direito, na cooperação internacional, o fato de estarem envolvidos ordenamentos jurídicos diversos obscurece sua efetiva aplicação, na medida em que os Estados, por não terem jurisdição sobre a pessoa processada ou sobre a medida executada, acabam por diminuir o grau de proteção aos direitos da defesa.

No cotejo entre os direitos inerentes ao processo penal e o desejo/dever de auxílio a outros países, os Estados, sob o manto de respeito à soberania, pendem a balança em prol da necessidade de cooperar.

No entanto, somente uma cooperação jurídica internacional que respeite os direitos humanos pode ser considerada como válida e efetiva.

Constata-se, porém, dificuldade em se confirmar a assertiva acima na prática dos Estados. Esta advém, em parte, da própria complexidade do instituto, cuja interdisciplinariedade implica variedade de fontes e cujo embasamento reside na existência de diferentes ordenamentos jurídicos que devem interagir de maneira harmônica.

Em virtude de seu caráter interdisciplinar, surgem questionamentos sobre sua topologia. Embora pareça ser esta questão menos importante, ela implica maior ou

¹ BRASIL. Ministério da Justiça. Estatísticas da Cooperação Jurídica Internacional. Dados disponíveis em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJE1AEA228ITEMID7EEA1123F626430699B347425A6989A1PTBRIE.htm>. Acesso em: 11/10/2011.

menor prevalência do caráter internacionalista ou processualista do instituto. E esta predominância acaba por distorcer seus fundamentos e sua aplicação.

Assim, deve-se entender a cooperação internacional como instituto que necessariamente se utiliza de princípios oriundos de diversos ramos do Direito, sem que haja preponderância de qualquer deles, não havendo que se falar em visão internacionalista ou processualista do instituto, mas em visão sistemática².

Desta forma, uma das preocupações deste trabalho foi não relevar os aspectos internacionais da cooperação ao invés daqueles processuais e vice-versa. Durante seu desenvolvimento, foi possível perceber que esta preocupação revelava, na verdade, o antigo embate entre direito interno e direito internacional, que não tem lugar quando se trata de matéria interdisciplinar como a que ora estudamos³.

Ainda que o destaque possa ser conferido a um deles, a depender do aspecto com relação ao qual se pretenda aprofundar, não é possível prescindir de uma análise global do instituto, cuja atenta observação deva ser conferida a todas as suas peculiaridades, como em um caleidoscópio, que a cada movimento mostra figuras com padrões variados que constituem, na verdade, diferentes figuras formadas a partir dos mesmos elementos iluminados de diversas formas.

² Segundo Cervini: "... a cooperação judicial penal internacional constitui a 'vedete' de nossos dias e a sua análise tem feito convergir esforços de várias disciplinas jurídicas. Esta concentração de interesse acadêmico não tem resultado esclarecedora. Em maior ou menor medida, a 'especialização' produz inevitáveis deformações na consideração de um problema que pode ser, ao mesmo tempo, objeto de distintos enfoques jurídicos. Nesse caso, os jusinternacionalistas, processualistas e penalistas, partindo muitas vezes de princípios que consideram inabaláveis e que se contradizem com outros similares provenientes dos restantes ramos do mundo jurídico, costumam deixar a unidade sistemática do Direito e a própria segurança jurídica dos indivíduos mal preservadas. Não sem razão tem podido expressar Sebastián Soler, dizendo que atrás de certos 'especialismos' se costuma esconder uma autêntica barbárie jurídica, e que a crescente atomização do Direito e sua consequência, a especialização abusiva, conduzem a um efetivo desconhecimento do jurídico e a uma inevitável perda das garantias.

Não estamos propugnando uma regressão já superada àquelas épocas do auge do positivismo criminal, nas quais o objeto de estudo do penalista consistia em uma confusa mescla dos temas provenientes de diversos ramos do saber científico. Simplesmente, **atendendo a existência de importantes zonas comuns das distintas disciplinas envolvidas na cooperação judicial penal internacional e a eventual tentação exclusivista de qualquer delas, advogamos uma aproximação fecunda de todas as disciplinas que permitam integrar reciprocamente enfoques distintos sobre um mesmo tema, naturalmente comum**". (Grifos nossos). CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez. **Princípios de cooperação judicial penal internacional do protocolo do Mercosul**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.84.

³ Häberle, em sua obra sobre o Estado Constitucional Cooperativo, acentua que ele "não conhece alternativas de uma "primazia" do Direito Constitucional ou do Direito Internacional; ele considera tão seriamente o observado efeito recíproco entre as relações externas ou Direito Internacional, e a ordem constitucional interna (nacional), que partes do Direito Internacional e do Direito Constitucional interno crescem juntas num todo". HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Trad. de Marcos Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.12.

Com esta visão compatibilizadora entre as diversas fontes da cooperação jurídica internacional e, partindo-se do estudo de uma relação específica (Brasil-Estados Unidos), que abrangerá somente a chamada cooperação *stricto sensu* (carta rogatória e auxílio direto), averiguar-se-á como é possível respeitar o devido processo legal ao demonstrar como assegurar os direitos inerentes à defesa, que são os mais afetados nesta relação.

Partindo desta perspectiva, este estudo, iniciando com a compreensão do instituto, com suas características gerais, analisará relação específica entre dois ordenamentos jurídicos diversos para propor soluções a problemas gerais.

Entende-se constituir este método eficaz para auxiliar a correta aplicação do direito na cooperação jurídica internacional, pois permite demonstrar como, ainda se respeitando as diferenças de cada ordenamento, pode-se viabilizar a cooperação ao mesmo tempo em que se respeitam os corolários do devido processo e as peculiaridades essenciais de cada sistema jurídico. Afinal, é justamente a diversidade de sistemas jurídicos que constitui uma das bases da cooperação.

Frise-se nestas notas introdutórias que este desafio de compatibilização de normas processuais e de direitos humanos vem ainda marcado pelo velho contraponto, nunca completa e adequadamente solucionado, entre a eficiência da persecução penal (que aqui é ainda robustecida pelas políticas públicas de combate ao crime transnacional) e o respeito aos direitos e garantias do acusado.

Consoante antecipado, entende-se necessário o estudo de um caso específico de cooperação jurídica internacional, de maneira a se verificar as formas de compatibilização de normas processuais de Estados, respeitando-se o devido processo legal e que sirva principalmente de guia para a jurisprudência (hoje completamente incoerente) e para a produção legislativa (tendo em vista as recentes propostas de incorporação ao nosso ordenamento de novos instrumentos de cooperação, como a transferência de processos e a homologação de sentença estrangeira para fins penais).

Verifica-se a necessidade de estudos que busquem entender o funcionamento da cooperação em relacionamentos específicos, pois os desafios ao devido processo surgem justamente no momento de se tentar conciliar e compatibilizar o direito processual de dois ordenamentos jurídicos diversos.

Não há como se estabelecer uma noção universalizante de devido processo, cujas garantias sejam protegidas da mesma forma por todos os ordenamentos jurídicos, pois assim como a ordem pública, ele dependerá do tempo e do lugar. Pode ser eleito um

núcleo mínimo, baseado principalmente em normas de direitos humanos, mas sua correta especificação irá variar necessariamente.

Assim, o grande desafio para a cooperação jurídica internacional é a criação de uma norma-quadro, mas que não seja tão genérica nem tão específica, a fim de que seja respeitado o devido processo e também as peculiaridades de cada ordenamento, propiciando ao mesmo tempo o desenvolvimento da cooperação e o respeito aos direitos dos indivíduos⁴.

Nestes termos, ganha especial relevo a escolha do ordenamento jurídico e da relação bilateral que servirão de base ao estudo.

Para alcançar uma melhor compreensão da matéria, sob um prisma sistemático, em que a consideração do devido processo ganha relevo, concentrar-se-á o estudo nas relações bilaterais entre Brasil e Estados Unidos. Isto porque a correta aplicação das normas da cooperação, no caso, força a uma necessária compatibilização de normas entre dois sistemas jurídicos bastante diferentes (inclusive e principalmente quanto à própria concepção do processo penal e a consequente regulamentação acerca da

⁴ Esta é a lição do Professor Rui Cunha Martins, em prefácio à obra de Sandro Brescovit Trotta: “... não há cooperação (em ato ou em teoria, a distinção agora é supérflua) que possa inibir o fator da tensão que ela transporta por inerência e que corresponde à tensão entre os seus dois núcleos constitutivos: o núcleo da *articulação* e o núcleo da *uniformização*. Sobre a centralidade destes dois polos no próprio conceito de cooperação não cabem dúvidas: por um lado, cooperar significa ligar ou mesmo conectar positivamente duas entidades não obrigatoriamente implicadas, pelo que as tarefas de articulação resumem inequivocamente um dos primaciais desígnios da cooperação ; e, por outro lado, cooperar significa, em virtude daquela vocação articuladora, uma pretensão de uniformização, no sentido de que, na cooperação, é suposto ambos os entes doravante implicados e conectados enquanto cooperantes prescindirem de alguma dimensão da respectiva singularidade, justamente a que é sacrificada à idéia de cooperação, e, donde, à idéia de um interesse comum sobreposto ao específico, ao singular e ao diferente. Reside aqui um problema, qual seja o do necessário equilíbrio entre articulação e uniformização, ou, o mesmo é dizer, entre *limite e universalidade*, talvez os conceitos mais operantes no seio do próprio conceito da cooperação. Repare-se. A articulação é, categoricamente falando, uma expressão da mais ampla noção de limite; ela corresponde à função requisitada pelo ambiente conceptual da cooperação para resolver os problemas do limite (demarcação, ilimitação, justaposição) que se lhe deparam. Por seu lado, a uniformidade, enquanto pretensão – por norma inconfessada – do conceito de cooperação, corresponde ao espaço inevitável concedido ao ideal da universalidade por entre os argumentos autojustificativos e autolegitimantes dos mecanismos de cooperação. **É neste ponto preciso que se instala a referida tensão: porque a cooperação, para ser eficaz e consequente com seu desempenho articulador, necessita de trabalhar em ordem a um horizonte de concretização propensamente universalizante, ao menos nos termos de uma diluição das diferenças que lhe é implícita; mas essa mesma eficácia da cooperação pressupõe um esforço de contenção sobre aquela mesma propensão universalizante, já que só se articula aquilo que mantém níveis significativos de diversidade entre si, regra que, a ser quebrada, faria da cooperação uma mera celebração do mesmo e um veículo do pensamento único.** Conclusão: dado que esta tensão deve considerar-se constitutiva dos próprios mecanismos da cooperação, não vejo saída mais inteligente do que tratar de a incorporar como propriedade assumidamente vigente desses mecanismos. Para todos os efeitos, ela reside na cooperação; a cooperação é também, é sempre, por definição, essa tensão. Se isso lhe retira força e capacidade performativa, não é aqui o problema, na certeza de que nada será mais nocivo e mais enfraquecedor do que simular que não é assim”. (Grifos nossos) TROTTA, Sandro Brescovit. **O lugar do crime no Mercosul**: As fronteiras da cooperação jurídica internacional contemporânea. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, pp.21-22.

cooperação), cuja base legal mais importante (*Mutual Legal Assistance Treaty*, internalizado pelo Decreto nº 3.810, 2 de maio de 2001) tem seus principais aspectos reproduzidos em uma enorme gama de outros tratados bilaterais sobre o assunto, ganhando relevo o fato de haver um alto número de pedidos entre estes dois países⁵.

Além disso, há diversos questionamentos de aplicação do tratado que trazem dúvidas sobre o respeito ao devido processo legal que irradiam a todos os pedidos de cooperação, cujo cerne envolve principalmente (mas não exclusivamente) os direitos afeitos à atuação da defesa.

Mais do que isso, a diferença de ordenamentos conduz a uma inicial estranheza acerca dos procedimentos adotados naquele país e exatamente isto promove possibilidade única de, respeitando-se as peculiaridades de cada um dos ordenamentos envolvidos, verificar os métodos pelos quais nosso sistema interagirá, reconhecendo normas alienígenas e mantendo sua integridade.

Importante citar ainda outros fatores que embasaram a escolha, com as novas modalidades de troca de informações firmadas entre estes dois países, como o acordo firmado entre Estados Unidos e Brasil para o intercâmbio de informações relacionadas a tributos (Decreto Legislativo nº 211, DOU de 13.03.2013, promulgado pelo Decreto nº 8.003, de 15 de maio de 2013), cujo objeto vem exposto em seu artigo I e abarca a troca de informações “*para a investigação ou instauração de processo relativo a questões tributárias de natureza criminal*”.

Nesta linha, conforme descrito, a escolha como caso de estudo da individualização da cooperação jurídica internacional nas relações entre Brasil e Estados Unidos, que possibilita a criação do que se pretende. E este estudo dar-se-á em duas linhas: o estudo da regulamentação da cooperação jurídica internacional nos Estados Unidos (que possuem vasta regulamentação e prática, sendo verdadeiro estudo de direito comparado) e o estudo das relações de cooperação entre Brasil e Estados Unidos, principalmente em virtude da aplicação do tratado bilateral entre esses dois países.

A partir disto, serão solucionados determinados problemas e aclaradas questões para que se possa determinar a regulamentação mais adequada para a salvaguarda do devido processo legal na cooperação jurídica internacional.

Para alcançar a finalidade proposta, o trabalho será estruturado em dois títulos, subdivididos em dois e quatro capítulos respectivamente.

⁵ A autoridade central brasileira computou 2.088 pedidos ativos do Brasil para os Estados Unidos (informação pessoal). Mensagem recebida por carolcaca@yahoo.com em 24 jul. 2014.

O primeiro título dedicar-se-á às premissas conceituais que envolvem a cooperação, onde se passará a conceituá-la, contextualizá-la e classificá-la. Este primeiro título subdivide-se em dois capítulos: o primeiro, dedicado à parte geral da cooperação, e o segundo, direcionado ao estudo de seus instrumentos, incluindo o estado da obra brasileiro na matéria.

No segundo título, partindo das premissas gerais anteriormente estruturadas, será analisado brevemente o sistema jurídico norte-americano, com especial ênfase ao estudo da legislação, da doutrina e da jurisprudência sobre cooperação jurídica internacional, possibilitando o correto entendimento sobre a matéria, seguindo-se a análise dos dispositivos do tratado, à luz das negociações que o antecederam.

Além disso, serão investigadas as principais dificuldades advindas da aplicação do tratado, subdivididas da seguinte maneira: direitos inerentes à atuação da defesa e as causas de recusa. Ao analisar estes pontos, serão propostas soluções, por meio de parâmetros gerais a serem seguidos em todos os casos que envolvam a cooperação jurídica internacional.

TÍTULO I – COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

1. PARTE GERAL

A cooperação jurídica internacional é instituto complexo, cuja estruturação ocasiona grandes dificuldades, já que seu ponto de partida traz intrinsecamente a necessidade de resolução de dois aparentes conflitos: 1. A obrigação do Estado (ou necessidade) em cooperar e a proteção dos direitos individuais (que se espelha, *mutatis mutandis*, no equilíbrio entre direito internacional e direito processual penal) e 2. Eficiência e garantismo.

Quanto à primeira aparente dicotomia, ela se apresenta na compatibilização entre o cumprimento das obrigações internacionais assumidas por meio de tratado ou em virtude de um princípio geral de cooperação entre os povos e a necessidade de respeitar os direitos fundamentais integrantes do devido processo legal. Já a segunda aparece travestida na necessidade de combate ao crime transnacional ao mesmo tempo em que se garantem os direitos do acusado.

Disso se extrai que seus elementos fundantes nascem e se desenvolvem neste caldo de dicotomias, sendo importante estabelecer seus aspectos principais que possibilitem o equilíbrio destas forças supostamente opostas.

Desta forma, este primeiro capítulo destina-se a determinar conceitos sobre o instituto da cooperação jurídica internacional, fornecendo substrato teórico inicial.

Para tanto, o instituto da cooperação jurídica internacional será conceituado, além de se posicionar tal instituto topologicamente, pois a definição do ramo do direito ao qual pertence será útil à compreensão de seus princípios e diretrizes de interpretação.

Dentre os princípios a serem analisados, definir-se-ão aqueles específicos da cooperação internacional (outros princípios que possuem aplicação na cooperação, mas que pertencem a outras áreas do direito serão analisados no decorrer do desenvolvimento do tema, conforme a necessidade).

Neste capítulo, serão ainda tratadas as questões relativas à classificação do instituto (fundamental para o correto entendimento do tema), suas bases e fundamentos.

Por fim, tendo em vista ser o foco do trabalho o estudo da cooperação jurídica internacional *stricto sensu*, consubstanciada na carta rogatória e no auxílio direto, somente serão abordados aspectos gerais da transferência de processos, da transferência de apenados, da extradição e da homologação de sentença estrangeira, delimitando o objeto, a destinação e o procedimento de cada um deles, recaindo o foco de estudo sobre os dois mencionados institutos. Em sua abordagem, além dos aspectos gerais, será delineado o estado da obra brasileiro na matéria.

1.1. Contextualização e conceituação

A utilização da cooperação jurídica internacional cresceu enormemente nas últimas décadas, principalmente em virtude da expansão das relações internacionais em todas as áreas. Em especial, com o aumento da criminalidade transfronteiriça, a cooperação internacional em matéria penal ganhou impulso, sendo utilizada de forma cotidiana pelos atores governamentais com atribuição de prevenção e combate ao crime.

Com a globalização dos interesses, ganha destaque a forma com que os Estados interagem, principalmente no campo do Direito, o que ocasionou a expansão do Direito Internacional (em especial dos Direitos Humanos), ocasionando o fenômeno do pluralismo de ordens jurídicas, que “consiste na coexistência de normas e decisões de diferentes matrizes com ambição de regência do mesmo espaço social, gerando uma série de conseqüências relacionadas à convergência ou divergência de sentidos entre as normas e decisões de origens distintas⁶”.

A globalização também ocasionou fenômenos de internacionalização do direito penal, que conduziram a uma nova perspectiva do direito, tida como policêntrica, e que transforma os sistemas tradicionais.

⁶ RAMOS, André de Carvalho. “Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional”. In: **Revista da Faculdade de Direito** (USP), São Paulo, v. 106/7, p. 497-524, 2012, p.500. Para entender este pluralismo e a maneira como ele transforma o mundo, principalmente no campo do Direito, ver DELMAS –MARTY, Mireille. *Ordering Pluralism: a conceptual framework for understanding the transnational legal world* (translated by Naomi Norberg). United States: Hart Publishing, 2009.

Dentre estas transformações, a primeira a merecer destaque relaciona-se às fontes do direito. Em vista da multiplicidade de fontes (conforme será visto mais detidamente ao tratar das fontes da cooperação) de mesma hierarquia, cria-se o desafio de haver coordenação e interpretação sistemática delas⁷.

Esta abordagem policentrista faz com que haja um aumento de interação entre sistemas legais, o que pode levar a certa harmonização entre eles (como é o caso da União Européia).

Outra consequência advinda desta abordagem é o aumento do diálogo entre tribunais, especialmente entre tribunais constitucionais e internacionais de direitos humanos.

Por fim, a internacionalização exige que dedique especial atenção ao direito estrangeiro, uma vez que as ferramentas jurídicas devem ser refinadas, requerendo-se aumento do conhecimento mútuo dos sistemas jurídicos⁸.

Por todas as suas características (a serem melhor analisadas), a cooperação jurídica internacional insere-se nesta visão policentrista do direito, adequando-se, ainda, ao fenômeno do pluralismo de ordens jurídicas, que lhe serve de base.

Com o aumento de sua utilização, ganhou espaço a preocupação em ampliar sua efetividade em toda a comunidade internacional.

Em virtude disso, todos os tratados multilaterais relativos ao combate ao crime contêm previsões expressas sobre cooperação jurídica internacional⁹.

A regulamentação internacional, desta forma, foi posta. Mas feita de uma maneira genérica, pois somente algumas balizas puderam ser negociadas e colocadas, mais como indicativas (situações em que se deva cooperar, por exemplo) do que como procedimentos específicos que os países pudessem seguir. E o motivo pelo qual a normatização internacional foi realizada desta forma é relativamente simples: para que não

⁷ No original: “internationalization requires that specific attention be dedicated, even in common practice, to comparative and foreign law. The more international cooperation that is needed for transnational inquiries, the more juridical tools ill have to be refined, requiring an improvement in mutual knowledge of legal systems and adoption of the modes of operation”. ILLUMINATI, Giulio. *Transnational Inquiries in Criminal Matters and Respect for fair trial guarantees*. In: RUGGERI, Stefano (editor). **Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings: A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina**. New York: Springer, 2013, pp. 15-24, p.18.

⁸ ILLUMINATI, *loc. cit.*

⁹ Por exemplo: Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida – Decreto n° 5.687, de 31 de janeiro de 2006): Capítulo IV, arts. 43-50); Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo – Decreto n° 5.015, de 12 de março de 2004): artigo 13 (cooperação internacional para fins de confisco), arts. 16, 17 e 18 (especialmente este último) e 21.

houvesse intervenção no ordenamento jurídico de cada Estado (questões de soberania¹⁰), sobrelevando-se ainda que na cooperação as leis internas determinam os procedimentos.

O instituto da cooperação jurídica internacional começou, assim, a se desenvolver com um viés político¹¹, de eficiência e de efetividade do processo penal, aumentando-se os instrumentos utilizados pela acusação.

No entanto, a visão de eficiência e de efetividade não pode ser associada necessariamente ao aumento do poder punitivo do Estado, sem estar acompanhada das garantias do acusado, inerentes à própria existência do Estado Democrático de Direito. Ambos os interesses supostamente opostos são fundamentais à efetividade do processo penal, e, portanto, tal dicotomia, intrínseca à discussão acerca da finalidade e do fundamento do processo penal, apresenta-se falaciosa. A esse respeito, a lição de Antonio Scarance Fernandes, de cujo entendimento se compartilha:

Entre as três posições fundamentais sobre a finalidade do processo penal – a) impedir a punição sem prévio exercício de defesa, privilegiando-se a atuação do acusado b) punir os autores de crimes, dando-se preponderância à atuação dos órgãos de persecução penal e de atuação dos órgãos de persecução penal e de acusação ou c) assegurar um resultado justo e equilibrado, buscando atender aos interesses do acusado e dos órgãos de persecução penal – claramente optamos pela terceira. Por isso, trabalhamos com a idéia de que é eficiente o processo composto por procedimento que assegure aos três sujeitos que nele atuam condições para agirem em consonância com as suas missões específicas e, ainda, às partes, os meios para defenderem seus direitos e fazerem respeitar as suas garantias. A maior ou menor eficácia do processo dependerá de como ele, concretamente, assegurou tudo isso aos sujeitos que nele atuaram. A análise da efetividade vai além. Consiste no exame do que se espera do processo, na

¹⁰ Que não é mais vista como absoluta, implicando independência total dos Estados com relação a seus pares. A este respeito, Stacy afirma que: “Sovereignty, in fact, is far from receding. It is instead changing more subtly than either the elimination of sovereignty, or its simple growth, can explain. Sovereignty is becoming defined by the different nature of the social contract, a contract that must account for the increasingly complex range of transnational interactions under the conditions of globalization, and also the enlarging role of international human rights norms as benchmarks of good governance and good sovereignty. In other words, sovereignty takes its contours from the relationship between citizens, their government, and the international community.” STACY, Helen. Relational Sovereignty. **Stanford Law Review**, Stanford, v. 55, n.5, p. 2029- 2059, May 2003, p.2033.

¹¹ Isto pode ser explicado ainda pelo fato de que todas as instâncias internacionais destinadas à discussão da matéria são formadas por autoridades governamentais, que se reúnem frequentemente para discutir questões de política criminal, sempre com uma análise repressiva. Exemplo disso são os constantes encontros de representantes dos Estados-parte das Convenções da ONU e a formação de grupos de trabalho somente por estes representantes governamentais. Não existem foros internacionais de discussão que congreguem representantes da sociedade civil envolvidos nas questões atinentes à defesa na cooperação jurídica internacional.

verificação de seus objetivos: a realização da justiça, a asseguuração do bem comum, a pacificação social¹².

É exatamente nesse sentido ainda que se manifesta Amann¹³, reproduzindo as discussões travadas internamente e reafirmando a necessidade de que haja um balanceamento entre os interesses públicos e privados em âmbito internacional (decorrência lógica da discussão, uma vez que a cooperação é fenômeno que se insere no âmbito do direito processual).

Esta falsa oposição também vem sendo analisada no âmbito da cooperação, travestida na seguinte dicotomia: se as medidas de cooperação devem ser interpretadas como algo extraordinário e absolutamente excepcional ou se ela deve ser entendida como uma prática internacional consolidada de aplicação ilimitada e irrestrita¹⁴.

Cervini alerta, no entanto, que não se deve adotar nenhuma tese extremista, pois não se trata de cooperar de qualquer modo, nem de se abster de fazê-lo por princípio. Indaga, desta forma, como será possível compatibilizar os aspectos garantistas da tese restritiva com a necessária solidariedade internacional da tese ampla. A esta pergunta, responde que toda “alternativa cooperacional se estructura en tres planos fundamentales cuyo justo balance se obtiene manteniendo entre ellos una constante tensión dinámica. Eso

¹²FERNANDES, Antonio Scarance. Efetividade, processo penal e dignidade humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**, 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp.569-584, p. 570. Esta mesma discussão é travada nos Estados Unidos com relação à própria finalidade do processo penal. Arenella descreve dois modelos de processo penal, conforme os concebeu o Professor Herbert Packer. O modelo de controle ao crime, que vê como a função mais importante do processo criminal a repressão ao crime. Neste modelo, ganham ênfase a eficiência e a rapidez, com a preferência sobre a atividade administrativa da polícia e dos promotores para a investigação e a obtenção de provas, ao invés da determinação de culpa durante o julgamento que caracteriza o sistema adversarial. O segundo modelo, o do devido processo, concentra-se em como melhor limitar o poder do Estado sobre o indivíduo, preferindo, assim, a concentração de atos durante o julgamento. Assim, há uma diferença entre a culpa fática e a legal. Arenella critica este posicionamento por demasiadamente simplista, propondo novas formas de diferenciar os dois modelos, como com relação à alocação de poder. No entanto, não os equaciona, mantendo os dois modelos distintos. ARENELLA, Peter. Rethinking the Functions of Criminal Procedure: The Warren and Burger Courts' Competing Ideologies. **Georgetown Law Journal**, Washington, v. 72, pp. 185-248, 1983, pp.209-210.

¹³ Ammann assim caracteriza esta necessidade de balanceamento: “How can we guarantee that the rights of those accused of transnational crimes are honored? We need to give dignitary interests their due, to ensure that even in cross-border criminal cases individuals do not suffer unfair or arbitrary governmental intrusion. The balance between the needs for public safety and private autonomy must be restored. The International Association of Penal Law recently suggested principles that may guide this process: maintaining the rule of law; adhering to the legality principle; using the least invasive investigative techniques; interposing judicial supervision of investigations; prosecuting only when mens rea and individual culpability can be securely established; making punishment proportional to the crime; and assuring the presumption of innocence”. AMANN, Diane Marie. Rights of the Accused in a Global Enforcement Arena, **The ILSA Journal of International & Comparative Law**, Flórida, v. 6, p. 555-565, 1999.p.564.

¹⁴ CERVINI, Raúl. Principio de Confidencialidad y Magisterio de la Defensa en la Cooperación Judicial Penal Internacional. **Revista de la Facultad de Derecho**, nº 31, Montevideo, julio-diciembre 2011, págs. 103-115, p.104.

se debe reflejar en el necesario equilibrio entre tres vectores: el interés de una eficaz CJPI, el reconocimiento jurídico formal y sustancial de la diversidad de los sistemas normativos involucrados y los derechos de aquellos individuos concretos eventualmente afectados en el cumplimiento de instancias cooperacionales, a los cuales llamamos *concernido*”¹⁵.

Assim, é o **equilíbrio** entre estes três vetores (**cooperação eficaz, reconhecimento da diversidade de sistemas**¹⁶ e **direitos dos concernidos**) que acrescenta maiores obstáculos à discussão na cooperação internacional em relação àquela travada internamente e que constitui o fio norteador deste trabalho.

Deve-se consignar ainda que o acréscimo deste vetor (diversidade de ordenamentos) conduziu à ênfase que tem sido dada à característica internacional da cooperação, estudada com base nos princípios e institutos próprios deste ramo do direito (que congrega os direitos internacionais público e privado)¹⁷. Isto porque a cooperação, em uma análise preliminar e menos acurada, pode ser resumida em conflito de normas no espaço. Seu arraigado papel no processo penal, consubstanciando-se em medida a ser desenvolvida em seu bojo, acrescenta-lhe, entretanto, características que a distinguem. Isto pode ser exemplificado com a possibilidade de combinação de normas processuais de ordenamentos diversos para a execução de determinada medida que será introduzida em um processo penal desenvolvido em outro território.

Seguiu-se somente em fase posterior seu estudo pelos operadores do Direito Processual Penal, quando os problemas e desafios da cooperação passaram a ser efetivamente sentidos por aqueles que participam do processo em nível nacional (tanto para solicitar medidas como para executar medidas solicitadas por outros Estados).

Partindo desta visão, conceituar-se-á este instituto. Deve-se esclarecer preliminarmente o uso da terminologia que designa o objeto deste estudo, já que não se

¹⁵ CERVINI, Principio de Confidencialidad y Magisterio de la Defensa en la Cooperación Judicial Penal Internacional, p.104.

¹⁶ Caracciolo descreve esta diversidade como fundamento do próprio direito penal internacional. Tradução livre. No original: “Il fondamento del diritto penale internazionale risiede nell’esistenza di una molteplicità di Stati e conseguentemente di norme penali nazionali rispetto alle quali si pone il problema del loro ambito di applicazione nello spazio, e di giurisdizioni penali rispetto alle quali si tratta di determinare la sfera della loro competenza, da cui deriva la necessita di risolvere eventuali conflitti tra norme e tra giurisdizioni e di elaborare strumenti di cooperazione che permettano un effettivo esercizio della giustizia penale.” CARACCILO, Ida. **Dall Diritto penale internazionale al diritto Internazionale penale**: Il rafforzamento delle garanzie giurisdizionale. Napoli: Scientifica, 2000, p.61. O reconhecimento de diversidade de sistemas não implica, no entanto, a necessidade de seguir todos os procedimentos de cada ordenamento para que se viabilize a cooperação. Ao contrário, o respeito a ordenamento diverso implica justamente reconhecer as normas do outro país, sem a imposição de suas próprias.

¹⁷ Contribuiu para esse aspecto a criação do espaço comum europeu, pois os desafios de integração dos ordenamentos jurídicos europeus trazem questões muito maiores do que a própria questão da cooperação, como aspectos de soberania, de teoria do estado e constitucionais.

encontra consenso na doutrina sobre este ponto (como em todos os aspectos que cercam a cooperação). Diversas expressões são utilizadas para designá-lo, como cooperação jurisdicional¹⁸ ou ainda cooperação transnacional¹⁹.

Entende-se, no entanto, ser mais adequada a expressão “cooperação jurídica internacional”²⁰, por ser a que melhor indica a abrangência do instituto: ao mesmo tempo que a diferencia de outras formas de cooperação (como a cooperação técnica), inclui não somente atos em que se faz necessária a intervenção judicial, mas também ampla gama de atos administrativos. Sua finalidade será sempre relacionada a uma investigação ou a um processo penal em curso e a natureza dos atos praticados não será necessariamente jurisdicional.

Feito este breve esclarecimento, o primeiro ponto deste trabalho consiste em definir o instituto da cooperação jurídica internacional: aquele que congrega as diversas formas hoje existentes de produção de atos processuais em diferentes ordenamentos jurídicos que visam a, em maior ou menor medida, integrar processos penais internos dos Estados. Nas palavras de Cervini²¹, a cuja definição já se recorreu em outras oportunidades, pode:

[...] ser esquematizada funcionalmente como um conjunto de atividades processuais (cuja proteção não se esgota nas simples formas), regulares

¹⁸ PETRUS, Christian Herrera. La obtención internacional de pruebas como supuesto de asistencia jurisdiccional internacional. In: La obtención internacional de pruebas. In: _____; BERMAN, George A. **La obtención internacional de pruebas: la asistencia jurisdiccional en Europa**. Real Colegio de España, 2005, pp.27-90, p.30.

¹⁹ CHIAVARI, Mario. **Diritto Processuale Penale**. Profilo Istituzionale, quinta edizione. Torino: UTET Giuridica, 2012, p.834. Outro termo utilizado apresenta-se na introdução do Código Modelo de Cooperação Interjurisdiccional para Iberoamerica, que assim explica sua escolha: “A expressão —cooperação interjurisdiccional é a mais adequada à tutela judicial transnacional. Os litígios transnacionais, alvo da tutela judicial transnacional, são aqueles que possuem elementos conectados em mais de um Estado. Nesses casos, a efetividade da jurisdição depende, sempre, da atuação conjunta de Estados soberanos. Daí a expressão —cooperação. É bem verdade que não se trata exatamente de uma cooperação internacional, já que esta expressão é mais apropriada às relações de Direito Internacional Público e, portanto, à tutela judicial perante tribunais internacionais. Chega-se, assim, à expressão —cooperação interjurisdiccional”. As informações sobre o texto foram extraídas da Revista Eletrônica de Direito Processual, vol.IV, ano 3, julho a dezembro de 2009. Periódico Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito processual da UERJ. O texto foi encaminhado por Ricardo Perlingeiro, que compôs a comissão que desenhou o Código.

²⁰ Compartilham do mesmo entendimento: ARAÚJO, Nádia de. A importância da Cooperação Jurídica Internacional para a atuação do Estado Brasileiro no plano interno e internacional. In: **Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos em Matéria Penal**. Brasília: Ministério da Justiça, 2008, pp.39-48, p.40; e ABADE, Denise Neves. **Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional**: extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos. São Paulo: Saraiva, 2013, p.30. Na língua inglesa, são utilizados os termos *international judicial assistance* ou *mutual legal assistance* ou ainda *judicial assistance to foreign countries*.

²¹ CERVINI, Raúl. Das garantias do concernido na cooperação judicial penal internacional, In: ZAFFARONI, Eugênio Raúl; KOSOVSKI, Éster (orgs.). **Estudos em homenagem ao Prof. João Marcello de Araújo Júnior**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 441-457, p 444.

(normais), concretas e de diverso nível, cumpridas por órgãos jurisdicionais (competentes) em matéria penal, pertencentes a distintos Estados soberanos, que convergem (funcional e necessariamente), em nível internacional, na realização de um mesmo fim, que não é senão o desenvolvimento (preparação e consecução) de um processo (principal) da mesma natureza (penal), dentro de um estrito marco de garantias, conforme o diverso grau e projeção intrínsecos do auxílio requerido.

Da definição de Cervini podem ser extraídos alguns elementos importantes. A cooperação significa assistência entre dois Estados soberanos. Este elemento demonstra que se trata da cooperação horizontal²², o que já a diferencia da cooperação vertical, entre um país e um organismo internacional, como o Tribunal Penal Internacional, sobre a qual não nos debruçaremos.

Também deste conceito merece relevo o fato de que um país recorre a outro em virtude de sua ausência de jurisdição para a execução da medida que se pretende produzir. Como releva novamente Cervini em obra escrita com Araújo Junior, a cooperação é

Definida en términos generales como una de las variedades de entreaty penal internacional, la cooperación judicial penal internacional se concretiza cuando el aparato judicial de un Estado, que no tiene imperio sino dentro de la porción de territorio jurídico que le pertenece, recurre al auxilio, a la asistencia que le puedan prestar otros Estados, por medio de su actividad jurisdiccional²³.

E por se tratar de assistência entre Estados igualmente soberanos, deve haver respeito mútuo aos ordenamentos jurídicos envolvidos, sendo a compatibilização destas diferenças uma das questões mais palpitantes da cooperação.

Por fim, a finalidade da cooperação é o desenvolvimento de um processo de natureza penal existente ou futuro²⁴. Isto significa que todos os atos requeridos, ainda que

²² Para a melhor compreensão acerca da jurisdição horizontal, que, em resumo, é aquela entre dois centros iguais de poder, ver a clássica lição de FALK, Richard Anderson. *International jurisdiction: horizontal and vertical conceptions of legal order*. **Temple Law Quarterly**, Philadelphia, v.32, paginação irregular, 1959, em especial p.295.

²³ CERVINI, Raúl; ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. *Cooperación penal internacional en el Mercosur. Concepto y límites*. In: BAIGÚN, David et al. **De las penas: homenaje al profesor Isidoro de Benedetti**. Buenos Aires: Depalma, 1997, pp.99-126, p.104.

²⁴ O aspecto da finalidade, ressaltando a possibilidade de utilização da medida de cooperação em um processo futuro foi bem frisada por Petrus: “En virtud de la misma, un Estado – llamado requerido o asistente – presta un servicio jurídico a otro – denominado requirente o asistido – en relación con una actuación procesal concreta que ha de desarrollarse en el territorio del primero para integrarse después en

administrativos, não podem ter existência isolada, sendo todos partes integrantes de uma investigação ou processo penal, seguindo, portanto, suas normas regulamentadoras.

Este aspecto releva a finalidade relacionada ao processo, ao seu desenvolvimento válido. Assim, as garantias que o cercam integram o sistema da cooperação, afastando definitivamente qualquer entendimento que possa conduzir a uma visão deste instituto exclusivamente como instrumento de combate ao crime, o que traria à tona novamente a questão acerca da superada dicotomia da eficiência *versus* garantismo.

Não se pode concordar totalmente, desta forma, com o posicionamento de Alcaide, para quem

O Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria penal pode definir-se como um conjunto de medidas que visam essencialmente a simplificação e aceleração de procedimentos necessários à perseguição do crime e à realização das finalidades do processo, compreendendo também a execução dos actos necessários à apreensão ou recuperação de instrumentos, objectos ou produtos da infração, medidas essas que, por isso, se situam no centro da cooperação no Espaço da União Européia²⁵.

Em que pese a discordância, observe-se que esta visão decorre da forma como o próprio mundo tem se desenvolvido.

Nesta “nova ordem mundial”, como a classifica Slaughter²⁶ em seu estudo sobre o fenômeno, as instituições ganham papel de relevo nas transformações.

Não poderia ser diferente ao tratar-se da cooperação jurídica internacional, cujo desenvolvimento ganha impulso por meio das relações entre, principalmente, órgãos governamentais ligados à prevenção e ao combate ao crime. É natural, assim, que os meios

un procedimiento actual o futuro seguido ante los tribunales del segundo, contribuyendo así a su adecuada resolución final”. PETRUS, La obtención internacional de pruebas como supuesto de asistencia jurisdiccional internacional, p.28.

²⁵ ALCAIDE, Sandra Elisabete Milheirão. Cooperação judiciária clássica vs. a Convenção de Auxílio Judiciário Mútuo em matéria penal de 29 de Maio de 2000. **Revista do Ministério Público de Lisboa**, Lisboa, v. 31, n. 124, p.89-113, out./dez. 2010, p.101. Há ainda outros autores que, assim como Alcaide, concordam com este posicionamento, como Aras: “Por cooperação penal internacional, entende-se o conjunto de mecanismos jurídicos postos à disposição de Estados e organizações internacionais especializadas para viabilizar ou facilitar a persecução penal ou a execução penal”. ARAS, Vladimir. O papel da autoridade central nos acordos de cooperação penal internacional. In: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; LIMA, Luciano Flores de (organizadores). **Cooperação jurídica internacional em matéria penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, pp.59-93, p.61. No mesmo sentido, CURRIE, Robert J. Human Rights and International Mutual Legal Assistance: Resolving the Tension. **Criminal Law Forum**, Netherlands, p.143-181, 2000, p. 146.

²⁶ A autora descreve a formação de redes governamentais como forma de governança global. SLAUGHTER, Anne-Marie. *A new world order*. New Jersey: Princeton University Press, 2004, especialmente p. 15 *et seq.*

voltados à execução das medidas de cooperação ganhem maior destaque, já que sua evolução se dá com este viés.

A existência de inúmeras redes institucionais e encontros promovidos entre autoridades governamentais bem ilustra esta afirmativa. A Rede Ibero-americana de Cooperação Judicial (IberRED), a Rede de Cooperação Jurídica e Judiciária Internacional dos Países de Língua Portuguesa (Rede Judiciária da CPLP) e a Rede Hemisférica de Intercâmbio de Informações para o Auxílio Jurídico Mútuo em Matéria Penal e de Extradução são integradas por representantes do governo, principalmente membros do Ministério Público e do Poder Judiciário, que visam a facilitar a cooperação, inclusive por meio de contatos informais. Estes contatos, no entanto, não são abertos à atuação da defesa. E a construção de conhecimento advinda dos encontros periódicos realizados é inevitavelmente voltada aos interesses da acusação.

Ainda como amostra, o UNODC (*United Nations Office on Drugs and Crime*) desenvolveu o *Mutual Legal Assistance Request Writer Tool*, para auxiliar a elaboração de pedidos de cooperação. Em sua página eletrônica, consta que: “***Mutual legal assistance is one of the most decisive weapons States have to fight serious international crime. For mutual legal assistance requests to be effective, they often need to be generated quickly and in such a way as to avoid legal obstacles that can arise when criminal justice practitioners from different legal systems attempt to work together***”²⁷.

Além disso, o UNODC promove reuniões de peritos governamentais para a discussão acerca de como promover a cooperação do bojo das convenções internacionais. Por exemplo, o grupo criado para discutir a cooperação jurídica internacional (CJI) no âmbito da Convenção de Mérida (Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção) teve seu terceiro encontro em outubro de 2014 e um dos temas abordados foi a necessidade de cooperação internacional em procedimentos civis e administrativos para a identificação de delitos de corrupção e seu uso para a detecção, congelamento e confisco de ativos oriundos destes delitos²⁸.

No entanto, ainda que haja justificativa para esta realidade, não significa ser ela correta. Ao contrário. Mesmo havendo explicação para tal entendimento, não parece ser ele o mais adequado, pois a finalidade da cooperação é a consecução de um processo justo,

²⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Mutual legal Assistance Tool*. Disponível em: <http://www.unodc.org/mla/en/index.html>. Acesso em 15.12.2014. Grifos nossos.

²⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Documentos oficiais relacionados à Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/EMInternationalCooperation/9-10October2014/V1406834e.pdf>. Acesso em 15.12.2014.

não se consubstanciando em mais um recurso posto à disposição do Estado para ser utilizado como política de repressão ao crime. Ainda que relevante, o combate ao crime não pode sobrepujar a necessária defesa dos direitos fundamentais, tanto em âmbito nacional quanto internacional²⁹.

Nesta linha, Abade³⁰, ao tratar da cooperação, incorpora estes dois interesses, frisando que a CJI “se tornou ferramenta imprescindível para a persecução da criminalidade organizada, assegurando acesso à justiça penal e preservando a igualdade de todos perante a lei”.

Último elemento a ser considerado da definição proposta por Cervini é que o processo e a medida requerida devem se desenvolver dentro de um estrito marco de garantias³¹. Assim, as garantias do concernido³² integram o próprio conceito de cooperação. E é este marco de garantias que será melhor explorado no decorrer deste trabalho.

Isto posto, a cooperação jurídica internacional é instrumento de ajuda entre Estados soberanos para a realização das finalidades do processo (cercada portanto de todas as garantias a ele inerentes), necessária quando presente algum elemento de extraneidade.

1.2. Topologia

Conceituada a cooperação internacional, passa-se a sua análise topológica, verificando se ela constitui, de fato, novo ramo do Direito.

²⁹ Sobre este tema, Illuminati (p.17) afirma que: “When dealing with cross-border investigations and international cooperation, what is usually emphasized is the goal of realizing an efficient system of law enforcement. Even the action in the so-called AFSJ within the European Union has been so far committed almost entirely to the improvement of security, if one takes into consideration the European agencies that have been established and the content of the Framework Decisions that have actually been issued. Indeed, it seems very hard to reach unanimity or even any political agreement on the formal recognition of a common standard of procedural safeguards throughout the Union.

As legal scholars, we must not forget that the protection of individuals against state authority’s use of its coercive power in criminal justice is just as important at international level”.

³⁰ ABADE, Denise Neves. Convivência entre instrumentos cooperacionais: a carta rogatória e o auxílio direto. PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; CHOUKR, Fauzi Hassan (Coord.). **Cooperação Jurídica Internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, pp. 307-329, p.307.

³¹ A este marco Bechara estuda como a aplicação à cooperação do padrão normativo universal de direitos humanos, desenvolvido a partir da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação jurídica internacional em material penal**: eficácia da prova produzida no exterior. São Paulo: Saraiva, 2011, p.66 *et seq.*

³² Conceito cunhado por Cervini para se referir ao indivíduo que possui seus direitos afetados pela CJI.

Tal indagação revela-se importante, dentre outros fatores, pelo crescente entendimento de que o Direito Processual, quando presente a interação de diferentes ordenamentos jurídicos, ganha contornos de disciplina autônoma. Há diversos posicionamentos sobre o tema.

Em sentido contrário à autonomia, Cervini e Araújo Junior esclarecem que, ao utilizarem a expressão “direito da cooperação penal internacional” não propõem o nascimento de um novo ramo do direito, mas somente o colocam sob um novo prisma, sob uma nova ótica “conceitual e valorativa”, onde cada ramo do direito possui uma contribuição a realizar³³.

Dentre outros autores, no entanto, parece haver a tendência de defender a existência de um direito processual internacional, que poderia ser assim entendido³⁴:

O Direito Processual Internacional tem como objeto a disciplina da competência internacional do Estado, da litispendência internacional, do procedimento para citação, oitiva de testemunhas, coleta de provas e atos de impulso processual, bem como o procedimento para que as sentenças ou outras decisões judiciais estrangeiras possam ter efeito em território nacional.

As regras de Direito Processual Internacional, na maioria das vezes, estão presentes nas leis internas dos Estados e são criadas com o objetivo de determinar como e em que hipóteses a Jurisdição estatal interna determinará a resolução de uma situação litigiosa que transborda os limites internos, por apresentar elemento estrangeiro significativo. Muitas vezes, acordos internacionais pretendem coordenar a atuação das Jurisdições estatais, de modo a evitar os conflitos positivos e negativos de Jurisdições soberanas e realizar a contento a tarefa da administração da justiça. Esse é um grande contraponto do Direito Processual Internacional com o Direito Internacional Processual: o primeiro tem fonte interna e, eventualmente, internacional, já o segundo apenas tem fonte internacional.

Podemos definir o Direito Processual Internacional como o ramo do Direito Internacional que disciplina o procedimento das ações que versam sobre relações jurídicas dotadas de elemento estrangeiro significativo [...] (grifos nossos)

³³ CERVINI, Raúl; ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. Cooperación penal internacional en el Mercosur. Concepto y límites. In: BAIGÚN, David et al. **De las penas:** homenaje al profesor Isidoro de Benedetti. Buenos Aires: Depalma, 1997, pp.99-126, p.99.

³⁴ LOULA, Maria Rosa Guimarães. **Auxílio Direito.** Novo instrumento de cooperação jurídica internacional civil. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p.42.

Assim, este direito processual internacional consubstancia-se na confluência do direito internacional público, direito internacional privado e direito processual³⁵.

De fato, tendo em vista as características próprias da CJI, suas peculiaridades posicionam-na em um campo diverso do Direito.

Nesta linha, Antonio Scarance Fernandes propõe a existência deste ramo como expansão do próprio direito processual em face de sua projeção externa, configurando um “novo método de enfoque do direito processual”³⁶.

Este ramo novo do direito pode ser separado em cinco diferentes campos de estudo, “que abrangem as regras processuais penais que: (a) são tratadas nas convenções e nos tratados; (b) regulam a atuação do Tribunal Penal Internacional; (c) regem a atuação de Tribunais Regionais, como o Tribunal Europeu de Direitos Humanos ou o Tribunal de Costa Rica; (d) determinam a competência para o julgamento de crimes que, em sua perpetração, abranjam duas ou mais nações; (e) disciplinam as formas de cooperação entre os países”³⁷.

Percebe-se das definições trazidas que existem algumas diferenças. Enquanto Loula delimita o direito processual internacional ao estudo da interação entre normas internas de diferentes ordenamentos jurídicos (jurisdição horizontal), excluindo deste estudo a interação entre normas processuais internas e as dos tribunais internacionais³⁸ (jurisdição vertical), Fernandes inclui neste novo ramo do direito todas as formas de interação de normas processuais, tanto horizontal como verticalmente consideradas.

Há, ainda, diversos outros posicionamentos, como o de Luis³⁹, para quem o direito processual penal internacional é disciplina paralela ao direito penal internacional substantivo e se refere basicamente à cooperação jurídica internacional, aproximando-se do conceito externado por Loula.

³⁵ LOULA, **Auxílio Direto**, p. 32.

³⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. O direito processual penal internacional. In: FERNANDES, Antonio Scarance, ZILLI, Marcos Alexandre Coelho (coordenadores). **Direito Processual Penal Internacional**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013, pp. 4-25, p. 4.

³⁷ FERNANDES, *loc. cit.*

³⁸ O que não implica excluir completamente a análise da produção científica advinda de seu estudo, uma vez que alguns dos problemas e conceitos que serão aqui examinados já mereceram especial atenção da doutrina e da jurisprudência dos tribunais internacionais (por exemplo, a análise do princípio da dupla incriminação).

³⁹ LUIS, Luis Román Puerta. Derecho Penal Supranacional y cooperación jurídica internacional. In: PECO, Ángel Galgo (dir.). **Derecho Penal Supranacional y cooperación jurídica internacional**. Cuadernos de Derecho Judicial, XIII, 2003. Madri: Centro de Documentación Judicial, 2004, pp. 23-48, p.31.

Viada⁴⁰, por sua vez, retoma a inclusão do direito processual dentro do direito penal internacional, diferenciando este, ainda, do que seria o direito internacional penal. Enquanto o primeiro decorreria da vontade soberana dos Estados, o segundo consistiria em um sistema jurídico supranacional.

Desta forma, a autora elenca dois grupos de instrumentos de direito penal internacional: aqueles dedicados à persecução de determinados delitos internacionais (como pirataria, financiamento ao terrorismo e tráfico de pessoas) e aqueles dedicados a estabelecer normas gerais de cooperação internacional (aqui se inserem a cooperação policial e a judicial).

Por fim, a lição de Bassiouni⁴¹, que insere a cooperação no direito internacional penal, sem diferencia-lo, no entanto, do direito penal internacional. Acrescenta ainda que o objeto do direito internacional penal compreende: 1) definição de crimes (tanto transnacionais como internacionais), que constituem a parte substantiva desta matéria; e 2) modalidades de execução, que constituem a parte processual e que não se aplicam somente a crimes transnacionais ou internacionais, mas também à execução da lei criminal nacional, quando há necessidade de cooperação entre Estados.

⁴⁰ A autora conceitua este ramo, nas palavras de Martens, como “el conjunto de reglas jurídicas que determinan las condiciones en las cuales deben auxiliarse mutuamente los Estados para la administración de justicia, a fin de asegurar el ejercicio del poder penal en la esfera de la comunidad de naciones”. Por tanto, estamos ante una disciplina jurídica compleja, caracterizada por la multiplicidad de fuentes que se superponen y que nacen del sistema jurídico internacional y se aplican, fundamentalmente, a través de los sistemas jurídicos nacionales. El Derecho penal internacional, a diferencia del Derecho internacional penal, no es un sistema jurídico supranacional, sino una manifestación de la voluntad soberana de los Estados, expresada a través de su consentimiento a colaborar con otros Estados o con organizaciones internacionales”. VIADA, Natacha G. **Derecho penal y globalización: cooperación penal internacional**. Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 89-91.

⁴¹ BASSIOUNI, M. Cherif. Policy considerations on interstate cooperation in criminal matters. **Pace Environmental Law Review**, New York, v. 4, p. 123, 1992, p.126: Além disso, Bassiouni elenca 10 mecanismos de combate à criminalidade em nível internacional:

“1. Explicit recognition of proscribed conduct as constituting an international crime, or a crime under international law;
2. Implicit recognition of the penal nature of the act by establishing a duty to prohibit, prevent, prosecute, punish, or the like;
3. Criminalization of the proscribed conduct;
4. Duty or right to prosecute;
5. Duty or right to punish the proscribed conduct;
6. Duty or right to extradite;
7. Duty or right to cooperate in prosecution, punishment, (including judicial assistance);
8. Establishment of a criminal jurisdictional basis;
9. Reference to the establishment of an international criminal court or international tribunal with penal characteristics; and
10. No defense of obedience to superior others”.

Destes, 6 também seriam aplicáveis aos crimes domésticos: reconhecimento de sentenças penais estrangeiras, extradição, mutual legal assistance em matéria penal, transferência de processos penais; transferência de presos e o bloqueio e a perda de produtos ilícitos de crime.

Percebe-se do exposto não haver consenso na doutrina acerca do tema⁴². Desde a discussão acerca de sua autonomia até a nomenclatura e o conteúdo deste novo ramo do direito, os entendimentos são os mais diversos, sendo que cada autor releva algum aspecto importante.

Para os fins deste estudo, no entanto, adota-se posicionamento esposado por Antonio Scarance Fernandes, em que este novo ramo do direito (direito processual internacional) congrega todas as manifestações internacionais e transnacionais do processo penal.

Diante de todo o exposto, conclui-se assim que a cooperação jurídica internacional consubstancia-se na interação entre a atuação jurisdicional de Estados diferentes, regida pelo devido processo penal de ambos, e pertencente ao ramo do direito processual internacional, o que determina seus princípios e características.

1.3. Fontes

Tendo em vista a natureza diferenciada da cooperação, com características advindas tanto do direito processual penal como do direito internacional, a questão de suas fontes tem especial importância para a correta compreensão de suas regras, princípios e formas de interpretação.

Nesta linha, pode-se afirmar que a cooperação possui tanto fontes nacionais quanto internacionais⁴³, cuja harmonização é bastante complexa. E esta complexidade de

⁴² Por exemplo, Vassalli entende estar a cooperação contemplada no direito penal internacional. VASSALLI, Giuliano. **La Giustizia internazionale penale**: studi. Milano: Giuffrè, 1995, pp.194-195. Já Rechsteiner classifica-o com o termo direito transnacional, utilizado para “caracterizar qualquer matéria jurídica que transcenda aos limites de um Estado”. RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado**: teoria e prática, 6ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2003, p.32.

⁴³ Como exemplo, na Itália, as fontes da cooperação penal entre estados são divididas da seguinte maneira: a) fontes principais – tratados e normas gerais de direito internacional (incluído o costume), conforme previsão do artigo 696 do Código de Processo Penal; b) regras subsidiárias – aquelas codificadas internamente, aplicáveis quando não há matriz internacional, previstas nos artigos 697 e seguintes do Código de Processo Penal. CORDERO, Franco. **Procedura Penale**, nona edizione. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2012, pp. 1247-1248. Ainda sobre este tema, Chiavario, ao analisar o artigo 696 do Código de Processo Penal Italiano, ressalta a prevalência das normas internacionais. CHIAVARIO, **Diritto Processuale Penale**, p.838. Ainda, há autores, como Trotta, que entendem como fontes da CJI não somente aquelas oriundas da ciência do Direito. Para ele, o “instituto da cooperação jurídica, em matéria penal, ora em exame, não se limita à análise estática de Ciências Jurídicas que acabam por atuar, conjuntamente, como ocorre com o Direito Penal Internacional, Processual, Constitucional, entre outros, em uma legislação única. Trata-se a questão de modo integrado, em verdadeiro exemplo de interdisciplinaridade, com as normas internas de cada Estado soberano,

fontes é bem retratada por Bassiouni, ao descrever o direito penal internacional. Ainda que para o autor a CJI (que ele chama de *indirect enforcement system*⁴⁴) seja instituto diverso, as mesmas considerações por ele tecidas podem ser aqui aplicadas. Descreve⁴⁵:

International Criminal Law (ICL) is a complex legal discipline that consists of several components bound their functional relationship in the pursuit of its value-oriented goals. These goals include the prevention and suppression of international criminality, enhancement of accountability and reduction of impunity, and the establishment of international criminal justice. Each of these components derive from one or more legal disciplines and their respective branches, including international law, national criminal law, comparative criminal law and procedures, and international and regional human rights law. These legal disciplines are distinguished on the basis, inter alia, of their subjects, contents, scope, values, goals, and methods. Thus, they cannot be easily reconciled. Nevertheless, the different components that make up ICL constitute a functional whole, even though lacking in the doctrinal cohesiveness and methodological coherence found in other legal disciplines whose relative homogeneity gives them a more defined systemic nature. Thus, there is something that can be called the system of ICL, which derives from the functional relationship that exists between the different components of this discipline and the value-oriented goals it seeks to achieve.

Adentrando sua análise, André de Carvalho Ramos⁴⁶ elenca as seguintes fontes internacionais: “(i) tratados, (ii) os costumes internacionais, (iii) os princípios gerais de direito⁴⁷, (iv) ato unilateral, (v) resoluções vinculantes de organizações internacionais e, ainda (vi) doutrina e (vii) jurisprudência”.

Dentre essas, os tratados são talvez a mais importante fonte da cooperação, pois são os que produzem maior segurança, podendo ser bilaterais ou multilaterais.

em comunhão com tratados internacionais. Assim, sem prejuízo da utilização simultânea de diversos ramos do saber jurídico, entendem-se que as manifestações internacionais de integração (é nesse contexto que figura a cooperação em matéria penal) devem ter, como protagonista, o homem e seus interesses”. TROTTA, Sandro Brescovit. **O lugar do crime no Mercosul**: As fronteiras da cooperação jurídica internacional contemporânea. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p.69.

⁴⁴ BASSIOUNI, M. Cherif. The Discipline of International Criminal Law. In: BASSIOUNI, M. Cherif. **International Criminal Law**. Sources, Subjects and Contents, vol. I. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp.3-40, p.6.

⁴⁵ *Ibidem*, p.3.

⁴⁶ RAMOS, André de Carvalho. O Novo Direito Internacional Privado e o Conflito De Fontes Na Cooperação Jurídica Internacional. In **Revista da Faculdade de Direito (USP)**, São Paulo, v. 108, p. 621-647, 2013. CARVALHO RAMOS, p. 628.

⁴⁷ Aqueles extraídos de princípios comuns a diversos ordenamentos jurídicos e das próprias normas internacionais.

Já quanto às fontes nacionais, elas não diferem das fontes do direito em geral. Assim, como fonte primária (formal ou imediata), tem-se a legislação⁴⁸, seguida pelas fontes mediatas disciplinadas no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, com as alterações da Lei nº 12.376, de 2010), compostas pela analogia, os costumes e os princípios gerais de direito⁴⁹.

Acrescenta-se aqui também a jurisprudência. Mesmo que não se adentre as discussões filosóficas sobre o tema, parte-se da premissa de que, embora não seja considerada como fonte formal, “é inquestionável que, em nível material, ou seja, no da realidade das coisas, ela o é”⁵⁰. Conforme se verá, na CJI, grande parte das discussões internas e de sua aplicação advém da jurisprudência, principalmente em virtude da ausência de legislação minudente acerca da matéria.

Elencadas as fontes, pode-se dizer que, do direito internacional são extraídos aspectos processuais penais oriundos das convenções, costumes e princípios gerais do direito, conforme o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça⁵¹.

Já do direito processual penal nacional são extraídos seus aspectos internacionais das normas de jurisdição extraterritorial, conflitos de jurisdição entre estados e entre um estado e um tribunal internacional e as fontes do direito aplicáveis às modalidades de cooperação jurídica internacional em matéria penal.

Além disso, o direito penal e o direito processual penal comparados fornecem princípios gerais de direito extraídos das leis domésticas e que são aplicados nos procedimentos criados para os tribunais internacionais⁵² e, *mutatis mutandis*, à CJI.

⁴⁸ No caso brasileiro, a fonte primária da qual emana a possibilidade de cooperar é a Constituição Federal, que prescreve em seu artigo 4º, IX, o princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. Também prevê em artigos esparsos dispositivos que tratam da matéria de cooperação: carta rogatória e homologação de sentença estrangeira conferidas à competência do Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, i), extradição de competência do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, g), limites à extradição (art. 5º, LII), menção indireta ao auxílio direto (art. 109, III). Também há legislação infraconstitucional sobre o assunto na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 12.376/2010), nos Códigos de Processo Civil e de Processo Penal e no Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/80), no Regimento Interno do STF e na Resolução nº 9/2005 do STJ.

⁴⁹ Especificamente no campo do processo penal, o Código de Processo Penal (CPP) prevê, em seu art. 3º, que “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.

⁵⁰ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito Penal e interpretação jurisprudencial**: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes. São Paulo: Editora Atlas, 2008. GOMES, p. 41. Ainda que não suplante a aplicação da lei, as decisões judiciais integram a determinação de seu conteúdo. A esse respeito, esclarece ainda Gomes (p.40): “Se uma regra é, no fundo, a sua interpretação, isto é, aquilo que se diz ser o seu significado, não há como negar à jurisprudência a categoria de fonte do direito. É, claramente, uma fonte de criação jurídica, posto que, em última instância, complementar significa, num certo sentido, criar”.

⁵¹ BASSIOUNI, The Discipline of International Criminal Law, p.5. Em que pese o autor se referir aos aspectos do direito penal material, acredita-se ser transponível o mesmo raciocínio ao direito processual penal.

Extraídos os elementos tanto do direito internacional quanto do direito interno, eles irão interagir sem hierarquia e sem monopólio, consistindo no que Häberle⁵³, ao estudar o Direito Internacional, chamou de doutrina comum das fontes jurídicas, fundamentando uma influência recíproca⁵⁴. E esta influência acaba por transformar a CJI em um instituto dinâmico, ocasionando o que Bassiouni⁵⁵ chama de *cross-fertilization*, que ocorre entre os aspectos penais do direito internacional e do direito penal interno, sendo que é esse processo que contribui para a harmonização das normas materiais e processuais nos sistemas de justiça criminal internacionais e nacionais⁵⁶.

Esta interação de normas nacionais e internacionais gera ainda uma série de fenômenos de harmonia e dissonância.

As harmonias acabam por trazer: “a) a abertura do ordenamento interno às fontes internacionais (convencionais ou extraconvencionais); b) reconhecimento de um estatuto superior das normas internacionais ou das decisões internacionais, com a consagração do bloco de constitucionalidade composto por normas internacionais agora com hierarquia constitucional; c) uso retórico e argumentativo da *ratio decidendi* internacional para fundamentar a decisão internacional, incrementando seu poder de convencimento, especialmente útil nas rupturas hermenêuticas promovidas pelos Tribunais nacionais; d) influência dos avanços nacionais na redação e interpretação do Direito Internacional, especialmente vista na interpretação dos Direitos Humanos nos órgãos internacionais, sempre abertos a novos marcos de proteção”⁵⁷.

⁵² BASSIOUNI, The Discipline of International Criminal Law, p.6.

⁵³ HÄBERLE, **Estado constitucional cooperativo**, p.61.

⁵⁴ Häberle afirma que: “A cooperação dos Estados constitucionais nas organizações internacionais, o desenvolvimento conjunto de obras amplas de codificação que regulam forma e procedimento de sua cooperação, e a extensão de sua jurisdição internacional de cujo material jurídico fazem parte, entre outros, “os princípios jurídicos gerais reconhecidos pelos Estados civilizados”, formam o fundamento de uma influência recíproca da ordem jurídica nacional e internacional: estruturas jurídicas e idéias de justiça dos diversos Estados da comunidade jurídica internacional influem no processo de formação do Direito Internacional; princípios e regras isoladas do Direito Internacional colocam, por sua vez, medidas para o desenvolvimento jurídico interno do Estado”. *Ibidem*, p.62.

⁵⁵ BASSIOUNI, The Discipline of International Criminal Law, p.6: “Thus, a degree of cross-fertilization exists between the penal aspects of international law and national criminal law. This process of cross-fertilization contributes to the harmonization of substantive and procedural norms in international and national criminal justice systems”.

⁵⁶ Alerte-se, no entanto, que esta *cross-fertilization* não pode conduzir a uma hibridização sem parâmetros, realizada sem método, não se tratando de mero transplante de normas e institutos jurídicos. DELMAS-MARTY, Mireille. Reflections on the “Hybridization” of Criminal Procedure. In: JACKSON, John, LANGER, Máximo, TILLERS, Peter (editors). **Crime, procedure and Evidence in a Comparative and International Context**. Essays in Honour of Professor Mirjan Damaska. Portland: Hart Publishing, 2008, pp. 251-259, especialmente p.259.

⁵⁷ RAMOS, Pluralidade das ordens jurídicas, p.505.

Já as dissonâncias podem ocasionar “o uso doméstico deturpado de tratados e demais normas internacionais graças ao hábito da interpretação nacional de tratados, sem conexão com a interpretação internacional”, o que origina o que pode ser chamado de “tratados internacionais nacionais”⁵⁸.

Ainda que este raciocínio tenha sido desenvolvido para espelhar o que ocorre no âmbito multilateral, com a existência de Tribunais Internacionais com a competência de aplicar as normas internacionais, o mesmo raciocínio pode ser aplicado nas relações bilaterais, principalmente em casos relacionados à cooperação jurídica internacional, em que o mútuo respeito à diversidade dos ordenamentos envolvidos deve ser princípio de sua aplicação e interpretação e que o entendimento da comunidade internacional acerca do conteúdo dos direitos fundamentais deva ser seguido.

Como se vê, a multiplicidade de fontes da CJI agrega complexidade ao instituto, em virtude de necessária interação entre fontes de diferentes matizes, que, combinadas, compelem a uma nova interpretação do direito que pode, inclusive, conduzir à criação de disciplina até então desconhecida pelo ordenamento interno.

Não se trata, no entanto, de simplesmente incorporar normas de outro Estado, mas também de se tomar cuidado para que não se produzam “dissonâncias”, interpretando os dispositivos da CJI somente pelo prisma local.

1.4. Objeto

A cooperação jurídica internacional pode ter por objeto diferentes atos processuais ou não processuais, que podem incidir em quaisquer das fases do processo (inclusive durante o procedimento investigatório) e que implicam maior ou menor interferência na esfera de direitos dos indivíduos. Assim, abrange a intimação e a citação (atos de comunicação), a produção de provas, as medidas cautelares reais⁵⁹, o reconhecimento de decisão estrangeira, a execução da pena (inclusive a pena de

⁵⁸ RAMOS, Pluralidade das ordens jurídicas, p.511. Ainda segundo o autor, o “modo de criação dessa espécie tipicamente brasileira é o seguinte: o Brasil ratifica tratados e reconhece a jurisdição de órgãos internacionais encarregados de interpretá-los; porém, subsequentemente, o Judiciário nacional continua a interpretar tais tratados nacionalmente, sem qualquer remissão ou lembrança da jurisprudência dos órgãos internacionais que os interpretam”.

⁵⁹ As medidas cautelares pessoais não constituem objeto típico da CJI, sendo solicitadas no bojo de um pedido de extradição (Lei nº 6.815/1980, art. 82).

perdimento de bens) e a transferência do indivíduo para outro Estado (voluntária ou compulsória).

A classificação e a mensuração de seu objeto consideram que toda “medida de cooperação judicial penal internacional leva implícita, de algum modo, a intromissão de uma ordem jurídica (requerente) dentro de uma outra (requerida), e uma afetação de direitos patrimoniais e pessoais, cuja medida e gravosidade dependerá, em primeiro lugar, da natureza processual da medida de assistência solicitada, e, em segundo lugar, da duração de sua coercibilidade”⁶⁰.

Tendo isto em vista, será adotada, para os fins deste trabalho, a divisão proposta por Cervini⁶¹, que se consubstancia na classificação utilizada por nossos tribunais, inclusive para a definição do instrumento de cooperação a ser utilizado em cada caso, conforme ver-se-á nos tópicos relativos aos instrumentos da cooperação.

A cooperação pode contemplar medidas de três diferentes níveis. As medidas de primeiro grau são aquelas mais simples, que contemplam as de mero trâmite (ex., intimações) e as meramente instrutórias (ex., realização de perícia). Trotta⁶² ainda acrescenta as informações sobre o direito e a “possibilidade de atividades que requeiram maior complexidade e duração temporal, podendo atingir níveis coercitivos relevantes, tal como o ingresso, com auxílio de força pública, para praticar uma inspeção”. Medidas de segundo grau, por sua vez, são aquelas “suscetíveis de causar gravame irreparável aos bens das pessoas”, como as medidas cautelares reais. Por fim, as medidas de terceiro grau são as que podem causar “gravame irreparável aos direitos e liberdades”.

Em que pese a concordância com a divisão proposta, algumas adaptações devem ser feitas. Quanto às medidas de segundo grau, devem ali ser inseridas também aquelas que causam restrição a direitos outros que não somente os patrimoniais. Incluem-se aqui, desta forma, medidas como a quebra de sigilo bancário. Pode-se afirmar, assim, que aqui se inserem medidas envolvendo reserva de jurisdição.

Esta classificação acerca dos níveis das medidas de cooperação não somente importa para a definição do instrumento a ser utilizado, mas também para o grau de

⁶⁰ CERVINI, **Princípios de cooperação judicial penal internacional do protocolo do Mercosul**, p. 66.

⁶¹ *Ibidem*, p. 68.

⁶² TROTTA, **O lugar do crime no Mercosul**, p.116.

proteção de que goza o indivíduo em cada medida, fazendo-se incidir o que se denomina de princípio da gradualidade⁶³.

Por exemplo, a exigência de dupla incriminação não se aplica a medidas de primeiro nível, sendo ela a regra para medidas de segundo e terceiro níveis.

Embora seja adotada esta classificação em nosso estudo, faz-se necessário consignar a existência de críticas a ela. Abade a descarta, uma vez que ela pressupõe a existência de desconfiança entre os Estados na medida da gravidade do pedido. Segundo a autora, esta classificação em níveis ficaria afastada pela possibilidade de determinação de “crivos mínimos mesmo em medidas de maior gravame”⁶⁴.

Entende-se, porém, que lhe assiste razão somente em parte. À primeira vista, pode-se inferir que a divisão em níveis de fato estaria atrelada à desconfiança em relação ao ordenamento jurídico do Estado requerente. Isto porque a gradualidade não decorre necessariamente desta “desconfiança”. Não é estranha ao direito a imposição de requisitos mais severos a depender do grau de intervenção da medida na esfera dos direitos individuais. Mesmo internamente, há diferenciação no grau de proteção em virtude do direito envolvido. Por exemplo, diversas atividades são facultadas à autoridade policial no decorrer de um inquérito, mas algumas possuem reserva de jurisdição (como a quebra de sigilo bancário).

Desta forma, utiliza-se da classificação de Cervini, esclarecendo que, na cooperação *stricto sensu*, o objeto de análise recai sobre medidas de primeiro e segundo níveis.

1.5. Princípios

Neste tópico serão analisados os princípios que regem a cooperação jurídica internacional e que condicionam e orientam sua regulamentação e aplicação. Em

⁶³ CERVINI, Raúl. Principio de Confidencialidad y Magisterio de la Defensa en la Cooperación Judicial Penal Internacional. **Revista de la Facultad de Derecho**, nº 31, Montevideo, julio-diciembre 2011, págs. 103-115, p. 105.

⁶⁴ ABADE, **Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional**, p.42. A autora trata dos objetos da cooperação ao discutir seu conteúdo, enumerando-os da seguinte forma: Pedido de Extradição, Pedido de Assistência Jurídica, Pedido de Homologação de Sentença Estrangeira Criminal e Transferência de Preso (p.46).

decorrência da multiplicidade de fontes da CJI, advindas do direito internacional e do direito processual penal nacional, seus princípios também possuem esta dupla origem.

Adverte-se preliminarmente que, assim como toda a disciplina da cooperação, não há consenso em relação a sua enumeração, sendo aqui selecionados os que mais adequadamente orientam a CJI.

1.5.1. Princípio da territorialidade

O princípio da territorialidade é o que rege, em regra, a determinação de jurisdição, estando atrelado à noção de soberania.

Para a determinação da jurisdição, entretanto, além da territorialidade, remete-se às diversas teorias que a embasam⁶⁵. São elas:

a) territorialidade: é o princípio básico de aplicação da jurisdição na maior parte dos Estados. Subdivide-se em:

a.1. Objetiva: todos os elementos do delito ocorreram no exterior, mas seus resultados se produziram dentro do Estado ao qual se atribui a jurisdição⁶⁶;

a.2. Subjetiva: qualquer dos elementos do crime ocorreu dentro do território do Estado ao qual se atribui a jurisdição, ainda que o resultado ou parte da execução do delito tenha ocorrido no exterior;

b) personalidade ativa ou da nacionalidade: o Estado pode exercer sua jurisdição sobre seus nacionais, mesmo que o delito tenha sido cometido além de seu território;

c) personalidade passiva: o Estado pode exercer sua jurisdição quando a vítima do delito possuir sua nacionalidade, ainda que o fato tenha ocorrido fora de seu território;

d) protetivo ou do interesse nacional⁶⁷: o bem jurídico atingido pelo delito é de interesse fundamental do Estado; e

⁶⁵ Todas elas contempladas em nosso Código Penal, em seus artigos 5º e 7º.

⁶⁶ Consagrado no julgamento do caso Lótus pela Corte Internacional de Justiça. Sobre este caso, ver FONSECA, José Roberto Franco da. O caso clássico do navio Lotus à luz da ciência moderna. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 90, p. 361-371, 1995.

⁶⁷ Também chamado de princípio objetivo ou da competência real. MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**, 2º volume, 11ª edição revista e aumentada. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 851.

e) universalidade: o bem jurídico atingido é de interesse da comunidade internacional sem a necessidade de existência de nenhum outro elemento de atração da jurisdição.

No entanto, conforme alerta Badaró⁶⁸, não se trata aqui de aplicação dos artigos 5º e 7º do Código Penal, que cuidam da territorialidade (e das demais teorias acima expostas) como requisito de aplicação da lei penal material brasileira, trazendo, como consequência, a fixação de jurisdição nacional (que, ao atuar, acaba por atrair o exercício de nossas normas processuais).

Assim, estes artigos do Código Penal não tratam especificamente da determinação das leis processuais, ainda que sua aplicação deles decorra (este tema será melhor explorado ao tratar-se da problemática da lei aplicável).

Aqui, diferentemente do direito penal material, a territorialidade ganha contornos um pouco diversos, não se confundindo com a origem e a delimitação do *ius puniendi* do Estado, com a existência da própria jurisdição, encontrando no processo penal, na verdade, maior similitude com a regra do *locus regit actum*⁶⁹.

No caso da CJI, o princípio da territorialidade acarreta dizer que a lei processual aplica-se às medidas processuais a serem executadas em território nacional, ainda que o Estado na qual elas serão cumpridas não tenha jurisdição para o processamento e julgamento do caso (vale dizer, fora das hipóteses dos mencionados artigos do Código Penal).

A territorialidade, na cooperação, faz nascer a jurisdição para a execução da medida pleiteada e, ao mesmo tempo, atrai a aplicação das normas processuais penais do Estado requerido. Desta forma, este princípio ainda vigora na cooperação, tendo em vista a dificuldade dos Estados em aceitarem a aplicação de leis de outros Estados e da impossibilidade de que um Estado pratique atos processuais no território de outro⁷⁰, principalmente em matéria de processo penal, apesar de certa mitigação⁷¹.

⁶⁸BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**, 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, pp.59-60.

⁶⁹ O art. 1º do CPP dispõe que “O processo penal rege-se-á, em todo o território brasileiro, por este Código [...]”

⁷⁰ Excluindo-se a hipótese em que o Estado estrangeiro atue como parte em um processo. Mencione-se ainda que os Estados Unidos possuem diversos nexos jurisdicionais de que se utilizam e que acabam por resultar na inaplicabilidade deste princípio. Por exemplo, possuem jurisdição sobre nacionais e residentes estadunidenses onde quer que se encontrem. E, em virtude disto, estes podem ser compelidos à prática de determinados atos, como a produção de prova documental.

⁷¹ Trotta afirma que “para o bom funcionamento da entreaajuda penal, é fundamental que seja mitigado o rigor do enfoque territorialista, calcado nas teorias do Estado-Nação, tal como fundamento em relação à soberania, conceitos em crise no mundo contemporâneo”. TROTTA, **O lugar do crime no Mercosul**, pp.62-63

1.5.2. Princípio da primazia

Este princípio significa que as normas previstas em tratado devem ser aplicadas com precedência em relação às normas internas que regem a matéria.

Ele vem descrito no art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados⁷², que estabelece que uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o descumprimento de um tratado.

Ao estabelecer a primazia de normas convencionais, de certa forma a Convenção de Viena estabeleceu hierarquia superior destas normas em relação às normas internas.

No Brasil, no entanto, à exceção dos tratados de direitos humanos⁷³, os demais tratados possuem *status* de lei ordinária⁷⁴, tornando difícil a aplicação deste princípio, especialmente quanto ao direito processual penal.

Assim, a aplicação deste princípio é historicamente alvo de grandes discussões⁷⁵.

Para os fins deste trabalho, suficiente, no entanto, fazer um breve relato sobre o estado da arte, sem nos aprofundarmos neste instigante tema⁷⁶.

Basta, aqui, afirmar que, em decorrência deste princípio, as normas de cooperação jurídica internacional estipuladas em um tratado sobrepõem-se às normas internas de processo penal com relação à execução de seu objeto, com exceção daquelas que visem a proteger direitos fundamentais dos atores envolvidos (e que, portanto, envolvem normas e princípios constitucionais) e das outras que possam também ofender a ordem pública (exceção normalmente prevista nos próprios tratados).

⁷² Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. O texto da Convenção, porém, data de 23 de maio de 1969.

⁷³ Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, qualquer questionamento a este respeito ficou afastado. Exceção à paridade hierárquica é prevista ainda no Código Tributário Nacional (art. 98), que prevê a primazia dos tratados.

⁷⁴ Estabelecida primeiramente no julgamento, pelo STF, do Recurso Extraordinário nº 80.004 (Rel. Min. Xavier de Albuquerque, j. em 01.06.1977, RTJ 83/809).

⁷⁵ Em sua obra, Mation bem analisa a jurisprudência do STF com relação ao tema, trazendo um esboço histórico de sua evolução. MATION, Gisela Ferreira. **Direito Internacional na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

⁷⁶ Que passa pelas antigas discussões acerca do monismo e do dualismo.

Assim, embora determinado procedimento esteja previsto internamente, devem ser obedecidos os estipulados em tratado, ainda que em desconformidade com os primeiros.

1.5.3. Princípio da boa-fé

Segundo André de Carvalho Ramos⁷⁷, este princípio “*exige que os Estados atuem sem desconfianças ou reticências no cumprimento de atos de cooperação jurídica com outro Estado, uma vez que a colaboração pacífica entre Estados deve ser a regra em um mundo globalizado*”.

Da mesma forma que o princípio antecedente, também vem prevista a necessidade de boa-fé nas relações entre Estados na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em seu artigo 26⁷⁸.

Decorrência deste princípio, portanto, é que os Estados confiem nas informações fornecidas em um pedido de cooperação e naquelas oriundas de uma autoridade central⁷⁹. Além disso, que confiem que serão cumpridos os compromissos assumidos por ambas as partes e na legalidade dos procedimentos utilizados tanto no Estado requerente quanto no requerido (obviamente que se trata de uma presunção, com relação a qual pode ser produzida prova em sentido contrário).

Advirta-se, no entanto, que a aplicação deste princípio não se pode apresentar como justificativa para que um Estado compactue com violações de direitos em outro país, pois o dever de proteção a esses direitos é superior.

Exemplo sobre o papel desempenhado por este princípio na cooperação e como seu ferimento tem o condão de afetá-la pôde ser visto em fato recente envolvendo a

⁷⁷ RAMOS, O Novo Direito Internacional Privado e o Conflito De Fontes Na Cooperação Jurídica Internacional, p.631.

⁷⁸ Artigo 26: “Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé”.

⁷⁹ Tanto que a tramitação por meio de autoridades centrais garante a autenticidade e a legitimidade dos documentos, conforme o decidido pelo Superior Tribunal de Justiça: STJ, AgRg na CR 6529, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 26.10.2012. Dispensa-se também a tradução juramentada: STJ, AgRg na CR 5317, Rel. Min. ARI PARGENDLER, DJe de 06.06.2012.

divulgação indevida de dados bancários fornecidos ao Brasil pelas autoridades suíças⁸⁰. Em caso envolvendo o então conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, Robson Marinho, por corrupção, as autoridades suíças, em atendimento a pedido encaminhado pelo Ministério Público de São Paulo, bloquearam a quantia de aproximadamente US\$ 3 milhões pertencentes ao acusado. A Suíça também encaminhou ao Brasil documentos bancários sigilosos a ele pertencentes, que acabaram por ser divulgados na imprensa.

Em face do ocorrido, a Suíça “suspendeu” a cooperação com o Brasil, neste e em outros casos pendentes, pois, segundo os suíços, “o Brasil teria violado dois dos principais pontos do acordo de cooperação. Um deles se refere à proteção à privacidade dos suspeitos, e o outro ao princípio da ‘boa-fé’. Ao enviar os documentos, os suíços presumiam que seus colegas brasileiros respeitassem critérios e regras vigentes no país europeu”.

Necessário pontuar que esta não foi a primeira vez que o Brasil deixou de cumprir este princípio em relação à Suíça, o que levou ao arquivamento de ação penal em face do ex-prefeito de São Paulo⁸¹, Paulo Salim Maluf, e a retirada do acordo bilateral do congresso suíço por duas vezes (também em virtude do descumprimento do princípio da especialidade, conforme se verá em tópico específico).

Uma última observação que deve ser feita da análise deste caso é a demonstração da pouca proteção de que goza o indivíduo na cooperação jurídica internacional. Mesmo com o descumprimento de um princípio da cooperação, a prova ainda é admissível, não cabendo reparação ao dano sofrido pelo acusado (ao menos no âmbito da CJI). As implicações são políticas, mas não processuais.

⁸⁰ *Última instância*, 03 jun. 2014. Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/71249/suica+suspende+colaboracao+judicial+com+brasil+apos+vazamentos+do+caso+alstom.shtml>. Acesso em 18.06.2014.

⁸¹ *Folha de São Paulo*, 28 dez. 2006. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/foha/brasil/ult96u88086.shtml>. Acesso em 18.06.2014.

1.5.4. Princípio da reciprocidade

Este é o princípio pelo qual um Estado soberano promete a outro que, em situações semelhantes, também cumprirá o pedido de cooperação a ele encaminhado, tendo por fundamento a Teoria da Cortesia Internacional⁸².

É princípio que pode ser utilizado como base da cooperação na inexistência de outra, como um tratado que regulamenta as relações de cooperação jurídica. Um tratado traduziria nada mais do que a promessa de reciprocidade em termos pré-estabelecidos. De outro lado, a promessa de reciprocidade poderia ser vista, portanto, como um acordo *ad hoc*⁸³.

A reciprocidade, no entanto, deve ser compreendida adequadamente, pois ela não implica o completo paralelismo entre as obrigações dos Estados, mas sim uma equivalência de obrigações recíprocas⁸⁴.

Como exemplo do significado desta afirmação, Bassiouni⁸⁵ explicita que:

[...] whether a treaty mentions certain jurisdictional theories or not, a requesting state may rely on a jurisdictional theory that is not recognized by the requested state, and vice versa. For example, states recognize or differently rely on extraterritorial jurisdiction principles, namely active personality, passive personality, protected interest, and universality. The requested state may rely on reciprocity to deny the request on the notion that because it could not prosecute on such a jurisdictional theory, it cannot grant extradition for prosecution on the said theory. To avoid such problems, newer U.S. extradition treaties make specific mention of the fact that requested state shall grant extradition when the offense in question is within the jurisdiction of the requesting state. This avoids

⁸² Sobre este princípio, ver AMORIM, Edgar Carlos de. **Direito internacional privado**. 9. ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 332 p, p.75. Não se deve, no entanto, confundir a cortesia (“comity”) com a reciprocidade. A comity é muito mais ampla e se refere à própria possibilidade de aplicação de atos de um Estado no território do outro. A Suprema Corte estadunidense já decidiu, em *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113, 163-64, 16 S.Ct. 139, 143 (1895), que: “Comity”, in the legal sense, is neither a matter of absolute obligation on the one hand, nor of mere courtesy and good will upon the other. But it is the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive, or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and to the rights of its own citizens or of other persons who are under the protection of its laws”. PAUL, Joel R. Comity in international law. **Harvard International Law Journal**, New York, v. 32, p. 1, 1991.

⁸³ RAMOS, O Novo Direito Internacional Privado e o Conflito De Fontes Na Cooperação Jurídica Internacional, p.629.

⁸⁴ BASSIOUNI, M. Cherif. **International Extradition**. United States Law and Practice, 6th edition. New York: Oxford University Press, 2014, p.497.

⁸⁵ *Ibidem*, pp.497-498.

making jurisdiction a substantive requirement for extradition, as in the case of dual criminality.

No tocante ao órgão competente a realizar essa promessa, no Brasil esta atribuição é do Ministério das Relações Exteriores⁸⁶. A regulamentação proposta no projeto de Código de Processo Penal estipula claramente esta atribuição, prescrevendo que a autoridade competente para **atestar** esta promessa seria a autoridade diplomática (art. 693, § 1º, do PLS 156/2009).

Prosseguindo em sua análise, importante ainda salientar que, embora seja decisão política, a promessa de reciprocidade pode irradiar efeitos processuais, sendo que seu descumprimento pode ser alegado como matéria de defesa, consubstanciando-se em requisito para determinar o cumprimento da medida⁸⁷.

No entanto, esta aferição de cumprimento não pode se dar em minúcias. Por exemplo, não importa para esta finalidade que o procedimento seguido por um país na execução de um pedido de CJI deva ser idêntico àquele praticado pelo promitente.

Por outro lado, havendo recusa de se prometer a reciprocidade para a execução de determinada medida solicitada pela defesa, quando para situação similar se prometeu a reciprocidade para o cumprimento de medida que favoreça a acusação, haverá infração ao princípio e este fato deve ser considerado na análise da concessão de *exequatur*, por exemplo, nas cartas rogatórias.

Por fim, interessante pontuar que o Código Modelo Iberoamericano⁸⁸ retirou expressamente a necessidade de observância da reciprocidade para que se cumpra um pedido de cooperação (art. 2º, inciso IV), demonstrando clara inspiração na cooperação em

⁸⁶ Informação confirmada pela autoridade central brasileira. Mensagem recebida por carolcaca@yahoo.com em 24 jul. 2014.

⁸⁷ A esse respeito, Cordani ressalta que: “Tal questão ganha especial relevo quando se tem em mente que o princípio da reciprocidade baliza o próprio juízo de delibação realizada pelo país rogado, amoldando-se ao conceito de requisito formal alheio ao exame do mérito das decisões proferidas pela Justiça rogante. Destarte, cogitando-se novamente de uma carta rogatória ou de um pedido de auxílio direto que se encontre em tramitação, ainda não atendido, uma vez ciente de sua existência e de seus termos é que poderá a defesa examinar a jurisprudência pátria em solicitações similares a fim de controlar se a reciprocidade vem ou não sendo efetivamente cumprida”. CORDANI, Cooperação jurídica internacional em matéria penal no Brasil, p.125.

⁸⁸ O texto final foi elaborado pela Comissão de Revisão da Proposta de Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para Ibero-América [Ada Pellegrini Grinover, Brasil <Presidente>; Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, Brasil <Secretário Geral>; Abel Augusto Zamorano, Panamá; Angel Landoni Sosa, Uruguay; Carlos Ferreira da Silva, Portugal; Eduardo Vescovi, Uruguay; Juan Antonio Robles Garzón, Espanha; Luiz Ernesto Vargas Silva, Colômbia; Roberto Omar Berizonce, Argentina]. Aprovado na Assembléia Geral do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, ocorrida no dia 17 de outubro de 2008, por ocasião das XXI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Lima, Peru.

matéria civil na elaboração da parte geral do Código⁸⁹. A explicação ofertada na exposição de motivos é que “o objetivo é assegurar, em um contexto transnacional, o exercício de direitos pertencentes a pessoas privadas, de modo a não sacrificá-los por culpa do Estado que se omite não oferecendo reciprocidade. Desta omissão, deve resultar a restrição tão-somente a interesses do próprio Estado inerte, sob pena de caracterizar ofensa à tutela judicial transnacional, tal como está previsto nos casos de comparecimento temporário (art. 22), extradição (art. 30, I), e despesas processuais (art. 58)”.

Como se percebe, parece haver uma tendência a se desconsiderar este princípio, já que a cooperação não se mostra mais como uma “gentileza⁹⁰” entre Estados, mas como uma evolução natural de sua sobrevivência e atuação na comunidade internacional.

Assim é que, nos Estados Unidos, entende-se que a assistência pode ser provida ainda que o país requerente não possa oferecer reciprocidade na mesma hipótese⁹¹. No entanto, como o poder do tribunal é discricionário, ele pode levar esta circunstância em consideração para sua análise.⁹²

Da mesma forma, a título de exemplo, o Reino Unido também tem a possibilidade de prestar cooperação na ausência de tratado e de promessa de reciprocidade⁹³.

No Brasil, no entanto, este princípio é comumente invocado como base para o cumprimento de cartas rogatórias⁹⁴, não se prescindindo dele no caso de inexistência de tratado.

⁸⁹ No Brasil, a reciprocidade não é há muito tempo exigida para a cooperação internacional em matéria civil. Ver, a este respeito DOLINGER, Jacob. *Brazilian Confirmation of Foreign Judgments*. **The International Lawyer**, Chicago: American Bar Association, vol 19, n.3, 1985, p.864; e LOULA, **Auxílio Direto**, p.65. No entanto, ocasionalmente é invocada pelo STJ: AgRg na CR 2260, Rel. Min. ARI PARGENDLER, DJe de 11.05.2009.

⁹⁰ Weber afirma que “a cooperação internacional penal prestada em solo pátrio não é um favor, uma gentileza, ao Estado estrangeiro, mas sim um dever decorrente da proteção dada no País aos direitos humanos, sob o prisma da necessidade de serem garantidos também pela tutela penal. Um dever que, por lógico, não é nem poderia ser absoluto. Para ser exercido, deve observar os parâmetros decorrentes dos nossos princípios fundamentais. Por fim, o dever de prestação da cooperação penal internacional também decorre do direito ao devido processo legal garantido constitucionalmente”. WEBER, Patrícia Nunes. **A cooperação jurídica internacional em medidas processuais penais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p.50.

⁹¹ Ver as decisões: *John Deere Ltd.v. Sperry Corp.*, 754 F.2d 132,135-136 (3d Cir.1985); *In re Request for Assistance from Ministry of Legal Affairs of Trinidad and Tobago*, 117 F.R.D.177 (S.D. Fla.1987).

⁹² ABBELL, Michael. **Obtaining Evidence Abroad in Criminal Cases 2010**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p.252.

⁹³ AILES, Victoria. Mutual Legal Assistance and other European Council Framework decisions. In: JONES, John R W D (ed). **Extradition and Mutual Legal Assistance Handbook**, second edition. New York: Oxford University Press, 2010, pp.147-160, p.159.

1.5.5. Princípio da especialidade

O princípio da especialidade implica uma proibição para o Estado requerente de processar o indivíduo afetado ou de utilizar os documentos ou provas obtidos por meio da cooperação para a repressão de delitos diferentes daqueles com relação aos quais ela foi cumprida⁹⁵.

Destina-se este princípio a evitar o desvio da finalidade originária do requerimento cooperacional⁹⁶, destinando-se tanto à proteção do indivíduo afetado quanto à soberania do Estado requerido, aplicando-se a todas as autoridades do Estado requerente ou de outro Estado que tenha interesse na informação obtida ou na perseguição da pessoa trasladada⁹⁷.

No âmbito interno, o princípio da especialidade relaciona-se à disciplina da prova emprestada quando diante de uma situação em que a medida produzida em um processo seja utilizada em outro. Assim, esta utilização, embora não infringindo este princípio, extrapola o âmbito da própria cooperação. Não se trata mais de desrespeito a normas internacionais ou ao tratado, mas de obediência ao ordenamento interno.

Desta forma, outros requisitos devem ser seguidos, aplicando-se ao caso disciplina idêntica àquela cabível caso a medida fosse produzida internamente⁹⁸. Por exemplo, ainda que o Estado cooperante permita o uso de uma prova testemunhal lá obtida para outros fins, esta permissão não implica sua automática possibilidade de traslado a outro processo.

Pode-se dizer também que, neste segundo processo (distinto, portanto, daquele que originou a CJI), o princípio da especialidade pode ser utilizado como matéria

⁹⁴ STJ, AgRg na CR 7861, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 16.08.2013 (neste caso, o Superior Tribunal de Justiça entendeu ser a reciprocidade base para a cooperação para medidas não abrangidas em um tratado existente); STJ, AgRg na CR 6692, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 24.10.2012.

⁹⁵ VIADA, **Derecho penal y globalización**, p.114.

⁹⁶ GIACOMOLLI, Nereu José, DIETRICH, Eduardo Dalla Rosa. Necessidade e limites na cooperação jurídica internacional – ordem pública e especialidade. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; CHOUKR, Fauzi Hassan (Coord.). **Cooperação Jurídica Internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, pp.257-284, p.277.

⁹⁷ VIADA, *op. cit.*, p.114.

⁹⁸ Para que uma prova possa ser trasladada validamente, Badaró alerta ser necessário que: “(1) a prova do primeiro processo tenha sido produzida perante o juiz natural; (2) a prova produzida no primeiro processo tenha possibilitado o exercício do contraditório perante a parte do segundo processo; (3) que o objeto da prova seja o mesmo nos dois processos; (4) que o âmbito de cognição do primeiro processo seja o mesmo do segundo processo”. BADARÓ, **Proceso Penal**, p.270.

de defesa, sem que as autoridades do Estado requerente possam invocar normas internas para subtrair-se a sua aplicação⁹⁹.

Necessário consignar que este princípio, no entanto, não tem caráter absoluto. A utilização das medidas obtidas por meio de cooperação pode ser ampliada pelo Estado requerido, tanto no momento do deferimento da cooperação quanto em momento posterior ao seu cumprimento¹⁰⁰.

É interessante notar ainda que este princípio pode ser objeto de entendimentos diversos a depender do instrumento de cooperação utilizado.

Por exemplo, na extradição, este princípio traz um aspecto bastante limitador, significando que o extraditando somente poderá ser processado, no Estado requerente, pelo crime objeto da extradição. Isto significa que o extraditando não poderá ser processado por qualquer outro crime cometido antes de seu deferimento¹⁰¹.

Esta limitação tem um significado forte em matéria de extradição, visando a impedir que possa haver burla ao processo extradicional. Entregar um cidadão a outro país é tema delicado e, com isso, evita-se que a pessoa entregue fique à mercê do Estado requerente, respondendo, inclusive, por crimes políticos ou de opinião¹⁰².

Atente-se ao fato de que o princípio da especialidade não impede, porém, que o extraditando possa ser processado no país requerente por crimes menos graves ligados aos fatos pelos quais foi extraditado, desde que também eles preencham o requisito

⁹⁹VIADA, **Derecho penal y globalización**, p.114.

¹⁰⁰ Como é o caso das disposições do Protocolo de São Luis, que rege a cooperação jurídica no âmbito do Mercosul (Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais – Decreto n° 3.468, de 17 de maio de 2000). Seu artigo 12 consagra este princípio, mas permite a utilização do objeto da cooperação em procedimentos diversos daqueles que embasaram o pedido, mediante consentimento prévio do Estado requerido.

¹⁰¹ Bassiouni, a este respeito, esclarece que: “This principle, which is also alternatively referred to as a rule or doctrine, stands for the proposition that the requesting state, after securing the surrender of a person, can only prosecute and punish that person for the offense or offenses for which he/she was surrendered by the requested state, and must conform its penalties to any limitations established by the surrendering state. If the requesting state wishes to depart from these limitations, it must obtain the consent of the surrendering state before proceeding on other charges, and before imposing or carrying out a sentence that varies from any limitations set by the surrendering state. In all cases, the requesting state must abide by the assurances it has given to the surrendering state as part of the extradition. Otherwise, the requesting state must return the individual to the surrendering state”. BASSIOUNI, **International Extradition**, p.538:

¹⁰² Bassiouni (*ibidem*, p.541) elenca ainda os fatores que embasam este princípio na extradição:

1. the requested state could have refused extradition if it had known that the relator would be prosecuted or punished for an offense other than the one for which extradition was granted;
2. the requesting state would not have had in personam jurisdiction over the relator if not for the requested state's surrender of that person;
3. the requesting state would be abusing the formal processes of the requested state in securing the surrender of the person for reasons other than those disclosed in the extradition request;
4. the requested state used its processes in reliance upon the representations made by the requesting state, and accordingly is entitled to the observance of these representations; and
5. the defendant is entitled to be tried for the crime or crimes for which he was extradited, and thus to be free from prosecutorial abuse once he is within the jurisdictional control of a requested state.

da dupla incriminação¹⁰³. Se o país requerido não proibir expressamente esta hipótese, o extraditando pode ser processado também por estes outros crimes.

Há situações ainda que a especialidade opera de modo a determinar os delitos pelos quais a cooperação pode ser prestada no bojo de um tratado, como é o caso de uma grande gama dos tratados de extradição firmados pelos Estados Unidos¹⁰⁴ (que contém uma lista dos delitos “extraditáveis”).

Este princípio foi confirmado pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *United States v. Rauscher*¹⁰⁵, assim se manifestando: a “person who has been brought within the jurisdiction of the court by virtue of proceedings under an extradition treaty, can only be tried for one of the offences described in that treaty, and for the offence with which he is charged in the proceedings for his extradition...”

Outras questões interessantes acerca deste princípio surgem nas discussões internas nos Estados Unidos e que lhe são bastante peculiares. Por exemplo, se o extraditado declara-se culpado (*guilting plea*), considera-se ter ele renunciado ao princípio da especialidade¹⁰⁶. Para que isto ocorra, o indivíduo deve ser alertado acerca desta consequência e, somente se demonstrado que ele estava ciente e assim mesmo se declarou culpado é que haverá a efetiva renúncia¹⁰⁷.

Já na cooperação *stricto sensu*, esse princípio traz geralmente um aspecto de exclusão. As medidas de cooperação prestadas pelo Estado requerido não precisam ser utilizadas somente no processo que deu origem ao pedido de cooperação, ficando restritas ao processo originário na hipótese de haver previsão específica a respeito ou imposição desta cláusula ao caso concreto. As provas fornecidas podem ser utilizadas em outros processos, desde que não para os crimes para os quais exista vedação expressa (geralmente, crimes políticos e de opinião).

Há, no entanto, casos de países, como a Suíça, em que o princípio da especialidade acaba se confundindo com a própria categoria de delitos excluídos da possibilidade de cooperação. O artigo 67 de sua Lei de Cooperação Internacional em Matéria Penal (EIMP) dispõe que: “*As informações e os documentos obtidos pela via de cooperação não podem, no Estado requerente, ser utilizados para fins de investigações,*

¹⁰³ BASSIOUNI, extradition... p. 546.

¹⁰⁴ A especialidade está tratada especificamente no Restatement (Third) of the Foreign relations law of the United States (1988) § 477.

¹⁰⁵ 119 U.S. 407 (1886). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/119/407/>. Acesso em 15.12.2014.

¹⁰⁶ ESTADOS UNIDOS. *In re Extradition of Drayer*, 190 F.3d 410, 6th Cir. 1999.

¹⁰⁷ ESTADOS UNIDOS. *United States v. Lopez-Pena*, 2011 U.S. Distr. LEXIS 46645 – S.D.N.Y. (2011).

*nem ser produzidos como meio de prova num procedimento penal visando a uma infração pela qual a cooperação é excluída*¹⁰⁸.”

No caso deste país, o descumprimento da cláusula por parte de autoridades brasileiras ocasionou a extinção de processo penal embasado nas provas obtidas por meio de cooperação internacional com aquele país em processo penal envolvendo delito de evasão fiscal¹⁰⁹. Além disso, tal descumprimento levou a Suíça a postergar a aprovação do acordo de cooperação com o Brasil, demonstrando, além das consequências processuais, as consequências políticas deste tipo de atuação¹¹⁰.

Por fim, o MLAT Brasil – Estados Unidos prevê a possibilidade de utilização livre das medidas produzidas por meio da CJI, exceto se houver a imposição de limites pela autoridade requerente¹¹¹.

Ao analisar este princípio, tal qual insculpido no MLAT, o STF, no julgamento de embargos de declaração na AP 470¹¹², decidiu não ter havido afronta ao MLAT, que “apenas autoriza, mas não impõe, o estabelecimento de restrições ao uso de provas obtidas por meio do Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre Brasil e Estados Unidos da América”.

¹⁰⁸ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Disponível em:

<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D6765F39-FE1C-4810-A6EF-60E071C1DF02}&BrowserType=IE&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D{8E1A378D-9C65-4FE8-9993-AC1F9C96B948}%3B&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}>. Acesso em 01.09.2014.

¹⁰⁹ A retirada da documentação do processo criminal foi determinada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região no Mandado de Segurança n. 2005.03.00.080370-0, consideradas as provas como ilícitas em virtude do descumprimento da cláusula de especialidade. Interessante observar que seguiu-se ao desentranhamento da documentação seu envio à Procuradoria-Geral da República para que pudessem ser utilizados em outro processo que não envolvesse os delitos vedados pela Confederação Helvética. Os réus buscaram obstar o envio e posterior utilização desta documentação, pois esta padeceria de vícios que não poderiam ser sanados e pleitearam ainda sua destruição nos termos do art. 157 do Código de Processo Penal. O Supremo Tribunal Federal manifestou-se sobre esta questão no julgamento do Ag no Ag na AP nº 483 (STF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 24.04.2009), ocasião em que foram discutidas as peculiaridades deste princípio, asseverando-se, ao final, a possibilidade de utilização da documentação enviada pela Suíça em processo diverso daquele para o qual foi concedida a medida de cooperação, desde que não em processos acerca dos delitos previstos no art. 67 da supracitada norma.

¹¹⁰ *Paraná Online*, 19 jan. 2013. Disponível em:

<http://www.parana-online.com.br/editoria/mundo/news/268706/?noticia=JUSTICA+SUICA+VETA+ACORDO+DE+COOPERACAO+COM+O+BRASIL>. Acesso em 01.09.2014.

¹¹¹ Artigo VII. 1. “A Autoridade Central do Estado Requerido pode solicitar que o Estado Requerente deixe de usar qualquer informação ou prova obtida por força deste Acordo em investigação, inquérito, ação penal ou procedimentos outros que não aqueles descritos na solicitação, sem o prévio consentimento da Autoridade Central do Estado Requerido. Nesses casos, o Estado Requerente deverá respeitar as condições estabelecidas”.

¹¹² STF, ED na AP 470, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe de 29.04.2009.

O STJ também se pronunciou a respeito em julgamento posterior¹¹³, com a peculiaridade de que, no caso, havia autorização expressa das autoridades estadunidenses para utilização das provas obtidas por meio de cooperação em processos diversos.

1.5.6. Outros princípios

Merecem ser citados, ainda, outros princípios enumerados pela doutrina, criados a partir da prática mais atual da CJI e influenciados pela necessidade de inserção definitiva do indivíduo como sujeito da cooperação e pela necessária aplicação de fontes de diversas origens.

Assim, André de Carvalho Ramos¹¹⁴ elenca primeiramente, como sendo matriz e do qual decorrem os outros, o princípio da cooperação leal e conforme aos tratados. Deste decorrem outros princípios hermenêuticos:

a) Princípio da interpretação interna amiga do Direito Internacional. Este princípio sugere uma interpretação internacionalista dos tratados. Em síntese:

“Os arts. 31, 32 e 33 da CVDT estabelecem diretrizes mínimas que podem ser seguidas pelo Judiciário brasileiro sem maior esforço. Em primeiro lugar, o tratado deve ser interpretado de boa-fé, segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado; em segundo lugar, a interpretação sistemática do texto deve levar em consideração sua íntegra, ou seja, seu objeto e finalidade; em terceiro lugar, a interpretação do tratado deve observar eventuais outros tratados a ele juridicamente vinculados; em quarto lugar, a interpretação deve levar em consideração o contexto da elaboração do tratado, o que nos remete às negociações e aos trabalhos preparatórios; em quinto lugar, deve ser levada em consideração a interpretação vigente sobre a matéria nos tribunais internacionais e as práticas relevantes dos demais Estados também sobre o tema a ser interpretado¹¹⁵”.

¹¹³ STJ, HC 244190, Rel. Min. CAMPOS MARQUES, DJe de 22.02.2013.

¹¹⁴ RAMOS, O Novo Direito Internacional Privado e o Conflito De Fontes Na Cooperação Jurídica Internacional, p.639.

¹¹⁵ RAMOS, *loc. cit.*

b) Princípio do espaço constitucional de conformação aos tratados internacionais¹¹⁶:

Este princípio implica interpretação da Constituição conciliatória com os comandos advindos de tratados.

c) Princípio da presunção de aplicação dos tratados preexistente em face das leis posteriores.

Viada, por sua vez, cita o princípio da proporcionalidade que, na cooperação, está relacionado à utilização dos meios adequados e necessários para o cumprimento do pedido. Isto é, o Estado requerido deve buscar os meios menos gravosos de execução. Deste princípio, originam-se quatro limites à cooperação:

En primer lugar, la solicitud de cooperación es rechazada cuando los actos solicitados no guardan relación con la infracción perseguida, de forma que puede presuponerse que en realidad esconden una demanda de búsqueda indeterminada de medios de prueba. En segundo lugar, comporta el deber del Estado requerido de realizar una interpretación a favor de la solicitud, de forma que, en lo posible, se eviten solicitudes complementarias. En tercer lugar, el Principio de proporcionalidad sólo excluye la transmisión de documentos o informaciones manifiestamente inútiles para el procedimiento seguido en el Estado requeriente. Y finalmente, comporta que es la persona afectada por la medida la que tiene la carga de probar, de forma clara y precisa, si y en qué medida los documentos o informaciones a transmitir exceden de lo previsto en la solicitud o carecen de interés para el procedimiento extranjero¹¹⁷.

Por fim, Weber¹¹⁸, ainda insere como princípio a “[p]aridade, na maior medida possível, de igualdade de tratamento entre a demanda nacional e a estrangeira quanto à otimização no atendimento ao pleito”.

Como se vê, há diversos princípios que regem a cooperação e que não se limitam aos aqui descritos. No entanto, elege-se, para os fins deste trabalho, os que parecem melhor refletir as peculiaridades da CJI.

¹¹⁶ RAMOS, O Novo Direito Internacional Privado e o Conflito De Fontes Na Cooperação Jurídica Internacional, p.640.

¹¹⁷VIADA, *Derecho penal y globalización*, p.114.

¹¹⁸ WEBER, *A cooperação jurídica internacional em medidas processuais penais*, p.85.

1.6. Classificação

Há diversas formas de classificação da cooperação jurídica internacional. Muitas delas, porém, inserem-se em outros elementos analisados no curso deste estudo (como em seu objeto ou em seus instrumentos), sendo elencadas aqui as principais e que serão úteis ao desenvolvimento do trabalho¹¹⁹.

Assim, as duas mais importantes são realizadas em virtude da posição das partes e do meio utilizado¹²⁰.

Quanto à primeira, considera-se cooperação ativa, se vista sob o prisma do Estado requerente (aquele onde se desenvolve o processo e que solicita a medida de cooperação), e passiva, sob o prisma do Estado requerido (aquele onde será executado o pedido de cooperação).

Deve-se observar, no entanto, que Petrus utiliza esta classificação com sentido diverso daquele acima empregado. Assim, a cooperação ativa (direta ou vinculada) seria aquela em que o Estado requerido coloca à disposição do Estado requerente seus órgãos estatais¹²¹. Já a cooperação passiva (indireta ou livre) seria aquela em que o Estado em que será praticada a medida de cooperação tem postura passiva, permitindo que esta medida seja produzida por particulares ou por agentes estatais do Estado requerente¹²².

Esta classificação é bastante pertinente e optou-se por citá-la para se evitar confusão de termos. Pertinente, pois como se verificará no Título II, os Estados Unidos

¹¹⁹ Abade, ao tratar da tipologia da cooperação, classifica-a por meio de sua via, dos veículos (instrumentos) e do conteúdo do auxílio prestado. ABADE, **Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional**, p.42. Já Bechara propõe classificação de acordo com os seguintes critérios: “iniciativa da solicitação; qualidade de quem coopera; finalidade de procedimento”. BECHARA, **Cooperação jurídica internacional em material penal**, p.44.

¹²⁰ Quanto à classificação das modalidades de cooperação, Trotta explicita que, antigamente, a cooperação era classificada como policial, judicial e legislativa. Porém, para o autor, a classificação atual poderia ser colocada como administrativa ou direta, aquela prestada pela polícia e a as variadas formas de cooperação jurídica internacional. TROTTA, **O lugar do crime no Mercosul**, p.83. Ainda quanto à cooperação administrativa, Weber define-a como sendo “aquela não vinculada a uma demanda ou feito criminal específico, destinada ao aprimoramento tecnológico, a troca de informações, banco de dados, estratégias de atuação”. Cita como exemplo aquela entre polícias por meio da INTERPOL, entre o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários e suas congêneres (art. 2º, §4º, II, alínea B, da Lei Complementar nº105/01); entre unidades de inteligência financeira (no Brasil, o COAF) e entre Ministérios Públicos, por meio de redes como a IBERED (Rede Iberoamericana de Cooperação Jurídica Internacional).WEBER, **A cooperação jurídica internacional em medidas processuais penais**, pp.55-56. Acrescenta-se, aqui, a cooperação entre a Controladoria Geral da União e suas congêneres e entre a Secretaria da Receita Federal e suas congêneres.

¹²¹ PETRUS, La obtención internacional de pruebas como supuesto de asistencia jurisdiccional internacional, p. 33.

¹²² *Ibidem*, p.34.

têm previsão da prática de atos em outros territórios e utilizam-se bastante da cooperação passiva desta forma entendida.

Quanto a esta modalidade, Petrus elenca como vantagem o fato de o juiz do processo principal não ter de realizar uma comparação com o sistema jurídico do Estado onde foi produzida a prova, pois ela é realizada nos termos da *lex fori principalis*. Como desvantagem, aponta a dificuldade na execução de medidas coercitivas, pois o Estado requerido não auxiliará em sua produção¹²³.

No que diz respeito ao segundo critério, pode ser classificada a cooperação como direta ou indireta¹²⁴, se realizada por meio dos canais formais (como autoridades diplomáticas - no Brasil, o Ministério das Relações Exteriores - ou autoridades centrais).

Sendo despidendo alongar sobre as autoridades diplomáticas, cabem alguns comentários sobre a figura da autoridade central.

Ela constitui-se em órgão que centraliza a atividade cooperacional de cada Estado, tendo por finalidade a tramitação dos pedidos de cooperação, a comunicação com autoridades nacionais e estrangeiras, a coordenação da CJI e a análise dos requisitos dos pedidos (que compreende ou não a controversa atribuição de realizar juízo prévio de admissibilidade, a depender da regulamentação interna de cada país – como é o caso dos Estados Unidos)¹²⁵.

¹²³ PETRUS, La obtención internacional de pruebas como supuesto de asistencia jurisdiccional internacional, pp.37-38.

¹²⁴ Abade classifica estas formas como vias de cooperação, elencando 3 classificações: via diplomática, via da autoridade central e via do contato direto. ABADÉ, op. cit., p.42. Preferível, no entanto, subdividir esta classificação em duas, inserindo a via diplomática e a via da autoridade central na mesma categorização, uma vez que ambas possuem a característica de tramitarem por meio de órgão diverso do solicitante. Deve-se citar, ainda, que, no que diz respeito às vias de comunicação, Ramos lista a existência de quatro: via diplomática, via da Autoridade Central, via do contato direto e, de forma excepcional as formas simplificadas de comunicação, que abrangem a via postal e a via por qualquer interessado. Acresce que: “Além dessas vias, há alternativas de comunicação, tais como a (i) figura do magistrado de ligação (“magistrat de liaison”) e (ii) as redes judiciárias de comunicação (“judicial network”), que visam aproximar autoridades – quer tenham ou não um papel formal nas vias acima descritas – disseminando informação e agilizando a cooperação”. RAMOS, Estrutura da cooperação jurídica internacional e o novo Direito Internacional Privado. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; CHOUKR, Fauzi Hassan (Coord.). **Cooperação Jurídica Internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, pp. 163-180, p. 170.

¹²⁵ Aras define-a como “um órgão técnico especializado, em regra não-jurisdiccional, que se encarrega da interlocução internacional em matéria de cooperação jurídica em matéria civil e penal”. ARAS, Vladimir. O papel da autoridade central nos acordos de cooperação penal internacional. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; LIMA, Luciano Flores de (organizadores). **Cooperação jurídica internacional em matéria penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, pp.59-93, p. 73. Ainda, consta da página eletrônica do Ministério da Justiça que: “A Autoridade Central é um conceito consagrado no Direito Internacional e visa a determinar um ponto unificado de contato para a tramitação dos pedidos de cooperação jurídica internacional, com vistas à efetividade e à celeridade desses pedidos. A principal função da Autoridade Central é buscar maior celeridade e efetividade aos pedidos de cooperação jurídica internacional penal ou civil. Para isso, recebe, analisa, adequa, transmite e acompanha o cumprimento dos pedidos junto às autoridades estrangeiras. Essa análise leva em conta a legislação nacional e os tratados vigentes, bem como normativos, práticas e costumes nacionais e internacionais”. BRASIL. Ministério da Justiça. Dados sobre a autoridade central. Disponível em:

Idealizada pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado e materializada na Convenção da Haia de 1965 relativa à Citação e à Notificação no Estrangeiro de Atos Judiciais e Extrajudiciais em Matéria Civil e Comercial¹²⁶, tornou-se um conceito amplamente difundido e incorporado por diversos tratados, sendo destinada a facilitar e agilizar a CJI. Isto porque possibilita a comunicação célere com sua congênere, acompanhando a execução dos pedidos, acumulando conhecimento acerca das peculiaridades de cada ordenamento jurídico (auxiliando, desta forma, na elaboração dos pedidos ativos e passivos) e concentrando a distribuição dos pedidos¹²⁷.

Na configuração atual da sistemática brasileira, esta última atividade ganha relevo, uma vez que, tendo em vista ser a diferenciação entre o instrumento da carta rogatória e do auxílio direto desenvolvida pela jurisprudência, com critérios fluidos, e que esta classificação será realizada internamente, é a autoridade central a encarregada de, em uma primeira análise, identificar o meio pelo qual se dará o trâmite do pedido.

Além disso, do ponto de vista da cooperação ativa, em virtude da diversidade de ordenamentos jurídicos (em que cada um possui especificidades), torna-se impossível que um indivíduo esteja familiarizado a todas. O envio indiscriminado de pedidos de cooperação poderia conduzir a uma situação em que as autoridades dos Estados requeridos fossem obrigadas a enfrentar a necessidade de se deparar com muitos pedidos cujo cumprimento estaria impossibilitado por falhas formais. Isto prejudicaria tanto as autoridades envolvidas quanto os indivíduos solicitantes, que seriam submetidos a um trâmite eterno de devoluções e complementações.

Da mesma forma, sob o prisma da cooperação passiva, seria impossível à autoridade estrangeira identificar não somente qual o instrumento de CJI correto para a tramitação de seu pedido, mas também a localidade de sua execução.

<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/autoridade-central-1>. Acesso em 13.10.2014.

¹²⁶ MCCLEAN, J. D. **International Co-Operation in Civil and Criminal Matters**. London: Oxford University Press, 3rd edition, 2012, p.28.

¹²⁷ Com relação às atribuições da autoridade central, o Código Modelo Iberoamericano assim trata do tema em suas exposições de motivos, excluindo o que chamamos de juízo prévio de admissibilidade: “A respeito da autoridade central, é consenso de que este organismo deve servir à cooperação interjurisdicional, na medida em que facilite a sua realização (art. 2º, VII). A tramitação dos pedidos de cooperação perante uma autoridade central somente ocorrerá quando, a critério dos interessados, for considerada necessária. Dessa maneira, não obstante os Estados sejam obrigados a manter a estrutura administrativa de uma autoridade central, nos procedimentos de carta rogatória ou de auxílio mútuo, admite-se que as entidades interessadas se comuniquem diretamente. Também deve ser registrado que, diante do papel atribuído à autoridade central, não compete a esta valorar o cabimento do pedido de cooperação, impedindo o seu processamento ou o seu atendimento”.

No Brasil, a autoridade central é o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, ligado à Secretaria Nacional de Justiça, do Ministério da Justiça (criado pelo Decreto n° 4.991, de 18 de fevereiro de 2004, e atualmente disciplinada pelo Decreto n° 6.601, de 15 de março de 2007), possuindo tal atribuição em relação à maior parte dos tratados em matéria de cooperação penal¹²⁸ e em sua inexistência.

Feita a análise acerca da autoridade central e determinada a classificação da CJI, passa-se ao estudo acerca da lei aplicável.

1.7. Lei aplicável

A definição da lei aplicável à cooperação jurídica internacional é um dos temas fundamentais para que se possa verificar a legalidade e a validade das medidas produzidas. Pois, sendo aplicável a lei do país onde irá se desenvolver a medida, haverá uma necessária interação entre elas. Assim, será introduzida em um processo nacional medida executada de acordo com as leis de outro país e será produzida medida em um determinado país embasada na legislação do Estado requerente. Segundo André de Carvalho Ramos¹²⁹:

O problema central da cooperação jurídica internacional do século XXI, aliás, é o mesmo do Direito Internacional Privado da atualidade: conciliar o *indispensável uso do direito estrangeiro* em face das inevitáveis diferenças de interpretação dos direitos humanos, que podem redundar em alegações de respeito à ordem pública e normas imperativas do foro.

O desafio do Direito Internacional Privado consiste em não naufragar no mar turbulento das alegações de violações de direitos humanos *tais quais interpretados* pela *lex fori*. No caso da cooperação jurídica internacional, o risco é o mesmo, sendo hoje comum em vários casos brasileiros constataremos a defesa

¹²⁸ Para o Acordo entre Brasil e Portugal, por exemplo, a autoridade central é a Procuradoria-Geral da República (art. 14.4. do Decreto n° 1.320, de 30 de novembro de 1994), assim como para o tratado com o Canadá (Decreto n° 6.747/2009). Com relação aos demais instrumentos da CJI, a menção à autoridade central responsável por cada um será realizada em sua análise específica.

¹²⁹ RAMOS, Estrutura da cooperação jurídica internacional e o novo direito internacional privado, p.165. Ainda, Haberle manifesta-se no sentido de que (p.60): “O respeito à identidade da cultura constitucional e jurídica estrangeira permanece um princípio para o Estado constitucional cooperativo.” Ele utiliza este princípio ao tratar da aplicação do direito estrangeiro pelos juízes nacionais.

(apaixonada, muitas vezes) de denegação da cooperação pretendida sob a alegação de violação de direitos *tais como interpretados* internamente.

Esta conciliação, no entanto, não implica que sejam acolhidos os procedimentos desenvolvidos em outro ordenamento indistintamente, sem qualquer averiguação do respeito aos direitos fundamentais de cada um deles¹³⁰.

Pode-se afirmar que a resposta à pergunta sobre a lei aplicável revela-se especialmente importante para a elaboração de uma teoria sobre conflito de normas e para a análise do relacionamento entre dois Estados porque dela decorre o primeiro critério para averiguação de validade de qualquer medida produzida em jurisdição outra que não a do processo penal de origem. Em princípio, parte-se da afirmação oriunda do estudo de conflito de normas processuais não penais de que a lei de regência de execução de um pedido de cooperação é a *Lex diligentiae* (como terminologia substitutiva do consagrado brocardo *locus regit actum*).

Utiliza-se o entendimento de Dolinger e Tibúrcio, que delineiam os conceitos e as diferenças entre *Lex fori* (lei da jurisdição do processo), *Lex diligentiae* (lei da jurisdição onde será executada a medida solicitada pelas autoridades do Estado com jurisdição sobre o processo) e *Lex causae* (lei substantiva utilizada para a decisão do mérito – esta, portanto não está de forma genérica ligada, *a priori*, a uma jurisdição específica, dependendo da matéria e da situação). Para o objeto deste trabalho, o trecho abaixo reproduzido e já utilizado em outra ocasião, extraído da obra dos citados autores, bem representa a importância da discussão¹³¹:

¹³⁰ Acerca desta preocupação, Giacomolli e Diettrich expressam que “... as garantias individuais insculpidas na Constituição Federal impedem a admissão no processo de provas delas violadoras, não importando seja a ofensa produzida no exterior, ou ainda que não exista naquele ordenamento jurídico iguais restrições à atividade investigatória estatal”. GIACOMOLLI, Nereu José, DIETRICH, Eduardo Dalla Rosa. Necessidade e limites na cooperação jurídica internacional – ordem pública e especialidade. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; CHOUKR, Fauzi Hassan (Coord.). **Cooperação Jurídica Internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, pp.257-284, p.270.

¹³¹ Tradução livre. DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. The Forum Law Rule in International Litigation – Which Law Governs Proceedings to be Performed in Foreign Jurisdictions: LexFori or LexDiligentiae? **Texas International Law Journal**, v. 33, n. 3, 1998, p. 434. No original: “There are two reasons to apply lexdiligentiae to the collection of evidence. The first and foremost reason is the respect due theforeign jurisdiction where the evidence is to be collected. The state where the suit Isbrought does not have jurisdiction outside its territorial limits. For example, underwhat authority may a judicial authority determine that a witness domiciled in Brazil be heard or that a document located in Brazil be analyzed? The jurisdiction of a judicialauthority is limited to the territory in which the judge exercises his or herfunctions and not beyond. The second reason is more practical: ensuring that thedecision is recognized and enforced abroad, particularly in the state where the evidencewas collected. As a rule, a jurisdiction will not recognize a foreign decision ifthat decision was reached by violating basic principles of domestic legislation. Conversely, evaluation of evidence by a court should only be regulated by lexfori because this function is connected to the process by which a judicial authority renders itsdecisions, which goes to the essence of the judicial role”.

Há duas razões para a aplicação da *Lex diligentiae* na obtenção de provas. A primeira e principal razão é o respeito à jurisdição estrangeira onde a prova deve ser obtida. O Estado onde a causa foi proposta não tem jurisdição fora de seus limites territoriais. Por exemplo, com que poder uma autoridade judicial determinaria que uma testemunha domiciliada no Brasil fosse ouvida ou que um documento localizado no Brasil fosse analisado? A jurisdição de uma autoridade judicial é limitada ao território em que exerce suas atribuições e não além.

A segunda razão é mais prática: assegurar que a decisão seja reconhecida e executada no exterior, particularmente no país em que a prova foi obtida. Como regra, não será reconhecida em uma jurisdição uma decisão estrangeira se esta decisão foi proferida em violação aos princípios básicos da jurisdição doméstica. De outro modo, a avaliação da prova por um juiz seria somente regulada pela *Lex fori* porque sua função está conectada ao processo no qual uma autoridade judicial profere sua decisão, o que é a essência de sua função.

No intuito de analisar a aplicação da *Lex diligentiae*, deve-se dividir o processo de CJI em fases e, em cada uma delas, deve-se observar a lei do Estado em que a medida deva se produzir (*locus regit actum*). Assim, para se compreender os momentos de incidência de cada lei, propõe-se divisão que pode ser esquematizada da seguinte forma:

a) Perspectiva do Estado requerido: requisitos positivos (quais princípios e normas devem ser respeitados e que formas de flexibilização podem ser feitas em sua própria legislação processual para atender a determinados requisitos do Estado requerente) e negativos (quando e por qual motivo se recusar a prestar cooperação);

b) Perspectiva do Estado requerente: requisitos positivos (ativos: quais critérios deve respeitar na elaboração do pedido; e passivos: quais critérios deve observar na análise do pedido executado) e requisitos negativos (ativos e passivos: quando uma medida produzida em outro Estado não deve ser incorporada ao seu procedimento interno). E a incorporação das medidas no processo ainda deve ser vista sob dois prismas: I- quando suas próprias normas são violadas, mas respeitadas as normas do Estado requerido; II- quando são violadas as normas do Estado requerido.

Hoje é enorme a discricionariedade das Cortes ao analisarem os aspectos acima elencados. Parece ser regra geral excluir somente as medidas que claramente violam os direitos humanos. Por exemplo, a utilização de tortura durante um interrogatório (conforme será analisado ao tratar-se da ordem pública, o STJ vem concedendo *exequatur* a diversas rogatórias em que se alegavam questões processuais). Mas a grande dificuldade

encontra-se nas zonas aparentemente cinzentas¹³², o que é usual ocorrer nos casos de ausência de regras. Hoje, a interpretação é sempre a mais favorável à validade da cooperação, principalmente porque, tendo em vista ser aplicável a reciprocidade nas relações concernentes à cooperação em matéria penal, nenhum Estado deseja ter seu sistema questionado ou um pedido seu negado pela outra jurisdição. Além disso, o combate ao crime é política prioritária da maior parte dos Estados, política essa corroborada e até mesmo exigida pelos organismos internacionais (o que reforça a concepção de que a CJI é instrumento de combate ao crime).

Pontue-se que o Princípio do Reconhecimento Mútuo (vigente na União Européia) implica inovação na matéria da lei aplicável. Segundo este princípio, o Estado requerido cumpre os pedidos de cooperação somente de acordo com o especificado pelo Estado requerente, *“assistindo-se assim à aplicação extra-fronteiras da lei interna do Estado requerente (Princípio Forum Regit Actum), substituindo o tradicional Princípio Locus Regit Actum¹³³”*.

Apesar de parecer um avanço, o princípio do reconhecimento mútuo pode trazer, porém, uma série de desvantagens para o arguido, principalmente nos casos de crimes transnacionais envolvendo diversos Estados e, por isso, deve ser visto com cautela. Sobre este problema, Schünemann propõe:

O ponto central de nossa proposta reside no conceito de processo penal transnacional relativo a crimes cuja persecução envolva diversos Estados membros da UE. Consequentemente, a fixação da competência deve ocorrer de forma que apenas um Estado seja exclusivamente responsável pela investigação e pelo processo (“Modelo de unidade processual transnacional”). Isto atende claramente não só ao próprio interesse do arguido, mas, também, ao interesse de economia processual. De forma que abranja todos os casos de conflito concebíveis, o conceito deve ser definido de forma ampla e não deve, consequentemente, ser limitado a crimes que afetam diversos Estados, mas deve também abarcar processos penais criminais com demandas investigatórias ou com necessidade de medidas de restrição a direitos fundamentais em mais de um

¹³² Por exemplo, quando é realizada no Estado requerido oitiva de testemunha sem a presença de uma autoridade judicial e trata-se de medida a ser incorporada no processo penal em desenvolvimento no Estado requerente. Ou ainda, no caso de execução de medidas que, no Estado requerente, obrigatoriamente, são submetidas à reserva de jurisdição, mas que podem ser executadas administrativamente no Estado requerido (ex.: bloqueio de bens e valores).

¹³³ ALCAIDE, Sandra Elisabete Milheirão. Cooperação judiciária clássica vs. a Convenção de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal de 29 de Maio de 2000. **Revista do Ministério Público de Lisboa**. Lisboa, v. 31, n. 124, p.89-113, out./dez. 2010, p.99.

Estado. Se diversos Estados são competentes, a concentração de poder em um Estado deve ocorrer o mais cedo possível. Isto determinaria, ao mesmo tempo, que é a lei processual penal daquele Estado a aplicável. Postulamos, como fizeram as recomendações da Proposta Alternativa de 2004, que somente uma lei processual seja aplicável em cada caso, ao invés de aceitar a criação de um processo penal híbrido com base no modelo de reconhecimento mútuo. Neste último caso, todas as medidas de restrição a direitos fundamentais possíveis em cada um dos Estados poderiam ser, em última análise, combinadas, resultando no mais baixo nível de proteção¹³⁴.

Não se trata, aqui, da possibilidade de especificação de procedimentos a serem seguidos no Estado requerido, mas de aplicação direta da lei do Estado requerente.

Isto posto, adentrar-se-á, ainda que nesta parte geral, nos dispositivos do MLAT. A partir deste momento, em que pese a questão da lei aplicável ser inerente a todos os instrumentos de cooperação, o foco recairá sobre aqueles que compõem a cooperação jurídica *stricto sensu* (auxílio direto e cartas rogatórias). A regra relativa à lei aplicável está prevista no Artigo V.3 (reproduzida em diversos tratados):

Artigo V. 3. As solicitações serão executadas de acordo com as leis do Estado Requerido, a menos que os termos deste Acordo disponham de outra forma. O método de execução especificado na solicitação deverá, contudo, ser seguido, exceto no que tange às proibições previstas nas leis do Estado Requerido.

Observe-se que, ao se estipular a lei aplicável como aquela do Estado requerido, é necessário identificar a qual lei se está referindo. No caso, a lei aplicável é a **lei de cooperação** do Estado requerido. Esta é a norma que precisa ser primordialmente obedecida, sendo as demais leis processuais internas subsidiárias a ela.

A lei aplicável, ainda, quanto às medidas assecuratórias e ao perdimento de bens, traz questionamentos relacionados ao correto entendimento das circunstâncias em que estas medidas podem executadas e de seus respectivos procedimentos. Estas medidas estão previstas no artigo XVI do MLAT que trata da “assistência em processos de perda de bens”.

¹³⁴SCHÜNEMANN, Bernd. As bases do processo penal transnacional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 19, n. 90, p.189-209, maio/jun. 2011, p.192.

Um primeiro aspecto que merece atenção está ligado à aplicabilidade da *Lex diligentiae* a todos os pedidos para os quais não haja exceção expressa. Atente-se, especialmente, para o que prescreve o art. XVI.2.2:

2. As Partes prestarão assistência mútua na medida em que seja permitida pelas respectivas leis que regulam o procedimento para os casos de apreensão de produtos e instrumentos de crime, de restituição às vítimas do crime, e de cobrança de multas impostas por sentenças penais. Inclui-se entre as ações previstas neste parágrafo o congelamento temporário desses produtos ou instrumentos de crime, enquanto se aguarda julgamento de outro processo.

Observa-se do texto que a lei aplicável, aqui, ganha contornos um pouco diversos. Não se trata da lei que irá regulamentar o procedimento a ser seguido na execução do pedido, mas a lei do Estado requerido é que irá determinar a possibilidade de aplicação da medida ao caso. Isto implica dizer que o bloqueio e o perdimento de bens somente serão obtidos nas hipóteses previstas no ordenamento do país requerido.

Uma das implicações mais imediatas que daí advêm é a necessidade de dupla incriminação, diferentemente do que ocorre com os demais pedidos, nos termos da legislação interna estadunidense (segundo informações da autoridade central brasileira). Não somente a dupla incriminação, mas deve haver a possibilidade de determinação de perdimento para a espécie de delito objeto do pedido também nos termos da legislação daquele país. Assim, segundo informações do DRCI, não comportariam tal medida os crimes fiscais e a evasão de divisas.

O procedimento para o cumprimento destas medidas adquire importância na medida em que elas próprias ganharam espaço no contexto internacional como instrumentos de combate ao crime.

Foram muitas as políticas públicas desenhadas e implementadas com esta finalidade. Cite-se como exemplos a instituição da *Asset forfeiture and Money Laundering Section*¹³⁵, no âmbito do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, e as previsões específicas sobre o assunto na lei de lavagem de dinheiro brasileira (Lei nº9.613/1998, com as alterações da Lei nº 12.683/2012).

¹³⁵ O Asset Forfeiture Policy Manual (2012) traz um detalhamento completo das diretrizes políticas deste Departamento e de seus procedimentos.

Prado¹³⁶ demonstra preocupação com os interesses postos em jogo relativos às medidas patrimoniais, pois ficam sobrelevados os interesses econômicos. Afirma que, no mínimo, as mesmas garantias aplicáveis a seu processo interno devem ser aplicadas aos concernidos na cooperação jurídica internacional.

Vistas algumas das peculiaridades das medidas destinadas ao perdimento de bens e às medidas assecuratórias, retoma-se as demais particularidades da lei aplicável.

Dentro da estrutura proposta, é possível sintetizar a forma de aplicação das normas de acordo com o momento e o lugar em que a fase da CJI irá se desenvolver. Quanto à solicitação da medida, são aplicáveis as regras do Estado requerente, podendo solicitá-la o mesmo sujeito que teria capacidade para fazê-lo internamente. Da mesma forma, quanto a suas hipóteses de cabimento.

Neste momento, outras regras irão incidir concomitantemente. Se houver equivalência entre as regras internas e as regras do tratado, as primeiras serão seguidas. Caso contrário, o sujeito que poderia requerer a medida internamente deverá requerê-la à autoridade com capacidade para tal, nos termos do tratado¹³⁷.

¹³⁶ PRADO, Geraldo. Processo Penal e Globalização. **Revista Ibero-americana de Ciências Penais**, Porto Alegre, ano 3, número 6, maio/agosto 2002, pp. 25-41, pp.40-41. Alerta o autor que: “A cooperação penal internacional não pode se prestar a ser um jogo de cartas viciadas como não deve sê-lo o processo penal singular, de cada estado ... reivindica-se para a Justiça Penal, em nível internacional, que não seja e não represente aquilo que as justiças feudais e dos estados absolutistas foram durante a pré-modernidade: instrumento de manipulação política. A cooperação judicial penal internacional executada unicamente conforme a ótica da globalização econômica é altamente perigosa, porque significa o enfraquecimento de interesses fundamentais e a colocação dos valores econômicos acima dos valores humanos e sociais. É evidente que sempre são citados como exemplo os casos mais graves de violação de direitos fundamentais para autorizar quaisquer das modalidades de cooperação internacional. Os casos radicais, porém, a par de justificar as formas legais de cooperação são exatamente aqueles em que o devido processo penal se torna mais necessário e urgente, afirmando claramente a eleição pela civilização no lugar da barbárie. Como sublinhado anteriormente, a repressão penal, em nível internacional, pressupõe os mesmos mecanismos de controle e legitimidade que nos estados nacionais devem ser aplicados de modo a evitar a manipulação política do crime”.

¹³⁷ O STJ já decidiu exatamente neste sentido:

“[...]”

ALEGADA INCOMPETÊNCIA DE MAGISTRADO BRASILEIRO PARA AUTORIZAR A QUEBRA DE SIGILO DE CONTA BANCÁRIA SITUADA NO EXTERIOR. PRINCÍPIO DA TERRITORIALIDADE. POSSIBILIDADE DE AUTORIZAÇÃO DA MEDIDA PELA JUSTIÇA BRASILEIRA. EXECUÇÃO DEPENDENTE DA AQUIESCÊNCIA DO ESTADO ESTRANGEIRO. EXISTÊNCIA DE ACORDO ENTRE OS GOVERNOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. A competência internacional é regulada ou pelo direito internacional ou pelas regras internas de determinado país acerca do direito internacional, tendo por fontes os costumes, os tratados normativos e outras regras de direito internacional.

2. Em matéria penal deve-se adotar, a princípio, o princípio da territorialidade, desenvolvendo-se na justiça pátria o processo e os respectivos incidentes, não se podendo olvidar, outrossim, de eventuais tratados ou outras normas internacionais a que o país tenha aderido, nos termos dos artigos 1º do Código de Processo Penal e 5º, caput, do Código Penal. Doutrina.

3. Na hipótese em apreço, imputa-se ao paciente o delito de evasão de divisas, cujo processo e julgamento, bem como os eventuais incidentes, compete à Justiça Brasileira, de modo que a quebra de seu sigilo bancário

Encaminhado o pedido ao Estado requerido (com jurisdição para a execução), haverá três momentos a verificar.

Em primeiro lugar, o Estado requerido irá analisar o pedido à luz do tratado e verificar se estão presentes seus requisitos¹³⁸. Presentes, irá analisar o pedido à luz de sua legislação, para avaliar sua possibilidade de execução (requisitos formais e materiais).

Em segundo lugar, verificará se o procedimento no país requerente violou algum direito fundamental. Se todos estes passos forem positivos, prosseguirá com a execução. Se não, poderá solicitar a complementação do pedido (se for o caso de ausência de requisito formal ou se houver dúvida) ou o devolverá sem cumprimento ao Estado de origem.

Em terceiro, no momento da execução, o Estado requerido aplicará as regras do tratado (se houver) e, subsidiariamente, suas leis (especialmente quanto aos procedimentos a serem seguidos)¹³⁹.

Executado o pedido, ele será devolvido ao país requerente que avaliará os requisitos do tratado e os procedimentos no Estado requerido para verificar sua legalidade e conseqüente admissibilidade. Frise-se que esta análise será realizada pela autoridade requerente, mas com base no ordenamento jurídico do Estado requerido. Esta sistemática decorre do próprio corolário da *Lex diligentiae* e do respeito à diversidade de ordenamentos jurídicos inerentes à CJI.

Desta forma, a autoridade do Estado requerente não verificará, como se afirmou, a exata correspondência dos procedimentos adotados. Irá verificar somente se os procedimentos no Estado requerido obedeceram aos ditames de sua lei e se tais

encontra-se inserida na jurisdição pátria, não se podendo acoimar de incompetente a magistrada da 5ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro simplesmente porque a conta pertencente ao acusado estaria localizada fora do território nacional.

4. Apenas a execução da medida, por depender de providências a serem tomadas em outro país, dependerá da aquiescência do Estado estrangeiro, que a realizará ou não a depender da observância das normas internas e de direito internacional a que se sujeita, sendo que, in casu, como visto, existe Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal a respaldar o envio da documentação e das informações requeridas pelo Ministério Público Federal e autorizadas judicialmente.

5. Ordem denegada”. (STJ, HC 147375, Min. Rel. JORGE MUSSI, DJe de 19.12.2011)

¹³⁸ Se não houver tratado, encaminhar-se-á diretamente aos próximos dois passos.

¹³⁹ Em carta rogatória oriunda da Colômbia, destinada à realização de perícia contábil, o interessado alegou não ter tido acesso ao processo no juízo rogante. O STJ manifestou-se no sentido de que esta alegação somente poderia ser analisada pelo juízo de origem e que o pedido não ofendia a ordem pública e nem a soberania. Porém, o juízo rogado havia negado o pedido da parte interessada para nomear assistente técnico e formular quesitos para a realização da perícia. O STJ decidiu, então, que se aplica ao cumprimento do pedido a legislação do Estado requerido e a “legislação processual penal brasileira permite a participação do acusado na elaboração da prova pericial, mediante a indicação de assistente técnico e formulação de quesitos. Ressalte-se que, na legislação pátria, tais procedimentos estão relacionados à garantia do contraditório e da ampla defesa”. STJ, Embargos na CR 8114, Min. FELIX FISCHER, DJe de 26.05.2014.

procedimentos garantem os direitos fundamentais. Com relação a este segundo aspecto, o respeito aos direitos não deve ser analisado sob o prisma de seu próprio ordenamento, mas balizado pelo núcleo mínimo dos direitos previstos em sua Constituição e nos tratados internacionais de direitos humanos¹⁴⁰.

Se as normas do país onde se executou a medida tiverem sido violadas, ela não será válida (no caso de pedido que envolva a produção de prova, não será admitida¹⁴¹). Mas se suas próprias normas não tiverem sido seguidas, a medida produzida será válida e admissível, a menos que direitos fundamentais tenham sido vulnerados¹⁴².

Questão interessante coloca-se quando as normas dos Estados envolvidos, mesmo respeitando os direitos fundamentais, possuem diferentes níveis de proteção. Neste caso, Rafaraci¹⁴³ afirma que se deveria aplicar a *lex mitior* (aplicação da norma mais favorável ao indivíduo), o que, apesar das dificuldades que daí poderiam advir, parece ser posicionamento acertado.

Outro ponto decorrente da matéria da lei aplicável é o relativo à possibilidade de o Estado requerente solicitar que a execução da medida no Estado requerido siga procedimento diverso daquele previsto em seu ordenamento. Esta possibilidade existe para que, no caso de produção de prova, a medida produzida no Estado requerido seja admissível no Estado requerente.

Sob o ponto de vista brasileiro, o art. 1º do CPP é que trata da questão da lei processual penal no espaço, dispondo que: “O processo penal reger-se-á, em todo território brasileiro, por este Código”.

¹⁴⁰ ABADE, **Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional**, p.117. Ou, de acordo com Bechara, nos termos do padrão normativo universal. BECHARA, **Cooperação jurídica internacional em material penal**, p. 73 *et seq.*

¹⁴¹ Prova ilegítima e, portanto, nula.

¹⁴² Prova ilícita e, portanto, inadmissível. Sobre esta diferenciação, a lição de Arantes Filho: “Distinguir as modalidades de prova ilegal é relevante para delimitação da sanção processual a elas aplicável: nulidade à “prova ilegítima”; inadmissibilidade à “prova ilícita”. A nulidade implica ineficácia do ato de produção, que poderá ser renovado; a inadmissibilidade impede o ingresso em processo, considerada a ineficácia do ato de descoberta da fonte. Todavia, se uma prova inadmissível vier a ingressar nos autos de um processo, impõe-se o desentranhamento. É de se salientar que a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos é erigida a garantia constitucional (art. 5º, caput e inciso LVI da Constituição Federal). Em regra, tal modalidade de sanção processual também é aplicável às provas derivadas da ilícita (art. 157, § 1º da lei processual penal)”. ARANTES FILHO, Márcio Geraldo Britto. **A interceptação de comunicação entre pessoas presentes como meio de investigação de prova no direito processual penal brasileiro**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011, p.27.

¹⁴³ RAFARACI, Tommaso. The Right of Defence in EU Judicial Cooperation in Criminal Matters. RUGGERI, Stefano (editor). **Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings: A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina**. New York: Springer, 2013, pp. 331-343, p. 342. No original: “Of course, this is a principle whose actual application still needs to be explored and developed, although it seems to be promising for a better protection of procedural rights in the area of judicial cooperation in criminal matters beyond a policy based just on minimum rights”.

Para Badaró¹⁴⁴, o “problema da aplicação da lei processual no espaço está diretamente ligado à investidura das autoridades jurisdicionais brasileiras” e, portanto, intrinsecamente ligado à questão da própria jurisdição.

Badaró ainda expõe que “em matéria de aplicação das normas processuais no espaço, vige a regra da **territorialidade**, com aplicação da *lex fori*, segundo o critério *locus regit actum*. Esse, porém, é o denominado aspecto positivo da territorialidade, que também possui um aspecto negativo: a exclusão da aplicação da lei processual penal estrangeira em território brasileiro”.

Ocorre que o próprio CPP excetua a aplicação de suas regras quando assim previrem os tratados, as convenções e as regras de direito internacional (artigo 1º, I), possibilitando a “mescla” de leis processuais penais.

Em matéria probatória, à primeira vista, pensa-se estar diante de uma prova atípica. No entanto, trata-se de prova típica, pois haverá previsão do meio de obtenção ou de produção, com remissão ao procedimento a ser seguido¹⁴⁵ (e será um procedimento legal, tendo em vista estar amparado em dispositivo do tratado).

Por fim, além dos dispositivos citados, o MLAT ultrapassa os limites da discussão até aqui travada, prevendo, em seu artigo I, 2, h, que, nos termos do acordo, a assistência incluirá “*qualquer outra forma de assistência não proibida pelas leis do Estado requerido*”.

Neste caso, haverá uma completa inovação, com a possibilidade de prestar assistência norteadas por parâmetros completamente desconhecidos em nosso ordenamento.

O STJ já se manifestou sobre este dispositivo¹⁴⁶, confirmando a

¹⁴⁴ BADARÓ, **Processo Penal**, p. 59.

¹⁴⁵ Fernandes esclarece, utilizando “como parâmetro oficial, a conceituação de Laronga: prova típica é aquela prevista e dotada de procedimento próprio para sua efetivação; a prova atípica é aquela que, prevista ou não, é destituída de procedimento para sua realização. Tomando-se como base tal aceção, as caracterizações da tipicidade ou da atipicidade da prova decorrerão de cinco situações possíveis: a) o meio de obtenção ou de produção da prova está previsto e é regulado mediante procedimento próprio; b) o meio de obtenção ou de produção de prova está previsto, não está regulado, mas há remissão ao procedimento a ser seguido; c) o meio de obtenção ou de produção de prova está previsto, não está regulado e não há remissão a nenhum procedimento a ser seguido; d) o meio de obtenção ou de produção de prova é apenas referido nominalmente, sem qualquer regulamentação ou remissão ao procedimento a ser seguido; e) o meio de obtenção ou de produção de prova não é sequer referido. Serão típicos os meios de obtenção ou de produção de prova quando ocorrentes as situações descritas nas letras a), b), e atípicos quando configuradas as situações das letras c), d) e e). Como se vê, a análise da tipicidade ou atipicidade depende das disciplinas dadas aos meios de provas pelos ordenamentos jurídicos”. SCARANCA FERNANDES, Antonio. Tipicidade e sucedâneos de prova. In: SCARANCA FERNANDES, Antonio; GAVIÃO DE ALMEIDA, José Raul; MORAES, Maurício Zanoide. **Provas no processo penal** – estudo comparado. São Paulo: Saraiva, 2011, pp.13-45, p.15.

¹⁴⁶ STJ, AgRg no ARES 16998, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 25.09.2013. Trata-se de recurso em um dos processos do chamado caso Banestado, que consiste em marco da cooperação jurídica internacional com os Estados Unidos, pela complexidade e pela quantidade de valores e investigados envolvidos.

possibilidade de sua utilização. Contextualizando o caso, trata-se de quebra de sigilo bancário ordenada, em termos bastante amplos, pelo juiz da causa. Ocorre que os dados obtidos nos Estados Unidos foram produzidos em virtude de decisão de juiz norte-americano que extrapolou a ordem brasileira e que deferiu posteriormente o compartilhamento destes dados. Somente após o delegado, que conduzia o caso, ter tido acesso aos documentos é que foi determinada a quebra de sigilo bancário pela autoridade brasileira competente. Desta forma, discutiu-se a legalidade da prova lá obtida e sua possibilidade de admissão em nosso processo pátrio. Ao interpretar o MLAT, assim consignou a Ministra Relatora:

De fato, o referido Acordo objetiva "facilitar a execução das tarefas das autoridades responsáveis pelo cumprimento da lei de ambos os países, na investigação, inquérito, ação penal e prevenção do crime por meio de cooperação e assistência judiciária mútua em matéria penal", não sendo possível extrair da norma invocada qualquer proibição à existência de outras formas de cooperação para combater a prática criminosa, como ocorreu, com êxito, no caso em análise. Aliás, este entendimento está sufragado na redação do artigo XVII do Acordo, que determina, in verbis: "Os termos de assistência e demais procedimentos contidos neste Acordo não constituirão impedimento a que uma Parte preste assistência à outra com base em dispositivos de outros acordos internacionais aplicáveis, ou de conformidade com suas leis nacionais. As Partes podem também prestar-se assistência nos termos de qualquer acordo, ajuste ou outra prática bilateral cabível"¹⁴⁷.

¹⁴⁷ A Ministra Relatora ainda aduziu que: "Em verdade, o órgão policial obteve a cooperação direta da Promotoria de Nova Iorque, que formulou pedido à Corte Superior daquele estado, a fim de possibilitar o compartilhamento de dados sigilosos obtidos em investigações nas quais o Judiciário estadunidense já havia determinado a quebra de sigilos bancários. Estas informações foram licitamente entregues à polícia brasileira, tendo em vista a decisão da Corte Superior de Nova Iorque que autorizou o seu compartilhamento.

Além disso, para garantir a plena compatibilidade da prova com o ordenamento jurídico pátrio e evitar qualquer arguição de ilegalidade, foi solicitado ao Juízo brasileiro a quebra do sigilo das contas mantidas no exterior, informações às quais o órgão investigador já havia tido acesso nos Estados Unidos, a fim de que esta prova pudesse ingressar nas investigações em curso no Brasil.

Como se sabe, o art. 13 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro determina que a prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro rege-se pela lei que nele vigorar quanto aos meios de produzir-se.

Dessa forma, tendo em vista tratar-se de instituição financeira sediada nos Estados Unidos, a prova licitamente produzida naquele país certamente poderá ser aproveitada nas investigações levadas a efeito aqui, exceto em se tratando de prova que a lei brasileira desconheça, o que não é o caso.

Por arremate, a decisão fundamentada do Magistrado brasileiro autorizando a quebra do sigilo e, por consequência, a introdução no processo das informações obtidas no exterior, afastou qualquer dúvida acerca da licitude da prova, a qual obteve o respaldo tanto do Justiça estrangeira quanto da Justiça pátria".

2. INSTRUMENTOS

Há diversos instrumentos de cooperação jurídica internacional que veiculam suas diferentes espécies de pedidos. Serão analisados, ainda que de maneira breve, para verificar as diferenças e semelhanças entre eles, o que irá ajudar a entender aqueles que são objeto de estudo específico deste trabalho: auxílio direto e carta rogatória (que compõem a cooperação *stricto sensu*).

Uma advertência deve ser feita, no entanto. Os instrumentos de cooperação não limitam seu objeto. Em que pese a forma seja importante (e constitua uma garantia), ela não determina o que pode ser solicitado na cooperação. Os instrumentos indicam a maneira como o pedido será cumprido e as formalidades a serem seguidas, mas não existe empecilho para que eles se transmudem e passem a permitir a veiculação de outros objetos. Podem ainda surgir novos instrumentos, que podem coexistir com os anteriores ou até substituí-los. Por exemplo, a extradição e a transferência de apenados, apesar de serem institutos diversos, com requisitos e finalidades diferentes, possibilitam a execução de uma decisão penal estrangeira, que usualmente é veiculada por meio da homologação de sentença estrangeira.

Desta forma, embora os institutos aqui retratados sejam consagrados internacionalmente, o anteprojeto de lei de cooperação jurídica internacional elaborado por consultores contratados pela autoridade central brasileira¹⁴⁸, demonstrando a possibilidade inclusive de incorporação entre eles, não trata especificamente da transferência de apenados como instituto autônomo, disciplinando suas normas no capítulo referente à homologação de sentença estrangeira (Título II, Capítulo III, arts.23 a 27).

O anteprojeto, neste ponto, elenca que a cooperação pode ter como finalidade (art. 2º): I- cooperação em procedimento investigatório e processo penal; II- extradição e III- homologação de sentença penal.

Mesmo com relação aos instrumentos da carta rogatória e do auxílio direto, a definição acerca do cabimento de cada um é construída dentro do ordenamento jurídico

¹⁴⁸ O DRCI, por meio do edital 10/2013, contratou consultor externo para a elaboração de novo anteprojeto. Embora já tenha sido divulgado, ele ainda não se encontra disponibilizado oficialmente.

específico em que devam atuar, havendo a possibilidade de que veiculem o mesmo objeto¹⁴⁹.

Os instrumentos de cooperação que serão tratados neste tópico são¹⁵⁰: 1. Extradicação; 2. Transferência de Processos; 3. Transferência de apenados; 4. Homologação de sentença estrangeira; 5. Carta Rogatória e 6. Auxílio Direto.

Eles compõem o grupo de instrumentos conhecidos e utilizados nas relações entre os países (não constituindo, no entanto, rol exaustivo¹⁵¹) e, ainda que nem todos estejam regulamentados pelo ordenamento jurídico brasileiro, seu conhecimento faz-se necessário para uma compreensão global das possibilidades da cooperação.

Necessária uma ressalva com relação à cooperação na Comunidade Européia. Embora não esteja abrangida por este estudo sua peculiar sistemática, deve-se observar a lição de Alcaide, que traz uma interessante distinção entre o que chamou de “cooperação judiciária clássica” e a nova concepção de cooperação introduzida pela Convenção de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal (de 29 de maio de 2000). Parte, para tanto, da análise das cinco formas de cooperação na União Européia: a) extradição; b) transmissão de processos penais; c) transferência de pessoas condenadas a penas ou medidas de segurança; d) vigilância de pessoas condenadas ou libertadas condicionalmente; e e) auxílio judiciário mútuo em matéria penal¹⁵².

A principal característica diferenciadora desta nova forma seria a visão que se trouxe para a cooperação, que deixou de ser vista somente como instrumento de repressão penal para ser considerada dentro de uma “*nova lógica e com vista à criação de um espaço de liberdade, de segurança e de justiça*”¹⁵³, reforçando a quebra de paradigma já referida.

Para tanto, algumas mudanças foram efetivadas em comparação à “cooperação judiciária clássica”: comunicação direta entre as autoridades judiciárias competentes, prescindindo da interferência do Poder Executivo¹⁵⁴; introdução do Princípio do Reconhecimento Mútuo; alargamento da cooperação para procedimentos que imputem

¹⁴⁹ Abade acentua que “(n)em sempre um pedido será associado a um tipo de veículo”. ABADE, **Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional**, p.46.

¹⁵⁰ Consoante antecipado, este estudo destina-se à análise da cooperação jurídica internacional entre países (cooperação horizontal). Por este motivo, não se tratará de instrumentos de cooperação com Tribunais Internacionais, como a entrega ao Tribunal Penal Internacional (cooperação vertical).

¹⁵¹ No mesmo sentido, RAMOS, Estrutura da cooperação jurídica internacional e o novo direito internacional privado, p.176.

¹⁵² ALCAIDE, Cooperação judiciária clássica vs. a Convenção de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal de 29 de Maio de 2000, p.91.

¹⁵³ *Ibidem*, p.97.

¹⁵⁴ Possível neste contexto.

sanções administrativas; integração da cooperação judicial com a policial; previsão expressa de utilização de novas tecnologias, como videoconferência¹⁵⁵.

Interessante, por fim, antes de se adentrar no estudo individualizado de cada instrumento, notar que o Código Modelo Iberoamericano trata o objeto deste estudo em conjunto com os mesmos instrumentos destinados à cooperação civil. As únicas hipóteses que mereceram tratamento diferenciado são: a- investigação conjunta (arts. 20 e 21); b- comparecimento temporário de pessoas (arts. 22 e 23); c- transferência de processo e de execução penal (arts. 25 e 26); d- extradição (arts. 30 e 31). As regras sobre competência internacional também possuem especificidades (art. 24) e a eficácia e a execução de decisão penal estrangeira seguem a mesma orientação prevista para as decisões civis (arts. 27, 28 e 29).

Após estes breves comentários, passar-se-á à análise dos instrumentos, com a explanação acerca de sua regulamentação em nosso ordenamento.

2.1. Extradição

A extradição é o instrumento de cooperação jurídica internacional mais antigo e que, também por isso, é aquele que fornece a mais vasta jurisprudência para o estudo da cooperação.

O primeiro caso de extradição de que se tem notícia ocorreu em aproximadamente 1350 a.C., sendo descrito no Velho Testamento, quando uma tribo se recusou a entregar a outra um homem acusado de estupro e de assassinato (Juízes 19-20). Esta recusa teve por resultado a derrota de Benjamin por Israel e o massacre de milhares de pessoas¹⁵⁶.

Tem-se notícia ainda de que o primeiro “tratado” de extradição é também o primeiro documento internacional de que se tem conhecimento: o Tratado de Paz assinado

¹⁵⁵ ALCAIDE, Cooperação judiciária clássica vs. a Convenção de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal de 29 de Maio de 2000, p.98.

¹⁵⁶ BASSIOUNI, M. Cherif. The Modalities of International Cooperation in Penal Matters. In: BASSIOUNI, M. Cherif (ed.). **International criminal law**. Multilateral and Bilateral Enforcement Mechanisms, vol. II,^{3rd} ed. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp.1-4, p.4.

em 1259 a.c. entre Ramses II do Egito e o príncipe hitita Hattushilish III, em virtude do fracasso da tentativa de invasão do Egito¹⁵⁷.

Para o que se chama de “tratado”, no entanto, reportam-se os historiadores àquele entre França e Savoy, em 1376. Somente em 1736, é que se relata o tratado entre França e Holanda¹⁵⁸.

Há uma vasta discussão acerca da história da prática da extradição, matéria a qual se dedicaram com afincos muitos doutrinadores franceses¹⁵⁹, com especial ênfase ao *rendition of fugitives*, mas que parece demasiado detalhista para os fins deste trabalho.

Simplificadamente, pode ser dividida em quatro períodos: 1) da antiguidade até o século XVII d.C., período que revelou uma preocupação quase exclusiva com criminosos políticos e religiosos; 2) do século XVIII até meados do século XIX (1833), período marcado pela negociação de tratados cuja preocupação recaía basicamente sobre crimes militares; 3) de 1833 até 1948, período de preocupação com a supressão da criminalidade comum¹⁶⁰ e 4) desenvolvimento pós-1948, que demarcou um período de grande preocupação com a proteção de direitos humanos e com o aumento da consciência da necessidade de se ter as relações internacionais amparadas pelo devido processo legal¹⁶¹.

Após este breve histórico, passa-se ao seu conceito. A extradição consiste em modalidade de cooperação jurídica internacional cujo objeto é o envio de uma pessoa de um Estado, onde se encontra, a outro, onde está sendo processada ou tenha sido condenada por um delito (envolve, assim, medidas de 3º nível).

Gibbins¹⁶² alerta ao fato de que o termo extradição somente pode ser utilizado para o envio de uma pessoa a outro Estado com os seguintes propósitos: a) processo criminal; b) prolação de sentença (se já foi julgada e condenada) e c) cumprimento de uma sentença já imposta. Assevera que a transferência de uma pessoa para qualquer outro propósito não pode ser chamada de extradição, como o envio de uma pessoa para que seja investigada. Blakesley¹⁶³, por sua vez, esclarece que ela não se aplica

¹⁵⁷ GILBERT, Geoff. Extradition. In: GRANT, John P.; BARKER, J. Craig (ed.). **The Harvard Research in International Law: Contemporary Analysis and Appraisal**. Buffalo: William S. Hein & Co., Inc., 2007, pp. 247-274, p.247.

¹⁵⁸ BLAKESLEY, Christopher L. The practice of extradition from Antiquity to Modern France and the United States: A Brief History. 4 B. C. **International Law Review**, Washington, 39 (1981), pp.39-61, p.50.

¹⁵⁹ Os diferentes posicionamentos são retratados por Blakesley. *Ibidem*, p.50 *et seq.*

¹⁶⁰ Período em que a extradição alcança seus contornos atuais.

¹⁶¹ BASSIOUNI, The Modalities of International Cooperation in Penal Matters, pp.5-6.

¹⁶² GIBBINS, Brian. Introduction. In: JONES, John R W D (ed). **Extradition and Mutual Legal Assistance Handbook**, second edition. New York: Oxford University Press, 2010, pp.3-15, p.3.

¹⁶³ BLAKESLEY, *op. cit.*, p.51.

a pessoas suspeitas da prática de crime mas contra as quais não há acusação formal e tampouco a testemunhas ou a réus em julgamentos de natureza civil.

Para Bassiouni¹⁶⁴, a extradição é um meio pelo qual os Estados cooperam entre si para a prevenção, controle e supressão da criminalidade doméstica e internacional. O autor ainda afirma que há quatro categorias de considerações políticas (policy-oriented) que deveriam ser levadas em consideração na extradição e que se entende também deveriam ser analisadas nos outros instrumentos de cooperação: a) law and public policy; b) fatores políticos; c) direitos humanos e preocupações humanitárias; d) considerações de ordem prática.

Um aspecto interessante das discussões travadas acerca da extradição é a existência de obrigação de extraditar, que acaba por influenciar a prática da cooperação, pois demonstra a disposição dos países em colaborar com os demais, estendendo-se às outras modalidades de CJI.

Para Gilbert¹⁶⁵, não existe um dever geral internacional para extraditar, sendo a extradição uma obrigação imperfeita, que depende do comprometimento das nações envolvidas. A obrigação de extraditar, assim, somente surgiria com a assinatura de um tratado.

Bassiouni¹⁶⁶ realiza um interessante retrospecto sobre esse tema. Remete, originariamente, a Hugo Grotius, que afirmou, em 1624, que o Estado em que se encontrava a pessoa foragida estava obrigado ou a devolver a pessoa ao Estado requerente ou a puni-la nos termos de suas próprias leis. Traduz-se na máxima *aut dedere aut punire*, ou melhor, atualmente, em *aut dedere aut judicare*¹⁶⁷. Nesta mesma linha manifestaram-se Beccaria e Emerich de Vattel. Em outra linha, encabeçada por Puffendorf e seguida por Billot, argumenta-se que o dever de extraditar consistia somente em uma obrigação

¹⁶⁴ Talvez daqui advenha o conceito ampliado a todos os institutos de CJI como instrumento de combate ao crime.

¹⁶⁵ GILBERT, Extradition, p.254.

¹⁶⁶ BASSIOUNI, **International Extradition**, p. 7.

¹⁶⁷ Este princípio encontra-se consagrado em algumas convenções internacionais. Por exemplo, na Convenção contra o Terrorismo (Decreto n° 3018, de 06 de abril de 1999), que prescreve em seu art. 5°: “Quando não proceder a extradição solicitada por algum dos delitos especificados no Artigo 2 em virtude de ser nacional a pessoa reclamada ou mediar algum outro impedimento constitucional ou legal, o Estado requerido ficará obrigado a submeter o caso ao conhecimento das autoridades competentes, para fins de processo como se o ato houvesse sido cometido em seu território. A decisão que adotarem as referidas autoridades será comunicada ao Estado requerente. Cumprir-se-á no processo a obrigação que se estabelece no Artigo 4”. No Brasil, o STF já assentou este princípio. Por exemplo, na EXT 916-8 (STF, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJ de 21.10.2005), a Corte negou a extradição em virtude de o extraditando ser nacional brasileiro, determinando, ainda o envio de cópia dos autos ao juízo de primeiro grau para a instauração de ação criminal contra ele.

imperfeita que necessita de consentimento para se tornar completamente vinculante (assim como Gilbert).

Esta última posição é a mais aceita atualmente, mas há grande pressão para que se reconheça o *aut dedere aut judicare* quando se trata de crimes de *jus cogens*, o que pode ser verificado no julgamento do caso Habré pela Corte Internacional de Justiça em 2012¹⁶⁸.

Ainda, a extradição pode ser embasada em um tratado (bilateral ou multilateral), na reciprocidade, ou pode ocorrer com base na legislação nacional de cada país.

Há vários tratados multilaterais de extradição. Os mais importantes são o da União Européia, Da Liga Árabe (inclui Egito, Jordânia e Arábia Saudita e entrou em vigor em 1954), do BENELUX (Bélgica, Luxemburgo e Holanda, em 1962), o Commonwealth Extradition Scheme (1967), as Convenções Interamericanas (a última entrou em vigor em 1982, mas o primeiro acordo na matéria remonta a 1899), o Sistema dos Países Nórdicos (1962, Dinamarca, Finlândia, Islândia, Noruega e Suécia) e da União Africana (1962, possui 54 membros). No âmbito da ONU, suas principais convenções também trazem dispositivos acerca da extradição¹⁶⁹.

Em linhas gerais, os tratados de extradição (bilaterais e multilaterais) possuem os mesmos requisitos, tanto para conceder a extradição quanto para negá-la. A necessidade de dupla incriminação e a não extradição de nacionais¹⁷⁰ são dois dos dispositivos predominantes.

No Brasil, seu procedimento e hipóteses de cabimento estão regulamentados nos art. 5º, LI e LII e 102, I, g da Constituição Federal, nos artigos 76 a 94 da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980 (com as mudanças realizadas nos artigos 80 a 82 pela Lei nº 12.878/2013) e nos artigos 207 a 214 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, tribunal competente para o deferimento ou indeferimento dos pedidos de extradição.

¹⁶⁸ BASSIOUNI, *International Extradition*, p.14.

¹⁶⁹ Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo) – Decreto nº 5015, de 12 de março de 2004; Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida) – Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006; Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena, 1988) – Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991.

¹⁷⁰ BASSIOUNI, *The modalities of International Cooperation in Penal Matters*, p.03. Bassiouni esclarece que a principal motivação para a não extradição de nacionais seria a desconfiança de que não haveria um julgamento justo em um tribunal estrangeiro.

No que concerne à autoridade central, esta atribuição é desempenhada pelo Ministério da Justiça¹⁷¹, por meio do Departamento de Estrangeiros (DEEST), inserido na estrutura da Secretaria Nacional de Justiça. Interessante notar que, no caso da extradição, a própria lei estabelece que à autoridade central cabe analisar previamente a presença dos requisitos de admissibilidade. Se não preenchidos, o pedido não será encaminhado ao STF e será arquivado administrativamente, mediante decisão fundamentada do Ministro da Justiça¹⁷².

Além disso, o Brasil tem diversos tratados de extradição ratificados, sendo, nestes casos, aplicáveis seus dispositivos¹⁷³.

Nos Estados Unidos, a legislação aplicável é a Constituição e as leis federais (18 U.S.C. §§ 3181-3191) e locais (para aferição do requisito da dupla incriminação). Interessante perceber que, nos Estados Unidos, somente é possível extraditar alguém com base em um tratado (extradição passiva), mas a extradição pode ser requerida mesmo em sua ausência, nos termos do 18 U.S.C. §§ 3180, 3181 e 3184 (extradição ativa).

2.2. *Transferência de processos*

A transferência de processos penais (*transfer of criminal proceedings*) é modalidade de cooperação internacional em que um Estado transfere a outro um processo criminal **no estado em que se encontra**. Isto porque o Estado a que será transferido o processo possui contato mais significativo com as partes e, portanto, consistir-se-ia em um *forum conveniens*¹⁷⁴.

À primeira vista, imagina-se que este instrumento de cooperação seria equivalente ao nacional, uma vez que todos os ordenamentos jurídicos possuem

¹⁷¹ A Lei nº 6.815/80 prevê em seu art. 80 que a “extradição será requerida por via diplomática ou, quando previsto em tratado, diretamente ao Ministério da Justiça, devendo o pedido ser instruído com a cópia autêntica ou a certidão da sentença condenatória ou decisão penal proferida por juiz ou autoridade competente”.

¹⁷² Art. 81, *caput* e parágrafo único da Lei nº 6.815/80.

¹⁷³ Atualmente, o Brasil tem tratados bilaterais de extradição ratificados com 22 países. Uma listagem completa pode ser encontrada em BRASIL. Ministério da Justiça. Tratados extradição. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7B0428DBCE%2D69A9%2D4197%2DB4FF%2D849D177F9B7E%7D¶ms=itemID=%7B6D340A2D%2DB21B%2D44BD%2D8F31%2D57EF320A7185%7D;&UIP artUID=%7B2868BA3C%2D1C72%2D4347%2DBE11%2DA26F70F4CB26%7D>. Acesso em: 23.06.2013.

¹⁷⁴ BASSIOUNI, The modalities of International Cooperation in Penal Matters, p.12.

internamente um sistema de transferência de processos de um juiz competente a outro em nome dos interesses da justiça. É o que se chama modificação de competência e que, nos países de *common law*, denomina-se *change of venue*, embasada na teoria do *forum non conveniens*¹⁷⁵. A transferência de processos entre Estados, no entanto, possui características diversas daquela que ocorre internamente, pois ela altera a jurisdição e, portanto, implica a utilização de normas materiais e processuais diversas, encerrando a jurisdição do Estado originário no momento da transferência¹⁷⁶. Outra consequência é que o Estado para o qual se transfere o processo precisa possuir jurisdição sobre ele¹⁷⁷.

O maior exemplo sobre este instituto é o da Convenção Européia de Transferência de Processos em Matéria Criminal de 1972. Esta convenção acaba por criar jurisdição, para o Estado, transferido de duas formas. Primeiro, confere jurisdição ao Estado transferido assim que o transferidor fizer um pedido formal. Segundo, cria uma ficção legal para que o Estado transferido trate o delito como se tivesse sido cometido em seu próprio território.

Seus requisitos aproximam-se muito aos da extradição, sendo necessários a dupla incriminação e o respeito ao *ne bis in idem*.

Uma particularidade interessante deste instituto é a que, como a jurisdição do Estado transferido é decorrente daquela do Estado transferidor, o julgamento não poderá ser realizado de forma não permitida no país transferidor. Por exemplo, a verificação acerca da ocorrência de prescrição deve ser avaliada nos termos das leis dos dois Estados envolvidos¹⁷⁸.

Imperativo, aqui, mencionar o famoso caso *Lockerbie*¹⁷⁹, que ocasiona muita confusão quando relacionado a este instituto, pois não trata exatamente de transferência de processos. Este caso teve origem com a explosão, em 21 de dezembro de

¹⁷⁵ BASSIOUNI, The modalities of International Cooperation in Penal Matters, p.12. No original: “A distinction exists between transfer of criminal proceedings and the assumption of criminal jurisdiction by a state as a result of specific legislation based on the nationality, passive personality, or universality principles of jurisdiction. The first model derives from the historic proposition of one state relinquishing jurisdiction in favor of another on the basis that the first of the states is a forum non conveniens. Thus, the state relinquishing jurisdiction is based on facts which render that forum not only less convenient, but less conducive to the best interests of justice in that particular case, whereas the state assuming jurisdiction does so on the basis of a nexus to the case and/or to the parties.”

¹⁷⁶ BASSIOUNI, M. Cherif. Introduction to Transfer of Criminal Proceedings. In: _____ (ed.). **International criminal law**. Multilateral and Bilateral Enforcement Mechanisms, vol.II, 3rd ed. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 515-520, p.515.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p.516.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 517.

¹⁷⁹ Sobre mais detalhes acerca deste caso, ver SCHARF, Michael P. The Lockerbie Model of Transfer of Proceedings. In: BASSIOUNI, M. Cherif (ed.). **International criminal law**. Multilateral and Bilateral Enforcement Mechanisms, 3rd ed. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, vol. II, pp. 521-527.

1988, do voo 103 da Pan American Airways sobre a cidade de Lockerbie, na Escócia, matando 259 passageiros do voo e 11 residentes desta cidade.

Em vista da gravidade deste ato de terrorismo, houve engajamento da comunidade internacional na apuração do delito. Em 1991, Estados Unidos e Reino Unido fizeram acusações formais contra dois agentes líbios que teriam colocado a bomba no avião como vingança pelo bombardeio norte-americano a Trípoli, em 1986.

Estes dois países solicitaram a extradição dos dois agentes, mas a Líbia negou-se, por ter jurisdição sobre o caso. Temendo que o julgamento não fosse imparcial, pois o governo libanês estava também envolvido no caso, Estados Unidos e Reino Unido iniciaram uma batalha jurídica e diplomática que durou oito anos e acarretou a imposição de sanções pelo Conselho de Segurança da ONU, culminando em um arranjo único: os dois acusados foram julgados por um tribunal escocês instalado em uma base aérea norte-americana desativada conhecida como Camp Zeist, na Holanda.

Neste caso, não ocorreu propriamente uma transferência de processos, mas uma realocação do próprio tribunal escocês para a Holanda, que lá julgou o caso em virtude de jurisdição escocesa e de acordo com suas leis.

Após nove meses e a oitiva de 235 testemunhas, o tribunal julgou um dos acusados inocente e o outro culpado, em uma decisão muito questionada em virtude de suas conclusões, para muitos não amparadas pelas provas produzidas. Scharff¹⁸⁰ cita a opinião do professor Hans Kuchler, o observador oficial das Nações Unidas, que declarou: “I am sorry to admit that my impression is that justice was not done and that we are dealing here with a rather spectacular case of miscarriage of justice”.

No caso brasileiro, a transferência de processos não é institucionalizada em nosso ordenamento jurídico (consta do Projeto de Código de Processo Penal - PLS 156 – e do anteprojeto de lei desenvolvido por consultor selecionado pelo Ministério da Justiça). Além disso, consta do Tratado de Transferência de Pessoas Condenadas e Execução de Penas Impostas por Julgamentos entre a República Federativa do Brasil e o Reino dos Países Baixos (Decreto nº 7.906, de 4 de fevereiro de 2013) uma figura que se pode classificar como mista, entre uma transferência de processos e uma de apenados. O art. 14 do tratado prevê que, no caso de o indivíduo encontrar-se no Estado da execução e houver processos pendentes no Estado da condenação, a execução destas penas pode ser transferida ao Estado da execução.

¹⁸⁰ SCHARF, The Lockerbie Model of Transfer of Proceedings, p.525.

Por fim, **não** se deve confundir este instituto com o envio de informações que ocorre entre um país e outro, normalmente por meio de carta rogatória ou de auxílio direto¹⁸¹. Este último caso equivale a uma *notitia criminis*, em que o Estado receptor das informações a receberá e irá instaurar seu próprio processo, sem aproveitamento dos atos processuais já praticados pelo Estado informante, ao contrário do que ocorre com a transferência de processos. Por exemplo, a CR 9419¹⁸², em que o Presidente do STJ concedeu *exequatur* à carta rogatória oriunda de Madri, Espanha. O juízo espanhol declinou da competência para o juízo brasileiro, por ter o suposto crime ocorrido no Rio de Janeiro, e remeteu a rogatória contendo “transmissão espontânea de informações”.

Ainda, na CR 9378¹⁸³, juízo argentino encaminhou informações espontâneas ao Brasil, pois aqui teria ocorrido o delito de furto. No entanto, a CR foi devolvida à Argentina, pois a nacionalidade e a residência dos acusados eram daquele país. O STJ decidiu pela devolução da CR com base em parecer proferido pelo MPF, onde restou consignado: “Portanto, diante da nacionalidade e domicílio dos envolvidos, tudo indica que, não obstante o local onde teriam ocorrido, os fatos poderão ser melhor apurados pelas autoridades judiciárias argentinas”. Este caso é interessante porque demonstra a escolha da jurisdição por critérios outros que não o da territorialidade.

2.3. Transferência de apenados

A transferência de apenados é instrumento de cooperação que incide somente na fase de execução da pena e envolve transferência de pessoa condenada em um Estado para cumprir pena em outro¹⁸⁴ (normalmente aquele de sua nacionalidade). O Brasil ratificou alguns tratados a ele relacionados e, neste tópico, serão estudadas suas principais características, levando-se em consideração que este instrumento não tem previsão legal

¹⁸¹ E ocorre, em grande parte dos casos, como decorrência do princípio *aut dedere aut judicare*. Como o país requerido na extradição por algum motivo está impossibilitado de concedê-la (no caso do Brasil, extradição de nacionais, por exemplo), de acordo com o citado princípio, compromete-se a processar o indivíduo pelos crimes praticados.

¹⁸² STJ, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 29.08.2014.

¹⁸³ STJ, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 29.08.2014.

¹⁸⁴ Castilho esclarece que esta modalidade de cooperação foi utilizada primeiramente no mundo em 1951 (tratado entre Líbano e Síria), tendo ocorrido o primeiro caso no Brasil em 2002. CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Cooperação Internacional na Execução da Pena: a transferência de presos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol.71, ano 16, março-abril de 2008, pp.233-249, p. 235.

em nosso ordenamento, havendo necessidade de existência de acordos¹⁸⁵ para sua implementação.

Este instituto e os tratados na matéria estão alicerçados sobre algumas premissas¹⁸⁶:

1. que o Estado possui interesse no tratamento de seus cidadãos no exterior (acentuando-se o caráter humanitário deste instituto, o que possibilita, inclusive, o cumprimento da pena em local próximo a seus familiares);

2. que o Estado possui interesse no futuro comportamento de seus cidadãos (este fundamento está ligado às finalidades da pena, como a reabilitação e a ressocialização); e

3. que os Estados possuem interesse comum em prevenir e suprimir a criminalidade (o que, inclusive, consta expressamente do preâmbulo de alguns tratados, como naquele entre Estados Unidos e México).

Outros motivos mais práticos também levam os países a firmarem tratados na matéria, como os relativos aos custos (necessidade de contratação de pessoal versado em outras línguas e de acomodações adaptadas para diferentes costumes, além de dietas alimentares diversas¹⁸⁷).

¹⁸⁵ O Brasil possui tratados bilaterais para transferência de apenados com 11 países: Argentina (Decreto nº 3.875, de 23.07.2001), Bolívia (Decreto nº 6.128, de 20.06.2007), Canadá (Decreto nº 2.547, de 14.04.1998), Chile (Decreto nº 3.002, de 26.03.1999), Espanha (Decreto nº 2.576, de 30.04.1998), Panamá (Decreto nº 8.050, de 11.07.2013), Paraguai (Decreto nº 4.443, de 28.10.2002), Peru (Decreto nº 5.931, de 13.10.2006), Portugal (Decreto nº 5.767, de 02.05.2006), Reino dos Países Baixos (Decreto nº 7.906 de 04.02.2013), Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte (Decreto nº 4.107, de 28.01.2002). O Brasil também ratificou a Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior (Decreto nº 6.128, de 20.06.2007 - Países signatários: Arábia Saudita, Belize, Brasil, Canadá, Chile, Costa Rica, El Salvador, Equador, Estados Unidos, Guatemala, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, República Tcheca, Uruguai e Venezuela) e a Convenção sobre a Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP - Decreto nº 8.049, de 11.07.2013. Países signatários: Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné Bissau, Moçambique, Portugal, São Tomé e Príncipe, Timor Leste).

Ainda, segundo informações constantes no sítio eletrônico do Ministério da Justiça, tramitam no Congresso tratados na matéria com Itália, Reino da Bélgica, Turquia e Síria. Há tratados pendentes de promulgação com Suriname, Angola, Moçambique, Panamá, Venezuela e Ucrânia e os seguintes tratados multilaterais:

Transferência de Pessoas Condenadas dos Estados Parte do Mercosul; e Transferência de Pessoas Condenadas dos Estados Parte do Mercosul com a República da Bolívia e com a República do Chile.

Informações extraídas de: BRASIL. Ministério da Justiça. Tratados de transferência de apenados. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={CD90C52D-0AC3-45BD-9B2D-17F5803D00B3}&BrowserType=NN&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D{BB5A4444-1AE4-4354-A783-57A4901F9CC0}%3B&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}> . Acesso em 21.06.2014..

¹⁸⁶ BASSIOUNI, M. Cherif. Perspectives on the transfer of Prisoners between the United States and Other Countries. In: **International Criminal Law**. A guide to U.S. Practice and Procedure. NANDA, Ved P., BASSIOUNI, M. Cherif (ed.). New York: Practising Law Institute, 1987, pp. 271-300, pp.273-276.

¹⁸⁷ ABBEL, Michael. **International Prisoner Transfer 2010**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p.5.

Quanto aos seus requisitos, este instrumento geralmente exige a dupla incriminação, excluindo de seu âmbito de aplicação os delitos militares¹⁸⁸, os relativos à imigração e os políticos (no mesmo sentido em que se aplica aos casos de extradição). Além disso, deve haver a concordância do preso e não existe a obrigatoriedade de que o país destinatário aceite a transferência¹⁸⁹.

Assim como ocorre com os demais instrumentos de cooperação, as normas acerca do cumprimento de pena serão aquelas do país onde o preso irá cumpri-la. Segue-se a regra da *Lex diligentiae*¹⁹⁰.

É importante notar que, ao consentir com a transferência, o preso renuncia ao direito de questionar a condenação no Estado para onde será transferido. Esta renúncia, no entanto, não pode ser vista de maneira absoluta, pois, às vezes, a transferência consubstancia-se na única maneira que o preso possui para ser transferido e a ele ser possibilitado cumprir a pena em condições humanas. Desta forma, se a condenação for obtida com séria violação a direitos humanos, a renúncia poderá ser invalidada¹⁹¹. No entanto, existe a preocupação de que a possibilidade de invalidação da renúncia não seja ampliada a muitos casos, principalmente quando se questionam os direitos processuais do país da condenação, em cotejo com os direitos do país de transferência¹⁹².

Esta modalidade de cooperação, assim como o MLAT, teve início na década de 60. Originou-se por iniciativa do Conselho da Europa, que lidava com uma grande população de *guest-workers* (assim chamados entre os anos 50 e 70). Em vista da condenação pela prática de crimes de alguns deles, pensou-se que o retorno a seus países de origem seria benéfico a todos os envolvidos¹⁹³.

Durante o mesmo período, um grande número de norte-americanos, na faixa dos 18 a 25 anos, viajou a outros países, envolvendo-se com crimes relacionados ao uso de drogas. O resultado foi o aumento da população carcerária de estadunidenses em países como México, Canadá, Turquia e Holanda, o que motivou a proliferação de tratados nesta matéria.

¹⁸⁸ No Brasil, os crimes militares encontram sua definição nos artigos 9, 10 e 18 do Código Penal Militar.

¹⁸⁹ BASSIOUNI, Perspectives on the transfer of Prisoners between the United States and Other Countries, p.279.

¹⁹⁰ Esta regra pode ocasionar alguns problemas. Tendo em vista que se aplica a norma do país onde a pena será executada, provavelmente ela não o será como no país em que houve a condenação, podendo causar conflitos entre os Estados envolvidos.

¹⁹¹ BASSIOUNI, *op. cit.*, p.288.

¹⁹² *Ibidem*, p.299.

¹⁹³ *Idem*, The Modalities of International Cooperation in Penal Matters, pp.9-10. O autor também trata o instituto como “execution of foreign sentences”.

Interessante notar que esta modalidade de cooperação sempre esteve no rol de preocupações e esforços da ONU ao tratar do tema da justiça criminal, sendo discutido desde o 5º Congresso das Nações Unidas de Prevenção ao Crime e Tratamento de Presos. Em seu 8º Congresso, aprovou-se tratado modelo e, por meio da Resolução 13, os países foram convidados a concluir acordos na matéria. Este tratado modelo foi submetido à Assembléia Geral das Nações Unidas que o aprovou em sua 45ª sessão (G.A. Res. 45;119, U.N. Doc. A/RES/45/119¹⁹⁴).

Este modelo não especifica, no entanto, que o preso somente possa ser transferido ao país do qual é nacional, ficando incluída, assim, a possibilidade de sua transferência ao país em que reside. Ainda, prevê o modelo que a transferência não é uma obrigação do Estado e que, havendo a concordância de ambos, ela pode ser efetivada (mesmo sem que se ouça o transferido). Também estão previstos aqui a dupla incriminação e um importante princípio que se refere ao não agravamento da pena na transferência (tanto com relação ao tempo quanto ao modo de cumprimento)

No que diz respeito a suas bases, Abdul-Aziz¹⁹⁵ lembra que esta forma de cooperação também pode ocorrer com base em reciprocidade, desde que isso seja permitido pelas leis internas dos países (Turquia, Áustria, Suíça e Alemanha possuem legislação sobre o assunto).

Neste instrumento de cooperação, assim como ocorre com os demais, a diferença entre os sistemas jurídicos também traz empecilhos a sua efetiva aplicação. Por exemplo, quanto à diferença de penas impostas a um determinado crime. Há países em que a pena prevista para o delito de tráfico de drogas é de prisão perpétua. Em outros, a pena pode ser muito menor. Assim, duas pessoas condenadas em um país por tráfico de drogas podem cumprir suas penalidades de forma diversa, caso uma delas seja transferida a outro país, o que seria uma “flagrante violação da justiça”¹⁹⁶. Esta possibilidade tem levado alguns países a preverem exceção em seus tratados. O tratado entre Itália e Egito, por exemplo, dispõe em seu Artigo 7º, parágrafo 5º, a possibilidade de rejeição do pedido se o limite máximo da sanção envolvendo privação de liberdade previsto na legislação do Estado sentenciante for muito menor que a sanção prevista no Estado de execução.

¹⁹⁴ Aprovação em 14 de dezembro de 1990. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Res. 45;119, U.N. Doc. A/RES/45/119). Disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/45/119&Lang=E&Area=RESOLUTION. Acesso em 01.09.2014..

¹⁹⁵ ABDUL-AZIZ, Mohamed. International perspective on Transfer of Prisoners and Execution of Foreign Penal Judgments. In: BASSIOUNI, M. Cherif (ed.). **International criminal law**. Multilateral and Bilateral Enforcement Mechanisms, 3rd ed. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, vol. II, pp.529-550, p.544.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 548.

Nos Estados Unidos, a transferência de presos está regulamentada nos artigos 18 U.S.C. §§ 4100-4115; 18 U.S.C. §3244; 28 U.S.C. § 636 (g); e 10 U.S.C. §955, e, até janeiro de 2010, possuíam tratados nesta matéria com 77 países¹⁹⁷.

Já no Brasil, como se antecipou, não há legislação interna sobre o assunto, dependendo das disposições de cada tratado¹⁹⁸, sendo o Departamento de Estrangeiros (DEEST) da Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça elencado como autoridade central em todos eles.

Este instrumento de cooperação, assim como os demais aqui estudados, encontra previsão nos já mencionados anteprojetos e projetos de lei sobre a CJI, com a peculiaridade de estar inserido no tópico relativo à homologação de sentença estrangeira no anteprojeto escrito por consultor selecionado pelo DRCI¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Dos tratados firmados pelos Estados Unidos na matéria podem-se extrair três meios de implementação do instituto. No primeiro (tratado com o México), o Estado em que se encontra o apenado deve entrar em contato inicialmente com o Estado para onde se pretende transferir a pessoa. No segundo meio (Canadá), o próprio preso é quem deve iniciar o processo, solicitando sua transferência às autoridades do país em que se encontra preso. O terceiro meio prevê que o Estado da nacionalidade é quem deve solicitar a transferência (Bolívia). Há ainda tratados em que as três formas são possíveis (França).

¹⁹⁸ Castilho elenca sete condições presentes nos tratados firmados pelo Brasil: “(i) *Nacionalidade da pessoa condenada correspondente ao estado recebedor*. A nacionalidade é aferida de acordo com o conceito estabelecido na Constituição e nas leis de cada país. Os tratados com Portugal e Reino Unido apresentam a peculiaridade de admitir a transferência de qualquer pessoa, desde que tenha residência habitual ou vínculo pessoal no território da outra Parte capaz de justificar a transferência. (ii) *Trânsito em julgado da sentença*. (iii) *Suficiente lapso de pena pendente de cumprimento*, aferido no momento da solicitação. O mínimo aceito comumente é seis meses, o que pode inviabilizar a transferência face a demora do procedimento. Os tratados com o Canadá e com a Espanha se referem a uma duração exequível, o do Paraguai exige 12 meses, salvo razões excepcionais, os da Argentina e Bolívia, um ano. (iv) *Consentimento voluntário da pessoa condenada*, que deve ser previamente informada das consequências jurídicas da transferência e concordar expressamente por escrito. No caso de menores ou de inimputáveis, o documento deve ser subscrito pelo representante legal. Antes de ser efetuada a transferência o Estado recebedor pode verificar, por meio de funcionário designado, se o consentimento se fez de modo regular. A revogação do consentimento só está prevista no tratado com o Chile, até antes da aceitação da transferência pelos dois Estados. (v) *Dupla incriminação do fato como crime*. Não se levam em conta as diferenças de denominação e as que não afetam a natureza do crime. (vi) *Conformidade com a ordem jurídica do Estado receptor*. (vii) *Concordância dos Estados Partes com a transferência*”. CASTILHO, Cooperação Internacional na Execução da Pena: a transferência de presos, p.245.

¹⁹⁹ Bassiouni, nesta linha, considera que este instrumento consiste, na verdade, em homologação de sentença estrangeira. Porém, tendo em vista que tal homologação é analisada sob o manto da soberania, desenvolve-se teoria para contornar esta questão, de que a transferência de apenados consistiria somente na execução administrativa das consequências de uma decisão. No original: “Transfer of the execution of foreign penal sentences presents a peculiar legal problem in that it presupposes that a state can execute the penal judgments of another state. As discussed below, the recognition of foreign penal judgments has not gained more than scant recognition in most legal systems of the world. This is due to the fact that penal judgments are deemed a manifestation of state sovereignty. Consequently, States are reluctant to recognize other states’ penal judgments. To avoid this legal hurdle, experts, including this writer, developed the theory that the execution of foreign penal sentences is not the enforcement of foreign penal judgments, but the administrative execution of their consequences. Thus, executing a foreign sentence does not imply the recognition of the penal judgment which gave rise to the sentence.” BASSIOUNI, *The Modalities of International Cooperation in Penal Matters*, p.10.

2.4. Homologação de sentença estrangeira

A homologação de sentença estrangeira (*Recognition of Foreign penal Judgments*) destina-se à execução do processo e não ao seu desenvolvimento, pois seu objeto encontra-se em Estado diverso daquele em que desenrolou o processo de conhecimento.

Este talvez seja o menos desenvolvido dos instrumentos (ao menos em âmbito penal), uma vez que os Estados sempre entenderam que julgamentos penais decorrem de exercício de soberania, recusando-se, assim, a homologar as sentenças penais de outros Estados²⁰⁰.

Não existe um padrão no mundo quanto a este tema, sendo que a prática dos Estados demonstra a possibilidade de existirem desde países que não reconhecem de maneira nenhuma a sentença proferida por outro Estado até aqueles que a reconhecem automaticamente²⁰¹.

Tal posicionamento, no entanto, revela-se contraditório, pois a extradição é instituto amplamente utilizado e tem por base uma sentença estrangeira que, de certa forma, está a ser reconhecida. A distinção entre reconhecer os efeitos de um julgamento penal ou um julgamento em si é uma ficção, sendo sua diferença puramente dogmática²⁰².

Desta forma, a homologação de sentença estrangeira para fins de cumprimento da pena não existe em diversos países de maneira autônoma. Mesmo assim, seu objeto tem sido veiculado por meio de outros instrumentos.

²⁰⁰ Bassiouni cita ainda algumas razões geralmente invocadas para esta recusa: “(1) enforcing foreign law is difficult; (2) scrutinizing foreign law may cause offense; and (3) courts should not further the governmental interests of foreign nations.” BASSIOUNI, M. Cherif. Introduction to Recognition of Foreign Penal Judgments. In: _____ (ed.). **International criminal law**. Multilateral and Bilateral Enforcement Mechanisms, vol.II, 3rd ed. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp.507-514, p.508). Esta modalidade de cooperação era tão pouco utilizada que se tem notícia somente de uma convenção sobre esta matéria: *European Convention on the International Validity of Criminal Judgments* de 1970, adotada pelo Conselho da Europa. Em 1991, os Estados membros da Comunidade Européia (EC – entidade que antecedeu a União Européia) adotaram a Convenção para a Execução de Sentenças penais estrangeiras, que, no entanto, ainda não entrou em vigor (Disponível em: <http://conventions.coe.int>). Hoje, no entanto, há o reconhecimento mútuo de sentenças estrangeiras.

²⁰¹ SCHLOSSER, Peter. Jurisdiction and International Judicial and Administrative Cooperation. In: **Recueil des Cours**. The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, t.284, pp.25-418, p.200. Pode-se citar neste tema a *European Convention Concerning Probation of Conditionally Sentenced Persons or Persons Realized on Probation*, de 1964, e a *European Convention on the International Validity of Criminal Judgments*, de 1970.

²⁰² BASSIOUNI, The Modalities of International Cooperation in Penal Matters, pp.11-12.

Insere-se o Brasil neste caso. Aqui, a homologação em matéria penal só é permitida para a execução de efeitos patrimoniais relacionados ao processo penal, sendo impossível sua utilização para o cumprimento de pena. Sua regulamentação encontra-se no artigo 9º do Código Penal, que prevê expressamente que a sentença estrangeira somente poderá ser homologada no Brasil se a aplicação da lei brasileira produzir as mesmas consequências para o caso (*caput*). Além disso, somente poderá ser homologada para:

I. obrigar o condenado à reparação do dano, à restituição e a outros efeitos civis;

II. sujeitá-lo à medida de segurança.

Para efeitos de aplicação da medida de segurança, a alínea b do parágrafo único do artigo acima prevê como requisito a “existência de tratado de extradição com o país de cuja autoridade judiciária emanou a sentença, ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça”.

Em que pese, porém, a sentença penal não poder ser homologada com a finalidade de execução da pena, seus efeitos são reconhecidos em nosso ordenamento e são aptos a produzir consequências penais²⁰³ (conforme decidido pelo STF na SE nº 5705²⁰⁴).

Em sua proposta mais recente de regulamentação (anteprojeto desenvolvido por meio do DRCI), este instituto é previsto de maneira autônoma, dispondo-se que a sentença penal estrangeira transitada em julgado poderá ser homologada quando a aplicação da lei brasileira produzir na espécie as mesmas consequências (art.23), com a finalidade de: “I- obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis; II- sujeitar o condenado a medida de segurança; III- executar penas privativas de liberdade, restritivas de direito e de multa; IV- perda dos instrumentos e produtos do crime”.

Por fim, o Código Modelo para a Iberoamérica parte do princípio de que as sentenças estrangeiras produzem efeito automático no território de outro Estado, prevendo a impugnação da eficácia da decisão estrangeira, cuja legitimidade ativa é daquele que se sentir prejudicado com os efeitos da decisão (arts. 42 a 47).

²⁰³ Weber relembra as seguintes hipóteses em que uma sentença penal estrangeira pode produzir efeitos materiais em nosso ordenamento (p.38): “(a) reincidência (CP, art. 63), (b) a extraterritorialidade da lei penal brasileira (CP, art. 7º, § 2º, d e e), (c) a aplicação da norma inscrita no art. 8º do Código Penal e (d) a detração penal (CP, art. 42)”. WEBER, Patrícia Núñez. A Cooperação Jurídica Internacional em Medidas Processuais Penais. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

²⁰⁴ STF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 25.09.1998.

2.5. Carta rogatória

Tanto a carta rogatória quanto o auxílio direto são subespécies da cooperação jurídica internacional *stricto sensu*²⁰⁵ (entendida aqui como a assistência jurídica prestada por um Estado a outro para a consecução de alguma medida necessária ao regular deslinde do processo principal).

A carta rogatória é um dos mais tradicionais instrumentos de CJI, sendo que, historicamente, a primeira menção à utilização da assistência internacional desvinculada da extradição pôde ser verificada no tratado entre o Eleitorado de Hannover e o Ducado de Sachnen-Gotha, em 1793²⁰⁶. Outros dispositivos acerca do instituto passaram a constar, em momento posterior, nas legislações internas dos países, surgindo pela primeira vez na Lei de Extradicação da Bélgica, em 1868, ganhando maior abrangência com as disposições do Código de Processo Penal da Argentina, em 1888 (art. 663)²⁰⁷.

Em seus contornos atuais, consiste a rogatória na assistência prestada pelo Poder Judiciário de um Estado ao Poder Judiciário de outro, onde tramita o processo principal, cumprindo uma decisão por ele proferida²⁰⁸. Tal assistência é necessária em virtude da existência de algum elemento de extraneidade necessário ao correto deslinde de uma ação penal em curso. Entenda-se, no entanto, que o termo “Poder Judiciário” engloba todas as autoridades que o compõem, de acordo com a legislação de cada país, e que não se refere somente a juízes²⁰⁹. Esta observação é importante, uma vez que, em certos países, o Ministério Público integra o Poder Judiciário, sendo considerado, desta forma, como autoridade competente para a expedição de cartas rogatórias²¹⁰ (caso da Itália e da Suíça).

²⁰⁵ Abade classifica como assistência jurídica ou legal internacional, sendo que sua definição “se faz por exclusão: a assistência jurídica penal, assim, compreende os instrumentos que devem se valer os Estados, em suas relações recíprocas, na perseguição de uma infração penal, não abrangendo a extradição, nem execução de sentença penal estrangeira, nem transferência de presos ou de processos.” ABADE, **Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional**, pp.50-51.

²⁰⁶ GRÜTZNER, Heinrich. International Judicial Assistance and Cooperation in Criminal Matters. In: BASSIOUNI, M. Cherif, NANDA, Ved P. **A Treatise on International Criminal Law**, vol.II – Jurisdiction and Cooperation. Springfield: Charles C. Thomas Publisher, 1973, p.196.

²⁰⁷ *Ibidem*, pp.197-198.

²⁰⁸ Como nos lembra Chiavario rogatória vem do verbo latino rogare, em seu significado de pedido (richiedere), não sendo, assim, nem imperativo nem interrogativo, mas “suplicatório” (o que se atrela à questão da obrigatoriedade de cooperar). CHIAVARIO, **Diritto Processuale Penale**, p. 877. O autor traz ainda uma peculiaridade do instituto. A rogatória, na Itália, vem acompanhada do adjetivo internacional, para diferenciá-la do mesmo instituto interno (nossa carta precatória).

²⁰⁹ O art. 784 do CPP refere-se, inclusive, a autoridades estrangeiras competentes e não a autoridades judiciárias.

²¹⁰ STF, ED no HC 87.759, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Dje de 13.03.2012.

No Brasil, o primeiro ato normativo que tratou do instituto foi o Aviso de 1º de outubro de 1847, aplicando-se exclusivamente à cooperação com Portugal (depois ampliado aos demais países por meio da Circular de 14 de novembro de 1865). Quanto às cartas rogatórias ativas, foram primeiramente regulamentadas pela Circular de 12 de julho de 1978 do Ministério da Justiça²¹¹, sendo este órgão previsto como autoridade responsável pela concessão do *exequatur*²¹² (Lei nº 221, de novembro de 1894), em um procedimento eminentemente administrativo. Somente com a Constituição de 1934, esta atribuição passou realmente a ser do Poder Judiciário, sendo incumbido o Supremo Tribunal Federal desta tarefa (o regulamento constava dos artigos 225 a 229 de seu Regimento Interno).

Com a Emenda Constitucional nº 45/2004, esta atribuição, juntamente com a homologação de sentença estrangeira, passou a ser do Superior Tribunal de Justiça, que modificou diversos entendimentos da Suprema Corte acerca da matéria. No STJ, editou-se primeiramente o Ato nº 15, de 16 de janeiro de 2005, substituído pela Resolução nº 9 de 04 de maio de 2005, que hoje disciplina o procedimento a ser seguido.

A carta rogatória em matéria penal, em nosso ordenamento, é regulamentada, hoje, pelos artigos do Código de Processo Penal (artigos específicos: 780 a 786; para oitiva de testemunha: art. 222-A; para citação: arts. 368-369), pela Resolução nº 9/2005 do Superior Tribunal de Justiça, pela Portaria Conjunta MJ/PGR/AGU nº 1, de 27 de outubro de 2005, pela Portaria MJ nº 1.876, de 27 de outubro de 2006 e pela Portaria Interministerial MJ/MRE nº 501, de 21 de março de 2012, e possui um desenvolvimento histórico bastante interessante. O desenvolvimento jurisprudencial a ela relacionado muito influenciou a criação do instituto do auxílio direto²¹³ no Brasil e, tendo em vista certas peculiaridades, serão analisados, ainda que brevemente, alguns de seus aspectos.

Quanto ao seu procedimento, as **cartas rogatórias passivas** podem ser recebidas diretamente pela autoridade central (Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional do Ministério da Justiça - DRCI, cujas atribuições estão descritas no artigo 11, incisos IV e VI, do Decreto nº 6.061, de 15 de março de 2007), o que ocorre quando existir tratado de cooperação e, na sua ausência, tramitam pela via

²¹¹ BRIGGS, Arthur. **Cartas rogatórias internacionais**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1913, p. 8.

²¹² Abade afirma que a origem do *exequatur*, previsto já na legislação de 1894, “está no desejo de *centralizar* o cumprimento de solicitações de Estados estrangeiros na *cúpula* dos Poderes em um Estado continental como o brasileiro, evitando descontrole e parâmetros diversos, o que ocorreria se cada juiz fosse competente para autorizar ou não o cumprimento de rogatórias estrangeiras”. ABADE, Denise Neves. Convivência entre instrumentos cooperacionais: a carta rogatória e o auxílio direto. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; CHOUKR, Fauzi Hassan (Coord.). **Cooperação Jurídica Internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, pp. 307-329, p.315.

²¹³ A diferença entre os dois institutos será melhor explorada no próximo tópico.

diplomática. Ainda que recebidos os pedidos pela via diplomática, o Ministério das Relações Exteriores o encaminhará ao DRCI para que seja dada a correta destinação ao pedido (Portaria Interministerial MJ/MRE n° 501, de 21 de março de 2012).

Após a realização de “juízo de admissibilidade administrativo”²¹⁴, os pedidos são encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça para a concessão de *exequatur*, cuja atribuição é de seu Presidente – art. 2º da Resolução n° 9/2005).

Recebida a rogatória, a parte interessada será intimada para, no prazo de 15 (quinze) dias, impugná-la (art. 8º).

Interessante notar que o mesmo artigo, ao tratar da homologação de sentença estrangeira, refere-se à citação da parte interessada para oferecer sua contestação. A terminologia utilizada denota a diferenciação que é feita entre os dois institutos. Entende-se, assim, que a homologação dá início a um novo processo, enquanto a rogatória consiste em procedimento que não dá ensejo a uma ação autônoma.

O parágrafo único deste artigo dispõe que 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”.

Este dispositivo representa inovação com relação à regulamentação anterior e vem sendo aplicado pelo STJ. Na CR 999²¹⁵, tratava-se do pedido de inquirição de testemunhas. O STJ dispensou sua intimação prévia argumentando que, em vista do réu se encontrar preso na Itália, a demora oriunda de tal intimação poderia frustrar a realização da medida. Em outro caso (CR 2.609²¹⁶), dispensou-se a intimação por se tratar de medida de quebra de sigilo bancário, impondo-se o contraditório diferido em razão da natureza do pedido.

Como se vê, o STJ acaba por elencar duas situações que podem resultar na “ineficácia da cooperação”: a demora em seu cumprimento e a natureza da medida pleiteada²¹⁷.

Após a impugnação, “o processo **poderá**, por determinação do Presidente, ser distribuído para julgamento pela Corte Especial” (art.9º, §2º, grifos nossos)²¹⁸.

²¹⁴ Avaliação de requisitos e identificação do instrumento pelo qual tramitará o pedido.

²¹⁵ Este foi o primeiro caso em que o STJ aplicou este dispositivo. STJ, RCDESP na CR 999, Rel. Min. EDSON VIDIGAL, DJ de 16.08.2005).

²¹⁶ STJ, CR 2.609, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, DJ de 12.06.2007.

²¹⁷ A questão do contraditório nas cartas rogatórias será melhor explorada no capítulo dedicado ao tema.

²¹⁸ Há aqui outra diferenciação com relação à homologação de sentença estrangeira. O art. 9º, §2º, prevê que: “Havendo contestação à homologação de sentença estrangeira, **o processo será distribuído para julgamento pela Corte Especial**, cabendo ao Relator os demais atos relativos ao andamento e à instrução do processo”. (grifos nossos)

O Ministério Público também será intimado, podendo impugnar a CR (art.10) e, após o julgamento pelo Presidente, a decisão poderá ser atacada por meio de agravo regimental (art. 11).

Quanto ao juízo de delibação realizado no momento da concessão do *exequatur* (diferentemente do que ocorre com o auxílio direto), o STJ somente poderá analisar requisitos formais, sem adentrar no mérito do pedido. O art. 9º da Resolução nº 9/2005 prevê que “a defesa somente poderá versar sobre autenticidade dos documentos, inteligência da decisão e observância dos requisitos desta Resolução²¹⁹”. E, ainda, o art.6º prescreve que não serão executadas as CRs que ofendam a soberania ou a ordem pública²²⁰.

Concedido o *exequatur*, a CR será encaminhada ao juízo federal competente²²¹ para o cumprimento da medida (art. 13), que será aquele do “lugar onde as diligências tenham de efetuar-se” (art. 784, §1º, do CPP).

Alguns outros aspectos relevantes devem ser analisados. A principal utilização da carta rogatória no Brasil destina-se à prática de atos de comunicação, muito em virtude do entendimento do STF de que não era possível o cumprimento de cartas rogatórias executórias (aquelas que envolvem constrição pessoal ou patrimonial). Não há, no entanto, definição satisfatória sobre este conceito. Pode-se dizer que são aquelas que envolvem medidas de 2º nível. Estão aqui inseridas, portanto, medidas como a quebra de sigilo bancário e as cautelares reais.

Pelo que se depreende da evolução histórica da rogatória²²², esta diferenciação entre cartas rogatórias executórias e instrutórias justificava-se em face do *exequatur* administrativo (e a execução desta espécie de rogatória equivaleria a uma homologação de sentença estrangeira²²³). Não há outra justificativa para a manutenção

²¹⁹ Sistema de contenciosidade limitada.

²²⁰ O Regimento Interno do STF previa ainda como causa à negativa de *exequatur* a ofensa aos bons costumes.

²²¹ O art. 109, incisos II e III, da Constituição Federal, trata da competência da Justiça Federal.

²²² Briggs exemplifica este ponto com informações relativas ao tratado com Portugal. A primeira restrição veio por meio do Aviso-circular expedido pelo Ministério dos Negócios da Justiça, de 01º de outubro de 1847, para restringir e tirar os efeitos do Acordo de 14 de fevereiro de 1841. Três eram as principais limitações:

“1º - a aceitação de precatórias ou rogatórias para simples citação ou inquirição de testemunhas;

2º - a repulsa de precatórias executórias, trouxessem ou não insertas as sentenças;

3º - a exclusão das cartas citatórias que versassem sobre objeto criminal”.

O Brasil aumentou o rol das proibições por meio da Circular de 1865. BRIGGS, **Cartas rogatórias internacionais**, p.08.

²²³ Fundamento utilizado pelo STF por diversas vezes. Por exemplo, no julgamento da CR 7.154 (Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. em 17.11.1995), cujo objeto era a quebra de sigilo bancário e o bloqueio de contas. A *ratio* invocada pelo STF foi a que, como estas medidas somente podem ser decretadas no Brasil por

deste entendimento com o advento do *exequatur* judicial (não somente judicial, mas concedido pelas duas cortes superiores de nosso sistema).

Este posicionamento do STF trouxe algumas situações absurdas²²⁴. Nesta esteira, Madrugá realiza profunda análise do tema, citando o julgamento do STF na CR 10.484²²⁵, em que a Suprema Corte decidiu que a concessão de *exequatur* a cartas rogatórias executórias “fere per se a ordem pública”, e a decisão monocrática proferida na CR 7.154²²⁶, em que decidiu que tal *exequatur* feriria a soberania nacional²²⁷.

Esperava-se que, com a mudança de competência para o Superior Tribunal de Justiça, esta jurisprudência pudesse ser alterada. As expectativas foram atendidas.

Com o advento da Resolução n° 9/2005, definindo que as rogatórias podem ter ou não conteúdo decisório (art. 7°), modificou-se a jurisprudência, admitindo-se a concessão de *exequatur* para medidas consideradas executórias. Hoje o assunto está pacificado²²⁸, sendo importante lembrá-lo para se entender o desenvolvimento do instituto e o contexto onde surgiu o auxílio direto.

Porém, ao mesmo tempo que a possibilidade de concessão de *exequatur* a CR executórias consubstanciou-se em inegável avanço, adicionou dose de confusão ao já tumultuado cenário da cooperação internacional. Eliminou-se a diferença de objeto entre a rogatória e o auxílio direto, sendo hoje, a utilização de um instrumento ou de outro quase totalmente discricionária, conforme conferir-se-á no item 2.6.1. deste trabalho.

Por fim, no caso das **rogatórias ativas**, seu trâmite dar-se-á pela via diplomática. O solicitante encaminhará o pedido ao DRCI, que o enviará ao MRE. O procedimento de sua execução será aquele disciplinado no Estado requerido²²⁹.

decisão judicial, também no estado requerente deveria haver decisão e esta deveria ser aqui homologada. No entanto, o STF decidiu que a medida é possível quando prevista em tratado internacional (STF, Ag na CR 7.618, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 09.05.1997).

²²⁴ Basicamente colocaram o Brasil em uma situação de país não cooperante. Tais medidas, ditas “executórias”, não podiam ser cumpridas por meio de carta rogatória uma vez que se consubstanciavam em “sentenças”, nem podiam ser submetidas ao procedimento de homologação de sentença estrangeira, uma vez que não eram terminativas. Como se vê, impossível, diante deste quadro, a execução de medida de cooperação cujo objeto fosse, por exemplo, quebra de sigilo bancário.

²²⁵ STF, CR 10.484, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 23.10.2003. Esta CR era oriunda da Suíça. Requeria-se a cooperação do Brasil para a quebra de sigilo bancário e seqüestro de bens de acusados de tráfico internacional de mulheres brasileiras para aquele país.

²²⁶ STF, CR 7.154, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. em 17.11.1995.

²²⁷ MADRUGA, Antenor. O Brasil e a jurisprudência do STF na idade média da cooperação jurídica internacional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 13, n. 54, p. 291-311, maio/jun.2005, p.297.

²²⁸ STJ, CR 438, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 24.09.2007; STJ, CR 4924, Rel. Min. ASFOR ROCHA, DJ de 08.09.2010; STJ, CR 5066, Rel. Min. ARI PARGENDLER, DJ de 23.08.2011.

²²⁹ Art. 783 do CP: “As cartas rogatórias serão, pelo respectivo juiz, remetidas ao Ministro da Justiça, a fim de ser pedido o seu cumprimento, por via diplomática, às autoridades estrangeiras competentes”.

2.6. *Auxílio direto*

Auxílio direto é instrumento de cooperação jurídica internacional destinado à assistência entre Estados para a realização de ato necessário ao regular deslinde do processo (atual ou futuro) no Estado requerente. Abrange atos de comunicação, produção de provas e medidas cautelares patrimoniais.

Contextualizado globalmente, o auxílio direto surge por meio de tratados internacionais, com a finalidade de tornar mais célere e efetiva a cooperação (como via alternativa à CR), juntamente com o aumento da importância da CJI na prevenção e no combate à criminalidade transnacional.

Na realidade brasileira, historicamente, ainda que se pudesse vislumbrar sua existência em tratados anteriores²³⁰, somente com o tratado bilateral entre Brasil e Estados Unidos (MLAT – Decreto nº 3.810, de 02.05.2001)²³¹, que exclui a utilização da carta rogatória, pode-se asseverar a introdução definitiva do auxílio direto no ordenamento.

Este instituto também está previsto de forma expressa nas principais convenções multilaterais sobre o tema (Convenção de Palermo, art. 13; Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes, art. 5º; Convenção de Mérida, art. 46; Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal, art. 3º; e no Protocolo de São Luís, art. 3º).

Por ter surgido como alternativa mais efetiva que as cartas rogatórias, suas principais características são analisadas em oposição àquelas da CR.

Embora possa veicular os mesmos pedidos da rogatória, diferentemente dela, não se destina à comunicação entre autoridades judiciárias, podendo tanto seu

²³⁰ Os primeiros tratados que cuidam do auxílio direto não se referem ao tema da cooperação criminal. Este instituto foi mencionado pela primeira vez na Convenção de Nova Iorque sobre Alimentos (Decreto nº 56.826/ 1965) e na Convenção da Haia sobre efeitos civis do Sequestro Internacional de Menores (Decreto nº 4.313/2000). O primeiro tratado brasileiro em matéria penal que não se refere especificamente ao instrumento da carta rogatória é o Acordo de Cooperação Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Francesa (Decreto nº 3.324, de 30.12.1999). Este acordo tampouco menciona outro instrumento, sendo, assim, dúbia sua inovação nesta área.

²³¹ A utilização da expressão “pedido de assistência em matéria penal” ou “assistência legal mútua”, no entanto, já vinha sendo utilizada desde a Convenção Européia sobre Assistência Legal Mútua de 1959, no âmbito do Conselho da Europa.

requerimento quanto cumprimento se dar por meio de autoridades competentes para a prática dos atos solicitados na cooperação²³².

No caso brasileiro²³³, não há necessidade de juízo de delibação²³⁴ (concessão de *exequatur*), pois o auxílio direto submete a análise integral da matéria às autoridades do Estado requerido, constituindo-se, assim, em juízo de revisão²³⁵. Não se analisam, assim, como na rogatória, somente os requisitos formais, mas também o mérito do pedido, inclusive em relação à suficiência de indícios que o embasam. Tanto assim, que o DRCI afirma que o “*auxílio jurídico direto configura-se como solicitação estrangeira que, se estiver em conformidade com as formalidades do Estado requerido, será recebida em seu ordenamento jurídico como se nacional fosse*”²³⁶.

É essa característica que transforma em desnecessário o juízo de delibação, já que não será executada decisão oriunda de tribunal estrangeiro no Brasil, mas será proferida decisão nacional sobre o pedido (aqui também difere da CR, que possui como requisito a existência de decisão judicial oriunda de outro país).

Outro ponto que merece atenção é a desnecessidade de tramitação por meio de autoridades diplomáticas. Embora não seja característica intrínseca à sua definição, é traço distintivo de seu procedimento²³⁷.

²³² Por exemplo, nos termos do MLAT entre Brasil e Estados Unidos, a autoridade policial é considerada competente para realizar pedidos de cooperação.

²³³ Os procedimentos do auxílio direto são regulamentados internamente por cada país.

²³⁴ Loula esclarece que “[d]elibação é palavra que também vem do latim e significa tocar de leve, provar, degustar... o Juízo requerido adentra superficialmente o mérito, apenas para verificar se há ofensa à ordem pública ou à soberania nacional”. LOULA, **Auxílio Direto**, p.86

²³⁵ Madruga contrapõe o juízo de delibação ao de revisão, esclarecendo que: “Note-se que o conceito de delibação, ao restringir o espaço de contraditório no julgamento do exequatur de cartas rogatórias, é construído principalmente no interesse da administração da justiça estrangeira, em favor da cooperação jurídica internacional e em detrimento do interesse do indivíduo alcançado pela medida, cuja defesa é restrita por esse modelo. O conceito do juízo de revisão, por outro lado, é o que mais atende aos interesses individuais contrários à pretensão do Estado rogante, pois amplia espaço de contraditório. Ao juízo de revisão é dado se voltar aos fatos e ao mérito da pretensão estrangeira, à luz de todo ordenamento jurídico do foro e não apenas sob a parte deste ordenamento que expressa a soberania e a ordem pública”. MADRUGA, Antenor. **A diferença entre Auxílio Direto e Carta Rogatória**. Disponível em: <http://www.rogatoria.com.br/biblioteca/diferenca-entre-auxilio-direto-e-carta-rogoratoria>. Acesso em 05.01.2014.

²³⁶ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D6765F39-FE1C-4810-A6EF-60E071C1DF02}&BrowserType=NN&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D{10C3A62A-66F3-4AFA-94E6-9BF6647E9D41}%3B&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}>. Acesso em 07.09.2014.

²³⁷ Bechara define o auxílio direto como “a cooperação realizada entre Autoridades Centrais dos Estados-parte de convenções internacionais que prevêm esse mecanismo de assistência mútua, ou, ainda, de acordos ou tratados bilaterais que tratam especificamente do tema”. BECHARA, **Cooperação jurídica internacional em material penal**, p.54. Discorda-se desta definição, pois o meio de tramitação não pode ser utilizado para caracterizar o instrumento. Tanto é assim que, hoje, a autoridade central brasileira recebe todos os pedidos de cooperação (cartas rogatórias e auxílio direto). Ainda que as rogatórias sejam enviadas por via diplomática, elas são encaminhadas à autoridade central para análise (Portaria Interministerial MJ/MRE nº 501, de 21 de

Ainda, enquanto o cumprimento da CR é discricionário, é obrigatório o cumprimento do auxílio direto²³⁸, se atendidos os requisitos do tratado²³⁹.

Abade²⁴⁰, por sua vez, elenca a existência de cinco características do auxílio direto. A primeira refere-se ao pedido por ele veiculado, constituindo-se em uma demanda internacional. O Estado estrangeiro apresenta-se como sujeito de Direito Internacional, aceitando que as medidas serão realizadas de acordo com o Direito brasileiro.

A segunda relaciona-se à análise a ser realizada. Como foi dito, enquanto na carta rogatória o juízo de delibação envolve observação dos requisitos formais, adentrando-se ao mérito somente para a verificação de ofensa à ordem pública e à soberania, no auxílio direto é analisado o mérito do pedido.

Em terceiro lugar, na carta rogatória é conferida eficácia a uma decisão estrangeira, enquanto no auxílio direto, instaura-se um procedimento nacional.

A quarta característica diz respeito ao protagonismo exercido pelo Poder Executivo no auxílio direto que, por meio da autoridade central, escolhe encaminhar ou não o pedido e para qual autoridade interna ele será encaminhado²⁴¹.

março de 2012). Por fim, o auxílio direto não depende exclusivamente de tratado, podendo ter por base a promessa de reciprocidade.

²³⁸ ZAGARIS, Bruce. **International White Collar Crime**. Cases and Materials. New York: Cambridge University Press, 2010, p.285. No original: “Mutual legal assistance treaties (MLATs) are important because they make assistance obligatory as a matter of international law, whereas letters rogatory are executed solely on the basis of comity. A request for MLAT assistance cannot be refused unless specifically allowed by the treaty, and grounds for refusing MLAT assistance are quite limited”.

²³⁹ O Brasil possui 19 tratados bilaterais na matéria com os seguintes países: Canadá (Decreto nº 6.747/2009); República Popular da China (Decreto nº 6.282/2007); Colômbia (Decreto nº 3.895/2001); Coréia do Sul (Decreto nº 5.721/2006); Cuba (Decreto nº 6.462/2008); Espanha (Decreto nº 6.681/2008); Estados Unidos da América (Decreto nº 3.810/2001); França (Decreto nº 3.324/1999); Honduras (Decreto nº 8.046/2013); Itália (Decreto nº 862/1993); México (Decreto nº 7.595/2011); Nigéria (Decreto nº 7.582/2011); Panamá (Decreto nº 7.596/2011); Peru (Decreto nº 3.988/2001); Portugal (Decreto nº 1.320/1994); Reino Unido (Decreto nº 8.047/2013); Suíça (Decreto nº 6.974/2009); Suriname (Decreto nº 6.832/2009); Ucrânia (Decreto nº 5.984/2006).

Os tratados multilaterais também podem embasar a cooperação, sendo os principais: a) Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo) – Decreto nº 5015, de 12 de março de 2004; b) Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida) – Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006; c) Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena, 1988) – Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991; d) Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal (Convenção de Nassau, OEA) – Decreto nº 6.340, de 3 de janeiro de 2008; e) Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (Convenção do México - Decreto nº 2.740/1998); f) Convenção Interamericana contra a Corrupção (Convenção de Caracas - Decreto nº 4.410/2002); g) Convenção Interamericana contra a Fabricação e o Tráfico Ilícitos de Armas de Fogo, Munições, Explosivos e Outros Materiais Correlatos (CIFTA -Convenção de Washington de 1997 – Decreto nº 3.229/1999); h) Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal (Convenção de Nassau, concluída em 23 de maio de 1992 - Decreto nº 6.340/2006 e i) Protocolo Facultativo relativo à Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal (Protocolo de Manágua) que complementa a Convenção de Nassau (Decreto nº 6.340/2006).

²⁴⁰ ABADE, **Convivência entre instrumentos cooperacionais**, p.317.

²⁴¹ *Ibidem*, p.318.

Por fim, “a quinta característica consiste em ser o tratado de auxílio direto entre o Brasil e um Estado estrangeiro uma *lex specialis*, pois estabelece um veículo específico para o pedido de assistência jurídica internacional, distinto do veículo tradicional da carta rogatória²⁴²”.

O auxílio direto não possui regulamentação constitucional, sendo previsto em tratados e na Resolução nº9/2005 do STJ (o auxílio direto pode ter por base tratado bilateral ou multilateral, promessa de reciprocidade ou, no caso de outros países, legislação interna). Em vista da ausência de legislação interna a seu respeito, há diversas dúvidas que o cercam, desde sua definição até seu procedimento.

O primeiro ponto a se mencionar é relativo à **cooperação passiva** e à exata delimitação de seu conteúdo, que é objeto de bastante confusão na doutrina e na jurisprudência. O único ato normativo na tentativa de uma definição é a Resolução nº 9/2005, que o faz por exclusão e pela utilização de conceito indefinido (juízo de delibação), sem propiciar a identificação de seu conteúdo. Dispõe a Resolução em seu artigo 7º:

Art. 7º As cartas rogatórias podem ter por objeto atos decisórios ou não decisórios.

Parágrafo único. Os pedidos de cooperação jurídica internacional que tiverem por objeto atos que não ensejem juízo de delibação pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que denominados como carta rogatória, serão encaminhados ou devolvidos ao Ministério da Justiça para as providências necessárias ao cumprimento por auxílio direto.

Esta confusão pode ser, em parte, explicada pela forma como se desenvolveu este instrumento, especialmente para suprir lacunas de situações onde a jurisprudência entendia não ser possível a utilização da carta rogatória (cartas rogatórias executórias). E a indefinição leva à busca de meios mais definitivos de diferenciação entre o auxílio direto e a CR.

Como maneira de distinguir os dois institutos, o Código Modelo para Iberoamérica utiliza por critério a natureza da medida solicitada, dividindo entre medidas administrativas e jurisdicionais. Utiliza-se igualmente, porém, da necessidade de juízo de delibação. Outro critério que parece adequado é relacionado à iniciativa para a cooperação.

²⁴² ABADE, *Convivência entre instrumentos cooperacionais*, p.319.

Se direta dos tribunais, será carta rogatória. De outro lado, se de iniciativa e responsabilidade das partes, deve-se analisar a pretensão a ser deduzida²⁴³.

Por sua vez, Weber²⁴⁴ identifica dois grupos de situações onde seria cabível o auxílio direto. O primeiro comportaria os casos em que o auxílio seria a instrumentalidade mais adequada. Inserem-se, aqui, as seguintes situações: cooperação judicial entre autoridades administrativas, requerente e requerida; cooperação entre autoridade judiciária estrangeira, como requerente, e autoridade administrativa brasileira, como requerida; cooperação entre autoridade administrativa estrangeira e autoridade judiciária brasileira, em relação à medida que no Brasil seja de apreciação exclusiva do Poder Judiciário; medidas constritivas patrimoniais, sobretudo com relação a bens imóveis; e solicitação de informações relativas à legislação do Estado requerido.

No segundo grupo “existe a opção legítima de o Estado estrangeiro solicitar a cooperação mediante carta rogatória ou auxílio direto, submetendo-se a ritos diversos, conforme a opção feita²⁴⁵”. Esta segunda hipótese vincula o procedimento interno no Brasil ao procedimento eleito pela autoridade estrangeira. No entanto, a decisão cabe às autoridades brasileiras, independentemente da nomenclatura dada no país de origem.

A jurisprudência e o entendimento das autoridades envolvidas na cooperação, porém, caminham em outro sentido, utilizando-se do nível da medida solicitada e da existência de decisão estrangeira como requisitos principais da escolha do instrumento a ser utilizado.

²⁴³ Consta da exposição de motivos do Código: “Não reclamando jurisdição ou delibação no Estado requerido, o procedimento da cooperação será o do auxílio mútuo, de natureza voluntária – não contenciosa. Entre tribunais será um procedimento judicial de jurisdição voluntária; nos demais casos, um procedimento administrativo, de acordo com a legislação administrativa do Estado requerido. Trata-se do auxílio mútuo judicial e do auxílio mútuo administrativo (art. 34). Estão compreendidas no procedimento do auxílio mútuo as seguintes modalidades de cooperação (art. 35): 1. citação, intimação e notificação judicial e extrajudicial, quando não for possível ou recomendável a utilização do correio; 2. informação sobre direito estrangeiro; 3. informação sobre processo administrativo ou judicial em curso no Estado requerido, salvo no caso de sigilo; 4. investigação conjunta entre autoridades policiais e órgãos de persecução penal, salvo se a medida reclamar jurisdição no Estado requerido, a qual deverá ser objeto de medida judicial de urgência; 5. realização de provas.

Em um segundo plano, exigindo-se jurisdição ou delibação do Estado requerido, os procedimentos – necessariamente contenciosos de cognição exauriente – consideram a quem compete a iniciativa pela cooperação interjurisdicional. Tratando-se de iniciativa direta dos tribunais, adota-se a carta rogatória; porém, quando for a cooperação interjurisdicional de iniciativa e responsabilidade das partes, os procedimentos variam de acordo com a pretensão a ser deduzida no Estado requerido (medida de urgência, ação e incidente de impugnação de decisão estrangeira, execução de decisão estrangeira, extradição). O que distingue basicamente a carta rogatória desses procedimentos diversos é o seu caráter *ex officio*. A carta rogatória compreende a —informação sobre processo administrativo ou judicial e a —realização de provas que reclamem atos jurisdicionais no Estado requerido, a —transferência temporária de pessoas, a —transferência de processo penal e de execução penal, e a —execução de medidas judiciais de urgência, decretadas por tribunal do Estado requerente (art. 41)”.

²⁴⁴ WEBER, **A cooperação jurídica internacional em medidas processuais penais**, pp.134 *et seq.*

²⁴⁵ WEBER, *loc.cit.*

No tocante ao procedimento, sua regulamentação encontra-se também em atos normativos infralegais e nos tratados.

Na cooperação passiva, os pedidos são encaminhados pela autoridade central estrangeira à autoridade central brasileira que, após a realização de um “juízo de admissibilidade administrativo” acerca dos requisitos formais do pedido, irá averiguar a natureza da medida pleiteada e encaminhar ao órgão com atribuição para executá-la.

Nos casos em que houver necessidade de provimento jurisdicional, o DRCI encaminhará o pedido à Assessoria de Cooperação Jurídica Internacional (ASCJI)²⁴⁶, vinculada ao Gabinete do Procurador-Geral da República. Este órgão designará, então, Procurador da República competente para propor a medida perante a Justiça Federal²⁴⁷ em nome do Estado requerente. No entanto, uma observação deve ser feita. Na prática, após o pedido ser encaminhado para a PGR, poderá ser realizada nova análise acerca do instrumento a ser utilizado e o pedido será encaminhado ao STJ para a concessão de *exequatur*, caso se entenda tratar-se de rogatória.

Tendo em vista que inexistem leis que regulamentem o cumprimento dos pedidos e que, como regra geral, aplica-se a lei do Estado requerido, a medida solicitada será então cumprida (supostamente) nos termos da lei processual penal interna.

Nas situações em que o DRCI identificar na medida solicitada natureza policial, encaminhará o pedido à Coordenação Geral de Polícia Criminal Internacional do Departamento de Polícia Federal. Por fim, o próprio DRCI irá diligenciar o cumprimento de medidas que envolvam meras providências administrativas ou irá encaminhar a outro órgão para executá-la.

²⁴⁶ Teve suas atribuições melhor explicitadas nos arts. 32 e 33 da Portaria PGR/MPF nº556, de 13 de agosto de 2014. Além disso, nos artigos 90 e seguintes da Portaria estão especificados todos os procedimentos de execução dos pedidos de cooperação.

²⁴⁷ Dentre as hipóteses de competência da Justiça Federal previstas no art. 109 da Constituição Federal não se encontra o cumprimento de pedidos de cooperação jurídica internacional: somente a execução de cartas rogatórias e de sentenças estrangeiras está expressa. Não obstante, todos os pedidos de cooperação (carta rogatória e auxílio direto) são cumpridos pela Justiça Federal. Para Oliveira, a competência da Justiça Federal justifica-se pelo interesse da União, citando os dispositivos constitucionais envolvidos na cooperação. São eles: art. 21, inciso I – cabe à União manter relações com Estados estrangeiros; art. 49, inciso I – competência do Congresso Nacional para ratificar acordos, tratados ou atos internacionais; art. 84, inciso VIII – competência do Presidente da República para celebrar tratados, convenções e atos internacionais. Acrescenta que, “para efeito de cooperação jurídica internacional, mesmo que se trate de crime que, internamente, seja da competência da Justiça Estadual, sempre prevalecerá a competência da Justiça Federal para processar o pedido de auxílio”. OLIVEIRA, Roberto da Silva. A dignidade da pessoa humana, a razoável duração do processo e a cooperação jurídica internacional penal: a experiência luso-brasileira. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**, 2. ed. São Paulo: QuartierLatin, 2009, pp.549-566, p. 557.

Como se vê, independentemente da classificação aposta no Estado requerente, no momento em que o pedido chegar ao Brasil é que serão verificados seus requisitos e decidir-se-á o trâmite para seu cumprimento.

Já o trâmite do **auxílio direto ativo** é o encaminhamento do pedido à autoridade central, que verificará seus requisitos, consultando, quando necessário, a autoridade central do Estado requerido, e encaminhando-o para lá.

Quanto a seu procedimento interno, no caso do auxílio direto ativo, também não existe regulamentação. Assim, a autoridade com competência para solicitar a medida internamente é quem irá requerer o auxílio, caso o tratado não disponha de outra forma. E o seu modo de cumprimento será regulamentado pelas leis do Estado requerido.

Além disso, não existe a obrigatoriedade de que a defesa seja intimada acerca de sua expedição, cuja efetivação fica relegada ao entendimento do juiz de cada caso. Tampouco há previsão acerca dos meios de que, se cientificada, disporia para impugnar a expedição do auxílio direto.

Na ausência de legislação, a regulamentação interna deve ser aplicada, inclusive quanto aos procedimentos disponíveis à defesa (o que inclui os meios de impugnação).

Como se viu, as regras aplicáveis ao auxílio direto são basicamente as previstas na Resolução nº 9/2005 do Superior Tribunal de Justiça e nos tratados. Não há legislação regulamentadora acerca de seu cabimento ou dos procedimentos que devam ser seguidos²⁴⁸.

Desta forma, Cordani²⁴⁹, ao tratar do auxílio direto, chega a afirmar que a parte depara-se com um “*verdadeiro deserto normativo*”. E este “deserto” reflete-se na decisão proferida pelo STF no HC nº 85.588, que desconstituiu as decisões do STJ nas

²⁴⁸ Na ausência de legislação, Aras propõe sejam utilizados dispositivos específicos da Lei Penal Ambiental (Lei 9.605/98), da Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98) e da Lei de Drogas (Lei 11.343/06). ARAS, Vladimir. O sistema de cooperação penal Brasil/EUA. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; LIMA, Luciano Flores de (organizadores). **Cooperação jurídica internacional em matéria penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, pp. 321-400, p.358.

²⁴⁹ CORDANI, Dora Cavalcanti. Cooperação jurídica internacional em matéria penal no Brasil: as cartas rogatórias e o auxílio direto - controle dos atos pela parte atingida. In: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flavia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (Coord.). **Direito penal econômico: crimes econômicos e processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2008, pp.97-133, p.119. Chega a concluir a autora, drasticamente, que não deve subsistir o auxílio direto enquanto não houver sua regulamentação. Não se pode concordar com esta afirmação, no entanto, pois em que pese a falta de regulamentação específica, há normas que podem e são aplicadas, advindas dos próprios tratados de cooperação e da legislação interna.

Cartas Rogatórias n° 1.879 e 2.484²⁵⁰. Nesta decisão, o STF afirma que o único instrumento previsto no ordenamento é a rogatória, oscilando a jurisprudência do STJ sobre o tema²⁵¹.

Inegável, assim, a atual confusão acerca do tema, não somente quanto à própria existência do auxílio direto, mas também com relação à delimitação de seu conteúdo. Necessário, portanto, aprofundamento da questão relativa à diferenciação do auxílio direto e da carta rogatória dentro dos contornos adquiridos no ordenamento brasileiro.

2.6.1. Auxílio direto x carta rogatória: hipóteses de cabimento

A discussão acerca da diferença destes dois institutos pode parecer, à primeira vista, irrelevante sob o prisma da cooperação, reduzindo-se a uma questão de procedimento. No entanto, a incerteza quanto ao procedimento conduz a diversas dificuldades e acaba por fragilizar direitos processuais fundamentais. Por exemplo, a garantia do juiz natural. Isto porque a mencionada incerteza envolve não somente o procedimento a ser seguido, mas também implica a escolha do juiz que analisará o processo. Em vista da discricionariedade desta escolha²⁵², tomada caso a caso, ferem-se as regras constitucionais de definição de competência.

Consoante antecipado, inexistindo legislação que regulamenta a matéria, encarregaram-se as autoridades e a jurisprudência de definir os contornos de cada um dos

²⁵⁰ STJ, CR 1879, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, DJ de 04.05.2007; STJ, CR 2484, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, DJ de 24.05.2007). E também a da Reclamação n° 1.819 (STJ, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, DJ de 01.06.2006).

²⁵¹ Após a decisão do STF no HC n° 85.588, o STJ chegou a declarar o art. 7° da Resolução n° 9/2005 inconstitucional, afirmando somente o cabimento da CR (STJ, AgRg na CR n° 2.484, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, DJ de 13.08.2007). No entanto, o próprio STJ não seguiu esta orientação, pacificando em sua jurisprudência o auxílio direto na Reclamação n° 2.645, Rel. Min. TEORI ALBINO, ZAVASKI, DJ de 16.12.2009) e no AgRg na CR n° 3.162 (STJ, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, DJ de 06.09.2010).

²⁵² Sem a definição em lei acerca da delimitação de cada instrumento e, sendo que cada um deles implica a definição do juiz a decidir a causa (STJ para a concessão do *exequatur* ou o juiz de primeiro grau), a escolha do procedimento conduz à escolha do juiz competente. Fica assim, indefinida a determinação do juiz natural para a apreciação da medida requerida. E, segundo Badaró, “o juiz determinado por lei é o juiz certo, isto é, um único órgão definido segundo os diversos critérios legais de competência, que devem ser estabelecidos a partir de elementos claros e objetivos, que não permitam qualquer manipulação da individualização ou escolha do órgão que legitimamente irá julgar o processo”. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Juiz natural no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.157.

instrumentos, indicando os casos em que seria ou não necessário o juízo de delibação e, portanto, se seria utilizado o auxílio direto ou a rogatória.

Dois são os critérios que definirão o caminho: **1) nível da assistência; 2) existência de decisão no Estado requerente** (a existência ou não de tratado é, hoje, irrelevante para a definição do instrumento no ordenamento brasileiro, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, onde a existência do MLAT determina o procedimento a ser seguido).

Das respostas encaminhadas pelo DRCI e pela PGR, infere-se que há, hodiernamente, duas tendências. A primeira é a utilização da carta rogatória para medidas de primeiro nível (não há medida constritiva, caso da citação e da intimação), enquanto o auxílio direto seria utilizado para os casos em que o pedido envolve medidas de segundo nível (providências constritivas, como quebra de sigilo bancário e medidas cautelares reais). A segunda, predominante, refletindo a prática da autoridade central brasileira²⁵³, é a utilização das cartas rogatórias para o cumprimento de medidas de 1º nível e de decisões estrangeiras, não importando seu objeto (o que pode incluir, assim, medidas de 2º nível). Já o auxílio direto seria utilizado todas as vezes em que se deva produzir decisão judicial no Brasil sobre o assunto (medidas de 2º nível sem decisão proferida pela autoridade estrangeira).

Configura-se a seguinte situação: na ausência de uma decisão judicial, o meio será sempre o do auxílio direto. Por outro lado, se houver decisão judicial no Estado estrangeiro envolvendo medidas de segundo nível, o caminho a ser trilhado pode ser tanto o da rogatória²⁵⁴ quanto o do auxílio direto, originando-se zona cinzenta em que prevalece a discricionariedade.

Este entendimento não foi afirmado expressamente pelo STJ, mas pode ser extraído da análise de algumas de suas decisões. Verifica-se dos casos em que o STJ concedeu ou negou o *exequatur* e de outros julgamentos que envolvem o auxílio direto.

²⁵³ Que acaba por decidir qual o instrumento correto de cooperação. Esta informação foi fornecida pela autoridade central brasileira após a realização de consulta por meio eletrônico.

²⁵⁴ STJ, CR 8358, Min. FELIX FISCHER, DJe de 30.08.2013. Trata-se de pedido de cooperação oriundo da Alemanha com a finalidade de seqüestro de bens e de oitiva de testemunha. O Ministro Presidente do STJ decidiu não haver óbice à execução do seqüestro, já que se consubstancia em medida prevista em tratados bilaterais assinados pelo Brasil, como a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Decreto nº. 5.015/2004). Ainda: CR 4924 (Finlândia), STJ, Min. CESAR ASFOR ROCHA, DJe de 08.09.2010 (esse pedido foi cumprido por auxílio e por rogatória); CR 5066 (Argentina), STJ, Min. ARI PARGENDLER, DJe de 23.08.2011; CR 5638, STJ, Min. ARI PARGENDLER, 09.05.2011; CR 8158 (Argentina – objeto: apreensão de veículo), STJ, Min. FELIX FISCHER, DJe de 25.06.2013.

Preliminarmente, deve-se consignar ser pacífica a possibilidade de concessão de *exequatur* a cartas rogatórias executórias, sendo emblemáticas as decisões proferidas nas CRs 438²⁵⁵ e 998²⁵⁶.

A CR 438 consubstancia-se em pedido oriundo da Bélgica, com a finalidade de realização de oitivas de testemunhas, de busca e apreensão de documentos e de quebra de sigilo bancário, além de autorização para que autoridade belga acompanhasse as diligências. O STJ concedeu o *exequatur* no caso, afastando explicitamente o antigo entendimento do STF que proibia a delibação de CRs executórias, afirmando o relator que aquela “Corte, com a nova competência que lhe foi atribuída pela EC 45/2004, deve se 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”.

Da mesma forma, na CR 998, oriunda da Itália, que envolvia pedidos de quebra de sigilo bancário e de seqüestro, o STJ assentou a possibilidade de utilização da CR.

Quanto à hipótese de cabimento de rogatória, na CR 8718²⁵⁷, oriunda de Portugal, solicitava-se a tomada de termo de identidade e residência do interessado, que argüiu ocorrência de cerceamento de defesa, pois a medida seria coercitiva. O STJ, utilizando-se da lição de Raúl Cervini acima esposada, explicitou que a medida era de 1º nível e, portanto, plenamente exequível por meio de carta rogatória²⁵⁸.

No que diz respeito à possibilidade de veiculação de medidas de segundo nível por rogatória (além das citadas CRs 438 e 998), observe-se a CR 8191²⁵⁹, rogatória oriunda da Argentina. Neste caso, requeria-se a efetivação de penhora de imóvel em virtude de sentença condenatória naquele país. O Ministro Relator decidiu que: “Verifico que o pedido rogatório está embasado no Protocolo de Medidas Cautelares no âmbito do Mercosul, promulgado pelo Decreto nº 2.626/98, no qual está acordada a possibilidade de solicitação de medidas cautelares que garantam a execução de uma sentença. Ademais, o artigo 18 do mencionado protocolo permite que a execução se dê com trâmite por cartas rogatórias”.

²⁵⁵ STJ, Rel. Min. LUIZ FUX, DJU 24.09.2007.

²⁵⁶ Especialmente o julgamento no Agravo Regimental, STJ, Rel. para acórdão, Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJU 30.04.2007.

²⁵⁷ STJ, Rel. Min. FELIX FISCHER, Dje de 21.02.2014.

²⁵⁸ No mesmo sentido: STJ, CR 8387, Min. FELIX FISCHER, Dje de 02.10.2013.

²⁵⁹ STJ, Min. FELIX FISCHER, Dje de 18.06.2014.

Verifica-se, no entanto, que o posicionamento externado demonstra tendência, havendo decisões em outros sentidos, como a da CR 706²⁶⁰, oriunda de Portugal, em que se assentou ser possível a realização de pedido de notificação tanto por meio da rogatória quanto do auxílio direto, em virtude da existência de tratado.

²⁶⁰ STJ, Rel. Min. EDSON VIDIGAL, DJ de 30.08.2005.

TÍTULO II – COOPERAÇÃO BILATERAL ENTRE BRASIL E ESTADOS UNIDOS

Definidos os contornos gerais da cooperação jurídica internacional (conceito, princípios, classificação e instrumentos), passa-se ao estudo do caso específico proposto: a cooperação entre Brasil e Estados Unidos. E, desta relação, propor como alcançar o devido processo.

Este título será dividido em capítulos. No primeiro capítulo, serão analisados os dispositivos relativos à CJI no ordenamento estadunidense, para que se entenda a maneira de compatibilização de suas normas.

Compreendido seu funcionamento, analisar-se-ão, no segundo capítulo, o histórico da cooperação entre os dois países e o conteúdo do MLAT para, no terceiro capítulo, enfrentar problemas específicos surgidos desta relação. Em especial, as questões relacionadas aos direitos da defesa, problematizando-os e propondo soluções.

No último capítulo, as causas de restrição à assistência serão verificadas.

1. COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL NO SISTEMA JURÍDICO NORTE-AMERICANO

Como asseverado ao se contextualizar a cooperação, um de seus vetores é a diversidade de ordenamentos jurídicos.

Para demonstrar a ocorrência da interação entre eles, respeitado simultaneamente o devido processo, analisar-se-á o sistema jurídico estadunidense, com enfoque em suas normas e jurisprudência.

1.1. Direito comparado

Preliminarmente ao estudo do sistema jurídico estadunidense, optou-se por realizar uma breve exposição acerca dos obstáculos e das vantagens de observação de um sistema alienígena.

O estudo comparativo de sistemas jurídicos diversos é realizado por meio do Direito Comparado que fornece a metodologia a ser seguida nesta árdua missão, indicando as diferentes visões que podem ser empregadas, a depender do objetivo a ser alcançado.

O primeiro esclarecimento acerca da metodologia refere-se ao seu aspecto temporal. Soares²⁶¹ pontua que o estudo do Direito Comparado pode ser considerado sob duas perspectivas: a da sucessividade no tempo e a da concomitância. No primeiro caso, seria uma questão mais afeita à História do Direito, e, no segundo “tomam-se dois sistemas distintos, vigentes em países distintos, num mesmo momento histórico, e as comparações se efetuam a partir de uma metodologia científica rigorosa, onde apareceriam elementos comuns e os diferenciados”.

Sob a perspectiva da concomitância, será analisado o sistema estadunidense em relação ao brasileiro, pois não se constitui objetivo deste trabalho a análise da evolução

²⁶¹ SOARES, Guido Fernando Silva. Estudos de Direito Comparado (I). O que é a “common law”, em particular a dos EUA. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, vol. 92, 1997, pp. 163-198.

histórica do instituto da cooperação jurídica internacional, e sim os diferentes aspectos que a regem na atualidade.

Com relação aos objetivos que o estudioso do direito comparado pode almejar, Thaman²⁶², ao realizar análise comparativa entre diversos sistemas europeus, esclarece que o estudo do processo penal possibilita delinear seu desenvolvimento, desde suas origens até sua realidade atual, e utilizar-se dos conhecimentos adquiridos para reformar o próprio sistema de justiça. Atinge-se, assim, seus três objetivos principais: (1) determinar, se possível, se um crime foi cometido, sua autoria e quais sanções a serem impostas (a busca da verdade material); (2) utilizar procedimentos que sejam humanos, justos e consistentes com os princípios da democracia e do Estado de Direito (princípio do devido processo legal); e (3) realizar os dois primeiros objetivos de maneira eficiente, sem desperdício de tempo excessivo do governo e de recursos (princípio da economia processual).

Aqui, pretende-se utilizar os conhecimentos acumulados com a pesquisa realizada para se alcançar o devido processo na cooperação jurídica internacional, de maneira eficiente e com respeito aos direitos humanos.

Quanto à estruturação da pesquisa, utilizou-se como base os textos de “*The Oxford Handbook of Comparative Law*”, que congrega as mais modernas teorias sobre o assunto e que demonstrou a indicação de roteiro lógico a ser seguido pelos estudiosos que desejam este caminho.

Dannemann²⁶³ apresenta alguns dos principais objetivos, ao se utilizar o método do direito comparado, que influenciam nas escolhas da metodologia a ser adotada: a) unificação de leis; b) resolução de problemas específicos; c) aplicação de leis estrangeiras; d) facilitação da escolha entre sistemas legais; e) compreensão de leis.

Para fins deste estudo, o principal objetivo a ser alcançado é a resolução de problema específico (garantia do devido processo legal em relações de cooperação jurídica

²⁶² THAMAN, Stephen C. **Comparative Criminal Procedure**: a casebook approach, second edition. North Carolina: Carolina Academic Press, 2008, p.4. No original: “The study of comparative criminal procedure enables one to trace the development of procedural forms from their customary law origins to their present day realities, and to use the knowledge gained to try to reform one’s own criminal justice system to better achieve what are perceived as being its three main goals: (1) to determine, if possible, whether a crime has been committed, who is guilty thereof, and what sanctions, if any, should be imposed (the search for material truth); (2) to use procedures in the search for truth that are humane, fair, and consistent with principles of democracy and a state under the rule of law (principle of due process); and (3) to achieve the first two goals in an efficient way, without excessive waste of government time and resources (principle of procedural economy).”

²⁶³ DANNEMANN, Gerhard. Comparative Law: Study of Similarities or Differences? In: REIMANN, Mathias, ZIMMERMANN, Reinhard (editors). **The Oxford Handbook of Comparative Law**. New York: Oxford University Press, 2008, pp.383-420.

internacional em matéria penal). A aplicação de leis estrangeiras também tem papel a desempenhar, embora secundário.

Identificado o objetivo, explicita-se o roteiro proposto.

O primeiro desafio, assim, recaiu sobre a escolha do ordenamento jurídico e da relação a ser estudada. Em que medida as semelhanças e as diferenças deveriam embasar esta escolha? Qual delas deveria prevalecer?

Para responder a estas perguntas, agregou-se ao objetivo especificado pretensão de aprendizado entre os sistemas selecionados, apresentando-se, ao final, as normas preferíveis e como elas podem ser entendidas para então serem compatibilizadas com os corolários do devido processo. Portanto, a resposta é a prevalência das diferenças²⁶⁴.

A escolha, então, recaiu sobre a relação do Brasil com os Estados Unidos, não só em vista das diferenças dos sistemas (de suas próprias regras fundantes, do direito processual penal e da regulamentação acerca da cooperação jurídica internacional²⁶⁵), mas também, em virtude de outros fatores: a) o grande número de pedidos de cooperação entre esses dois países; b) a constante comunicação entre as duas autoridades centrais; c) a vastíssima legislação e prática que os Estados Unidos possuem sobre o assunto; d) os casos emblemáticos de cooperação entre os dois países, que além de envolverem processos de grande repercussão nacional, trazem questões jurídicas desafiadoras.

Quanto à base de comparação, será eleito o estudo das normas e da jurisprudência (como alerta Dannemann, será necessário, para tanto, especificar o papel desempenhado por elas).

Será, desta forma, apresentado o ordenamento jurídico a ser estudado. Dentre os prismas possíveis de análise (1. sob o ponto de vista de como o ordenamento estudado se vê; 2. sob o prisma de outro ordenamento; ou 3. apresentação dos dois ordenamentos sob um ponto de vista neutro), elegeu-se aquele que privilegia a perspectiva de outro ordenamento, por ser o método que torna o sistema utilizado como comparação mais acessível ao leitor²⁶⁶.

²⁶⁴ Sendo o aprendizado uma das finalidades pretendidas, a busca de um sistema diferente é o caminho apontado por Dannemann, *Comparative Law*, pp.417-418.

²⁶⁵ Diferenças a serem melhor exploradas nos próximos capítulos.

²⁶⁶ *Ibidem*, pp.412-413.

Oportuna, neste aspecto, a visão trazida por Frankenberg²⁶⁷, que corrobora a perspectiva eleita, pois alerta que a comparação deve ser auto-reflexiva, sem pretensão de neutralidade. O observador deve se enxergar como alguém envolvido em um particular sistema legal, com suas práticas sociais, tradições legais e um modo específico de pensar e se manifestar sobre o direito. Qualquer visão de um sistema estrangeiro é derivada e moldada por suposições e predisposições domésticas.

Torna-se mais difícil penetrar em outra cultura jurídica, distanciada da visão usual do observador. No entanto, isto é necessário, pois a simples tradução de institutos traz apenas efeito limitado do direito comparado. É necessário entender as estruturas do ordenamento estudado²⁶⁸.

Na tentativa de fugir do que chama “textismo”, Grossfeld elenca diversas formas de se imaginar o direito, escolhendo em seu artigo uma forma menos convencional, que ele denomina “dimensão invisível do direito”. Dentre as mais tradicionais (que não impedem seja realizado verdadeiro estudo de direito comparado), cita a possibilidade de divisão por jurisdição e por tópico. Para a finalidade deste trabalho, a comparação será realizada neste sentido mais tradicionalista: por jurisdição e por tópico.

Vale consignar que, no estudo do sistema estadunidense, mais do que simples tradução, buscaram-se equivalências de significado entre os institutos²⁶⁹. Isto

²⁶⁷ No original: “Comparison has to be self-reflective. The comparatist has to reflect upon herself as a subject of and to law. Instead of pretending to the posture of a neutral, objective, and disinterested observer, the comparatist has to regard herself as being involved: involved in an ongoing, particular social practice constituted and pervaded by law; involved in a given legal tradition (a peculiar story of law); and involved in a specific mode of thinking and talking about law. Once the comparatist asks herself how she came to be what she is in terms of the law (an “individual” with “rights” and “duties”, a “tenant”, “taxpayer”, “parent”, “consumer”, etc.) and how she came to think as a “legal scholar” about her own law and the other laws the way she does, notions of normality and universality begin to blur. It becomes clear then that any vision of the foreign law is derived from and shaped by domestic assumptions and bias”. FRANKENBERG, Gunter. Critical comparisons: Re-thinking comparative law. **Harvard International Law Journal**, New York, v. 26, p. 411, 1985, p.443.

²⁶⁸ GROSSFELD, Bernhard; EBERLE, Edward J. Patterns of order in comparative law: Discovering and decoding invisible powers. **Texas International Law Journal**, Texas, v. 38, p. 291, 2003, p.293.

²⁶⁹ Conforme a lição de Soares: “Se considerarmos o direito-norma como uma linguagem que se auto-explica e o direito-ciência como uma metalinguagem, isto é, uma linguagem que “fala” do direito-norma, poderemos melhor compreender os problemas da passagem de um sistema jurídico nacional para outro. O direito-norma tem, nos tempos atuais, necessariamente de ser expresso na língua do povo que o criou (e que o criou, ao usar a única língua que dela se utiliza no seu dia a dia, mas que, no entanto, na maioria das vezes, poderá ser igualmente uma língua de outros povos, como o português, o espanhol, o inglês ou o francês, caso em que poderá haver significativas variações dentro de um mesmo universo linguístico). Contudo, o direito-ciência pode ser expresso em qualquer língua, inclusive aquela do povo que criou o objeto da análise e, no caso de ser esta uma língua comum a outros povos, haverá necessidades de explicações das citadas variações lingüísticas, caso se explique, com a mesma língua, sistemas jurídicos nacionais de povos distintos, que falam o mesmo idioma! Na verdade, o Direito Comparado vai além do campo da Lingüística; além de buscarem-se sinônimos ou traduções, buscam-se equivalências de significados, tanto numa tradução linear, quanto nos resultados de atribuição de sentido a palavras e criação de institutos complexos”. SOARES, Guido Fernando Silva. Estudos de Direito Comparado (I). O que é a “common law”, em particular a dos

implicará utilização de diversas expressões na língua inglesa, para que não se perca seu real significado com traduções que podem conduzir a uma incorreta compreensão dos institutos analisados.

1.2. Visão geral do sistema norte-americano

Neste tópico, serão analisadas, ainda que brevemente, algumas características selecionadas do sistema estadunidense que propiciarão correto entendimento acerca da cooperação jurídica internacional: porque é necessária regulamentação tão minudente naquele sistema sobre o assunto, para que, somente desta forma se alcancem os requisitos do devido processo, e para que as provas produzidas em outros países tenham validade e possam ser utilizadas.

Os Estados Unidos possuem um sistema federado descentralizado, em que as esferas federal e estadual são bem delimitadas. Apesar de seus princípios reitores emanarem da Constituição Federal, os Estados possuem Constituições e regulamentação próprias sobre quase todos os ramos do direito, incluindo o processo penal.

Concentrar-se-á na regulamentação federal e nas decisões proferidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos, que regem o entendimento acerca das demais normas e formas de interpretação do direito.

Não somente as decisões emanadas da Suprema Corte, mas a jurisprudência, em geral, tem predominância no sistema norte-americano²⁷⁰.

Streck²⁷¹ explica que o “direito, tanto para o jurista inglês como para o americano, desenvolve-se sob a forma jurisprudencial. Os juristas desses países têm as

EUA. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, vol. 92, 1997, pp. 163-198, p.167.

²⁷⁰ Sobre a importância da análise de jurisprudência para se compreender o sistema, Soares esclarece que um ponto central do sistema de *Common Law* é a *doctrine of stare decisis* (ou doctrine of precedentes). “Precedent é a única ou várias decisões de um “appellate court”, órgão coletivo de segundo grau que obriga sempre o mesmo tribunal ou os juízes que lhe são subordinados”. Na mesma obra (p.195), Soares ressalta que, na *common law*, “a idéia que permeia o sistema é de que o direito existe, não para ser um edifício lógico e sistemático, mas para resolver questões concretas”, sendo secundário o papel da doutrina abstrata, prevalecendo as soluções pragmáticas. “Nesta ordem de considerações, a simbiose que existe na família romano-germânica entre a Universidade e a Justiça, pode-se dizer que na “Common Law” a tal simbiose se encontra plenamente verificável entre “the bench and the bar” (os coletivos abstratos para designar a barra, ou cerca, que separa de um lado os juízes e seus auxiliares, e de outro, os advogados e seus coadjutores, na Inglaterra deste lado, melhor dito, os práticos e seus coadjutores).” *Ibidem*, pp.182-183.

regras de direito produzidas pelo legislador (statutes) como algo “anormal” no sistema. De qualquer maneira, tais regras (statutes) são sempre mais bem assimiladas depois de devidamente interpretadas pelos tribunais, mormente se se tratar do direito norte-americano. Quando não existe precedente, diz-se que *there is no law on the point*, mesmo que exista uma lei que preveja a situação sob análise”.

Streck²⁷² ainda afirma que a “jurisprudência na *common law* ultrapassa os limites da lide entre as partes, constituindo fonte básica de criação do direito”. Lembra também que a decisão apresenta uma dupla função que consiste na resolução de um conflito entre as partes e no estabelecimento de precedente para um caso análogo²⁷³.

O ponto de partida será, assim, a maneira como se aplicam estas decisões, especialmente com relação aos direitos fundamentais incorporados à Constituição Federal e relacionados aos princípios que governam o processo penal.

Há dois princípios que governam sua aplicação e se relacionam especificamente à *Bill of Rights*²⁷⁴: incorporação e retroatividade.

²⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e decisão jurídica**, 3ed. Reformulada da obra *Jurisdição Constitucional e hermenêutica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.375.

²⁷² *Ibidem*, p.380.

²⁷³ Streck alerta, porém, que “os precedentes não devem ser aplicados automaticamente. Estuda-se o precedente para determinar se o princípio nele deduzido constitui a fundamentação da decisão ou tão somente um dictum, que goza somente de força persuasória. Os fatores que afetam ou determinam o grau de persuasão que podem alcançar os dicta têm relevância no contexto da decisão de que é integrante? ... A distinção entre os fundamentos de uma decisão e seus dicta é garantida pela natureza do sistema contraditório que prevalece na *common law*. A razão para a distinção foi assim expressada por John Marshall, Presidente da Suprema Corte: “Constitui máxima que não deve ser desconsiderado o fato de que as expressões gerais em qualquer decisão devam ser consideradas em relação ao caso no qual tais expressões sejam utilizadas. Se elas tiverem uma amplitude que exceda ao caso, elas podem ser respeitadas, mas não devem controlar o julgamento em processo subsequente quando a questão propriamente dita for apresentada para decisão. A questão que está de fato submetida ao juízo é cuidadosamente investigada e considerada em toda sua extensão. Outros princípios que podem servir para ilustrá-la são consideradas com o caso decidido, mas sua possível influência sobre todos os outros casos é raramente investigada em profundidade”. Feita esta advertência, todos os precedentes citados neste estudo devem ser assim analisados. *Ibidem*, pp. 384-385. Oportuna, antes de prosseguir, a lição de Soares, que bem descreve a experiência dos primeiros passos no estudo das decisões no sistema de *common law*: “Na verdade, explicar-se a aplicação de uma norma geral a um caso particular, como no sistema do Direito brasileiro (partir do geral ao particular) é bem mais fácil do que explicar a metodologia de partir de vários casos particulares para outros particulares, através de generalizações parciais, sem sair do contexto! A experiência pessoal mostra que, para alguém formado no sistema da “Civil Law”, os primeiros passos na metodologia dos “cases law” é embaraçosa, com a impressão de caminhar-se num campo caótico; no entanto, na medida em que se vai familiarizando com o sistema, ele se torna interessante e instigante. Na verdade, para o estudante, é muito difícil, mesmo no nosso sistema, entender, pela pura teoria, as várias colorações da linguagem jurídica, que mostram as sofisticadas dos institutos jurídicos; contudo, se alguém já tiver trabalhado em um caso prático, se tiver vivenciado uma questão igual ou assimilável à que tem que ser resolvida, o caminho é, certamente, mais fácil. Esta a vantagem dos precedentes: um arquivo da micro-história das relações conflituais humanas, com as soluções que tal micro-história apresentou: um formulário já pronto que se preenche com modificações factuais; a dificuldade maior é, portanto, saber se existe tal formulário e onde encontrá-lo!” SOARES, Estudos de Direito Comparado, p.184.

²⁷⁴ Como é conhecido o agrupamento das 10 primeiras emendas à Constituição estadunidense.

A Constituição norte-americana originária conferia poucos direitos individuais, ampliados com a ratificação das 10 primeiras emendas da *Bill of Rights*, em 1791²⁷⁵.

Com esta ratificação, surgiram diversas discussões acerca de sua aplicação. No caso *Barron v. Baltimore*²⁷⁶, a Corte Suprema decidiu que a *Bill of Rights* somente seria aplicável em âmbito federal. Com a aprovação das Emendas 13 e 14, várias outras questões surgiram com relação a sua aplicação aos Estados. Seguiram-se décadas de discussão na Suprema Corte sobre a correta aplicação da 14ª Emenda. Por exemplo, em *Hurtado v. California*²⁷⁷, a Corte decidiu que o direito de ser indiciado por um *grand jury* não se aplicaria aos Estados, ocorrendo o mesmo em *Twining v. New Jersey*²⁷⁸, que tratou do direito à não auto-incriminação.

Muitos casos seguiram-se até a década de 60, quando a chamada Corte Warren começou a incorporar paulatinamente a *Bill of Rights*. A Corte passou a determinar quando um direito era fundamental para o sistema americano, sendo assim incorporado pela 14ª emenda, tornando-se aplicável aos Estados. A mudança definitiva ocorreu no caso *Duncan v. Louisiana*²⁷⁹. Neste caso, embora a Suprema Corte não tenha admitido a total incorporação da *Bill of Rights*, adotou-a de maneira seletiva, seguindo visão de “*fundamental fairness*”²⁸⁰.

Como se vê, os direitos que compõem o devido processo legal no sistema norte-americano não são facilmente enumeráveis, dependendo da situação específica.

²⁷⁵ SALTZBURG, Stephen A., CAPRA, Daniel J. **American Criminal Procedure: cases and commentary**, 10 th edition. United States: West Academic Publishing, 2014, p. 8.

²⁷⁶ ESTADOS UNIDOS. 32 U.S. (7 Pet.) 243 (1833). Para o entendimento da forma como as decisões são citadas e da maneira de encontrá-las, Farnsworth explica que: “In the past it was usual, when referring to a case, to cite both official and unofficial reports. Thus, a correct citation was *Wangen v. Ford Motor Co.*, 97 Wis. 2d 260, 294 N.W.2d 437.13 A.L.R. 4th 1 (1980), meaning that the case was decided in 1980, is found at page 260 of volume 97 of the second series of Wisconsin reports, at page 437 of volume 294 of the second series of the Northwestern set of the National Reporter System, and at page 1 of volume 13 of the fourth series of American Law Reports, where it is followed by annotation. Today it is common to cite only one official or unofficial report, as required by the style manual of the court or firm in which the writing is to be read. Thus, in most cases, one would cite the case as *Wangen v. Ford Motor Co.*, 294 N.W.2d 437 9Wis. 1980)... Computer technology has now been developed to save time and ensure thoroughness in researching case law. Several computer systems, LEXIS, WESTLAW, LOISLAW, and an increasing array of search engines available on the Web have to a considerable extent replaced the traditional systems based on the printed pages. They enable the user to retrieve most published and many unpublished federal and state court opinions. In searching for cases, one may use, for example, the name of the case, the citation of the case, the name of the judge, specific words or phrases contained in the opinion or (in Westlaw) particular digest headings, as well as assess the case (in Lexis) through an automated Shepard’s index”. FARNSWORTH, Edward Allan. **An introduction to the legal system of the United States**, 4th edition. New York: Oxford University Press, 2010, pp56-57.

²⁷⁷ ESTADOS UNIDOS. 110 U.S. 516 (1884).

²⁷⁸ ESTADOS UNIDOS. 211 U.S. 78 (1908).

²⁷⁹ ESTADOS UNIDOS. 391 U.S. 145 (1968).

²⁸⁰ SALTZBURG *et al*, **American Criminal Procedure**, pp.8-9.

Ainda que a Suprema Corte tenha a última palavra com relação à interpretação da legislação federal concernente relativa ao processo penal, não se pode esquecer que os Estados possuem suas próprias Constituições. Os Tribunais locais podem interpretar de forma diversa alguns direitos.

Advirta-se, no entanto, que os Tribunais somente podem agir desta maneira se for para conferir mais proteção ao indivíduo do que a conferida pela Suprema Corte. Esta decisão ficará afastada da análise da Suprema Corte na hipótese de o tribunal local demonstrar que está embasando sua decisão apenas na Constituição Estadual. Se transparecer que o Estado está embasando sua decisão, ainda que em parte, em legislação federal, a Suprema Corte pode ter jurisdição sobre o caso e afastar a construção do tribunal estadual²⁸¹.

Outro princípio que deve ser analisado é o da retroatividade de suas decisões. Este tema é tratado nos Estados Unidos de maneira bem diversa da que ocorre no Brasil, principalmente em virtude das características que as decisões da Suprema Corte estadunidense possuem, de vincularem a interpretação da Constituição.

Fica claro que, quando a Suprema Corte analisa algumas condutas, sua decisão será aplicada a todas as situações semelhantes. A dúvida que se coloca é a aplicação da decisão a atos ocorridos antes de ela ser proferida.

Durante muito tempo, a posição da Suprema Corte foi inconsistente. Por exemplo, em *Stovall v. Denno*²⁸² e *Desist v. United States*²⁸³, a Corte se recusou a aplicar uma de suas decisões, relacionada à Quarta Emenda, a outros casos, ainda que pendentes, conferindo somente efeito prospectivo a suas decisões²⁸⁴.

Após muitos anos, a Corte, finalmente, adotou o posicionamento do *Justice Harlan*²⁸⁵, sendo emblemático o caso *Teague v. Lane*²⁸⁶. Depois deste julgamento, não se

²⁸¹ ESTADOS UNIDOS. *Michigan v. Long*, 463 U.S. 1032, 1983. SALTZBURG *et al*, **American Criminal Procedure**, p.17.

²⁸² ESTADOS UNIDOS. 388 U.S. 293 (1967).

²⁸³ ESTADOS UNIDOS 394 U.S. 244 (1969).

²⁸⁴ SALTZBURG *et al*, *op. cit.*, pp.18 *et seq.* Interessante verificar que o Justice Harlan divergiu no caso *Desist*, concluindo que novos entendimentos constitucionais deveriam ser aplicados a todos os casos pendentes de revisão direta. Isto significa que não pode ser aplicada no que denominam “colateral attack”, o que inclui principalmente o uso do habeas corpus: “Justice Harlan identified two situations in which the presumption of nonretroactivity of new rules to habeas corpus cases could be overcome; these were exceptions to the general principle of nonretroactivity in habeas cases. The first exception encompassed habeas corpus petitioners who sought the benefit of a new rule that is so fundamental that it is “implicit in the concept of ordered liberty” (quoting Justice Cardozo’s opinion in *Palko*). The second exception covered a petitioner who relied upon a new rule to demonstrate that the conduct for which he as tried was constitutionally protected, so that a trial should never have occurred in the first place”. (p.19)

²⁸⁵ Ver *Griffith v. Kentucky*, 479 U.S. 314 (1987).

²⁸⁶ ESTADOS UNIDOS, 489 U.S. 288 (1989).

aplicam novas regras a casos findos. Com relação ao significado de nova regra, a Corte esclareceu que a simples aplicação de um precedente estabelecido não consiste em criação de nova regra, e, assim, deve ser aplicado a todos os casos, mesmo a situações anteriores²⁸⁷.

Novamente aqui a Suprema Corte abriu exceção aos Estados, decidindo que eles podem dar mais amplitude à retroatividade do que ela própria²⁸⁸.

O exposto demonstra a importância da jurisprudência no sistema estadunidense e a forma como a Suprema Corte decidirá sobre a incorporação dos direitos, relevando, novamente a dificuldade de delimitar com exatidão (ao menos sob ponto de vista estrangeiro) o conteúdo do devido processo neste ordenamento. Demonstra ainda o importante papel desempenhado pelos tribunais sua função decidir quanto a aspectos de políticas públicas²⁸⁹.

O sistema judicial dos Estados Unidos é dividido em federal e estadual, quase sempre havendo sobreposição entre as jurisdições.

O foco será a disciplina legal e a jurisprudência federais, tendo em vista que suas normas regem a cooperação internacional e os pedidos de cooperação são julgados por esta esfera²⁹⁰.

1.2.1. Processo Penal

O processo penal estadunidense é regulamentado pela Constituição, pelas normas federais e pelas normas estaduais. De forma geral, as normas constitucionais são

²⁸⁷ ESTADOS UNIDOS. *Butler v. McKellar*, 494 U.S. 407, 1990.

²⁸⁸ ESTADOS UNIDOS. *Danforth v. Minnesota*, 552 U.S. 264 (2008). SALTZBURG *et al*, **American Criminal Procedure**, p.17, p.20.

²⁸⁹ WORRAL, John L., HEMMENS, Craig, Lisa S. Nored. **Criminal evidence: an introduction**. New York: Oxford University Press, 2012, p. 28. No original: "Policy-making involves the allocation of limited resources (such as money, property, and rights) to competing interests. America has a long tradition of settling difficult policy questions in the courtroom rather than the legislature. This is because politicians often avoid settling complex and/or difficult problems. Additionally, the rights of minorities are often unprotected by the legislatures, so the courts are forced to intervene. Furthermore, there is a general acceptance in America of litigation as a tool for social change".

²⁹⁰ Os tribunais federais possuem jurisdição sobre causas embasadas na legislação federal e naquelas embasadas em legislação estadual que envolvem partes de diferentes estados. BURNHAM, William. **Introduction to the law and legal system of the United States**. 5th edition. United States: West, 2011, 174. O sistema judiciário federal é formado por: a) district courts (são os tribunais de julgamento de 1º grau. - há 94 tribunais aproximadamente); b) federal courts of appeals (no total de 13) e c) the Supreme Court (que, embora integre a estrutura federal, possui uma dupla função, pois também julga as causas estaduais relacionadas a questões federais).

aplicadas em todos os âmbitos e, por isso, serão as que embasarão este trabalho, pois os direitos processuais advêm diretamente da Constituição.

Suas regras são fruto de características do próprio sistema que privilegia os direitos individuais²⁹¹, conferindo, assim, grande relevância aos direitos processuais, chegando a afirmar, o *Justice Frankfurter* que “[t]he history of American freedom is, in no small measure, the history of procedure”²⁹².

Sua principal característica é consubstanciar-se em um sistema adversarial, cuja pedra angular é a visão de que o julgamento é estruturado por meio de disputa entre partes que se encontram em posição de igualdade, perante julgador que decidirá esta disputa²⁹³.

Desta forma, acusação e acusado devem agir de acordo com suas posições, provando seus argumentos perante um árbitro que possui postura passiva e a função de fiscalizar a atividade das partes, mediante provocação²⁹⁴.

Menciona-se, ainda, como elementos deste sistema o “controle das partes sobre as atividades de investigação preliminar, apresentação de elementos probatórios em juízo e argumentação; a existência de um órgão julgador passivo e neutro que só toma conhecimento do caso no dia do julgamento, limitando-se a ouvir as versões dos fatos e a proferir suas decisões com base nelas”²⁹⁵.

²⁹¹ Melone e Karnes esclarecem que: “A consequence of the American focus upon individual rights is that we deliberately make it hard to convict persons of crimes. More precisely, the law makes it difficult to convict guilty parties of crimes because there is a fear that in the performance of their duties over-zealous authorities may wrongly convict innocent persons. Consequently, in our desire to protect the innocent from the harsh realities of punishment, we are willing to make mistakes that result in occasionally freeing the guilty. While Americans are anxious to rid the streets of crime and to punish wrongdoers, we become deeply disturbed when it is learned that innocent persons have been sent to prison and, in some cases, executed in the name of all the people”. MELONE, Albert P., KARNES, Allan. **The American Legal System**. Perspectives, Politics, processes, and Policies, 2nd edition. New York: Rowman&Littlefield Publishers, 2008, p.246.

²⁹² BURNHAM, **Introduction to the law and legal system of the United States**, p.80. Pronunciamento proferido no caso *Malinski v. New York*, 324 U.S. 401, 414 (1945).

²⁹³ DAMASKA, Mirjan. Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure. A comparative study. In: **University of Pennsylvania Law Review**, Philadelphia, n.121. pp. 509-589, 1972-1973, pp.561 *et seq.*

²⁹⁴ Pizzi, no entanto, ao analisar o modo pelo qual é proferida a sentença nos Estados Unidos, em que o juiz tem certa liberdade de reavaliação das provas com relação à dosimetria da pena, demonstra que características inquisitoriais também podem ser encontradas no sistema anglo-americano, afirmando que a relação norte-americana entre o julgamento e a sentença nos EUA “is a very extreme example of the way that a national system embraces strong adversarial values at times, yet has, within the same system, features that are deeply inquisitorial”. PIZZI, William T. Sentencing in the US: Na inquisitorial Soul in an Adversarial Body? In: JACKSON, John, LANGER, Máximo, TILLERS, Peter (editors). **Crime, procedure and Evidence in a Comparative and International Context**. Essays in Honour of Professor Mirjan Damaska. Portland: Hart Publishing, 2008, pp.65-79, especialmente p.71.

²⁹⁵ Malan, compilando a doutrina norte-americana sobre o tema. MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P.21.

Por fim, uma importante característica do sistema estadunidense é o julgamento por um júri (em matéria civil e penal). Esta, no entanto, não é inerente à caracterização de um sistema adversarial, pois é possível que haja júri em um sistema não-adversarial e que haja um sistema adversarial sem júri. O júri encaixa-se, porém, perfeitamente neste sistema, em virtude de sua natureza passiva²⁹⁶.

Como foi dito, as normas processuais emanam da Constituição, sendo os dispositivos centrais a Quarta Emenda (com relação à busca e apreensão), a Quinta Emenda (não auto-incriminação e devido processo legal), a Sexta Emenda (direito a advogado) e a Décima Quarta Emenda (devido processo legal e igualdade).

Outra questão bastante importante para a compreensão do sistema penal estadunidense (e para aferição do cumprimento de requisitos na CJI) é o entendimento acerca do significado de *probable cause*, que apesar de indeterminado, acaba por definir a admissibilidade de uma série de medidas no processo penal (refere-se, em termos gerais, ao grau de certeza acerca do cometimento do crime e de sua autoria).

Seu conceito é histórico e a forma de análise é bastante intrigante do ponto de vista do sistema brasileiro. Os doutrinadores chegam a se referir à porcentagem de certeza na análise. Por exemplo, Taslitz *et al* mencionam uma pesquisa realizada entre juízes em 1982, onde *probable cause* foi descrita como uma certeza de 42, 52%²⁹⁷!

Em outra parte da doutrina, na aferição de *probable cause* há ainda que se diferenciar entre casos onde há certeza sobre o cometimento do crime, mas incerteza quanto à identidade do autor e situações onde não se tem nem mesmo a certeza sobre o cometimento do crime. No primeiro caso, seria somente necessário um “*less-than-50-percent test*”, enquanto que no segundo, um “*more-likely-than-not test*”²⁹⁸.

Ao analisar esta interpretação, Taslitz *et al* elencam os motivos pelos quais seria aceitável tal diferenciação: “(1) permitting arrests for equivocal conduct would result in more frequente interference with innocent persons than would permitting arrests upon a somewhat general description from a crime victim or witness, which typically are fairly specific in terms of time and location; and (2) the law enforcement need is greater in the victim/witness description situation, because these cases often involve much more serious

²⁹⁶ BURNHAM, *Introduction to the law and legal system of the United States*, p.85.

²⁹⁷ TASLITZ, Andrew E., PARIS, Margaret L., HERBERT, Lenese C. *Constitutional Criminal Procedure*, 5th edition. United States: Foundation Press, 2014, p.190.

²⁹⁸ KAMISAR, Yale; LaFave, Wayne R., ISRAEL, Jerold H., KING Nancy J., KERR, Orin S., PRIMUS, Eve Brensike. *Advanced Criminal Procedure: cases, comments and questions*, 13th edição. Estados Unidos: West, a Thomson Reuters Business, 2012, pp.165-167.

criminal activity as to which experience has shown that the likelihood of apprehending the offender is slight unless he is promptly arrested in the vicinity of the crime”²⁹⁹.

No que diz respeito à jurisprudência, julgamento emblemático na tentativa de definição de *probable cause* foi o caso *Illinois v. Gates*³⁰⁰, em que ficou definido que esta seria algo um pouco menos de 50%³⁰¹.

Apesar da aparente indefinição do conceito, os tribunais estadunidenses consideram-no um critério objetivo, sendo uma clássica definição do teste para sua averiguação o formulado no caso *Beck v. Ohio*³⁰², assim posto: “whether, at the moment the arrest was made [...] the facts and circumstances within their [the officers] knowledge and of which they had reasonably trustworthy information were sufficient to warrant a prudent man in believing that the petitioner had committed or was committing an offense”.

Ainda no que diz respeito a *probable cause*, para se verificar sua ocorrência, aplica-se hoje o chamado *Gates Test*³⁰³, onde ficou assentado o dever de se analisar a totalidade das circunstâncias do caso³⁰⁴.

Prosseguindo, mesmo que não fundamental ao trabalho, é interessante adotar uma visão geral do procedimento nos Estados Unidos, para compreender mais adequadamente os termos utilizados e para visualizar a forma pela qual o processo se desenvolve. E, assim, entender a forma e o momento do cumprimento dos pedidos de cooperação.

Para esta visão geral do processo penal, serão utilizadas as lições de Kamisar *et al.*

A primeira advertência feita pelos autores é a de que não existe um conjunto de procedimentos padrão que possa ser aplicado a todos os casos³⁰⁵.

O que será descrito a seguir é o procedimento típico utilizado em ações destinadas ao processamento de crimes comuns, majoritariamente aceito em todos os Estados.

²⁹⁹ TASLITZ *et al*, **Constitutional Criminal Procedure**, p.190.

³⁰⁰ ESTADOS UNIDOS. 462 U.S. 213 (1983).

³⁰¹ Para Taslitz *et al*: “The most that can be said today, therefore, is that probable cause hovers somewhere just over or just under the 50% mark, depending upon the court and the situation. Probable cause is more than “reasonable suspicion” (a term we will see has great modern significance), arguably less than preponderance, and certainly less than clear and convincing or beyond a reasonable doubt”. TASLITZ *et al*, *op. cit.*, p.191.

³⁰² ESTADOS UNIDOS. 397 U.S. 89, 91 (1964).

³⁰³ ESTADOS UNIDOS. *Illinois v. Gates* 462 U.S. 213 (1983).

³⁰⁴ Criticando este critério, tendo em vista a sua incerteza, ver GRANO, Joseph D. Probable Cause and Common Sense: A Reply to the Critics of *Illinois v. Gates*. U. **Michigan Journal of Law Reform**, Ann Arbor, v. 17, p. 465, 1983.

³⁰⁵ KAMISAR *et al*, **Advanced Criminal Procedure**, p.3.

A segunda advertência é que a escolha dos procedimentos normalmente é discricionária, pois pode ser autorizado por lei, mas não é obrigatório³⁰⁶. Também será observada a ordem cronológica regular de um processo.

Por fim, necessário consignar que os procedimentos estaduais foram levados em consideração nesta análise, tendo em vista que, somados, constituem 97% de todos os processos por *felony*³⁰⁷ e mais de 99% de todos os processos por crimes menos graves (*misdemeanor*). Assim como feito por Kamisar *et al*³⁰⁸, o procedimento foi organizado em 18 passos.

PASSO 1 – Pre-Arrest Investigation³⁰⁹ (Investigação prévia à prisão)

Usualmente, um processo inicia-se com uma investigação, antes que se proceda à prisão do investigado. Interessante notar que, no sistema estadunidense, há diferença entre o que eles chamam investigação reativa (destinada a resolver um crime que já ocorreu) e investigação proativa (destinada a colocar a polícia em posição de responder a um crime desconhecido mas previsto, que esteja acontecendo ou vá acontecer).

A investigação reativa é que ocorre na maior parte das vezes e as atividades nela desempenhadas são muito parecidas com o que ocorre na fase do inquérito policial no Brasil, incluindo a análise da cena do crime, a oitiva de testemunhas e a busca por provas em geral. Também é comum que haja prisão em flagrante.

Já a investigação proativa parece-se, em muitas situações, com uma espécie de policiamento preventivo, envolvendo o levantamento de dados, por exemplo, para que se determine locais onde há grande criminalidade e, assim, alocar maior número de policiais. Em outras situações, porém, envolve outras formas de atuação, como o uso de agentes encobertos.

Por fim, em diversos casos há necessidade de participação de um promotor ou do *grand jury*³¹⁰, para quando alguma medida jurisdicional for necessária, como a intimação de uma testemunha.

PASSO 2 – Arrest³¹¹(Prisão)

Ao contrário do sistema brasileiro, a prisão do investigado é passo ordinário à continuidade do processo criminal (o que não significa que o réu continuará preso).

³⁰⁶ KAMISAR *et al*, **Advanced Criminal Procedure**, p.4.

³⁰⁷ Crimes graves.

³⁰⁸ KAMISAR *et al*, *op. cit.*, p.19.

³⁰⁹ *Ibidem*, pp.6-9.

³¹⁰ Cujo papel será analisado a seguir.

³¹¹ *Ibidem*, pp. 09-10.

Assim que a autoridade policial obtém informações suficientes para justificar a prisão (relacionadas à autoria), normalmente prende o suspeito ou, quando não há urgência, requer a ordem a um juiz.

PASSO 3 – BOOKING

Este procedimento é meramente formal e consiste em um registro da pessoa presa, contendo informações como nome, crime do qual é acusada e horário de chegada na delegacia. Além disso, presos por *felony*³¹² são normalmente fotografados e têm suas impressões digitais recolhidas (em alguns Estados, também é retirada amostra de DNA). Até a realização do *booking*, o preso fica incomunicável, podendo realizar ligações somente após este ato formal.

PASSO 4 – Post-Arrest Investigation (Investigação posterior à prisão)

A prisão do acusado é tida como um grande trunfo para a investigação nos Estados Unidos, pois, assim, a polícia terá a possibilidade de inquiri-lo, de submetê-lo à identificação pela vítima e de obter outros tipos de prova, como sua caligrafia ou DNA (estas práticas não estão incluídas no direito à não auto-incriminação, que prevê somente o testemunho – declarações orais).

PASSO 5 – The Decision to Charge (Apresentação da acusação)

Nos casos de *felony*, normalmente a decisão de apresentar uma acusação é tomada no momento em que a autoridade policial resolve realizar prisão sem mandado. Esta decisão pode ser revertida dentro do Departamento de Polícia, caso haja o entendimento de ter sido a prisão um erro ou de que o caso pode ser melhor resolvido em um “*stationhouse adjustment*”³¹³, como tornar o acusado um informante.

No entanto, a autoridade final sobre a apresentação de uma acusação contra o investigado é o promotor e o modo como esta decisão é tomada depende da fase em que ocorre. Por exemplo, uma decisão de não processar quando já há o *indictment*³¹⁴ necessita de uma moção de *nolle prosequi* do promotor, que deve ser aprovada pela *trial court*³¹⁵. O promotor também pode alterar as indicações feitas pela polícia, reclassificando o crime³¹⁶.

³¹² Crimes mais graves, previstos no artigo 16 da Seção 18 do U.S.C.

³¹³ Acordo realizado em âmbito policial.

³¹⁴ Acusação formal.

³¹⁵ KAMISAR *et al*, **Advanced Criminal Procedure**, p.11.

³¹⁶ *Ibidem*, p.13.

PASSO 6 – Filing the Complaint³¹⁷.

Se a polícia decidir que deve haver acusação e a decisão não for modificada em uma *pre-filing prosecutorial review*, a acusação deve ser apresentada a um juiz, antes da primeira audiência de apresentação programada (passo 8). Esta acusação inicial é chamada de *complaint* e, na maior parte das vezes, constitui-se em um documento bem simples, cuja principal finalidade é estabelecer de forma concisa o delito e as circunstâncias em que ele ocorreu. Interessante notar que este documento deve ser assinado por um “*complainant*”, uma pessoa que presta juramento de que acredita que as alegações são verdadeiras. Essa pessoa normalmente é a vítima ou o investigador do caso. Com a apresentação desta acusação, o investigado torna-se oficialmente réu em um processo criminal.

PASSO 7 – Magistrate Review of the Arrest (Revisão judicial da prisão).

Após a apresentação da acusação e, antes ou durante a apresentação do réu, o juiz deve realizar o que os americanos chamam de “*Gerstein review*” (originado no caso *Gerstein v. Pugh*³¹⁸). Isso ocorre se o réu foi preso sem mandado e continua detido. Esta análise é dedicada à verificação de existência de *probable cause*, semelhante ao que se realiza no passo 2. Se o juiz entender que não está demonstrada *probable cause*, ele pode determinar ao promotor que novas provas sejam produzidas ou pode soltar o réu. Se a prisão foi realizada com base em um mandado, a *Gerstein review* não é necessária.

PASSO 8 – The First Appearance (Primeira apresentação)

O indivíduo preso deve ser apresentado a um juiz, dentro de um período normalmente especificado de 24 a 48 horas (esta apresentação recebe diversos nomes: *first appearance*, *preliminar arraignment* ou *arraignment of the complaint*). Quando a pessoa não foi presa, mas foi citada, não se aplica este prazo, devendo ocorrer sua apresentação dentro de uma semana ou mais, desde sua citação.

³¹⁷ KAMISAR *et al*, **Advanced Criminal Procedure**, p.13.

³¹⁸ ESTADOS UNIDOS. 420 U.S. 103 (1975).

Esta audiência normalmente é breve e tem como finalidade a comunicação do juiz ao réu sobre as acusações contra ele feitas, seus direitos (principalmente o de ser assistido por um advogado) e o procedimento a ser seguido.

Outra finalidade importante é a fixação das condições nas quais o réu pode ser solto (“*setting bail*”, apesar de a fiança não ser mais a única medida possível). Em muitos Estados há o que se chama “*preventive detention*” e o juiz pode determinar que o réu permaneça preso.

PASSO 9 – Preliminary Hearing (Audiência Preliminar)

Após a *first appearance*, normalmente ocorre esta audiência preliminar, que deve acontecer em um prazo de uma ou duas semanas, se o réu estiver preso. A utilização desta audiência, no entanto, varia bastante. Em alguns estados ela pode não ocorrer se o promotor conseguir um indiciamento pelo *grand jury* ou, ainda, o réu pode renunciar a este se se declarar culpado.

A principal finalidade é a análise do magistrado para verificar se o caso possui condição de prosseguir. É o exame da *probable cause*, mas, desta vez, com contraditório.

Se o juiz entender presentes as condições para o prosseguimento da ação, remeterá o caso ao *grand jury* ou ao *general trial court*, dependendo das regras de cada jurisdição. O juiz pode, ainda, neste momento, reclassificar o delito (*misdemeanor*) ou entender que não há provas suficientes e encerrar o caso.

PASSO 10 – Grand Jury Review (Revisão pelo Grand Jury)

Todos os Estados norte-americanos possuem legislação prevendo a revisão de casos envolvendo crimes graves (*felony*) pelo *grand jury*. Esta, no entanto, somente é obrigatória se os processos tiverem de ser instituídos por um *indictment*.

O *grand jury* é selecionado aleatoriamente dentro do mesmo quadro de possíveis jurados para o *trial jury*. Aqui, porém, eles não são selecionados para um único caso, mas para exercerem a função de jurados por um determinado período, que pode durar meses.

O *grand jury* irá determinar se o caso reúne condições suficientes para prosseguir (assim como em uma *preliminary hearing*). Aqui, o júri reúne-se em sessão fechada e irá analisar somente as provas apresentadas pela acusação. O réu não tem direito

nem a participar da sessão e nem de apresentar provas. Se a maioria dos jurados aprovar a acusação, proceder-se-á a um *formal indictment*.

PASSO 11 – The Filing of the Indictment or Information

Se for realizada uma acusação formal, ela será registrada pela *general trial court* e substituirá o *complaint*. Se não for necessária uma acusação formal, será apresentada pelo procurador uma informação diretamente ao *grand jury*.

PASSO 12 – Arraignment on the Information or Indictment

Depois da acusação formal, o réu deve comparecer perante a *trial court*, onde será informado das acusações contra ele feitas e deverá se declarar culpado, não culpado ou, em algumas circunstâncias poderá alegar *nolo contendere*³¹⁹. Normalmente é a partir desta fase que se iniciam as conversas com o promotor em busca de um acordo. Até este ponto, os advogados não têm idéia da gravidade das acusações e, por isso, são comuns as declarações de não culpado.

PASSO 13 – Pretrial Motions

Na maior parte das jurisdições, muitas matérias podem ser levantadas por uma *pretrial motion*. Normalmente são questões relativas aos procedimentos de *indictment* do *grand jury*, à acusação (suficiência, prazo), a requerimentos de *discovery* e a provas obtidas de forma inconstitucional.

PASSO 14: Guilty Plea Negotiation and Acceptance

A maior parte dos casos de *felony* acaba sendo objeto de um *plea agrément* (acordo), onde o promotor oferece algumas concessões em troca da declaração do réu. Este acordo será submetido ao *trial court* que poderá analisar se está de acordo com a lei, mas não poderá questionar o seu mérito. O papel do juiz, neste caso, é assegurar-se de que o réu compreenda todas as implicações de suas ações. Após, o juiz marcará uma data para proferir a sentença.

³¹⁹ “... a plea in which the defendant accepts a judgment of conviction, but does not admit guilt”. KAMISAR *et al*, **Advanced Criminal Procedure**, p.16.

PASSO 15: The Trial (Julgamento)

Não havendo acordo, o próximo passo será o julgamento. Kamisar *et al*³²⁰ pontuam que um julgamento criminal parece-se muito com um civil, distinguindo-se daquele nos seguintes pontos: “(1) the presumption of defendant’s innocence; (2) the requirement of proof beyond a reasonable doubt; (3) the right of the defendant not to take the stand; (4) the exclusion of evidence obtained by the state in a illegal manner; and (5) the more frequent use (by the prosecution) of incriminating statements previously made by the defendant (often to police)”.

Kamisar *et al* ainda alertam ao fato de que a maior parte dos casos de *felony* acaba ou em uma declaração de culpa ou em rejeição, sendo as declarações de culpa muito superiores em número. Em 2007, somente 3% resultaram em julgamento. Mesmo com esta baixa porcentagem, há 75.000 julgamentos por *felony* ao ano.

PASSO 16: Sentencing (Sentença)

A sentença é proferida após a condenação. Podem ser aplicadas três espécies de sanção: “financial sanctions (e.g., fines, restitution orders); some form of release into the community (e.g., probation, unsupervised release, house arrest); and incarceration in a jail (for lesser sentences) or prison (for longer sentences)”³²¹.

PASSO 17: Appeals (Recursos)

Interessante observar que a acusação pode recorrer de alguns tipos de rejeição do caso, mas não pode recorrer de uma absolvição³²².

Assim, quanto aos recursos da defesa, para as condenações impostas por um tribunal, a apelação inicial é para um *intermediate appellate court*. Se o Estado não possuir um, a apelação irá diretamente para a corte estadual de última instância. A matéria passível de análise na apelação é bastante variada, mas pelo que se observou, satisfaz o direito ao duplo grau de jurisdição.

PASSO 18. Collateral Remedies.

Depois de esgotados os procedimentos de apelação, o réu pode se utilizar de outros instrumentos pós-condenação, que possuem requisitos muito mais rígidos³²³.

³²⁰ KAMISAR *et al*, **Advanced Criminal Procedure**, p.17.

³²¹ *Ibidem*, p. 18.

³²² KAMISAR *et al*, *loc.cit.*

Quanto ao *habeas corpus*, trata-se de remédio que somente pode ser utilizado após uma condenação e de instituto tipicamente federal. Segundo Kamisar *et al*, são impetrados cerca de 17.000 *habeas corpus* ao ano (o que significa 1 para 14 casos civis nos tribunais distritais³²⁴). O *habeas corpus* norte-americano é descendente de seu ancestral da *common law*, que implicava uma ordem para que o preso fosse trazido imediatamente perante um juiz. O *habeas corpus* vem previsto na Constituição, em uma cláusula conhecida como “Suspension Clause”, que dispõe em seu artigo I: “[T]he privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended, unless when in Cases of Rebellion or Invasion the Public Safety may require it”.

A norma que prevê sua regulamentação é o 28 U.S.C. §§ 2241-2266 e sua utilização somente é possível por quem esteja *detained* ou *in custody*. A interpretação deste dispositivo tem sido mais ampla, no entanto, incluindo “probationers and parolees; petitioners released unconditionally who where incarcerated at the time they filed their petitions; and prisoners convicted of more than one offense, who challenge a conviction carrying a sentence to be served after completing their present sentence (CRIMPROC § 28.3 (a))³²⁵.

Visto o procedimento padrão, antes de adentrar a análise das normas de cooperação, há que se traçar breves linhas sobre o direito probatório estadunidense (law of evidence).

Este direito, assim como o direito processual, traz a marca tanto do sistema adversarial quanto da instituição do júri. A iniciativa da produção da prova é das partes, bem como a fiscalização sobre sua admissibilidade. A responsabilidade sobre a produção da prova recai sobre elas e as decisões sobre fatos somente podem ser embasadas nas provas trazidas perante o tribunal³²⁶.

Além disso, este *law of evidence* possui diversos critérios para possibilitar a admissibilidade das provas e a sua forma de produção, ganhando relevo ainda as *exclusionary rules of evidence*, que visam a “evitar que o julgado do mérito tenha seu convencimento influenciado por provas incriminadoras contundentes, risco que seria inevitável caso ele pudesse emitir o juízo de admissibilidade dessas mesmas provas ou

³²³ KAMISAR *et al*, **Advanced Criminal Procedure**, p.19.

³²⁴ *Ibidem*, p.570.

³²⁵ *Ibidem*, p.1570.

³²⁶ FARNSWORTH, **An introduction to the legal system of the United States**, p. 127.

mesmo presenciar a discussão das partes, e a subsequente decisão do juiz sobre essa questão da admissibilidade³²⁷”.

Assim, o sistema estadunidense possui regras de exclusão bastante rígidas, o que acarreta regras de CJI também bastante minudentes, com a finalidade de assegurar a admissibilidade da prova no processo nacional.

1.3. *Cooperação Jurídica Internacional*

Os Estados Unidos possuem vasto número de dispositivos legais que regem a matéria, além de diversos acordos, que abrangem vários aspectos da cooperação. Mais do que isso, também possuem jurisprudência bastante sedimentada sobre diversos assuntos e suas autoridades têm ampla experiência em cooperação. Tendo isso em vista, constituem fonte, assim, de inspiração para uma reflexão sobre a matéria.

No entanto, nem somente experiências boas advêm de seu modelo. Algumas não devem ser consideradas. A primeira advertência, assim, que deve ser feita é que, desde os ataques terroristas de 11 de setembro, houve uma grande mudança na forma com que os oficiais estadunidenses buscam provas no exterior³²⁸.

Durante o governo de George W. Bush foram cometidos vários atos ilegais, como sequestro, “*extraordinary rendition*”, prisões sem comunicação por tempo indeterminado e a utilização de tortura.

Obviamente, estes atos jamais seriam aceitos como legais pelos tribunais estadunidenses, sendo então instituído um sistema paralelo de comissões militares que seriam responsáveis pelos casos de terrorismo (os jurados são militares e a votação por maioria, não por consenso).

Assim, hoje, nos Estados Unidos, há duas espécies de regras, de tribunais e de acusados. Um dos sistemas para os acusados comuns e outro para o “*enemy combatant*”.

³²⁷ MALAN, **Direito ao confronto no processo penal**, p.36.

³²⁸ THAMAN, Stephen C. Report on USA. RUGGERI, Stefano (editor). **Transnational Inquiries and the protection of fundamental rights in criminal proceedings**: a study in memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina. Springer: Verlag Berlin Heidelber, 2013, pp. 509-529, p.511.

Estes últimos são privados da maioria dos direitos constitucionais garantidos ao cidadão comum³²⁹.

Em virtude da absoluta incompatibilidade deste sistema com a mínima proteção de direitos humanos, o sistema formado por comissões militares não será estudado.

A cooperação dos Estados Unidos com a União Européia também possui uma série de particularidades. Em 25 de junho de 2003, os Estados Unidos assinaram um MLAT com a União Européia, cujo objeto é a negociação de tratados suplementares entre eles para incluir determinadas medidas e a negociação de tratados em caso de inexistirem.

Assim, os Estados Unidos negociaram tratados suplementares com 20 países e MLATS com outros 7. Todos esses tratados entraram vigor em 01º de fevereiro de 2010.

Os principais tipos de assistência incluídos são:

- a) identificação de informações e contas bancárias;
- b) formação de equipes de investigação conjuntas;
- c) videoconferência para oitiva de testemunhas no Estado requerido;
- d) solicitação de pedidos de cooperação por autoridades administrativas investigando condutas com a finalidade de um processo penal ou referentes a investigações criminais.

Feitas estas advertências, passa-se, então, à análise do sistema de cooperação regular.

A cooperação internacional nos Estados Unidos tem regulamentação extensa, sendo regida pelas normas e princípios constitucionais, por normas federais e estaduais, havendo grande influência, conforme analisado, da jurisprudência. Além disso, o direito estrangeiro também desempenha seu papel neste procedimento.

As normas constitucionais aplicam-se a todas as formas de cooperação, mas a regulamentação infraconstitucional é bastante específica a depender de sua base (se há ou não tratado ou outra espécie de acordo sobre a matéria).

Além disso, a existência de MLAT modifica sobremaneira os procedimentos de cooperação em matéria penal, assim como a existência de acordos relacionados a áreas específicas, como drogas e corrupção, além dos acordos tributários.

³²⁹ THAMAN, Report on USA, p.511.

Primeiramente, quanto às garantias constitucionais processuais aplicáveis à cooperação, deve-se atentar ao fato de que, em regra, são as mesmas garantidas ao processo interno, com algumas peculiaridades, uma vez que a Suprema Corte entende que determinados direitos somente são aplicáveis a cidadãos norte-americanos e, ainda que venha sendo mitigada, prevalece a regra do *non-inquiry* quando a diligência objeto da cooperação for executada sem qualquer interferência de autoridades estadunidenses. Elas serão mais detidamente analisadas no próximo capítulo, ao adentrar-se ao estudo dos problemas advindos da cooperação, com especial ênfase às garantias inerentes à defesa.

Deve-se frisar também que, em virtude do modelo federativo, as normas federais não se aplicam de maneira geral aos Estados.

A maior parte dos casos de cooperação nos EUA ocorre em casos de jurisdição federal. Porém, não se exclui a possibilidade de que seja necessária em casos estaduais e, portanto, é importante entender um pouco sobre sua regulamentação.

Quanto à aplicação das cláusulas constitucionais, aplicam-se a *Confrontation Clause*, *Compulsory Process Clause*, *Search and Seizure Clause*, e a *Self-Incrimination Clause* das 4ª, 5ª e 6ª Emendas, como decorrência da aplicação da Cláusula do Devido Processo prevista na 14ª Emenda.

Interessante notar que a maioria (se não todas) das constituições estaduais possuem disposições similares à Constituição Federal.

Assim, as garantias possuem proteção mínima equivalente, podendo os Estados as ampliarem.

A maior parte das normas federais, no entanto, não são aplicáveis aos casos estaduais. Abbell³³⁰ cita como exemplo o 28 U.S.C. § 1783, que não autoriza a aplicação de uma pena por autoridades estaduais a um nacional ou residente estadunidense no exterior para obrigá-lo a comparecer como testemunha, os 18 U.S.C. §§ 3491 a 3496 e o 18 U.S.C. § 3505 não se aplicam à autenticação e certificação de registros de negócios estrangeiros, o 18 U.S.C. § 3292 não permite a extensão do prazo prescricional em casos criminais estaduais, e 18 U.S.C. § 3161 (h) (8) não afeta o período de demora excusável pela *Speedy Trial Act*. Da mesma forma, não têm aplicação imediata as *Federal Rules of Criminal Procedure*, *Federal Rules of Civil Procedure* e *Federal Rules of Evidence*.

Outras normas federais, no entanto, são aplicáveis. Por exemplo, o 28 U.S.C. § 1781 permite que o Departamento de Estado receba e envie cartas rogatórias em

³³⁰ ABBELL, *Obtaining Evidence Abroad in Criminal Cases* 2010. p.82.

casos estaduais, não impedindo que as cortes estaduais as encaminhem diretamente a tribunais no exterior para fins de execução. Também se aplica a *Convention Abolishing the Legalisation of Foreign Public Documents* aos processos de competência estadual³³¹.

Além disso, se a lei do país requerido permitir, oficiais consulares também podem tomar *depositions* para serem utilizados em processos estaduais.

Mais ainda, dois terços dos Estados promulgaram normas de processo penal que permitem a utilização de cooperação jurídica internacional³³².

1.3.1. Cooperação ativa

Quanto à cooperação ativa, as formas pelas quais o Estados Unidos podem solicitar cooperação são inúmeras (ao contrário da cooperação passiva, com escassa regulamentação). Esta regulamentação foi sendo modificada com o tempo, de maneira a aumentar suas possibilidades e diminuir o impacto no ordenamento interno.

Os meios de cooperação podem ser divididos, para a finalidade deste estudo, em: 1. meios previstos em leis internas (e que, portanto, podem ser utilizados na ausência de tratado e que constituem, na maior parte das vezes, atuação extraterritorial dos Estados Unidos); 2. meios de cooperação utilizados quando inexistir tratado; 3. meios previstos em tratados (de diferentes espécies) e 4. uso de medidas coercitivas.

1.3.1.1. Meios previstos na legislação interna

A legislação federal estadunidense prevê diversas formas de cooperação em matéria penal, principalmente previstas no U.S. Code³³³, mais especificamente em suas sessões 18 e 28, e nas *Federal Rules of Procedure and Evidence*.

³³¹ ABBELL, *Obtaining Evidence Abroad in Criminal Cases 2010*. p.83.

³³² *Ibidem*, p.83.

³³³ Segundo informações do site oficial: The United States Code is a consolidation and codification by subject matter of the general and permanent laws of the United States. It is prepared by the Office of the Law Revision Counsel of the United States House of Representatives. Disponível em: <http://uscode.house.gov/>. Nesta página eletrônica também é possível encontrar todos os dispositivos do U.S. Code. Acesso em 15.12.2014.

As *Federal Rules of Procedure and Evidence* possuem diversas provisões mais específicas com relação à produção e à validade de provas produzidas no exterior. Atente-se ao fato de que as regras de processo criminal são primariamente as aplicáveis, mas muitas remetem aos procedimentos das regras de processo civil, ressaltando as peculiaridades próprias do processo penal.

A maior parte das regras e das discussões envolvem provas testemunhais, que devem ser tomadas por *depositions*, diante da impossibilidade da presença física da testemunha. Outro campo a que estas regras se dedicam é o das provas documentais³³⁴.

Quanto ao U.S. Code, o 28 U.S.C. § 1741 prevê o formato que devem ter os documentos estrangeiros oficiais. Esta previsão é bastante interessante, sendo a única do Código que se refere à admissibilidade de provas obtidas por cooperação. Estes dispositivos são complementados pelas *Federal Rules of Criminal Procedure* e as de *Civil Procedure* e também pela Convenção Relativa à Supressão da Exigência da Legalização dos Atos Públicos Estrangeiros da Haia (*Hague Convention Abolishing the Requirements of Legalisation for Foreign Public Documents*)³³⁵.

O 18 U.S.C. §§ 3491 a 3496 prevê a admissão de registros de negócios estrangeiros obtidos por delegação.

O Congresso estadunidense aprovou a regulamentação já em 1936, para permitir que tanto acusação quanto defesa obtenham registros de negócios de maneira admissível em um julgamento nacional. Desde então, foram realizadas pequenas adaptações, incorporadas suas disposições ao 18 U.S.C. §§ 3491 a 3496.

Em linhas gerais, esta norma permite que um Tribunal mande uma ordem, uma delegação (*commission*) a um oficial consular norte-americano, que poderá colher as declarações de uma testemunha de forma oral ou escrita, com a finalidade de verificar se um documento a ser utilizado em um procedimento criminal é genuíno e se os requisitos de autenticidade das *Federal Rules of Evidence* foram obedecidos. Se o oficial consular entender ser a resposta positiva, o referido documento poderá ser utilizado como prova.

O U.S. Code também prevê a possibilidade de que possa ser tomado um *deposition* perante um oficial consular.

³³⁴ O 28 U.S.C. §1741 autoriza a utilização como prova de uma cópia, um resumo ou excerto de um documento oficial estrangeiro devidamente autenticado. Esta autenticação está regulamentada nas Federal Rules of Criminal Procedure (Rule 27), nas Federal Rules of Civil Procedure (Rule 44), Federal Rules of Evidence (Rule 902(3)) e na Convenção da Haia (Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents). Outra forma de autenticação é o testemunho em juízo de um oficial estrangeiro (*United States v. Childs*, 5 F.3d 1328, 1335-36 (9th Cir. 1993))

³³⁵ ABBELL, **Obtaining Evidence Abroad in Criminal Cases 2010**, p.32. O Brasil não é signatário desta convenção.

Os oficiais consulares estadunidenses são autorizados a tomar depoimentos e a praticar atos notariais em seus postos quando estiverem a serviço dos Estados Unidos, com a mesma força legal daquelas pessoas autorizadas a praticar estes mesmos atos nos EUA (22 U.S.C. § 4221 e também 18 U.S.C. par. 3491 a 3496).

A Regra 15 (d) das *Federal Rules of Criminal Procedure* adota os procedimentos previstos na regra 28 (b) de procedimentos civis quanto aos depoimentos em outros países, que devem ser realizados perante pessoa autorizada a tomar juramentos. Pela regra referenciada, o oficial consular possui tais poderes.

Desta forma, se uma testemunha que se encontra em outro país é nacional estadunidense ou residente, que pode ser obrigada a comparecer perante uma autoridade consular americana nos termos do 28 U.S.C. § 1783, ou se a testemunha é nacional de outro país e decide comparecer voluntariamente, seu comparecimento perante uma autoridade consular constitui prova válida.

Já a Seção 3507 foi acrescida ao título 18 em 1984 para permitir que um juiz federal indicasse um “special master” destinado a presidir ou a assistir a tomada de depoimento em um país estrangeiro, nos termos da Regra 15 das *Federal Rules of Criminal Procedure*³³⁶.

Abbell³³⁷ aponta como um dos motivos para que o Departamento de Justiça propusesse a incorporação deste dispositivo a possibilidade de impedir “manobras” dilatórias da defesa, pois, havendo uma autoridade enviada ao local da colheita da prova, ela poderia resolver, ainda no momento da tomada do depoimento, os óbices apresentados pela defesa. O autor também esclarece que, devido ao custo e ao tempo de preparação para indicar um *special master*, esta possibilidade fica reservada aos casos mais complexos.

Outra norma interessante é a que prevê a suspensão da prescrição para permitir aos EUA obter provas do exterior.

Esta medida é prevista no 18 U.S.C. § 3292³³⁸ e sua proposta de inserção no Código teve por finalidade impedir a ocorrência de prescrição em casos complexos (o

³³⁶ No caso *United States v. Gifford*, 892 F.2d 263 (3d Cir. 1989) o tribunal indicou com “special master” para acompanhar um depoimento um juiz distrital aposentado.

³³⁷ ABBELL, *Obtaining Evidence Abroad in Criminal Cases 2010*, p.39.

³³⁸ §3292. Suspension of limitations to permit United States to obtain foreign evidence

(a)(1) Upon application of the United States, filed before return of an indictment, indicating that evidence of an offense is in a foreign country, the district court before which a grand jury is impaneled to investigate the offense shall suspend the running of the statute of limitations for the offense if the court finds by a preponderance of the evidence that an official request has been made for such evidence and that it reasonably appears, or reasonably appeared at the time the request was made, that such evidence is, or was, in such foreign country.

(2) The court shall rule upon such application not later than thirty days after the filing of the application.

prazo prescricional previsto para a maioria dos crimes federais é de 5 anos, sendo de 6 anos para os *federal tax offenses*), tendo em vista que estes casos demoram para ser descobertos e o prazo de sua investigação é bastante longo. Atente-se ao fato de que uma das justificativas utilizadas foi a manutenção da equidade com relação às pessoas que se “aproveitam” das dificuldades oriundas de uma investigação no exterior³³⁹.

Por meio deste dispositivo, o lapso prescricional pode ser acrescido por até 3 anos, mediante *ex parte* autorização do tribunal, que deve entender que a prova que se busca no exterior é preponderante. Este prazo é contado entre a solicitação e “ação final” praticada pelo Estado requerido.

Em uma emblemática decisão (*United States v. Bischel*³⁴⁰), a corte de apelação tumultuou o entendimento acerca deste dispositivo, ressaltando alguns pontos: “(1) what action by the country from which information is requested constitutes “final action” pursuant to subsections (b) and (c); (2) how the period of suspension of limitations should be determined when final action is not completed prior to the expiration of the period of limitations that would otherwise be applicable; (3) whether an application for the suspension of the running of the statute of limitations can be made after final action on the official request for information from the requested country has been taken by that country; and (4) whether the application for the suspension of the running of the statute of limitations can be filed after the otherwise applicable period of limitations expired”³⁴¹.

Com relação à primeira pergunta, para determinar qual o ato do país se constitui em “ação final”, deve-se levar em consideração que a Seção 3292 tem a finalidade de suspender a prescrição somente enquanto uma prova está sendo obtida em uma investigação de *grand jury* para determinar o momento do *indictment*. Neste momento não se aplicam as regras de admissibilidade de prova. Por exemplo, se a prova perquirida consistir em um documento que necessita de certificação e o país requerido enviar os

(b) Except as provided in subsection (c) of this section, a period of suspension under this section shall begin on the date on which the official request is made and end on the date on which the foreign court or authority takes final action on the request.

(c) The total of all periods of suspension under this section with respect to an offense.

(1) shall not exceed three years; and

(2) shall not extend a period within which a criminal case must be initiated for more than six months if all foreign authorities take final action before such period would expire without regard to this section.

(d) As used in this section, the term “official request” means a letter rogatory, a request under a treaty or convention, or any other request for evidence made by a court of the United States or an authority of the United States having criminal law enforcement responsibility, to a court or other authority of a foreign country.

³³⁹ ABBELL, *Obtaining Evidence Abroad in Criminal Cases* 2010, p.41.

³⁴⁰ ESTADOS UNIDOS. 61 F 3d at 1432-36.

³⁴¹ ABBELL, *op.cit.*, pp.43-44.

documentos desacompanhados dela. Neste caso, o momento final será o envio dos documentos, tendo em vista que a certificação não é necessária para os procedimentos do *grand jury*³⁴².

Quanto à segunda pergunta, deve-se ter em conta que a mesma legislação que criou essa suspensão prevista na Seção 3292 acresceu uma previsão ao § 3161 (h) (8) para permitir a admissão de provas obtidas no exterior com prazo superior a um ano, sendo exceção à *Speed Trial Act*³⁴³. Para esta finalidade, seria relevante o momento do encaminhamento da certificação pelo país requerido.

Não se pode conceber também que o governo possa ressuscitar um caso em que já tenha ocorrido a prescrição. A Suprema Corte já decidiu que reviver um prazo prescricional já expirado consistiria em violação à cláusula constitucional *ex post facto*³⁴⁴.

Por fim, a Seção 3292 deve ser interpretada em conjunto com outras normas. Assim, o *indictment* consiste em uma linha divisória com relação à correta legislação a ser aplicada. Esta Seção somente pode ser utilizada **antes** do *indictment*. Após este marco, será utilizada a Seção 3161 (h) (8).

Esta norma foi e continua a ser alvo de diversos questionamentos, tendo os tribunais estadunidenses decidido sobre diversos aspectos acerca de sua aplicação³⁴⁵.

Ainda no campo das medidas que interferem no processo interno em virtude das peculiaridades da cooperação, o Código prevê a ampliação dos prazos dispostos na *Speedy Trial Act*.

Para o correto entendimento acerca deste dispositivo, é preciso relembrar que a maior parte das provas obtidas nos procedimentos do *grand jury* não são admissíveis em um julgamento criminal federal. E, porque obter as provas com estes requisitos no exterior demanda maior tempo, há a previsão de exceção nestes casos ao *Speedy Trial Act* (§3161 do 18 U.S.C.). Esta exceção aplica-se aos períodos entre a prisão e o *indictment* e entre este e a data em que o julgamento deve ser iniciado e pode chegar a um ano. Porém, a parte deve demonstrar diligência na obtenção da prova³⁴⁶.

Outro dispositivo interessante prevê que os nacionais estadunidenses ou residentes, ao peticionarem perante uma autoridade estrangeira, devem requerer

³⁴² ABBELL, *Obtaining Evidence Abroad in Criminal Cases 2010*, p.44.

³⁴³ A *Speedy Trial Act* de 1974 consta do 18 U.S.C. §§ 3161-3174 e estabelece prazos para os diversos estágios de um processo criminal federal.

³⁴⁴ ESTADOS UNIDOS. *Stogner v. California*, 539 U.S. 607, 632-33 (2003).

³⁴⁵ Abbell elenca alguns destes aspectos sua obra. ABBELL, *Obtaining Evidence Abroad in Criminal Cases 2010*, p. 47.

³⁴⁶ ESTADOS UNIDOS. *United States v. Serna*, 630 F. Supp. 779, 783-84 (S.D.N.Y. 1986). *Ibidem*, p.48.

expressamente que ela envie uma cópia ao *Attorney General* ou ao promotor encarregado do caso (18 U.S.C. § 3506).

Tal modificação (inserida em 1984) foi inspirada na prática relativa à aplicação do MLAT entre Estados Unidos e Suíça.

Era comum que os afetados pela cooperação apresentassem objeções aos pedidos de cooperação perante as autoridades suíças, e a legislação daquele país proíbe a divulgação de tais manifestações³⁴⁷.

Esta proibição obstava que as autoridades estadunidenses pudessem se manifestar em favor do cumprimento do pedido. Com este dispositivo, estas autoridades devem ser informadas e, assim, terão oportunidade de atuar perante a autoridade estrangeira.

Note-se que não existe dispositivo semelhante que beneficie a defesa, que continua a desconhecer, na maior parte das vezes, que contra ela existe um pedido de cooperação jurídica internacional.

Prosseguindo, o 18 U.S.C. § 3508 trata da transferência de testemunha em custódia em outro país para os Estados Unidos.

Este dispositivo somente aplica-se na inexistência de tratado, pois, caso contrário, serão suas disposições as aplicáveis (medida prevista em diversos MLATs e no MLAT Brasil-Estados Unidos).

Por fim, ao conferir ao *Attorney General* total discricionariedade sobre a requisição de uma testemunha nessas circunstâncias, a lei conferiu a ele a possibilidade de evitar o comparecimento de testemunhas que possam ser importantes para a defesa.

No entanto, nesta hipótese, se o *Attorney General* assim atuar, pode ser alegada violação ao processo legal previsto na Constituição³⁴⁸.

Já os 28 U.S.C. §§ 1783 e 1784 prevêm a possibilidade de compelir a produção de provas por nacionais estadunidenses ou residentes que estejam no exterior (medida a ser melhor detalhada no estudo das medidas coercitivas).

Por fim, o Congresso norte-americano aprovou diversas leis para conferir incentivos aos países que colaborassem com os pedidos de cooperação dos Estados Unidos³⁴⁹.

³⁴⁷ ABBELL, *Obtaining Evidence Abroad in Criminal Cases* 2010, p.50.

³⁴⁸ ESTADOS UNIDOS. *United States v. Filippi*, 918 F.2d 244, 247 (1st Cir. 1990). *Ibidem*, p.53.

³⁴⁹ *Ibidem*, p.55.

A principal encontra-se no 18 U.S.C. § 98 (i) (1), que permite ao *Attorney General* transferir parte dos bens apreendidos aos países que tenham participado diretamente ou indiretamente na apreensão destes bens.

Pode-se dizer ser a mesma intenção do dispositivo da Lei de Lavagem de Dinheiro³⁵⁰ quando propõe a divisão dos ativos recuperados.

Outros exemplos também são encontrados em incentivos dados a países do Caribe para celebrarem acordos fiscais com os EUA (26 U.S.C. §274 (h) (6), §§ 722 e seguintes, § 936 (d) (4)).

1.3.1.2. Cooperação na ausência de tratado

Além das formas previstas na legislação interna (há dispositivos que somente podem ser utilizados na ausência de tratado e outros que podem ser utilizados nos dois casos – geralmente os dispositivos que disciplinam as consequências no ordenamento interno), na ausência de um MLAT, há diversas formas de cooperação que podem ser utilizadas pelos Estados Unidos e serão analisadas neste tópico.

1.3.1.2.1 Assistência policial

Órgãos de investigação estrangeiros frequentemente encaminham aos Estados Unidos informações acerca de registros públicos. Abbell³⁵¹ cita como exemplos, informações sobre identificação (cópias de certidão de nascimento, carteira de motorista), cópia de registros comerciais (nomes e endereços de empresas, nomes de diretores), registros imobiliários e registros de propriedade (nomes dos proprietários e naves, embarcações e carros). E, se não proibido por suas leis internas, agências de investigação encaminham informações e documentos existentes em seus arquivos (fotos, histórico

³⁵⁰ Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, art. 8º, § 2º: “Na falta de tratado ou convenção, os bens, direitos ou valores privados sujeitos a medidas assecuratórias por solicitação de autoridade estrangeira competente ou os recursos provenientes da sua alienação serão repartidos entre o Estado requerente e o Brasil, na proporção de metade, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé”. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

³⁵¹ ABBELL, *Obtaining Evidence Abroad in Criminal Cases 2010*, p.88.

criminal, impressões digitais). A maior parte destas informações é transmitida por meio da Interpol³⁵².

Este canal é utilizado frequentemente para a localização de pessoas, podendo ser empregado para a entrega de intimações e comunicações, como a intimação para comparecer perante um tribunal nos Estados Unidos para testemunhar (28 U.S.C. § 1783). Neste último caso, dependerá do disposto na legislação de cada país.

Outras medidas secundárias também podem ser solicitadas para auxiliar uma investigação, como obter registros de hotéis, tirar fotografias ou ouvir testemunhas secundárias.

O número de investigações conjuntas também tem aumentado e podem ocorrer em virtude de acordos formais (como num MLAT) ou informais entre os órgãos e governos envolvidos. São comuns em crimes como tráfico de drogas, mas também de terrorismo, corrupção e *cybercrime*.

Outra forma de cooperação policial ocorre por meio de atividades desenvolvidas pela própria polícia estadunidense em território estrangeiro, como a utilização de agentes infiltrados. Nesses casos, a forma de execução dependerá da legislação do país onde a medida ocorrerá (há países que permitem esta atuação, mas sob a direção de autoridades locais)³⁵³.

Por fim, há possibilidade de que *depositions* em países estrangeiros sejam tomados por autoridades consulares estadunidenses ou por autoridades com essa atribuição.

1.3.1.2.2. Cartas Rogatórias

A primeira norma federal acerca deste instrumento foi introduzida nos Estados Unidos em 1964 (Pub. L. n. 88-619, 78 Stat.995 (1964), acrescentando um novo §

³⁵² A Interpol (Organização Internacional de Polícia Criminal - International Criminal Police Organization), é uma organização internacional que auxilia a cooperação de polícias de diferentes países, contando hoje com 190 membros. Sobre a Interpol, ver <http://www.interpol.int/>. Acesso em 15.12.2014. No Brasil, é representada pelo Departamento de Polícia Federal.

³⁵³ ABBELL, *Obtaining Evidence Abroad in Criminal Cases 2010*, p.88.

1781 ao capítulo 28 U.S.C.³⁵⁴, tendo o Departamento de Estado sido instituído como autoridade central.

E, tendo em vista que a lei não limitou esta regulamentação aos procedimentos civis, interpretou-se também como sendo aplicável aos julgamentos criminais e aos procedimentos do *grand jury*³⁵⁵.

Normalmente, as cartas rogatórias são transmitidas pelos canais diplomáticos (28 U.S.C. §1781). No entanto, o *Office of International Affairs, Criminal Division, U.S. Department of Justice* fez acordos informais com seus congêneres estrangeiros para transmitir e monitorar as cartas rogatórias expedidas em nome da acusação³⁵⁶.

O item b deste artigo, no entanto, possibilita o encaminhamento direto entre tribunais e autoridades dos países envolvidos, tanto na cooperação passiva quanto na ativa, sendo inovação em relação ao ordenamento brasileiro.

Após o *indictment*, tanto a defesa quanto a acusação podem pedir ao tribunal, no “interesse da justiça”, e nos termos da Regra 15 das *Federal Rules of Criminal Procedure*, que seja tomado o depoimento de uma testemunha fora dos Estados Unidos que se recuse a comparecer e que não possa ser obrigada a isso. Também pode ser solicitado que a testemunha produza algum documento específico ou outro tipo de prova³⁵⁷. Assim, quando não é possível a tomada de *depositions* por meio da Regra 15 das Federal Rules e não há acordo assinado com o país onde se encontra a testemunha, a carta rogatória deve ser utilizada.

A carta rogatória pode ser expedida a qualquer momento do processo. Em um procedimento do *grand jury*, pode ser expedida antes da apresentação formal da acusação³⁵⁸. Neste caso, será processada sem uma parte adversa. Se depois de formalizada a acusação, será necessário o contraditório.

Interessante notar que, se a carta rogatória for cumprida antes da acusação formal, o testemunho obtido não pode ser utilizado como prova, pois feriria o direito ao confronto. Porém, se registros de negócios forem obtidos antes, mas sua certificação for obtida somente depois, a prova será admitida (18 U.S.C. § 3505).

³⁵⁴ ABBELL, *Obtaining Evidence Abroad in Criminal Cases* 2010, p.92.

³⁵⁵ *Ibidem*, p.91.

³⁵⁶ *Ibidem*, p.92.

³⁵⁷ Ristau descreve em sua obra os requisitos da carta rogatória de maneira pormenorizada. RISTAU, Bruno A. International Cooperation in Penal Matters: The “Lockheed Agreements”. *Michigan Yearbook of International Legal Studies* 85, New York, pp.85-90, 1983, p.93.

³⁵⁸ ESTADOS UNIDOS. *United States v. Reagan*, 453 F.2d 165 (6th Cir. 1971).

Ainda, para garantir direito ao confronto, a carta rogatória deve especificar os procedimentos a serem seguidos.

Por fim, as rogatórias da acusação podem ser tramitadas pelo OIA, que monitora seu cumprimento e pode transmiti-las diretamente a outras autoridades centrais, tornando o procedimento mais célere e eficaz do que o das cartas rogatórias transmitidas por meios diplomáticos.

A utilização de cartas rogatórias, porém, traz diversos problemas internos. Primeiro, porque somente podem ser utilizadas em um procedimento de *grand jury*. Assim, só será viabilizada se já houver procedimento judicial instaurado. Se uma autoridade policial precisar de uma medida a ser obtida por meio de CR, deverá convencer um promotor a iniciar um procedimento judicial a fim de obter a medida almejada³⁵⁹.

E ainda que o convença, pode haver proibição, no Estado requerido, de cumprir CR neste tipo de procedimento.

Acrescente-se a morosidade que cerca as CRs. Tanto que, no Manual do Departamento de Justiça³⁶⁰, consta:

Letters rogatory are the customary method for obtaining assistance from abroad in the absence of a treaty or executive agreement. A letter rogatory is a request from a judge in the United States to the judiciary of a foreign country requesting the performance of an act which, if done without the sanction of the foreign court, would constitute a violation of that country's sovereignty. Prosecutors should assume that the process will take a year or more. Letters rogatory are customarily transmitted via the diplomatic channel, a time-consuming means of transmission. The time involved may be shortened by transmitting a copy of the request through Interpol, or through some other more direct route, but even in urgent cases the request may take over a month to execute.

Para minimizar este problema, além de negociar MLATs, o OIA tentar realizar acordos informais com outras autoridades centrais, pois quando a transmissão das CRs é feita pela via diplomática, raramente é feito monitoramento adequado, pois essas autoridades não dão prioridade às CRs³⁶¹.

Por fim, volta à cena a questão da garantia do direito ao confronto. Nas CRs, ainda que o procedimento esteja especificado, não há controle sobre o que o tribunal do

³⁵⁹ ABBELL, **Obtaining Evidence Abroad in Criminal Cases 2010**, p.94.

³⁶⁰ As orientações acerca da utilização da carta rogatória e de outros meios de cooperação está explicitada no Criminal Resource Manual do Departamento de Justiça. Disponível em: http://www.justice.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/title9/crm00000.htm. Acesso em 15.12.2014.

³⁶¹ ABBELL, **Obtaining Evidence Abroad in Criminal Cases 2010**, p.94.

país requerido irá fazer. Por exemplo, se a outra parte terá permissão para fazer perguntas (*United States v. Salim*).

Quanto à utilização de CR pela defesa, a discussão nos EUA é diferente da brasileira, onde este é basicamente o único instrumento que pode ser utilizado pela defesa.

A Regra 15, desde 1946, claramente permite tal uso. Porém, somente com a modificação da Regra 28 (b) das *Federal Rules of Civil Procedure*, em 1963, que especificou seu procedimento, a utilização pela defesa foi igualada à da acusação, sendo defendida pela jurisprudência³⁶².

Como se vê, assim como no Brasil, coexistem a cooperação via MLAT e a via da carta rogatória. No entanto, nos EUA, os requisitos de utilização são bem mais definidos, não se identificando problemas no que diz respeito ao seu conteúdo e procedimento.

No entanto, presentes os mesmos problemas relacionados à garantia da paridade de armas e serão melhor explorados em tópico próprio, uma vez ter sido este viés eleito como fundamental à cooperação.

1.3.1.2.3. Outras espécies de acordo

a) Lockheed Agreements

Entre 1976 e 1982, o Departamento de Justiça firmou acordos administrativos com 28 países com a finalidade de facilitar o compartilhamento e a transferência de informações de investigações e provas entre as *law enforcement agencies* destes países em investigações específicas³⁶³.

A maioria dessas investigações envolvia casos de corrupção de funcionários de alto escalão por companhias que fabricavam aeronaves (em especial, Lockheed, McDonnell Douglas e Boeing).

³⁶² ESTADOS UNIDOS. *United States v. Trout*, 633 F. Supp. 150, 1985. Já se decidiu, inclusive, que um réu pode solicitar uma CR para ouvir corréu fugitivo em outro país: ESTADOS UNIDOS. *United States v. Mills*, 760 F. 2d 1116, 1120-21 – 11th Cir. 1985).

³⁶³ Para uma análise completa destes acordos, ver RISTAU, Bruno A. *International Cooperation in Penal Matters: The “Lockheed Agreements”*. *Michigan Yearbook of International Legal Studies* 85, New York, pp.85-90, 1983.

Estes acordos foram considerados importantes em virtude de seu potencial de atingir diretamente governos estrangeiros e da necessidade de assegurar a confidencialidade dos procedimentos, para proteger as autoridades estrangeiras de eventuais acusações infundadas e para garantir o sucesso das investigações.

Tendo em vista a seriedade do assunto, o governo dos Estados Unidos constatou a necessidade de que as investigações fossem céleres e firmar MLATs com muitos países seria demasiadamente demorado. Por isso, decidiu realizar estes acordos administrativos.

O primeiro acordo a ser concluído foi com o Japão, em 1976, sobre *Procedures for Mutual Assistance in Administration of Justice in Connection with the Lockheed Aircraft Matter*, que, em algumas semanas, foi negociado e entrou em vigor.

Em geral, os acordos previam um canal direto de comunicação entre os Ministérios da Justiça dos países envolvidos, limitação de uso das informações e proibição de sua divulgação (os Estados Unidos romperam o acordo com a Nigéria em virtude da quebra de confidencialidade), proibição de restrição do uso de informações, dentre outras cláusulas.

Todas as vezes em que há algum caso relevante, os Estados Unidos podem fazer um acordo desta espécie. Por exemplo, em 1986, com as Filipinas, quanto ao ex-presidente Marcos, e com o Haiti, quanto ao ex-Presidente Duvalier³⁶⁴.

b) Acordos administrativos em virtude do crime

Os Estados Unidos possuem também acordos específicos com alguns países em virtude da espécie de crime³⁶⁵:

³⁶⁴ RISTAU, *International Cooperation in Penal Matters*, p.89.

³⁶⁵ Deve-se esclarecer algumas diferenças sobre a hierarquia das normas no sistema estadunidense, para o entendimento da questão dos *executive agreements*. Assim, em primeiro lugar, a Constituição Federal (aprovada em 1787 e ratificada pelos Estados em 1788) e suas emendas (sendo as 10 primeiras o que conhecemos por *Bill of Rights*). Após, vêm os tratados e os *executive agreements* (que, portanto, são superiores às leis federais). Os tratados devem ser aprovados por 2/3 do Senado, enquanto os *executive agreements* (caso do acordo fiscal com o Brasil) não dependem desta aprovação, sendo considerados como sendo aqueles que tratam de tema de competência exclusiva do Presidente enquanto Chefe do Executivo. Após vêm os *Federal Statutes* (que contemplam os *Acts* – participação do Executivo e do Judiciário, os atos normativos do Poder Executivo e os atos normativos elaborados pela *Supreme Court*, especialmente em matéria de processo, incluindo-se as *Federal Rules of Procedure*). Seguem-se os *State Statutes* e a eles as normas municipais (*local rules, local ordinances, local regulations*). Os municípios são regidos pela *Home Rule*). SOARES, *Estudos de Direito Comparado* (I), p.187.

b.1) Narcóticos: O esforço estadunidense contra as drogas iniciou-se na década de 80, aumentando a pressão sobre os bancos, principalmente os estrangeiros, que se utilizavam das leis de sigilo bancário dos países onde estavam sediados como desculpa para não prestar informações³⁶⁶.

Para diminuir a pressão sobre seus governos, muitos países celebraram acordos com os EUA. O acordo-base na matéria é a *Single Convention on Narcotic Drugs de 1961*³⁶⁷ e um dos mais importantes celebrados foi o acordo com o Reino Unido, principalmente por abranger países do Caribe (paraísos fiscais).

É importante notar que, embora a convenção sirva como base para cooperação em matéria de drogas, as provas obtidas por meio dela podem ser utilizadas em ações civis e criminais de perdimento de bens e em procedimentos criminais tributários.

Esses acordos não são recíprocos e prevêm cooperação para os Estados Unidos, mas não sua cooperação para os outros países (art. 2º de todos os acordos).

Além disso, criam compromisso para os signatários de assinarem futuros MLATs.

Assim, como os Acordos *Lockheed*, estes são utilizados até que se tenha formalizado um MLAT, evitando prejuízos nas investigações devido ao tempo de demora para sua aprovação.

b.2) Tributários e de troca de informações fiscais: Até 2009, os Estados Unidos tinham acordos deste tipo assinados com 55 países. O acordo com o Brasil somente entrou em vigor em 2013. Com relação à questão da troca de informações fiscais, o Decreto nº 8.303, de 4 de setembro de 2014, introduziu a grande mudança. Ele altera o Decreto nº 3.724/2001, que disciplinava a questão, e introduziu a possibilidade de troca de informações fiscais, sendo o acordo entre Brasil e Estados Unidos assinado em 23.09.2014.

Os primeiros tratados nesta matéria foram idealizados para proteger indivíduos e empresas contra dupla taxação. O foco desses acordos começou a mudar no

³⁶⁶ ABBELL, *Obtaining Evidence Abroad in Criminal Cases 2010*, p.103.

³⁶⁷ Esta Convenção foi elaborada no âmbito do UNODC (modificada pelo protocolo de 1972) e compõe o tripe das principais convenções sobre o assunto, ao lado das *Convention on Psychotropic Substances of 1971* e a *United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances de 1988*. O texto completo destas convenções pode ser encontrado em https://www.unodc.org/documents/commissions/CND/Int_Drug_Control_Conventions/Ebook/The_International_Drug_Control_Conventions_E.pdf. Acesso em 15.12.2014.

fim da década de 70 e início da década de 80, com o aumento da utilização de paraísos fiscais por traficantes de drogas³⁶⁸.

Com esta mudança de foco, os acordos passaram a prever dispositivos mais abertos, com mais possibilidades de utilização da informação obtida pelos governos.

Alguns aspectos merecem atenção. Primeiro, de seus dispositivos extrai-se que as informações obtidas somente podem ser utilizadas para procedimentos criminais ligados a delitos fiscais. Para outros casos, há necessidade de autorização do Estado requerido.

Também impõem obrigação ao Estado requerido para buscar a informação da mesma forma e na mesma extensão de seus próprios tributos. E, ainda, que ele cumpra o pedido da forma requerida e providencie certificação e *depositions* para atestar a validade da informação.

Após 1984, os Estados Unidos firmaram acordos com mais 23 países do Caribe e da América Latina. Estes acordos também possuem características próprias. Estes acordos de troca de informação fiscal prevêm uma gama mais ampla de espécies de pedidos, como previsão específica de que os Estados requeridos providenciarão a informação de forma a ser aceita como prova nos EUA.

Por fim, um detalhe importante: muitos destes tratados prevêm a possibilidade de recusa a prestar assistência por parte do Estado requerido se a cooperação for relacionada à execução de uma previsão tributária discriminatória contra seu nacional.

Estes acordos trazem disposições bem amplas, que podem permitir interpretação bastante restritiva ou extensiva, de acordo com o signatário. Um fator limitador relaciona-se ao poder conferido às autoridades tributárias em cada país.

c) Outros acordos

Os Estados Unidos possuem ainda uma série de outros acordos em matérias específicas, além dos MLATs, que permitem produção de informações.

Podem ser citados os MUTUAL ASSISTANCE AGREEMENTS ON SECURITIES AND COMMODITIES FUTURES TRADING, MUTUAL ASSISTANCE

³⁶⁸ GORDON, Ricizard A. Tax Havens and Their Use by United States Taxpayers-An Overview. **Intertax**, v. 9, n. 6, p. 231-239, 1981.

AGREEMENTS ON ANTITRUST ENFORCEMENTS e provisões de cooperação em tratados de extradição³⁶⁹, além dos previstos em tratados multilaterais.

Os multilaterais mais importantes são³⁷⁰:

c.1) Provisões de cooperação na Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988: A Convenção foi assinada em 1988 e entrou em vigor em 1990. No Brasil, foi internalizada por meio de Decreto nº 154, de 26.08.1991.

Em suma, prevê que os Estados signatários devem criminalizar todas as condutas relacionadas ao tráfico ilícito de entorpecentes e à lavagem de capitais dele oriundos, sendo a convenção multilateral com os procedimentos de cooperação mais detalhados.

Abbell³⁷¹, no entanto, lista uma série de dispositivos faltantes na disciplina sobre cooperação da Convenção. Dentre eles, a ausência de garantia de que a prova testemunhal seja produzida de maneira válida em um processo nos EUA. Além disso, não é explícita ao permitir que um tribunal do Estado requerido possa expedir um mandado de busca e apreensão.

Independentemente dessas faltas, é considerada nos Estados Unidos uma convenção bastante importante, uma vez que os pedidos de cooperação envolvendo entorpecentes é bastante grande (já que os grandes casos de tráfico de drogas são internacionais) e que possui muitos signatários (mais de 100 países).

c.2) Provisões de cooperação na Convenção contra a Lavagem de Dinheiro do Conselho da Europa: Os Estados Unidos não são membros, mas participaram de sua elaboração. E, por isso, não precisarão de aprovação prévia do Conselho - art. 36 (1).

³⁶⁹ Todos os tratados negociados pelos Estados Unidos após 1984 contêm disposições sobre a apreensão e entrega de provas relacionadas ao crime pelo qual se requer a extradição e a repatriação do produto do crime. Estes tratados prevêm a apreensão de provas incidentalmente à prisão do extraditando e não de maneira autônoma (todos eles). Os tratados mais recentes ainda permitem a entrega de provas e do produto crime independentemente da efetiva entrega do extraditando, caso ele morra, escape e desapareça. ABBELL, **Obtaining Evidence Abroad in Criminal Cases 2010**, p.130.

³⁷⁰ Quanto a estas provisões de CJI contidas em convenções multilaterais, Zagari denomina-as de “mini-MLATs”. ZAGARIS, Bruce. U.S. – Brazil and International Evidence Gathering: The Need for Better Due Process, 99. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** 241, São Paulo, pp. 263-265, nov./ dez 2012, p.39

³⁷¹ ABBELL, *op. cit.*132.

c.3) Provisões de cooperação na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional: A convenção foi assinada em 12 de dezembro de 2000 e entrou em vigor em 29 de setembro de 2003. Foi internalizada pelo Brasil por meio do Decreto nº 5.015, de 12.03.2004. A convenção tem 3 protocolos adicionais, todos ratificados pelo Brasil e pelos EUA (Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao combate ao Tráfico de Migrantes por via terrestre, marítima e aérea, Protocolo contra a Fabricação e o Tráfico Ilícito de Armas de Fogo, suas Peças e Componentes e Munições, complementando a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional).

Um dos principais objetivos da Convenção e dos protocolos é facilitar a cooperação jurídica internacional, eliminando as diferenças entre os diversos sistemas legais³⁷²

A Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988 prevê uma série de dispositivos sobre cooperação jurídica internacional, acrescentando outras especificações, como provisões para facilitar a transferência de pessoas em custódia (arts. 18 (10) e (11) e o fornecimento de documentos oficiais (art. 18 (28)).

c.4) Provisões de cooperação na Convenção da ONU contra a Corrupção: A Convenção abriu para assinaturas em 09 de dezembro de 2003 e entrou em vigor em 01 de janeiro de 2010. No Brasil, foi internalizada por meio do Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

Materialmente, a convenção lista uma série de condutas que devem ser criminalizadas pelos Estados-parte.

Quanto à cooperação jurídica internacional, traz essencialmente as mesmas disposições da Convenção contra o Crime Organizado Internacional.

Um ponto importante que diferencia esta Convenção das demais diz respeito à dupla incriminação. As condutas nelas previstas são basicamente criminalizadas em todos os ordenamentos. O mesmo não acontece com a Convenção de Mérida, pois muitos

³⁷² Informação disponível em: www.odccp.org/palermo/sum1.html. Acesso em 15.12.2014.

Estados não criminalizam algumas condutas, como o enriquecimento sem causa de funcionários públicos.

Isso traz alguns inconvenientes, pois a dupla incriminação é pré-requisito para algumas medidas coercitivas, como busca e apreensão. No entanto, a Convenção traz dispositivo que encoraja os países a prestarem auxílio mesmo em sua ausência (art. 46 (9)).

1.3.1.3. Mutual legal assistance treaties

A cooperação embasada em um MLAT é bastante utilizada, sendo que a cooperação com o Brasil se processa, em maior número, por meio dele. A cooperação jurídica conduzida pelos Estados Unidos é voltada à prática do MLAT, entendido como o instrumento mais efetivo.

Desde 1820, países de *civil law* têm feito acordos em matéria de cooperação jurídica internacional, em conjunto com tratados de extradição.

O Conselho da Europa conseguiu, em 1959, firmar acordo de cooperação jurídica internacional independente de extradição, que consistiu em um grande marco.

Nesta época, esta não era uma questão importante para os Estados Unidos. Porém, no fim da década de 50, investigações sugeriam ligações da máfia estadunidense com lavagem de dinheiro, com grandes quantias enviadas à Suíça. As tentativas estadunidenses em conseguir provas nestes casos revelaram as dificuldades e deram novo foco aos Estados Unidos sobre o assunto³⁷³.

Os Estados Unidos, então, atuaram em duas frentes. Primeiro, quanto a sua legislação interna. Foram aprovadas normas, em 1970, que permitiram a introdução no processo de *depositions* obtidos no exterior. Posteriormente, a Regra 15 passou a prever mais possibilidades relacionadas a esta utilização, facilitando o uso de provas obtidas por meio de cooperação internacional³⁷⁴. A segunda frente eleita foi relacionada à celebração de acordos e *executive agreements* para obtenção de provas no exterior. O primeiro acordo celebrado pelos Estados Unidos na matéria foi o acordo com a Suíça, em 1977 (não por acaso). Até 2010, os Estados Unidos haviam assinado 63 tratados bilaterais. Em 2010,

³⁷³ ABBELL, **Obtaining Evidence Abroad in Criminal Cases 2010**, p.145.

³⁷⁴ *Ibidem*, p.145.

tornaram-se membros do Acordo do Conselho da Europa e de seu primeiro protocolo adicional (assinado por 20 Estados).

Em 2001, tornaram-se membros da Convenção Interamericana, hoje em vigor em 24 países. Em 2010, assim, os Estados Unidos possuíam acordos com 71 países.

Os MLATs são suplementares e não substituem os acordos de cooperação em nível policial (estes acordos exigem menos formalidades e por isso são mais utilizados). São, no entanto, muito mais efetivos que a cooperação feita por meio de cartas rogatórias.

Todos os MLATs possuem algumas características comuns (diferentemente do Brasil, que acaba assinando acordos diversos com cada país).

Quanto ao âmbito de aplicação, todos os tratados trazem a obrigação de cooperação dos signatários nos termos do acordo. Assim, há pouco espaço para discricionariedade. A recusa em cooperar somente pode ser embasada nos termos do próprio acordo ou, em alguns casos, com base na lei doméstica.

Todos os acordos também prevêem a cooperação em qualquer fase do processo ou da investigação e, a maioria, em procedimentos correlatos ao criminal.

Na maior parte dos acordos firmados com países de *civil law*, ressalvadas algumas exceções, não há necessidade de dupla incriminação. O mesmo ocorre com alguns países de *common law*, como o Canadá. Outros acordos, ainda, como o Acordo com Cayman e com a Coreia, trazem este requisito, mas disciplinam uma lista de delitos em que ela não é exigida.

É importante frisar que, apesar de não ser uma exigência dos tratados, alguns países podem exigir este requisito com base em suas leis internas para medidas mais intrusivas, como é o caso da Austrália.

Alguns dos tratados mais atuais, ainda, prevêem a possibilidade de cooperação para procedimentos **relacionados** a processos criminais (como processos de ressarcimento e pagamentos de multas (como o acordo com a Hungria, de 1996).

Muitos dos tratados mais modernos prevêem esta cooperação também durante a investigação, como o acordo com o Conselho da Europa, Suécia, Liechtenstein e Japão³⁷⁵.

³⁷⁵ ABBELL, *Obtaining Evidence Abroad in Criminal Cases 2010*, p.147.

Apesar de não conter o requisito da dupla incriminação, muitos acordos têm previsão de delitos aos quais não se aplica o MLAT. Por exemplo, delitos relacionados a crimes políticos ou militares (caso do acordo com a Itália e com o Brasil).

Desde o início dos anos 80, os Estados Unidos vêm tentando obter acordos que incluam medidas como “(1) o congelamento e a perda dos produtos do crime relacionados aos crimes com relação aos quais foi determinada a perda; (2) o pagamento de multas criminais; e (3) a obtenção de restituição para as vítimas de crimes”³⁷⁶. Assim, muitos dos tratados mais recentes já possuem tais provisões. O tratado com o Canadá prevê as três possibilidades.

Outros tratados prevêem tais medidas somente nos termos da legislação interna, como o tratado com a Argentina.

Quanto à possibilidade de aplicar os MLATs a outras matérias, de natureza civil e administrativa, somente o tratado entre os Estados Unidos e a Colômbia (ainda não ratificado pela Colômbia) traz esta possibilidade, mesmo quando a cooperação destina-se a procedimento não ligado a um processo criminal.

Após este tratado, o escopo de negociação com outros países foi diminuído, mas alguns contêm dispositivos que permitem sua aplicação a procedimentos conduzidos por autoridades administrativas, com a finalidade de se obter uma acusação criminal³⁷⁷.

Todos os acordos dos Estados Unidos autorizam a utilização de outros canais de cooperação e podem ser utilizados para delitos que tenham sido cometidos antes de sua entrada em vigor, uma vez que somente tratam de matéria processual.

A autoridade central nos Estados Unidos é o *Attorney General*, que delega essa atribuição ao OIA (*Office of International Affairs of the Criminal Division of the United States Department of Justice*).

Por fim, também há discussões nos EUA com relação a aspectos específicos do MLAT, como sua utilização exclusiva pela acusação, sendo tratados em tópico específico.

³⁷⁶ ABBELL, *Obtaining Evidence Abroad in Criminal Cases 2010*, p.153.

³⁷⁷ *Ibidem*, p.154.

1.3.1.4. Uso de métodos coercitivos para a obtenção de provas no exterior

Além do MLAT, é bastante interessante notar que os Estados Unidos possuem formas de obtenção coercitivas de provas no exterior. Zagaris lista nove meios pelos quais isto pode ser realizado:

(1) compelling testimony of U.S. nationals or residents located abroad through subpoenas issued by federal courts and notwithstanding potential violations of the laws of other countries, especially civil law countries; (2) compelling production of documents located abroad when a U.S. court has personal jurisdiction over the alleged wrongdoer; the documents or other tangible evidence are in the possession, custody, or control of the alleged wrongdoer or a related entity; and the production of the evidence is not protected by an evidentiary privilege; (3) compelling the production of documents located abroad from a third party that is not a target of the investigation or a defendant in the prosecution, including documents of foreign banks or corporations or of foreign branches of U.S. banks or corporations with which the target or defendant conduct business; (4) compelling through a subpoena testimony from a foreign witness in the United States, including persons leaving the United States; (5) compelling the production of documents from foreign entities by a subpoena duces tecum of an officer or custodian over whom the United States has personal jurisdiction; (6) compelling “consents” to disclose third-party records as a means to overcome bank secrecy; (7) compelling targets of U.S. criminal investigations and defendants not to seek action abroad to block prosecutor’s efforts to obtain evidence; (8) compelling repatriation of assets to pay a fine or taxes or for purposes of forfeiture; and (9) imposing a tax levy on a bank in the United States for funds of a taxpayer located in a foreign branch.³⁷⁸

Estes meios de obtenção de prova unilaterais estão previstos no *US Code*, no Capítulo 18, especialmente nos parágrafos 3481, 3492 e 3493 e 3505.

Os Estados Unidos têm utilizado estas outras formas para obter provas no exterior por meio de métodos coercitivos empregados diretamente por suas autoridades³⁷⁹.

³⁷⁸ ZAGARIS, *International White Collar Crime*, p.258.

³⁷⁹ Petrus, ao tratar da principal diferença entre os sistemas de civil law e de common law no que diz respeito à atividade probatória, bem analisa a questão quanto à aplicação extraterritorial de suas leis: “En el common law, y con particular intensidad en los Estados Unidos, la prueba si concibe como un fenómeno de naturaleza

Após a reclamação de diversos países, como Canadá, Bahamas, Suíça e Reino Unido, o Departamento de Justiça enviou comunicação aos seus promotores, em novembro de 1983, alertando ao fato de que existem outros meios de obtenção destas informações, embora a aplicação de *subpoenas* seja uma arma poderosa e que deva ser ocasionalmente utilizada. Orientou seus promotores a procurarem primeiro o DOJ em casos de obtenção de prova no exterior, para que se verifique a possibilidade de utilização de tratado de cooperação jurídica internacional³⁸⁰, sendo o teor desta mensagem incorporado ao *United States Attorneys Manual* (aplicando-se também aos promotores estaduais).

Como exemplo desta indignação, Pisani cita o caso *Bank of Nova Scotia II*.³⁸¹, em que se manifestaram Reino Unido e Canadá³⁸².

Outro caso bastante emblemático sobre este tema é o chamado caso UBS³⁸³.

Em 2006, um ex-diretor do UBS denunciou que o Banco estava envolvido em um grande esquema de envio ao exterior de dinheiro de correntistas americanos, que envolvia aproximadamente 20 bilhões de dólares. Tendo em vista que se tratava de evasão fiscal (delito que enseja a não cooperação da Suíça), não era possível obter a cooperação daquele país por meio de nenhum dos tratados em vigor.

Desta forma, em 2008, a promotoria em Miami solicitou autorização à Corte Distrital para enviar uma intimação sem identificação dos destinatários ao UBS, para que ele providenciasse uma lista de documentos e registros localizados na Suíça.

Em 2009, o UBS e as autoridades estadunidenses fizeram um acordo em que o UBS se comprometeu a fornecer os documentos das contas não declaradas e a pagar 780 milhões de dólares.

prevalentemente privada, que no atañe directamente a la función pública de los Estados, ni compromete el principio de soberanía del Derecho internacional público. Como resultado de ello, no se advierte ningún problema en la aplicación extraterritorial de las normas procesales internas sobre la prueba, ni, en general, en la obtención de pruebas en el territorio de un Estado extranjero sin el concurso de sus autoridades. La concepción continental, en cambio, pone el acento en el carácter soberano de la actividad jurisdiccional. La obtención de pruebas suele contempñarse como una función pública exclusiva de las propias autoridades estatales, incluso cuando se realiza en beneficio de un procedimiento extranjero, en el que las pruebas desplegarán su entera eficacia. Toda actuación probatoria que se realice en el territorio de un Estado soslayando la participación o el consentimiento de sus autoridades supone una violación del principio de soberanía, incluso se viene protagonizada por particulares autorizados por el ordenamiento procesal del procedimiento principal”. PETRUS, La obtención internacional de pruebas como supuesto de assistência jurisdiccional internacional, p.73.

³⁸⁰ Informação extraída do Criminal Resource Manual, 279. Disponível em: http://www.justice.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/title9/crm00279.htm. Acesso em: 15.12.2014.

³⁸¹ ESTADOS UNIDOS. 1984 (740 F.ed 817 – 11th Cir.).

³⁸² PISANI, The United States Treaties on Mutual Assistance in Criminal Matters, p. 262.

³⁸³ ABBELL, *Obtaining Evidence Abroad in Criminal Cases 2010*, pp.207-208.

Com base nesses documentos, as autoridades estadunidenses propuseram uma ação requerendo a quebra de sigilo bancário dos correntistas que possuíam contas secretas na Suíça, estimados em 52.000.

Como resultado, Estados Unidos e Suíça realizaram um acordo em que a Suíça concordou em entregar os documentos de 4.450 dos maiores devedores, com base em um pedido administrativo embasado no acordo tributário entre os dois países. Em 2010, no entanto, um dos correntistas recorreu ao Tribunal Administrativo suíço, que decidiu não ser possível a entrega de tais documentos com base nas leis suíças (janeiro 2010).

Após meses de negociação, os parlamentares suíços aprovaram o acordo (a aprovação legislativa foi necessária porque se considerou que o acordo no caso UBS modificava o acordo fiscal entre os dois países), possibilitando o envio e utilização dos documentos bancários³⁸⁴.

Interessante mencionar que a dificuldade em obter provas no exterior³⁸⁵ levou as autoridades estadunidenses a tentarem a execução destas intimações (*subpoenas*) no exterior e o uso de medidas extralegis como o “sequestro” (*kidnapping*³⁸⁶) de informações. E, por sua vez, o uso deste tipo de medida acabou por impulsionar a celebração de diversos MLATs para que, ao mesmo tempo em seja provida a cooperação, também seja seguido um meio adequado.

Em que pesem as objeções, este método ainda pode ser utilizado e, assim, serão analisados seus principais mecanismos.

1.3.1.4.1. Espécies de métodos coercitivos

1. Obrigar nacionais ou residentes americanos no exterior a testemunharem ou o fornecerem documentos: Esta forma de obtenção de prova é utilizada há muito tempo pelos EUA. Em 1926, o Congresso aprovou o chamado *Walsh Act*, que previa a possibilidade de autorização de um tribunal para intimar um nacional ou residente norte-americano que estivesse em outro país para retornar aos EUA para prestar testemunho em

³⁸⁴ Informação disponível em: <http://dealbook.nytimes.com/2010/06/17/ubs-deal-passes-without-referendum-clause/?ref=global>.. Acesso em 01.08.2014.

³⁸⁵ Caso emblemático para demonstrar a dificuldade em obter prova é o caso *Marc Rich & Co. A.G. v. United States of America*, 707 F. 2d 663 (2nd Cir. 1983).

³⁸⁶ ELLIS, Alan; PISANI, Robert L. The United States Treaties on Mutual Assistance in Criminal Matters: A Comparative Analysis. **The International Lawyer**, Dallas, p. 189-223, 1985, p.191.

um processo criminal. A intimação era entregue pelo cônsul estadunidense do local e sua desobediência poderia acarretar a imposição de uma multa, que poderia ser paga por meio do perdimento dos bens da pessoa em solo americano³⁸⁷.

Seis anos após, a Suprema Corte manifestou-se pela constitucionalidade do *Walsh Act*, no caso *Blackmer v. United States*³⁸⁸, atestando o poder dos Estados Unidos sobre seus cidadãos que, independentemente de onde estivessem continuavam a possuir deveres em relação aos EUA, incluindo o dever de “apoiar a administração da justiça”.

Afirmou ainda que se tratava de jurisdição *in personam* e, desta forma, não haveria qualquer invasão de poder dos outros Estados.

Apesar deste entendimento, muitos países, principalmente de *civil law*, consideram como sendo uma violação a sua soberania esta forma de notificação, se ausente um acordo consular.

Em 1964, o *Walsh Act* foi bastante reformado, alterando o 28 U.S.C. § 1783, e introduzindo a possibilidade de o réu também solicitar tal intimação, a inclusão de apresentação de documentos e ampliando a forma pela qual poderia ser entregue.

Também foi modificado o § 1784, que trata das penalidades decorrentes da desobediência à notificação. Não fica claro, no entanto, se somente estas penalidades poderão ser aplicadas. Há notícia de pelo menos um caso em que as autoridades norte-americanas denunciaram uma pessoa por desobediência (o réu foi absolvido por falta de provas³⁸⁹).

Esta intimação somente pode ser utilizada em casos federais³⁹⁰ e não pode ser utilizada para obrigar um indivíduo a produzir documentos relativos a uma pessoa jurídica³⁹¹.

2. Produção obrigatória de prova quanto a objetos ou documentos do réu localizados no exterior: É necessário que o objeto ou documento esteja em poder do investigado, que os Estados Unidos tenham jurisdição pessoal sobre ele e que a prova a ser produzida não esteja protegida por algum privilégio.

³⁸⁷ ABBEL, *Obtaining Evidence Abroad in Criminal Cases* 2010, p.214.

³⁸⁸ ESTADOS UNIDOS. 284 U.S. 421 (1932).

³⁸⁹ ESTADOS UNIDOS. *United States v. Lansky*, 496 F.2d 1063 (5th Cir. 1974).

³⁹⁰ ESTADOS UNIDOS. *Mancusi v. Stubbs*, 408 U.S. 204, 211-12 (1972).

³⁹¹ ESTADOS UNIDOS. *In re Sealde Case*, 832 F.2d 1268 (D.C. Cir. 1987).

3. Produção obrigatória provas relacionadas a documentos de terceiros localizados no exterior: Na maior parte dos casos, os documentos buscados que se encontram no exterior estão em poder de terceiros e, normalmente, consistem em documentos bancários.

Na década de 80, esta era uma forma amplamente utilizada. Na maior parte das vezes, os Tribunais consideraram apropriada a expedição de uma intimação, desde que se adotasse o balanceamento de interesses previsto no § 40 do *Restatement (Second) (atualização) of Foreign Relations Law of the United States*³⁹² (que hoje já possui sua terceira atualização). Esta norma trata de jurisdição para execução de normas e coloca como um dos pontos importantes para decidir acerca do conflito positivo de jurisdição o vital interesse nacional de cada Estado (seção 40, alínea a)³⁹³.

As decisões dos Tribunais levavam em conta, geralmente, que havia predominância dos interesses dos Estados Unidos em obter a documentação³⁹⁴. Além do balanceamento de interesses, outros fatores também foram levados em consideração pelos tribunais.

Um deles é a boa-fé de quem deveria produzir os documentos. Embora seja difícil de demonstrar, ao menos em um caso, *Societe Internationale pour Participations Industrielles et Commerciales, S.A. v. Rogers*³⁹⁵, a Suprema Corte reconheceu-a, ao demonstrar a impossibilidade de produção de documentos bancários relativos a fatos ocorridos durante a Segunda Guerra Mundial.

Outro aspecto a ser considerado é a disponibilidade de meios alternativos para se obter a informação. Porém, apesar de a terceira atualização do *Restatement* dispor que os Tribunais devam considerar a existência de outros meios menos conflituosos, em alguns casos isto não tem ocorrido. No caso *Deutsche Bank Case at 29*, o Tribunal de Apelação decidiu que a possibilidade de utilização de carta rogatória não invalidaria a intimação direta do terceiro envolvido ou sua penalidade decorrente do não cumprimento. Este quadro, no entanto, foi alterado com a entrada em vigor de diversos tratados bilaterais

³⁹² Este documento é produzido pelo *The American Law Institute*, sendo assim definido: “This Restatement consists of international law as it applies to the United States, and domestic law that has substantial impact on the foreign relations of the United States or has other important international consequences. For the most part, the domestic component of the law restated in the book is federal law, deriving mainly from the Constitution, acts of Congress, and judicial decisions. The international law restated stems largely from customary international law and international agreements to which the United States is a party. Like its predecessor work, this Restatement reflects the opinion of the Institute as to the rules that an impartial tribunal would apply if charged with deciding a controversy in accordance with international law”. Disponível em: http://www.ali.org/index.cfm?fuseaction=publications.ppage&node_id=33. Acesso em 15.12.2014.

³⁹³ ABBELL, *Obtaining Evidence Abroad in Criminal Cases* 2010, p.216.

³⁹⁴ ESTADOS UNIDOS. *In re Sealed Case*, 825 F.2d 494 (D.C. Circuit), cert. Denied, 484 U.S. 963 (1987).

³⁹⁵ ESTADOS UNIDOS. 357 U.S. 197 (1958).

e com a possibilidade de suspensão do prazo prescricional por três anos (18 U.S.C. §3292)³⁹⁶.

Ainda há de ser observada a importância da informação solicitada e da investigação em relação à qual se solicita a informação, a intervenção ou não do governo estrangeiro envolvido e a adequação da imposição de processos compulsórios na ausência de orientação legislativa (pois esta atuação pode ter impacto sobre as relações internacionais do país)³⁹⁷.

4. Testemunho forçado de pessoa estrangeira nos Estados Unidos: Qualquer pessoa no território dos Estados Unidos está sujeita a sua jurisdição, ainda que esteja somente em trânsito e, se descumprir uma intimação, está sujeita às penalidades civis e penais aplicáveis.

Interessante pontuar que a pessoa intimada está obrigada a, por exemplo, prestar testemunho, ainda que alegue que seu depoimento irá ferir as leis de seu país de residência³⁹⁸.

5. Produção forçada de provas com relação a documentos de uma entidade estrangeira, por meio de intimação de pessoa sobre quem os Estados Unidos possuem jurisdição pessoal: Os agentes americanos possuem o poder de intimar advogados ou aquele que possui a custódia de documentos de uma empresa, se ele estiver submetido a sua jurisdição³⁹⁹.

Duas questões colocam-se. Primeiro, o fato de os Estados Unidos possuírem jurisdição sobre a pessoa não faz com que a tenha sobre a empresa, que não poderá ser obrigada à produção dos documentos buscados⁴⁰⁰.

Segundo, a pessoa intimada, neste caso, poderia invocar a proteção da Quinta Emenda que a protege contra a auto-incriminação? A Suprema Corte, no caso *Braswell v. United States*⁴⁰¹ decidiu não ser possível, mas que as provas produzidas contra a empresa não poderiam ser utilizadas contra a pessoa.

³⁹⁶ Por exemplo, no caso *United States v. Davis*, 767 F.2d 1025, 1039 n. 26 (2d Cir. 1985).

³⁹⁷ ABBELL, *Obtaining Evidence Abroad in Criminal Cases 2010*, p.221.

³⁹⁸ *Ibidem*, p.222. No caso *United States v. Balsys*, 524 U.S. 666 (1998), a Suprema Corte declarou que a proteção contra auto-incriminação conferida pela Quinta Emenda não se aplica à possibilidade de que a pessoa possa se incriminar com seu depoimento sob a ótica de um Estado estrangeiro.

³⁹⁹ ABBELL, *op. cit.*, p.223.

⁴⁰⁰ ESTADOS UNIDOS. *In re Sealed Case*, 832, F.2d 1268 (D.C. Cir. 1987).

⁴⁰¹ ESTADOS UNIDOS. 487 U.S. 99 (1998).

6. Consenso forçado do réu para possibilitar a obtenção de registros que estejam em poder de terceiros no exterior: Geralmente, o titular de uma conta bancária tem o poder de obter registros de suas contas ou determinar que eles sejam fornecidos a um terceiro. Em virtude disso e da dificuldade de se obter a quebra do sigilo bancário em alguns países, os tribunais têm utilizado a possibilidade de determinar que o réu autorize o banco a encaminhar os registros diretamente ao governo e ao tribunal.

Obviamente, os réus afetados por tal determinação recorreram destas decisões, sob o argumento de que esta obrigação fere a garantia à não auto-incriminação prevista na Quinta Emenda e as próprias regras do sistema adversarial (isto porque estariam a produzir provas para a acusação).

Os Tribunais de Apelação começaram a manifestar-se de forma diferente com relação a este assunto e, por isso, a Suprema Corte conferiu o *certiorari* à questão.

Assim, em *Doe v. United States*⁴⁰², a Suprema Corte decidiu, concordando com a maioria dos Tribunais de Apelação, que este “consentimento” não violava a Quinta Emenda, pois não se consubstanciava em um testemunho, algo que somente o réu poderia saber. Além disso, a acusação deveria descobrir a conta por si mesma e este consentimento não equivaleria a uma declaração de autenticidade dos registros bancários. Porém, em que pese ter afirmado a validade deste consentimento, não aclarou a Suprema Corte sua validade como prova, nos termos do 18. U.S.C. §3505.

Por fim, merece destaque o fato de que nem todos os bancos e países aceitam este consentimento como apto a possibilitar o fornecimento de documentos protegidos pelo sigilo bancário, como é o caso das Ilhas Cayman⁴⁰³.

7. Obrigação de o réu não obstar a obtenção de prova no exterior: Esta forma de medida coercitiva parece despropositada, mas é possível que um Tribunal norte-americano decida que o réu não pode atuar no Estado estrangeiro para tentar impedir a produção de uma prova. Isto porque, tendo em vista haver diversos prazos previstos na legislação estadunidense, a atuação do réu, no procedimento em trâmite em outro país, poderia conduzir à inadmissibilidade da prova⁴⁰⁴.

⁴⁰² ESTADOS UNIDOS. 487 U.S. 201 (1988).

⁴⁰³ ABBELL, *Obtaining Evidence Abroad in Criminal Cases* 2010, p.221.

⁴⁰⁴ *Ibidem*, p.222.

No caso *United States v. Davis*⁴⁰⁵, o Tribunal de Apelação discutiu a base legal para essa medida. Em primeiro lugar, utilizou-se do argumento da jurisdição pessoal, pois os Estados Unidos têm o poder de prescrever a conduta de seus nacionais, ainda que ela ocorra em outra jurisdição. Em segundo lugar, aduziu que os Estados Unidos também têm o poder de regulamentar atos ocorridos no exterior mas que tenham como finalidade a produção de resultado nos Estados Unidos.

Esta medida é utilizada com bastante reserva: somente quando for a única apta a alcançar o resultado almejado.

Por fim, alerta a própria Corte a diminuição da necessidade desta medida, tendo em vista algumas mudanças na legislação, como a realizada no 18 U.S.C. § 3161 (h), que prevê exceção a *Speedy Trial Act* nos casos de obtenção de prova no exterior.

8. Obrigação de repatriação de ativos para o pagamento de multas ou taxas: Esta medida é aplicável aos casos nos quais um indivíduo é condenado ao pagamento de multa em um processo civil, penal ou fiscal, mas não possui dinheiro suficiente nos Estados Unidos. Ou, ainda, aos casos nos quais o tribunal determina, no exercício de sua jurisdição *in personam*, o retorno dos recursos para serem confiscados nos Estados Unidos (18 U.S.C. 963 ou 21 U.S.C. § 853).

Em *United States v. McNulty*⁴⁰⁶, esta medida foi determinada em um processo fiscal.

9. Cobrança de um devedor de impostos que possui fundos localizados em uma filial de banco no exterior: Embora haja discussão sobre a obrigação do banco, os Tribunais têm admitido esta cobrança por parte da Receita norte-americana, pois os Estados Unidos teriam jurisdição sobre o banco e, assim, têm poder para bloquear dinheiro que esteja sob o seu controle⁴⁰⁷.

⁴⁰⁵ ESTADOS UNIDOS. 767 F.2d 1026, 1036-40 (2d Cir. 1985).

⁴⁰⁶ ESTADOS UNIDOS. 446 F. Supp. 90 (N.D. Cal 1978).

⁴⁰⁷ ESTADOS UNIDOS. *United States v. First Nat'l City Bank* 379 U.S. 378 (1965).

1.3.2. Cooperação Passiva

Com relação à cooperação passiva, os Estados Unidos executam os pedidos de cooperação jurídica internacional por meio de cooperação policial, de cartas rogatórias, do auxílio direto (medidas solicitadas por meio do MLAT ou de outros tratados, especialmente multilaterais) e da atuação direta da parte requerente em seus tribunais.

Primeiramente, há alguns aspectos interessantes a serem comentados no que concerne à aplicação de seus dispositivos constitucionais.

A proteção conferida pela Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos aplica-se a todas as buscas e apreensões realizadas naquele país.⁴⁰⁸

Deve-se notar, no entanto, que a Constituição não conferiu a nenhum órgão específico o poder de expedir mandados de busca e de apreensão, o que somente pode ser feito, por tanto, por legislação federal ou por um tratado.

Somente em 2009, foi aprovado pelo Congresso o chamado *The Foreign Evidence Request Efficiency Act of 2009*, que acrescentou nova redação ao 18 U.S.C. § 3512, permitindo expressamente que juízes federais praticassem todos os atos necessários para a execução de pedidos de cooperação jurídica internacional em matéria penal, incluídos aí os mandados de busca e de apreensão, nos termos da Regra 41 das *Federal Rules of Criminal Procedure*, desde que tal medida seja autorizada pelo Departamento de Justiça.

Até 2009, porém, os pedidos eram executados com base em violação às leis estadunidenses, desde que a medida pudesse ser executada nos termos da Constituição e das leis norte-americanas.

Além disso, não se proibia que pudessem ser enviadas ao país requerente provas obtidas em virtude de busca e apreensão realizada em decorrência de uma prisão. Ainda, nos termos do 18 U.S.C. § 3184, há muito se permitia o envio de provas obtidas em decorrência de uma prisão efetuada para fins de extradição.

Até a modificação legislativa ocorrida em 2009, eram utilizadas as previsões contidas nos MLATs, que conferiam tal poder aos juízes de cada estado requerido. Alguns,

⁴⁰⁸ Dispõe a Quarta Emenda: “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized”.

porém, não previam expressamente a possibilidade de expedição de mandado de busca e apreensão, o que trouxe alguns questionamentos sobre sua possibilidade.

Deve-se atentar também ao fato de que, ainda que em virtude de um pedido de cooperação internacional, uma medida desta natureza deve preencher os requisitos necessários à aferição de *probable cause* e deve haver a especificação do local a ser buscado e das coisas a serem apreendidas⁴⁰⁹.

Outro aspecto interessante desta Emenda é sua redação referente a direitos “*of the people*”, e não a “*of the person*”, linguagem utilizada, por exemplo, pela Quinta Emenda⁴¹⁰.

Em tese, poder-se-ia até mesmo pensar que esta redação implicaria maior proteção, mas a Suprema Corte utilizou esta expressão para justamente delimitar seu alcance.

No caso *Verdugo-Urquidez*⁴¹¹, um cidadão e residente mexicano foi preso pela polícia mexicana e transportado para os Estados Unidos para ser julgado por tráfico de drogas. Após sua prisão, oficiais estadunidenses, em conjunto com oficiais mexicanos, conduziram buscas sem mandado em sua casa no México. As “lower courts” decidiram que as buscas violavam a Quarta Emenda. A Suprema Corte, no entanto, decidiu que a Quarta Emenda não se aplica a buscas realizadas a casa de não residentes e em um país estrangeiro⁴¹².

Outro dispositivo constitucional que se aplica na CJI e possui peculiaridades nesta interpretação é o relativo ao devido processo, previsto na Quinta Emenda,

⁴⁰⁹ ABBELL, **Obtaining Evidence Abroad in Criminal Cases 2010**, p.237.

⁴¹⁰ SALTZBURG *et al*, **American Criminal Procedure**, p.33.

⁴¹¹ ESTADOS UNIDOS. 494, U.S. 259 (1990).

⁴¹² SALTZBURG *et al*, *op.cit.*, p.34. Os autores explicam que: “Chief Justice Rehnquist, writing for the Court, reasoned that the Fourth Amendment’s reference to “the people”, as opposed to a particular person, was a “term of art”. He asserted that the term was intended to refer only to a class of persons “who are part of a national community or who have otherwise developed sufficient connection with this country to be considered a part of that community.” The Court held that the defendant, who had been transported against his will to the United States three days before the foreign search was conducted, lacked sufficient connection with the United States to be one of “the people” protected by the Fourth Amendment. The Chief Justice looked to the history of the Amendment and concluded that its purpose was to protect the people of the United States from abuse by their own government and could not fairly be read to limit government action against aliens taken outside the United States. Justice Brennan, joined by Justice Marshall, dissented. He noted that the defendant was convicted for violating a Federal law, even though his conduct occurred outside the United States. Thus, the defendant had been subject to an extraterritorial application of American criminal law. Justice Brennan argued that it was unfair for the Federal Government to require aliens outside the country to obey Federal laws, and yet refuse to obey its own laws in the course of investigating the very extraterritorial activity that the government has criminalized. According to Justice Brennan, the Fourth Amendment is an “unavoidable correlative” of the government’s power to enforce the criminal law. Justice Blackmun wrote a separate dissenting opinion.”

consagrando o corolário de que ninguém poderá ser privado de seus bens ou de sua liberdade sem o devido processo legal.

A peculiaridade de aplicação deste dispositivo na CJI advém da análise acerca desta garantia sob o prisma da vedação de que se realize um julgamento *in absentia*.

Em muitos dos casos em que a cooperação é solicitada aos Estados Unidos, não é possível saber se o julgamento ocorrerá ou não *in absentia*. Porém, nas situações em que já se possui conhecimento de que a legislação do país requerente permite isso, os Estados Unidos podem, ao prestar a assistência, impor condição para que a medida produzida somente possa ser utilizada se o julgamento ocorrer com a presença do réu⁴¹³.

Com esta restrição, os Estados Unidos poderiam executar os pedidos de cooperação sem se preocupar se a prova obtida poderia ser utilizada ou não em um procedimento que violasse o devido processo.

Por fim, consigne-se que os direitos constitucionais previstos na Constituição norte-americana aplicam-se também a pessoas que estejam fora de seu território. A Suprema Corte decidiu, no caso *Balzac v. Porto Rico*⁴¹⁴, que as normas da Constituição aplicam-se onde e quando o poder soberano dos EUA for exercido.

Analizados aspectos constitucionais, retorne-se àqueles procedimentais.

No caso do auxílio direto, a autoridade central, como já foi dito ao tratar da cooperação ativa, é o OIA (ligado ao DOJ), sendo as cartas rogatórias recebidas pelo *Bureau of Consular Affairs* do Departamento de Estado e tramitando com base na Convenção de Viena sobre Relações Consulares, de 1963 (artigo 5, alínea j)⁴¹⁵.

Quanto ao procedimento, se o Estado requerente não solicitar um modo específico de cumprimento, serão obedecidas suas regras internas, previstas no *U.S. Code* (especialmente o 28 U.S.C. § 1781 e § 1782) e nas *Federal Rules of Procedure* (as mesmas aplicáveis a seus procedimentos internos).

Deve-se consignar, antes de analisar estas formas de cooperação, que a citação a pedido de um Estado estrangeiro é disciplinada autonomamente, no 28 U.S.C. § 1696, que prevê que o tribunal do distrito onde a pessoa a ser citada resida ou se encontre determina sua citação. A letra (b) do determinado artigo prescreve que o ali disposto não impede que a citação possa ocorrer sem a ordem de um tribunal.

⁴¹³ ESTADOS UNIDOS. *Crosby v. United States*, 501 U.S. 255 (1993). Neste caso, porém, a situação foi analisada sob o enfoque da legislação federal ABBELL, **Obtaining Evidence Abroad in Criminal Cases** 2010, p. 239.

⁴¹⁴ ESTADOS UNIDOS. 258 U.S. at 312-13.

⁴¹⁵ No Brasil, a convenção foi promulgada pelo Decreto nº 61.078, de 26 de julho de 1967.

O encaminhamento de um pedido de citação a um tribunal nos Estados Unidos pela autoridade central somente ocorre se o país requerente expressamente assim o solicitar por questões de admissibilidade internas. Caso não haja pedido expresso, o OIA encaminha o pedido ao *U.S. Marshals Service*, que entregará a comunicação diretamente, sem ordem judicial. Há também a possibilidade de que sejam fornecidos testemunhos e outros materiais produzidos perante o *grand jury* (18 U.S.C. § 6501 e § 3512) e a execução de decisões estrangeiras de perdimento de bens (28 U.S.C. § 2467 e 18 U.S.C. § 983 (j)).

1.3.2.1. Assistência Policial

Não há normas específicas regulamentando a cooperação em nível policial. No entanto, há algumas bases legislativas que podem ser utilizadas.

Por exemplo, o 22 U.S.C. § 263a autoriza o *Attorney General* a cooperar nos termos do estatuto da Interpol (*International Criminal Police Organization*), da qual fazem parte os Estados Unidos.

Há possibilidade também de cooperação policial fora dos canais da Interpol, nos termos do 18 U.S.C. § 951, que permite que agentes estrangeiros possam praticar nos Estados Unidos certos atos de investigação, desde que o *Attorney General* seja previamente notificado (o 28 C.F.R. § 73.3 trata desta notificação).

Não há notícia, porém, de casos de agentes estrangeiros que tenham conduzido investigações nos termos do § 951. Há, no entanto, casos em que tais agentes foram processados por espionagem, quando descumpridas as regras desta seção⁴¹⁶.

1.3.2.2. Cartas Rogatórias

A regulamentação para o processamento de cartas rogatórias advindas do exterior somente ocorreu em 1964, quando foi alterado o 28 U.S.C. § 1781, conferindo ao

⁴¹⁶ ESTADOS UNIDOS. *United States v. Shaaban*, 2007 WL 3129709 – 7th Cir. 2007; *United States v. Dumeisi*, 424 F.3 566 (7th Cir. 2005).

Departamento de Estado a atribuição de autoridade central para estes fins, permitindo também a transmissão direta de cartas rogatórias entre o tribunal estrangeiro requerente à autoridade estadunidense responsável por sua execução.

Abbell⁴¹⁷ esclarece que, na prática, dificilmente a via direta é utilizada. Além disso, o Departamento de Estado acaba por encaminhar as cartas rogatórias ao OIA (autoridade central norte-americana), assim como às autoridades estrangeiras, o que é implicitamente permitido nos termos do próprio 28 U.S.C. § 1781 (b) (1). O OIA encaminhará o pedido ao juízo federal onde se deva produzir a prova ou onde a testemunha resida.

Interessante notar que este artigo somente disciplina a hipótese da rogatória. A partir daí, a forma de cumprimento obedecerá a legislação própria a cada medida (se não houver determinação diversa do Estado requerente⁴¹⁸).

1.3.2.3. Utilização de medidas compulsórias

Abbell⁴¹⁹ relata o histórico desta possibilidade de auxílio a outros países, descrevendo que, em 1855, o Congresso aprovou uma lei permitindo que as cortes federais dessem assistência a tribunais estrangeiros em matéria criminal (Act of March 2, 1855, §2, 10 Stat.630). Essa regulamentação vigorou até 1948 e, ainda que o § 1782 tivesse uma redação ampla, os Tribunais estadunidenses nunca a interpretaram desta forma, não se tendo notícia, até 1975, de um tribunal estadunidense ter prestado cooperação a um tribunal estrangeiro⁴²⁰.

Em 1948, uma revisão da legislação federal restringiu a cooperação somente a casos civis, sendo ampliada para acobertar casos criminais em 1949. Esta legislação, no entanto, não incluía a autoridade para compelir alguém à produção de documentos.

Somente em 1964, com a mencionada revisão das normas referentes ao tema, foi aprovada total reformulação do 28 U.S.C. §1782, que permitiu a cooperação para

⁴¹⁷ ABBELL, **Obtaining Evidence Abroad in Criminal Cases 2010**, p.242.

⁴¹⁸ ESTADOS UNIDOS. Federal Judicial Center. *Mutual legal assistance treaties and letters rogatory: a guide for judges*. Disponível em: [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/mlat-lr-guide-funk-fjc-2014.pdf/\\$file/mlat-lr-guide-funk-fjc-2014.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/mlat-lr-guide-funk-fjc-2014.pdf/$file/mlat-lr-guide-funk-fjc-2014.pdf). Acesso em: 15.12.2014.

⁴¹⁹ ABBELL, *op. cit.*, p.244.

⁴²⁰ ESTADOS UNIDOS. *In re Letter Rogatory from Justice Court*, District of Montreal, 523 F. 2d 562,565 (6th Cir. 1975).

a produção de provas testemunhal e documental. Com uma emenda de 1996, este dispositivo prevê⁴²¹:

(a) The district court of the district in which a person resides or is found may order him to give his testimony or statement or to produce a document or other thing for use in a proceeding in a foreign or international tribunal, including criminal investigations conducted before formal accusation. The order may be made pursuant to a letter rogatory issued, or request made, by a foreign or international tribunal or upon the application of any interested person and may direct that the testimony or statement be given, or the document or other thing be produced, before a person appointed by the court. By virtue of his appointment, the person appointed has power to administer any necessary oath and take the testimony or statement. The order may prescribe the practice and procedure, which may be in whole or part the practice and procedure of the foreign country or the international tribunal, for taking the testimony or statement or producing the document or other thing. To the extent that the order does not prescribe otherwise, the testimony or statement shall be taken, and the document or other thing produced, in accordance with the Federal Rules of Civil Procedure.

A person may not be compelled to give his testimony or statement or to produce a document or other thing in violation of any legally applicable privilege.

(b) This chapter does not preclude a person within the United States from voluntarily giving his testimony or statement, or producing a document or other thing, for use in a proceeding in a foreign or international tribunal before any person and in any manner acceptable to him.

Atente-se ao fato de que o §1782 autoriza o Tribunal que executará o pedido determinar o procedimento a ser seguido. Permite, no entanto, que o Estado requerente solicite que determinado procedimento seja obedecido, para salvaguardar o sigilo das investigações ou para alcançar os requisitos necessários para a admissibilidade da prova em seu processo. O tribunal norte-americano está autorizado a seguir o procedimento solicitado, mas não está obrigado.

Assim como ocorre com as rogatórias, caso o país requerente não indique procedimento específico, deverão ser seguidos os procedimentos das *Federal Rules of Civil*

⁴²¹ A explicação de todas as modificações pode ser encontrada no relatório do *Senate Judiciary Committee* (1964 Senate Report at 3788).

Procedure, **independentemente** da natureza da demanda (se criminal ou administrativa). No caso *Weber v. Finker*, assentou-se esta aplicação a casos criminais⁴²².

As cortes estadunidenses acabaram por aclarar alguns aspectos do dispositivo, conferindo-lhe interpretação⁴²³ minudente e que, por suas peculiaridades, serão reproduzidas:

a) a assistência pode ser provida ainda que o país requerente não possa oferecer reciprocidade na mesma hipótese⁴²⁴. No entanto, como o poder do tribunal é discricionário, ele pode levar esta circunstância em consideração para sua análise;

b) deve haver prova oficial de que o tribunal estrangeiro rejeitaria a medida buscada para que o tribunal estadunidense negue a cooperação do §1782, com base nesta alegação⁴²⁵;

c) não é adequado ao tribunal levar em consideração matérias de atribuição das cortes estrangeiras e questões relativas à legislação estrangeira na determinação da assistência, nos termos do § 1782⁴²⁶;

d) um juiz indicado nos termos do §1782 para executar um pedido não tem autoridade para recusar-se a cumpri-lo⁴²⁷;

e) um comissário apontado nos termos do §1782 pode ser uma parte interessada⁴²⁸;

f) um réu ou investigado em um país estrangeiro, contra quem se pretende produzir uma prova, tem direito a questionar se a assistência deve ou não ser prestada⁴²⁹;

g) quem se opuser à aplicação do §1782 tem o ônus de demonstrar suas alegações⁴³⁰;

⁴²² ESTADOS UNIDOS. 554 F.3d 1379, 1384 n.3 (11th Cir. 2009). ABBELL, **Obtaining Evidence Abroad in Criminal Cases 2010**, p.252.

⁴²³ *Ibidem*, pp.252 et seq.

⁴²⁴ ESTADOS UNIDOS. *John Deere Ltd.v. Sperry Corp.*, 754 F.2d 132,135-136 – 3d Cir.1985; *In re Request for Assistance from Ministry of Legal Affairs of Trinidad and Tobago*, 117 F.R.D.177 – S.D. Fla.1987.

⁴²⁵ ESTADOS UNIDOS. *John Deere Ltd.v. Sperry Corp.*, 754 F.2d 132,135-136 – 3d Cir.1985; *in re Letters Rogatory from Tokyo District*, 539 F.2d 1216,1219 – 9th Cir. 1976; *In re Application of Dr. Med. Schotttdorf*, 2006 WL 1344091 – D. Mass. 2006.

⁴²⁶ ESTADOS UNIDOS. *In re Letters Rogatory from Argentina* 144 F.R.D. 272, 275-76 – E.D.Pa.1992. Neste caso, o tribunal considerou que não poderia analisar se a evidência solicitada iria ou não afetar os interesses nacionais da Argentina.

⁴²⁷ ESTADOS UNIDOS. *In re Request for Judicial Assistance from Seoul District Criminal Court*, 428 F. Supp. 109, 112 (N.D. Cal.) *aff'd* 555 F.2d 720 (9th Cir. 1977).

⁴²⁸ ESTADOS UNIDOS. *In re Request for Judicial Assistance from Haiti*, 669 F. Supp. 403, 407 (S.D. Fla. 1987).

⁴²⁹ ESTADOS UNIDOS. *In re Request for International Judicial Assistance from Brazil*, 687 F. Supp. 880, 887 (S.D.N.Y. 1988).

⁴³⁰ ESTADOS UNIDOS. *In re Application of Bayer AG*, 146 F.3d 188,196 (3d Cir. 1998).

h) a decisão de um Tribunal de permitir ou recusar um pedido de cooperação é considerada final, cabendo apelação nos termos do U.S.C. §1291⁴³¹;

i) geralmente, o Tribunal de Apelação analisará a decisão do tribunal distrital para negar a cooperação com base em abuso de discricionariedade. No entanto, quando o tribunal distrital aplicar mal a lei ou a interpretar erroneamente, ou ainda se basear em fatos inapropriados para proferir sua decisão, o tribunal de apelação pode rever a decisão na íntegra⁴³²;

j) não é possível apresentar acusações contra uma pessoa em virtude de um pedido de cooperação⁴³³;

k) a finalidade do §1782 é a produção de provas que estejam nos Estados Unidos. Não pode ser utilizada para a produção de documentos regularmente mantidos fora de seu território⁴³⁴;

l) a Seção 1782 não pode ser utilizada para intimar um nacional ou residente norte-americano, nos termos do 28 U.S.C. 1783, para ser ouvido nos Estados Unidos, pois a Seção 1783 somente se aplica a processos federais domésticos⁴³⁵;

m) um procedimento de acordo com a Seção 1782 é um procedimento perante um tribunal. Desta forma, tribunais têm o poder de dar imunidade a uma testemunha para que não seja processada nos Estados Unidos, em conexão com a execução de um pedido de cooperação jurídica internacional⁴³⁶;

n) a investigação que embasa o pedido de cooperação deve ter potencial de resultar em um processo perante o tribunal estrangeiro⁴³⁷;

o) a prova buscada por meio de cooperação não precisa ser admissível (*discoverable*) nos termos da lei do país requerente, caso a prova esteja naquele país e não nos Estados Unidos⁴³⁸;

p) um réu em processo estrangeiro não precisa esgotar todos os meios de busca da prova no processo estrangeiro antes de solicitar assistência nos termos da Seção 1782⁴³⁹;

⁴³¹ ESTADOS UNIDOS. *Kestrel Coal Pty. Ltd. V. Joy Global, Inc.*, 372 F.3d 401,403 (7th Cir. 2004).

⁴³² ESTADOS UNIDOS. *Weber*, 554 F.3d at 1382.

⁴³³ ESTADOS UNIDOS. *In re Request from Swiss Federal Dept. of Justice & Police*, 731 F. Supp. 490 (S.D. Fla. 1990).

⁴³⁴ ESTADOS UNIDOS. *In re Application of Nokia Corp.*, 2007 WL 1729664, n.4 (W.D. Mich. 2007).

⁴³⁵ ESTADOS UNIDOS. *In re Application of Oxus Gold PLC*, 2007 WL 1037387, 2006 WL 2927615 (D.N.J. 2007).

⁴³⁶ ESTADOS UNIDOS. *In re Erato*, 2 F.3d 11,13-14 (2d. Cir.1993).

⁴³⁷ ESTADOS UNIDOS. *In re Letters of Request from Court of Queen's Bench, Manitoba*, 488 F.2d 511 (9th Cir. 1973).

⁴³⁸ ESTADOS UNIDOS. *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.*, 542 U.S. 241, 252-53, 259-62 (2004).

q) não é requisito que exista procedimento no país requerente. Basta que haja perspectiva⁴⁴⁰;

r) se os documentos que se busca estão em poder de advogado, eles estão protegidos por segredo profissional. Entretanto, o cliente pode abrir mão do privilégio. Se os documentos já tiverem sido divulgados anteriormente, não incide a proteção⁴⁴¹.

Esgotada a análise acerca das aplicações da Seção 1782, verificar-se-á o 18 U.S.C. §3512.

Em vista da entrada em vigor de diversos MLATs, o aumento considerável dos pedidos de cooperação e, conforme já mencionado, o fato de que a Seção 1782 não menciona expressamente a possibilidade de expedição de mandados de busca e apreensão, por demanda do Departamento de Justiça, o Congresso aprovou, em 2009, *The Foreign Evidence Request Act*⁴⁴². Este ato acresceu uma nova Seção 3512 ao 18 U.S.C., que prevê expressamente a possibilidade de expedição de mandado de busca e de apreensão em razão de um pedido de cooperação. Esta Seção prevê que o tribunal federal competente pode determinar quaisquer medidas necessárias para o cumprimento do pedido, incluindo a quebra de sigilo telemático e, ainda, solicitar que a testemunha intimada preste juramento.

Relevante notar que, diferentemente da Seção 1782, a Seção 3512 não pode ser utilizada para obtenção de prova por parte do réu. As medidas ali previstas não podem ser solicitadas diretamente aos tribunais competentes nos Estados Unidos, sendo necessária autorização do Departamento de Justiça, que exerce uma espécie de filtro preliminar.

1.4. Considerações Finais

Após a análise dos dispositivos relacionados à cooperação, é possível extrair algumas constatações de caráter geral sobre a cooperação internacional estadunidense.

Quanto à cooperação ativa, apesar das características advindas do sistema adversarial relevarem a igual participação das partes no processo, percebe-se que a sistemática de cooperação foi concebida para, principalmente, privilegiar a acusação.

⁴³⁹ ESTADOS UNIDOS. *In re Application of Weber*, 2007 WL 4285362 (M.D. Fla. 2007).

⁴⁴⁰ ESTADOS UNIDOS. *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.*, 542 U.S. at 258-59.

⁴⁴¹ ESTADOS UNIDOS. *Ratliff*, 354 F.3d at 170.

⁴⁴² Pub. L. No.111-79, 123 Stat. 2086.

Assim, é prevista a possibilidade de suspensão do prazo prescricional (18 U.S.C. §3292) por até 3 (três) anos nos casos em que necessária a produção de prova por meio de CJI. Além disso, o 18 U.S.C. § 3161 (h) (8) prevê a dilação de prazo para algumas medidas com a finalidade de possibilitar a admissão de provas no processo, excetuando-se a *Speed Trial Act* (que prevê prazos para a realização de atos em todas as fases do processo). Mesmo que esta dilação de prazo também possa beneficiar a defesa, observa-se que, tanto com relação a este dispositivo quanto no tocante aos demais, as propostas de alteração, para prever maiores prazos, são fruto de iniciativa do DOJ. As justificativas apresentadas ao Congresso foram sempre voltadas a conferir maior flexibilidade à atuação da acusação.

Outro dispositivo que demonstra esta propensão às atividades da acusação é o 18 U.S.C. § 3506 que prevê que os nacionais estadunidenses ou residentes, ao peticionarem perante uma autoridade estrangeira, devam requerer que ela envie uma cópia ao *Attorney General* ou ao promotor encarregado do caso. Sua finalidade é propiciar que os órgãos do governo possam interferir na atuação da defesa no Estado requerido. Não existe dispositivo semelhante disponibilizado à defesa.

Além disso, existe previsão para obrigar o indivíduo que possua ativos financeiros em outro Estado a repatriá-los, com o fim de pagar multas ou taxas em processos criminais, civis e até mesmo fiscais (18 U.S.C. §963 e o 21 U.S.C. §853).

Mesmo com relação às cartas rogatórias, que são meio de CJI a ser utilizado pela defesa e pela acusação, foram criadas algumas distorções. O DOJ realizou diversos acordos informais com suas congêneres e, assim, as CRs da acusação tramitam por meio de autoridades centrais e, desta forma, gozam das vantagens deste trâmite (como celeridade e possibilidade de comunicação direta entre as autoridades centrais). As rogatórias da defesa continuam a ser tramitadas pela via diplomática.

O Departamento de Justiça tem firmado acordos administrativos com diversos países com a finalidade de facilitar o compartilhamento e a transferência de informações e de provas. Estes acordos são realizados em virtude de casos concretos (como os *Lockheed Agreements*) ou ainda em virtude do crime (narcóticos, fiscais). Todos eles somente podem ser utilizados pela acusação.

E, quanto aos MLATs, que constituem meio mais usual de cooperação, hoje, nos Estados Unidos, a maior parte deles possui previsão comum de eliminação da dupla incriminação e de exclusão da participação do indivíduo afetado pela CJI, prevendo ainda meios céleres e medidas abrangentes (que, assim, são destinados somente à acusação).

Outra característica observada é a relacionada à excessiva preocupação com a forma. A legislação interna possui diversos dispositivos, na maior parte direcionados à imposição de requisitos que garantam a admissibilidade de provas obtidas por meio de CJI em processos nacionais (principalmente nas *Federal Rules of Procedure and Evidence*). Em especial, com a prova testemunhal, buscando-se meios de não se vulnerar a *Confrontation Clause*.

Outros dispositivos referem-se a requisitos para a produção de documentos (especialmente o 28 U.S.C. § 1741), disciplinando a matéria detalhadamente. Há inúmeras regras sobre o tema e foi possível observar que não há flexibilidade de entendimento por parte dos tribunais estadunidenses. Interessante notar que existem no MLAT Brasil – Estados Unidos formulários destinados à certificação da autenticidade de documentos obtidos no bojo da cooperação.

Ainda, a questão da jurisdição *in personam* merece ser destacada. Há previsão (especialmente o 28 U.S.C. §1783) acerca da submissão de nacionais e residentes estadunidenses aos tribunais nacionais mesmo que se encontrem em outro país. Eles podem ser obrigados a prestar declarações ou a produzir documentos, pois se entende que não cessam suas obrigações em relação aos EUA.

Quanto à cooperação passiva, é realizada primordialmente por meio do MLAT, da carta rogatória e da atuação direta perante os tribunais estadunidenses (28 U.S.C. § 1782).

Se a autoridade requerente não solicitar de forma diversa, os procedimentos serão aqueles previstos na legislação interna, especialmente no *U.S. Code* e nas *Federal Rules of Procedure*. Ainda, interessante notar que os Estados Unidos podem cumprir um pedido de cooperação mesmo sem a promessa de reciprocidade.

De forma geral, pode-se afirmar que os tribunais não têm se preocupado com a violação a direitos no Estado requerente⁴⁴³, com exceção dos casos em que se considere violado o *sense of decency*.

Por fim, da análise da sistemática norte-americana, verifica-se que os problemas da cooperação relacionados aos direitos da defesa não encontram lá solução adequada. No entanto, alguns de seus aspectos fornecem material interessante para auxiliar

⁴⁴³ Como no citado caso Verdugo-Urquidez, em que a Suprema Corte decidiu que as garantias da quarta emenda não se aplicavam a medidas executadas por autoridades estrangeiras.

na resolução de alguns desses problemas e que serão observados ao se tratar especificamente dos direitos vulnerados pela CJI.

2. MUTUAL LEGAL ASSISTANCE TREATY

2.1. Dados gerais

Antes de analisar o conteúdo do MLAT, importante tecer algumas observações de caráter geral.

Brasil e Estados Unidos têm longo histórico de relações diplomáticas⁴⁴⁴ e de cooperação em diversas áreas, que abrangem, dentre outros, saúde, educação, matéria fiscal, economia e proteção de direitos humanos.

Quanto à cooperação jurídica internacional, o primeiro instrumento dedicado a ela de que se tem notícia é o tratado de extradição assinado em 1897, seguido de seu protocolo de 28 de maio de 1898⁴⁴⁵. Seguiu-se a ele outro tratado de extradição e mais um protocolo, assinados em 13 de janeiro de 1961 e 18 de junho de 1962. O tratado entrou em vigor 17 de dezembro de 1964, sendo promulgado no Brasil pelo Decreto nº 55.750 de 11 de fevereiro de 1965 (até hoje em vigor).

Outro tratado bilateral entrou em vigor em 22 de abril de 1969, por meio de troca de notas verbais, dispensando a legalização consular, a autenticação e a tradução de rogatórias que tramitam por via diplomática.

Além de tratados bilaterais, os dois países possuem alguns acordos (termo não utilizado aqui como sinônimo de tratado), que tem como objeto a cooperação bilateral em áreas específicas, para a prevenção e repressão a determinados crimes e com duração específica. São eles: *U.S.-Brazil Agreement on Cooperation in the Field of Control of Illicit Traffic of Drugs, with Annex, July 19, 1983, TIAS 10756*; *U.S.-Brazil Mutual Cooperation Agreement for Reducing Demand, Preventing Illicit Use and Combating Illicit Production and Traffic of Drugs, September 3, 1986, TIAS 11382*.

O tratado de cooperação jurídica internacional em matéria penal, o MLAT (*Mutual Legal Assistance Treaty*) é o principal tratado em matéria de cooperação entre os dois países e foi assinado em 14 de outubro de 1997, em Brasília.

⁴⁴⁴ Os Estados Unidos foram o primeiro país a reconhecer a independência do Brasil em 1822.

⁴⁴⁵ BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Tratados assinados com os Estados Unidos. http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1897/b_79. Acesso em: 15.12.2014.

Quanto ao processo legislativo interno, nos Estados Unidos, foi encaminhado o tratado ao Senado pelo Presidente em 28 de abril de 1998 (*Treaty Doc. 105-42, 105th Congress, 2nd Session*). Foi reportado favoravelmente pela Comissão de Relações Internacionais do Senado em 02 de outubro de 1998 (*Senate Executive Report n° 105-22, 105th Congress, 2nd Session*⁴⁴⁶). Interessante pontuar que foram submetidos ao Congresso estadunidense 19 MLATs⁴⁴⁷ ao mesmo tempo, com teor similar. O Senado proferiu seu conselho e consentimento pela aprovação em 21 de outubro de 1998 e o tratado foi ratificado pelo Presidente em 20 de janeiro de 1999.

No Brasil, o acordo foi aprovado pelo Congresso pelo Decreto Legislativo n° 262, de 18 de dezembro de 2000, sendo o texto em português do acordo corrigido, por troca de Notas, em 15 de fevereiro de 2001. Foi encaminhado ao Congresso por meio da Mensagem n° 1.437 de 1997, acompanhada da Exposição de Motivos n° 416/MRE, de 19 de novembro de 1997, do Ministro das Relações Exteriores. Nesta exposição de motivos, consta que o acordo, “mantendo a individualidade absoluta das jurisdições de cada um dos Estados, estabelece meios de cooperação na investigação policial, no processo penal e nas iniciativas de prevenção ao crime⁴⁴⁸”.

No Senado, tramitou por meio do Projeto de Decreto Legislativo n° 277, de 2000, com parecer favorável da Comissão de Relações Exteriores (Parecer n° 1.276, de 2000 – CRE). O projeto tramitou em regime de urgência e teve como relator o Senador José Sarney. Em seu parecer, o Senador ressaltou a importância do acordo para o combate ao crime transnacional, lembrando que os dois países já vinham colaborando entre si, mesmo antes de sua entrada em vigor, como no caso envolvendo a localização de ativos oriundos dos desvios de verba do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo⁴⁴⁹.

Na Câmara dos Deputados, tramitou como Projeto de Decreto Legislativo n° 240 de 1999, relatado pelo Deputado Gerson Perez. Nas discussões que se desenvolveram

⁴⁴⁶ ESTADOS UNIDOS. Disponível em <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CRPT-105erpt22/html/CRPT-105erpt22.htm>. Acesso em 13.08.2014.

⁴⁴⁷ Além do acordo com o Brasil, foram submetidos ao Congresso acordos com Hong Kong, Luxemburgo, Austrália, Venezuela, Israel, com diversos países do Caribe, como Trinidad e Tobago, Barbados, Antigua e Barbuda, República Dominicana, Grenada, St. Lucia, St. Kitts and Nevis, e St. Vincent e Grenadines), além de países do leste europeu, como Polônia, Estônia, Letônia, Lituânia e República Tcheca. A quantidade de acordos assinados e seu esforço de aprovação demonstram a importância dada pelos EUA aos MLATs e a expansão de sua política de cooperação jurídica internacional.

⁴⁴⁸ BRASIL. SENADO FEDERAL. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=12/12/2000&paginaDireta=24670>. Acesso em 13.08.2014.

⁴⁴⁹ BRASIL. SENADO FEDERAL. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=15/12/2000&paginaDireta=25217>. Acesso em 13.08.2014.

na Câmara (publicadas no DOU de 10 de maio de 2000⁴⁵⁰), houve parecer favorável do Relator, discutindo-se, porém, alguns assuntos de mérito.

O Deputado Paulo Delgado apontou algumas peculiaridades do tratado que o diferenciavam de outros assinados pelo Brasil e que, em sua visão, eram negativas. Por exemplo, no MLAT predominou a participação do Ministério da Justiça sobre o Ministério das Relações Exteriores. Além disso, predominou “também a visão policial sobre a visão diplomática e a idéia de repressão sobre a idéia da soberania, a idéia de que as fronteiras nacionais podem ser dissolvidas quando se tratar de combate a crime organizado”. E isto seria um equívoco, porque, por trás deste combate pode haver a intenção de perseguição.

Em sua opinião, “esse acordo é incompleto, mal redigido, e, mais do que isso, fere os princípios que o Brasil subscreveu na Conferência de Viena a respeito dos direitos humanos e ao subscrever e defender na Corte Internacional de Justiça dois dispositivos que, não por coincidência, os Estados Unidos não subscreveram”.

No entanto, apesar desta opinião e da apresentação de emendas, comentadas oportunamente, o projeto foi aprovado.

As ratificações foram trocadas em Brasília, em 12 de fevereiro de 2001, entrando em vigor em 21 de fevereiro de 2001.

Consoante antecipado, Brasil e Estados Unidos também assinaram outros acordos bilaterais que, ainda não sendo relacionados diretamente à cooperação em matéria penal, nela impactam. Especificamente, o acordo firmado entre Estados Unidos e Brasil para o intercâmbio de informações relacionadas a tributos (*Tax Information Exchange Agreement* – TIEA. Decreto Legislativo nº 211, DOU de 13.03.2013, promulgado pelo Decreto nº 8.003, de 15 de maio de 2013⁴⁵¹) e, mais recentemente, acordo assinado em 23 de setembro de 2014, sobre troca automática de informações tributárias com os Estados Unidos (IGA)⁴⁵².

Quanto ao TIEA com os Estados Unidos, o interesse em sua assinatura partiu das autoridades brasileiras, externada na Estratégia Nacional de Combate à Lavagem

⁴⁵⁰ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em:

<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD10MAI2000.pdf#page=138>. Acesso em 13.08.2014.

⁴⁵¹ Nos Estados Unidos, considera-se este acordo como um *Executive Agreement*, que prescinde da autorização do Congresso.

⁴⁵² Este acordo implica o encaminhamento de informações de contribuintes pelas instituições financeiras para a Secretaria da Receita Federal do Brasil, que as encaminhará para o *Internal Revenue Service* (IRS) dos EUA. Por sua vez, a Receita receberá informações sobre movimentações financeiras de contribuintes brasileiros em instituições financeiras dos EUA.

de Dinheiro (hoje acrescida também do tema da Corrupção⁴⁵³), realizada em Vitória, em 2005⁴⁵⁴, entendendo-se ser instrumento apto a tornar mais eficiente a prevenção, a investigação e o processo de crimes fiscais.

Após uma longa tramitação em nosso Congresso, com diversas considerações acerca de sua constitucionalidade, o acordo foi finalmente ratificado⁴⁵⁵.

Seu objeto vem exposto em seu artigo I:

As Partes assistir-se-ão mediante o intercâmbio de informações que possam ser pertinentes para a administração e o cumprimento de suas leis internas concernentes aos tributos visados por este Acordo, inclusive informações que possam ser pertinentes para a determinação, lançamento, execução ou cobrança de tributos em relação a pessoas sujeitas a tais tributos, **ou para a investigação ou instauração de processo relativo a questões tributárias de natureza criminal**. As Partes assistir-se-ão mediante o intercâmbio de informações a pedido conforme o Artigo V e por outras formas conforme acordado pelas autoridades competentes segundo o Artigo X, em conformidade com os termos deste Acordo. (grifos nossos)

Com este tratado, além dos questionamentos e problemas já decorrentes do tratado de cooperação jurídica internacional, prevê-se o surgimento de diversos outros que serão somados, ainda, aos problemas já conhecidos de falta de regulamentação sobre a matéria⁴⁵⁶.

Como se viu no artigo I, este tratado será aplicado à troca de informações para investigação criminal, que, em virtude de uma análise literal, sequer passarão pela autoridade central para a cooperação jurídica internacional (Ministério da Justiça), mas

⁴⁵³ “Instituída em 2003, sob a coordenação do Ministério da Justiça, a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) é formada por mais de 60 órgãos, dos três poderes da República, Ministérios Públicos e da sociedade civil que atuam, direta ou indiretamente, na prevenção e combate à corrupção e à lavagem de dinheiro. A Estratégia intensifica a prevenção a esses crimes porque soma a *expertise* de diversos parceiros em prol do Estado brasileiro”. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/enccla>. Acesso em 15.12.2014. Os membros da ENCCLA reúnem-se anualmente para traçar estratégias de atuação. O DRCI possui a função de secretaria-executiva.

⁴⁵⁴ ZAGARIS, Bruce. Brazil-U.S. TIEA: New Tax Enforcement Cooperation Foreseen. In: **Tax Notes International**, vol.70, n.30. 24 de junho de 2013. Reprinted from Tax Notes Int’l, June 24, 2013, p. 1285.

⁴⁵⁵ Sobre as discussões travadas no Congresso Nacional brasileiro, ver ZAGARIS, Brazil-U.S. TIEA: New Tax Enforcement Cooperation Foreseen, especialmente p.1286.

⁴⁵⁶ Que poderão ser ainda ampliados pelo fato de o Brasil ter assinado a *CONVENTION ON MUTUAL ADMINISTRATIVE ASSISTANCE IN TAX MATTERS*, no âmbito da OCDE, que possui dispositivos semelhantes a este acordo.

serão trocadas diretamente entre o Secretário da Receita Federal (no Brasil) e o Secretário do Tesouro (nos Estados Unidos), ou por seus representantes (artigo IV.1. e artigo V.1).

E mais. O artigo V.1. prescreve que :

1. A autoridade competente da Parte requerida deverá fornecer, a pedido da Parte requerente, informações para os fins mencionados no Artigo I. **Tais informações deverão ser intercambiadas independentemente de a Parte requerida delas necessitar para propósitos tributários próprios ou de a conduta sob investigação constituir crime de acordo com as leis da Parte requerida, caso ocorrida em seu território.** A autoridade competente da Parte requerente deverá formular um pedido de informações com base neste Artigo **apenas quando impossibilitada de obter as informações solicitadas por outros meios, exceto quando o recurso a tais meios acarretar dificuldades desproporcionais.** (grifos nossos)

Algumas considerações, no entanto, devem ser tecidas. Em que pese o tratado ter por uma de suas finalidades facilitar a troca de informações entre as autoridades envolvidas, há que se respeitar a legislação interna de cada país para que isso seja realizado, com especial ênfase às garantias constitucionais.

O próprio acordo prevê, em seu art. VII, que não deverá impor a uma parte qualquer obrigação de fornecer informações sujeitas a privilégio legal, nem reveladoras de qualquer segredo comercial, empresarial, industrial ou profissional ou processo comercial (2.a) ou de tomar medidas administrativas em desacordo com suas leis (2.b.). E mais, a “Parte requerida não estará obrigada a obter e fornecer informações que a Parte requerente estaria impossibilitada de obter em circunstâncias similares sob suas próprias leis para o fim de administração/cumprimento de suas próprias leis tributárias ou em resposta a um pedido válido da Parte requerida sob o presente Acordo” (4).

Percebe-se que as regras internas protetivas dos sigilos fiscal, bancário e profissional não ficam afastadas por este acordo e as regras inerentes à introdução desta espécie de informação devem seguir a disciplina interna. No caso brasileiro, deve haver decisão judicial que determine a quebra do sigilo⁴⁵⁷ (do ponto de vista ativo e passivo).

⁴⁵⁷ O STF, no RE 389.808 (Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe de 09.05.2011), decidiu que a Receita Federal não pode afastar o sigilo bancário em suas atividades administrativas em decisão assim ementada: “SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à

Retomando o tema, Brasil e Estados Unidos são signatários de alguns tratados multilaterais que podem ser utilizados como base para a cooperação nos casos não abarcados pelos bilaterais, sendo os principais os instrumentos da ONU (Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo) – Decreto nº 5015, de 12 de março de 2004; Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida) – Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006; Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena, 1988) – Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991).

Além disso, os números da cooperação entre Brasil e Estados Unidos⁴⁵⁸ merecem ser observados.

Segundo informações do DRCI, levando em consideração todos os pedidos por ele tramitados em matéria penal, no período de 2004 a 2013, os pedidos enviados e recebidos dos Estados Unidos correspondem a **15, 70%** do total, sendo o país com maior fluxo de pedidos de cooperação⁴⁵⁹.

Quanto aos dados gerais da cooperação, note-se o seguinte quadro⁴⁶⁰:

Número total de pedidos de cooperação entre Brasil e Estados Unidos			
Ativos (Penal + Civil)	5.660	Ativos (Penal)	2.088
Passivos (Penal + Civil)	451	Passivos (Penal)	77

Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte”.

⁴⁵⁸ Dados fornecidos pela autoridade central brasileira em 24.07.2014. Atente-se ao fato de que as bases de dados foram modificadas desde a criação do DRCI (não há disponibilidade de dados sobre a cooperação em data anterior à criação da autoridade central). Desta forma, os números aqui apresentados podem não se consubstanciar em dados precisos. Observe-se também que estes dados foram fornecidos somente pela autoridade central brasileira. A autoridade central estadunidense (DOJ) informou que não possui dados estruturados acerca da cooperação. Não foi possível, assim, obter junto ao DOJ informações oficiais.

⁴⁵⁹ Dados constantes do documento comemorativo dos 10 anos do DRCI. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes>. Acesso em 13.10.2014. Os outros países com os quais o Brasil coopera em matéria penal possuem representam os seguintes números: Uruguai – 13,40%; Paraguai: 31,20%; Argentina: 11,10%; Espanha – 4,40%; Portugal - 4,20%; Itália – 3,90%; Bolívia – 3,50%; Suíça – 3,30%; França – 2,60%; Japão – 2,60%; Peru – 2,60%; Alemanha – 1,90%; Colômbia – 1,50%; Reino Unido – 1,50%; outros – 13,30%. Acesso em 10.11.2014.

⁴⁶⁰ Estes dados demonstram o número total de pedidos constantes da base do DRCI (findos e ativos). A autoridade central informou não ser possível obter a informação acerca do número de pedidos em tramitação.

Destes dados, é possível observar que a cooperação em matéria civil é superior àquela em penal e que a cooperação ativa é muito superior à passiva, isto é, o Brasil demanda dos Estados Unidos muito mais do que é demandado⁴⁶¹. Este fenômeno pode ter algumas explicações, como o fato de que o Brasil não é destino conhecido de envio de capitais, diferentemente da realidade estadunidense.

Esta grande diferença dos números pode ainda indicar que os Estados Unidos, para obtenção de medidas no Brasil, não se utilizam dos meios formais de cooperação, buscando outros meios, como a cooperação policial, a cooperação direta entre as autoridades envolvidas nos dois países ou métodos coercitivos de obtenção de prova (como obtenção de documentos por meio de suas autoridades consulares ou intimação direta de seus nacionais e residentes⁴⁶²). Estas explicações constituem-se em conjecturas, já que não foi possível obter dados específicos quanto à ocorrência destes diferentes métodos.

Outros números interessantes são os relacionados à evolução temporal dos pedidos de cooperação:

Passivo (Penal + Civil)		Passivo (Penal)
2004	23	1
2005	18	1
2006	85	18
2007	27	6
2008	31	6
2009	85	5
2010	22	0
2011	25	5
2012	43	6
2013	45	4
2014	25	4

⁴⁶¹ Em pesquisa realizada por MACHADO no banco de dados do STF, identificou-se somente 1 (uma) decisão relativa a carta rogatória penal advinda dos Estados Unidos no período entre 13 de outubro de 1994 e 20 de março de 2004. MACHADO, Máira Rocha. Cooperação penal internacional no Brasil: as cartas rogatórias passivas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 13, n.53, p. 98-118, jan./fev. 2005, p.110.

⁴⁶² Quanto a estes meios, não se desconsiderou sua hipótese, ainda que esteja em vigor o MLAT entre Brasil e Estados Unidos e que haja neste país orientação de que seu uso não deva ser a regra na CJI, conforme recomendações exaradas pelo *Department of Justice*.

Ativo (Penal + Civil)		Ativo (Penal)
2004	148	3
2005	277	83
2006	808	468
2007	693	393
2008	427	161
2009	454	165
2010	581	186
2011	573	166
2012	646	198
2013	612	155
2014	281	72

Extraí-se destes dados que o número de pedidos mantém certa regularidade (tanto ativos quanto passivos), à exceção do expressivo número de pedidos ativos registrados em 2006 e 2007. Pode-se atribuir este incremento à efetiva institucionalização do DRCI e ao envio dos pedidos oriundos da Operação Farol da Colina (caso Banestado), onde foram investigados diversos correntistas de contas CC-5 que encaminharam por meio delas dinheiro aos Estados Unidos⁴⁶³.

Quanto ao objeto da cooperação, dos dados extraídos do DRCI, somente é possível verificar o objeto em pedidos cadastrados a partir de 2013. Quanto à cooperação ativa, foram 86 envolvendo pedidos de citação/intimação, 37 de oitiva de testemunhas, 79 de fornecimento de documentos, 23 envolvendo quebra de sigilo bancário, 1 quanto a medidas assecuratórias e 1 de assistência jurídica gratuita. Observa-se destes dados que a maior parte dos pedidos de cooperação envolve medidas de primeiro nível, como a comunicação de atos, a oitiva de testemunhas e o fornecimento de documentos.

Já, quanto à cooperação passiva em matéria penal, foram 3 relativos à oitiva de testemunhas, 4 de fornecimento de documentos e 1 envolvendo pedido de quebra de sigilo bancário.

No que diz respeito ao cumprimento, foram cumpridos 88 pedidos ativos em 2013 e 48 em 2014, e 9 pedidos passivos em 2013 e 4 em 2014⁴⁶⁴. Quanto ao não cumprimento, somente foi possível averiguar a base de dados relativa aos anos de 2013 e

⁴⁶³ Segundo notícia a mídia, tramitaram pelo DRCI cerca de 200 pedidos relativos a este caso. Ver em <http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?id=709517&tit=Justica-dos-EUA-autoriza-repatriar-dinheiro-do-Banestado>. Acesso em 10.11.2014.

⁴⁶⁴ Tendo em vista a fragilidade da base de dados, não foi possível aferir o tempo médio de tramitação dos pedidos nem sua porcentagem de cumprimento.

2014, dentro do universo daqueles que já não estão mais em tramitação. Os motivos para o não cumprimento podem ser divididos da seguinte forma:

1. Impossibilidade material:

- a) não localização de testemunhas: 22 ativos e 24 passivos;
- b) não localização de bens: 11 ativos e 1 passivo;
- c) falecimento da pessoa envolvida na medida: 6 ativos;

1. Defeitos formais:

- a) falha na documentação instrutória: 10 ativos;
- b) prazo curto para a realização da diligência: 11 ativos e 4 passivos;
- c) insuficiência de informação ou de provas que embasem o pedido: 24 ativos e 3 passivos;

Ainda, foram negados 14 pedidos ativos em virtude de peculiaridades do direito interno (não especificadas) e 12 em virtude da ausência de dupla incriminação.

Tem-se notícia de haver sido negado neste período somente 1 pedido oriundo da defesa.

Passa-se, agora, à análise do MLAT, principal instrumento de cooperação em matéria penal entre os dois países.

2.2. MLAT: Conteúdo

Neste capítulo, serão tratados, em linhas gerais, os dispositivos do MLAT, entremeados com a análise das negociações constantes do mencionado *Senate Executive Report* n° 105-22 que contém os posicionamentos exarados por cada uma das delegações, ainda que sob o prisma das autoridades estadunidenses, consubstanciando-se no conteúdo dos trabalhos preparatórios à assinatura do MLAT.

Preliminarmente, serão definidos os trabalhos preparatórios. Pratter⁴⁶⁵, em sua obra, reúne as definições mais aceitas na doutrina, estatuidando que trabalhos

⁴⁶⁵ PRATTER, Jonathan. UPDATE: À la Recherche des Travaux Préparatoires: An Approach to Researching the Drafting History of International Agreements. Disponível em: http://www.nyulawglobal.org/globalex/travaux_preparatoires1.htm. Acesso em: 03.12.2014. O autor, quanto

preparatórios são: “a) An omnibus expression which is used rather loosely to indicate all the documents, such as memoranda, minutes of conferences, and drafts of the treaty under negotiation, for the purpose of interpreting the treaty; b) [T]he record of the negotiations preceding the conclusion of a treaty, the minutes of the plenary meetings and of committees of the Conference which adopted a treaty, and so on ...”.

Acrescenta, ainda, alguns requisitos inerentes aos trabalhos preparatórios: eles, normalmente, devem ser escritos, estar disponíveis posteriormente e ser acessíveis a todas as partes.

Como se vê, o *Senate Report* pode ser utilizado como documento que representa os trabalhos preparatórios do MLAT, uma vez que se trata de um relatório acerca das negociações, por escrito, e disponível na *internet*.

Porém, qual o motivo de se analisar este documento?

A resposta é relativamente simples: como meio de interpretação do tratado.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969⁴⁶⁶, cuida da questão de sua interpretação na Seção 3, em especial em seus artigos 31 e 32.

O artigo 31 dispõe sobre as regras gerais de interpretação, dando relevo ao seu contexto⁴⁶⁷.

Lupi⁴⁶⁸, ao analisar este artigo à luz dos comentários a ele tecidos, esclarece que há duas variações sobre a disciplina da Convenção acerca do contexto, sendo uma

à tradução da expressão, alerta que: “The phrase is of course French and translates literally as “preparatory works.” Synonymous phrases in English are “negotiating history” or “drafting history.” It is better to avoid using the phrase “legislative history” as a synonym. While they bear similarities, treaty interpretation differs significantly from statutory construction (especially as the latter is done in the U.S.). As well, there is another use for the phrase “legislative history” – as a synonym for the ratification history of an international agreement as that takes place in domestic law”.

⁴⁶⁶ Incorporada ao ordenamento brasileiro pelo Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

⁴⁶⁷ Artigo 31. Regra Geral de Interpretação

1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.
2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos:
 - a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado;
 - b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado.
3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto:
 - a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições;
 - b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação;
 - c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes.
4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes.

interna, porque buscada dentro do próprio tratado⁴⁶⁹, e outra externa, prevista no artigo 31.2, que transborda seus termos.

Sintetizando a referida norma, o autor afirma que, “pela soma das duas abordagens, o contexto de uma norma internacional inclui: 1) a interpretação sistemática do conjunto do texto em que a norma se insere, somado aos textos de outros tratados a ele juridicamente ligados (arts. 31.2 e 31.3.a); 2) as práticas relevantes dos Estados concernentes à matéria por ela tratada (art. 31.3.b); 3) a evolução posterior da norma no seu contexto de aplicação por cortes internacionais e nacionais (art. 31.3.c); 4) sua sistematização e interpretação pela doutrina internacionalista (art. 31.3.c)⁴⁷⁰”.

Os trabalhos preparatórios aparecem no artigo 32, intitulado de “Meios Suplementares de Interpretação”, ao lado das circunstâncias da conclusão do tratado, “a fim de confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31 ou de determinar o sentido quando a interpretação, de conformidade com o artigo 31: a) deixa o sentido ambíguo ou obscuro; ou b) conduz a um resultado que é manifestamente absurdo ou desarrazoado”.

A Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas, ao elaborar a minuta da Convenção, em 1966, esclareceu que o recurso aos trabalhos preparatórios não deveria ser independente dos meios de interpretação do art. 31, destinando-se a auxiliá-los nas hipóteses previstas⁴⁷¹. No entanto, este dispositivo serve mais como guia do que como proibição⁴⁷².

Dos comentários da Comissão, pode-se extrair que havia grande preocupação com relação aos trabalhos preparatórios de tratados multilaterais⁴⁷³. Isto porque, além da possibilidade de não haver consenso, países que ratifiquem posteriormente o tratado não podem ficar vinculados aos termos da negociação, somente assumindo compromissos com relação ao que conste literalmente do texto final.

⁴⁶⁸ LUPI, André Lipp Pinto Basto. **A interpretação conforme o direito internacional: uma proposta de aplicação pelos tribunais brasileiros**. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/andre_lipp_pinto_basto_lupi.pdf. Acesso em 13.10.2014, p. 1333.

⁴⁶⁹ O primeiro diz respeito à relação do dispositivo convencional, um artigo de um tratado, por exemplo, com o conjunto das informações normativas desse mesmo diploma, isto é, todos os elementos incluídos no tratado ao qual pertence o artigo em comento, do preâmbulo aos anexos.

⁴⁷⁰ *Ibidem*, p.1334.

⁴⁷¹ Disponível em: <http://www.ilsa.org/jessup/jessup15/VCLT%201966%20commentary.pdf>. Acesso em 10.10.2014. No projeto original, os artigos 31 e 32 da Convenção correspondem aos artigos 27 e 28 (p.223)

⁴⁷² BRIGGS, Herbert W. *The Travaux Preparatoires of the Vienna Convention on the Law of Treaties*. **American Journal of International Law**, Washington, p. 705-712, 1971, p.712.

⁴⁷³ Preocupação também externada por AUST, Anthony. **Modern Treaty Law and Practice**, 3rd edition. New York: Cambridge University Press, 2013, pp.217-218.

Com razão a Comissão. Porém, embora em seus comentários não tenha aprofundado a discussão com relação aos tratados bilaterais (que podem ser comparados, *mutatis mutandis*, a um contrato), pode-se afirmar que a situação deles é diversa, sendo os trabalhos preparatórios fundamentais para a sua correta interpretação.

Extraí-se do exposto que, embora as negociações (trabalhos preparatórios) não vinculem nem integrem o texto do tratado, sem dúvida constituem uma importante fonte de interpretação.

Daí a importância de serem tornados públicos (um de seus requisitos é que seja acessível). Esta importância aumenta se se considerar que, durante as negociações, as partes esclarecem aspectos relevantes sobre seu próprio ordenamento jurídico, fornecendo orientações acerca do funcionamento da cooperação na relação bilateral negociada.

Assim, sugere-se que as discussões prévias à assinatura do tratado acompanhem a mensagem presidencial a ser encaminhada ao Congresso Nacional pelo Presidente da República, juntamente com o texto do trabalho, para que sejam publicadas em veículo de informação oficial e, desta forma, possibilitem a consulta por parte de acadêmicos e operadores do Direito⁴⁷⁴.

Sugere-se também que as delegações que terão por missão negociar os tratados sejam compostas de maneira plural, com acadêmicos e representantes do governo que possam analisar devidamente seus dispositivos e esclarecer a delegação do outro país acerca de aspectos importantes de nosso ordenamento.

Retornando ao conteúdo do MLAT, o primeiro ponto interessante do relatório estadunidense diz respeito à nomenclatura do acordo. Enquanto em inglês o MLAT é nomeado como Tratado (*treaty*), as autoridades daquele país relatam que, por insistência das autoridades brasileiras, a nomenclatura em português deveria ser Acordo (*Agreement*). Os motivos para tal insistência das autoridades brasileiras não foram explicitados.

Prosseguindo com seu conteúdo, o artigo I (que traz algumas das questões mais instigantes do tratado) trata do alcance da assistência, dispondo em seu item 1 que as “[p]artes se obrigam a prestar assistência mútua, nos termos do presente Acordo, em

⁴⁷⁴ Assim como ocorre nos EUA, onde, inclusive o DOJ apresenta explicações no âmbito do poder Legislativo, que são analisadas pelo Judiciário quando chamado a interpretar um tratado. A esse respeito, Aust explica que: “... when a Court in the United States is called upon to interpret a treaty it sometimes has regard less to the text and more to the intention of the parties. The object and purpose is looked at closely (in this a US follows a similar approach to that which it adopts for the interpretation of legislation, where the ‘legislative history’ may be examined in depth). The court will give weight to an interpretation given by the US Government in amicus curiae briefs and, when applicable, to any understanding expressed by the Senate when giving its advice and consent”. AUST, **Modern Treaty Law and Practice**, pp.176-177.

matéria de investigação, inquérito, ação penal, prevenção de crimes e processos relacionados a delitos de natureza criminal”.

No *Senate Executive Report* n° 105-22, esclarece-se que o termo procedimento (*proceedings*) aplica-se a todas as questões envolvendo a investigação, o processamento e a prevenção ao crime, inclusive aquelas relativas a fianças e audiências para ser proferida sentença (procedimentos típicos do sistema estadunidense). Além disso, explicita-se que “since the phrase ‘proceedings related to criminal matters’ is broader than the investigation, prosecution or sentencing process itself, proceedings covered by the Treaty need not be strictly criminal in nature⁴⁷⁵. For example, proceedings to forfeit to the government the proceeds of illegal drug trafficking may be civil in nature; yet such proceedings are covered by the Treaty⁴⁷⁶”.

Quanto ao objeto da cooperação, as medidas previstas no tratado são meramente exemplificativas, e contemplam: “a) tomada de depoimentos ou declarações de pessoas; b) fornecimento de documentos, registros e bens; c) localização ou identificação de pessoas (físicas ou jurídicas) ou bens; d) entrega de documentos; e) transferência de

⁴⁷⁵ O Brasil já se utilizou deste entendimento em diversas oportunidades ligadas a ações civis públicas por ato de improbidade administrativa. Em que pese não se tratar de procedimento criminal, entendeu-se que sua natureza insere-se no amplo escopo do MLAT. Marques salienta que “o DRCI e o DOJ decidiram, em 2006, aceitar os pedidos de auxílio direto oriundos de inquéritos civis referentes a atos de improbidade administrativa, para fins de obtenção de provas, desde que o mesmo ato também represente um crime (por exemplo, corrupção) que seja objeto de inquérito ou processo criminal no Brasil, cujo número deverá ser declinado nas solicitações. A cooperação internacional, nesse caso, é feita com base em texto de índole penal, mas no ambiente de um procedimento civil.

A legislação norte-americana, (U.S. Code Title 29 Sec. 1782) ainda permite a cooperação direta efetuada pelos tribunais, mediante a remessa de documentos e outras provas para fins penais ou civis em outros países. Por isso, um Promotor norte-americano que receber algum pedido internacional ou entender que a prova é útil em outras jurisdições pode requerer ao tribunal competente que autorize a liberação dos documentos às autoridades estrangeiras. Em algumas situações concretas o referido auxílio foi concedido ao Brasil, como, por exemplo, no ‘Caso Banestado’ e no ‘Escândalo das Obras Públicas do Município de São Paulo’. MARQUES, Silvio Antonio. **Improbidade Administrativa**: ação civil e cooperação jurídica internacional. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 292-293.

⁴⁷⁶ Os Estados Unidos possuem procedimentos civis específicos para a perda de bens que foram instrumentos de crime, que são, até o momento desconhecidos em nosso sistema. São as ações *in rem*, em que o objeto a ser perdido é o “réu” da ação. Este entendimento parte de uma ficção legal de que “a propriedade era a delinquente” (p.13) e a análise histórica do instituto mostra uma “tendência de usar o instrumento legal para confiscar bens sem a análise da correspondente conduta pessoal do transgressor que fez uso do mesmo bem para o cometimento do ilícito (p.15). VASCONCELOS, André Prado de. **Extinção Civil do Domínio**. Perdimento de bens. Uma análise comparada: Brasil-Estados Unidos. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2011. O autor ainda aduz que “é importante saber que dois são os métodos aplicados para implantar o perdimento segundo a lei federa nos Estados Unidos da América. O primeiro é o chamado “perdimento não judicial”, que inclui as vias sumárias e administrativas, e o segundo é o “perdimento judicial”, compreendendo perdimentos criminais e civis. Ainda, que “as leis de perdimento nos Estados Unidos podem ter natureza punitiva ou compensatória, sendo que a primeira significa que a lei determinará o perdimento com base na culpabilidade do criminoso – por exemplo, no perdimento criminal. Por outro lado, numa lei de perdimento de natureza compensatória, o bem é retirado da esfera de disponibilidade do proprietário como forma de compensar a sociedade pelos prejuízos que a atividade ilegal trouxe (como exemplos, podem ser citadas as leis que promovem a recuperação da integridade econômica ao mercado, ou que removem bens perigosos ou ilegais do meio social).” (pp.35-36)

pessoas sob custódia para prestar depoimento ou outros fins; f) execução de pedidos de busca e apreensão; g) assistência em procedimentos relacionados a imobilização e confisco de bens, restituição, cobrança de multas; e h) qualquer outra forma de assistência não proibida pelas leis do Estado Requerido”. Como se vê, o MLAT prevê gama bastante ampla de medidas que abarcam praticamente todas as hipóteses de que se necessita na CJI.

O artigo I trata de outros temas complexos, como a eliminação do requisito da dupla incriminação para a cooperação relativa a determinadas medidas⁴⁷⁷.

Esclarecem as autoridades estadunidenses que este requisito não é necessário, com exceção das medidas de busca e apreensão e confisco. Acrescentam que este dispositivo, que consagra uma dupla incriminação limitada, é reproduzido em outros tratados dos Estados Unidos, como aquele firmado com a Argentina.

Este tema será analisado mais detidamente, mas, no bojo desta introdução, vale ressaltar que, nas poucas discussões acerca do tratado que foram travadas no Congresso brasileiro, por ocasião de sua análise, a necessidade de dupla incriminação ganhou destaque.

Assim, nas discussões que tiveram lugar na aprovação do Projeto de Decreto Legislativo nº277, de 2000, no Senado Federal, a Senadora Heloísa Helena, ainda que louvando os benefícios do tratado, levantou preocupações com relação ao art. I, 3, que elimina o requisito da dupla incriminação, “o que, no nosso entender, contraria a praxe diplomática que estabelece a simetria como pressuposto necessário”. Acresceu que “a soberania nacional é matéria muito importante, principalmente ao se criar a obrigatoriedade para um país, mesmo que esse fato, sujeito à investigação ou ação penal pelos Estados Unidos, não seja punível na legislação de ambos os Estados. Isso é algo que realmente nos leva a fazer essas considerações, embora entendamos a importância do que vem acontecendo no TRT-SP, especificamente”. Por tais motivos, o bloco representado pela Senadora se absteve da votação nesta matéria⁴⁷⁸.

⁴⁷⁷ “3. A assistência será prestada ainda que o fato sujeito a investigação, inquérito ou ação penal não seja punível na legislação de ambos os Estados”.

⁴⁷⁸ A doutrina brasileira compartilha esta preocupação, entendendo, no entanto, serem adequados os termos o MLAT. Assim, para Trotta: “Estreme de dúvidas, trata-se de questão delicada, pois a repressão penal é exercício de poder estatal e, portanto, reflexo da soberania. Nesse sentido, vê-se com bons olhos que a eventual dispensa do princípio da dupla incriminação se limite às medidas de primeiro grau, de menor gravidade ao indivíduo submetido aos efeitos do ato de cooperação”. TROTTA, **O lugar do crime no Mercosul**, p. 134. A jurisprudência brasileira vem entendendo ser desnecessária a exigência de dupla incriminação para medidas de 1º nível, independentemente do Estado requerente: STJ, CR 9090, Min. FELIX FISCHER, DJe de 03.09.2014 (carta rogatória oriunda da Itália com a finalidade de intimar o réu para fornecer endereço naquele Estado); STJ, CR 8461, Min. FELIX FISCHER, DJe de 26.11.2013; CR 8120, Min. FELIX FISCHER, DJe de 21.11.2013 (esta carta rogatória referia-se a delitos praticados por pessoa

O artigo I ainda traz em seu dispositivo 4 a seguinte previsão: “*As Partes reconhecem a especial importância de combater graves atividades criminais, incluindo lavagem de dinheiro e tráfico ilícito de armas de fogo, munições e explosivos. Sem limitar o alcance da assistência prevista neste Artigo, as Partes devem prestar assistência mútua sobre essas atividades, nos termos deste Acordo*”.

Apesar de sua redação ser clara quanto à intenção de não limitar o acordo, em 2006, a autoridade central estadunidense alegou que este dispositivo indicaria ser o MLAT destinado ao auxílio em relação a crimes graves, não tendo por escopo a cooperação cotidiana, relativa aos crimes mais comuns (como crimes contra o patrimônio e crimes contra a honra)⁴⁷⁹. Com base nesta interpretação, os Estados Unidos chegaram a tentar rechaçar o cumprimento de pedido de cooperação para lá encaminhado, sendo tal assunto objeto de análise da jurisprudência que, corretamente, afastou a possibilidade de que este entendimento prevalecesse⁴⁸⁰, ao argumento de que os crimes listados neste dispositivo são meramente exemplificativos e que esta alegação não se encontra dentre as causas de restrição à assistência previstas no art. 3º.

Dentro do artigo I, outro assunto que mereceu destaque refere-se à utilização exclusiva do tratado pelo governo. Interessante mencionar que, segundo as

jurídica e neste fato residia a alegação de ausência de dupla incriminação. Não abordou o STJ especificamente a questão.); STJ, CR 7861, Min. FELIX FISCHER, DJe de 21.05.2013; STJ, CR 7029, Min. FELIX FISCHER, DJe de 12.03.2013.

⁴⁷⁹ Esta tentativa de readequar o entendimento deve-se ao alto número de pedidos de cooperação emanados do Brasil, conforme se verificou no tópico relativo aos dados gerais da cooperação bilateral entre os dois países. Isto, no entanto, não pode embasar a limitação do uso do tratado.

⁴⁸⁰ STJ, HC 147375, Min. Rel. JORGE MUSSI, DJe de 19.12.2011, assim ementado:

“HABEAS CORPUS. EVASÃO DE DIVISAS (ARTIGO 22 DA LEI 7.492/1986). QUEBRA DE SIGILO DE CONTA BANCÁRIA NO EXTERIOR. ACORDO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA EM MATÉRIA PENAL CELEBRADO ENTRE OS GOVERNOS BRASILEIRO E DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA - MLAT. PROMULGAÇÃO PELO DECRETO 3.810/2001). ALEGADA INAPLICABILIDADE A CRIMES CONSIDERADOS LEVES. INEXISTÊNCIA DE RESTRIÇÃO NO MENCIONADO INSTRUMENTO JURÍDICO. ILEGALIDADE NÃO CARACTERIZADA.

1. Da leitura do item 4 do artigo 1º do Acordo de Assistência Jurídica em Matéria Penal - MLAT, percebe-se que os Governos do Brasil e dos Estados Unidos da América reconhecem a especial importância em combater os graves crimes ali listados, sem, contudo, excluir a apuração de outros ilícitos, já que não há limitação ao alcance da assistência mútua a ser prestada, de modo que a simples afirmação de que o delito de evasão de divisas não estaria previsto no mencionado dispositivo legal não é suficiente para afastar a sua incidência na hipótese, uma vez que, como visto, o rol dele constante não é taxativo, mas meramente exemplificativo.

2. Aliás, já na introdução do Acordo tem-se que o Brasil e os Estados Unidos pretendem "facilitar a execução das tarefas das autoridades responsáveis pelo cumprimento da lei de ambos os países, na investigação, inquérito, ação penal e prevenção do crime por meio de cooperação e assistência judiciária mútua em matéria penal", ou seja, por meio dele os Governos almejam o auxílio no combate aos delitos em geral, e não com relação a apenas algumas e determinadas infrações penais.

3. Por sua vez, no item 1 do artigo 3º do Acordo estão enumeradas as restrições à assistência, dentre as quais não se encontram crimes considerados leves, notadamente o de evasão de divisas.

[...]”

autoridades estadunidenses, **apesar de a via do MLAT não se destinar à defesa, a utilização da carta rogatória continuaria a ser utilizada, remanescendo intocada**⁴⁸¹.

No tocante ao artigo II, referente às autoridades centrais, alguns pontos foram mencionados. Primeiro, que o título correspondente no tratado refere-se a *Mutual Legal Assistance*, em inglês, mas que “the Brazilian delegation insisted, for stylistic reasons, that the title in Portuguese read ‘Assistencia Judiciaria’.” Em virtude desta nomenclatura, a delegação norte-americana expressou preocupação de que ela desse a falsa impressão de que o tratado seria somente aplicável a autoridades judiciais. No entanto, as autoridades brasileiras esclareceram que a assistência estaria disponível a todas autoridades envolvidas na persecução penal⁴⁸².

Ainda sobre as autoridades centrais, elas deverão comunicar-se diretamente para os fins do tratado. Porém, a lei brasileira vigente à época determinava que os pedidos de cooperação fossem transmitidos por meio de autoridades diplomáticas (artigos 783 e 784 do CPP). No entanto, a delegação brasileira “assured the U.S. delegation that new legislation would be enacted in Brazil to authorize direct communication of requests between the Central Authorities”.

Apesar de, até o presente momento, não existir lei interna de cooperação que discipline o trâmite dos pedidos, afastando aquele previsto no art. 784 do CPP, as autoridades brasileiras envolvidas na cooperação internacional solucionaram a questão por meio da Portaria Interministerial MJ/MRE nº 501, de 21 de março de 2012, que disciplina o trâmite por meio de autoridades centrais, ainda que haja também a intervenção das instâncias diplomáticas.

Foram apontadas no referido artigo como autoridades centrais o Ministério da Justiça brasileiro (que exerce esta atribuição por meio do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional – DRCI, ligado à Secretaria Nacional de Justiça) e o Procurador-Geral norte-americano ou pessoa por ele indicada (função exercida pelo *Office of International Affairs da Criminal Division do Department of Justice*).

⁴⁸¹ “Paragraph 5 is a standard provision in United States mutual legal assistance treaties which states that the Treaty is intended solely for government to government mutual legal assistance. The Treaty is not intended to provide to private persons a means of evidence gathering, or to extend to civil matters. Private litigants in the United States may continue to obtain evidence from Brazil by letters rogatory, an avenue of international assistance which this treaty leaves undisturbed. Similarly, the paragraph provides that the Treaty is not intended to create any right in a private person to suppress or exclude evidence thereunder”.

⁴⁸² O que, de fato, se verifica na prática, com a ampla utilização do MLAT pelo Ministério Público.

Quanto às hipóteses de limitação de assistência (artigo III⁴⁸³), além de mencionar as causas textuais do acordo (como a exclusão de cooperação em casos envolvendo delitos militares), especifica-se o significado das expressões “segurança ou interesses similares dos Estados”. Esclarece-se ainda que todos os tratados dos EUA autorizam os Estados a negarem assistência em caso de prejuízo aos interesses essenciais dos países:

The delegations agreed that the word “security” would include cases in which assistance might involve disclosure of information that is classified for national security reasons. It is anticipated that the United States Department of Justice, in its role as Central Authority for the United States, would work closely with the Department of State and other government agencies to determine whether to execute a request that might fall in this category. The delegations also agreed that the phrase “essential interests” was intended to narrowly limit the class of cases in which assistance may be denied. It would not be enough that the Requesting State's case is one that would be inconsistent with public policy had it been brought in the Requested State. Rather, the Requested State must be convinced that execution of the request would seriously conflict with significant public policy. An example might be a request involving prosecution by the Requesting State of conduct which occurred in the Requested State and is constitutionally protected in that State. However, it was agreed that ‘essential interests’ could include interests unrelated to national military or political security, and be invoked if the execution of a request would violate essential United States interests related to the fundamental purposes of the Treaty. For example, one fundamental purpose of the Treaty is to enhance law enforcement cooperation, and attaining that purpose would be hampered if sensitive law enforcement information available under the Treaty were to fall into the wrong hands. Therefore, the United States Central Authority may invoke paragraph 1(b) to decline to provide sensitive or confidential drug related information pursuant to a request under this Treaty whenever it determines, after appropriate consultation with law enforcement, intelligence, and foreign policy agencies, that

⁴⁸³ “Restrições à Assistência

1. A Autoridade Central do Estado Requerido poderá negar assistência se:

a) a solicitação referir-se a delito previsto na legislação militar, sem contudo constituir crime comum;
 b) o atendimento à solicitação prejudicar a segurança ou interesses essenciais semelhantes do Estado Requerido; ou
 c) a solicitação não for feita de conformidade com o Acordo.

2. Antes de negar a assistência com base no disposto neste Artigo, a Autoridade Central do Estado Requerido deverá consultar a Autoridade Central do Estado Requerente para avaliar se a assistência pode ser prestada sob as condições consideradas necessárias. Caso o Estado Requerente aceite essa assistência condicionada, tais condições deverão ser respeitadas.

3. Caso a Autoridade Central do Estado Requerido negue a assistência, deverá informar a Autoridade Central do Estado Requerente das razões dessa denegação”.

a senior foreign government official who will have access to the information is engaged in or facilitates the production or distribution of illegal drugs and is using the request to the prejudice of a U.S. investigation or prosecution.

It was also agreed that “essential interests” permits denial of a request if it involves a political offense. It is anticipated that the Central Authorities will employ jurisprudence similar to that used in the extradition treaties for determining what is a “political offense”. These restrictions are similar to those found in other mutual legal assistance treaties.

O item 2 deste artigo prescreve que, antes de negar a assistência, a autoridade central do Estado requerido pode verificar se a cooperação pode ser prestada sob algumas condições e consultar sua congênere. No que diz respeito à imposição de condições pelo estado requerido. Por exemplo, um Estado pode requerer informações para serem utilizadas tanto em um caso que envolva um crime comum quanto em um processo com motivações políticas (e que, portanto, seria objeto de recusa). Nos termos do tratado, o Estado requerido poderia fornecer as informações sob a condição de que somente sejam utilizadas no processo relacionado ao crime comum. O Estado requerente deve se manifestar sobre a aceitação da condição e a ela ficará vinculado.

O item 3 foi alvo das discussões brasileiras acerca do projeto, que tiveram lugar na Câmara dos Deputados, sendo aprovada a Emenda de Plenário nº 4, que acresceu as seguintes cláusulas interpretativas:

Art. 2º. O texto do parágrafo 3 do artigo I fica interpretado no sentido de que a cooperação prevista só poderá se efetivar com a anuência prévia do Estado Requerido.

Art. 3º. A denegação da assistência prevista no artigo III deverá ocorrer sempre que haja motivos fundamentados para se acreditar que a cooperação possa se constituir, direta ou indiretamente, em oportunidade para a perseguição ou punição de pessoa em fundamentação de sua raça, credo religioso, opinião ou atividade política, nacionalidade, sexo, ou qualquer outra razão que colida com a proteção aos direitos humanos fundamentais.

Art. 4º. O Ministério da Justiça da República Federativa do Brasil deverá negar o comparecimento de pessoa intimada perante o Estado Requerente, salvo se houver o salvo-conduto previsto no parágrafo 2 do artigo X não seja estendido⁴⁸⁴.

Esta redação foi motivada pela preocupação externada por alguns deputados com relação ao respeito aos direitos humanos, e, especialmente, para que o tratado não possibilitasse a jurisdição extraterritorial dos Estados Unidos (com especial preocupação acerca do comparecimento de testemunhas no território do Estado requerente).

O artigo IV, por sua vez, trata da forma e do conteúdo das solicitações, dispondo em seu item 1 que estas serão feitas por escrito, mas que a autoridade central do Estado requerido pode acatar outra forma em casos de urgência. Além disso, “se a solicitação não tiver sido feita por escrito, deverá ser a mesma confirmada, por escrito, no prazo de trinta dias, a menos que a Autoridade Central do Estado Requerido concorde que seja feita de outra forma”.

Quanto ao idioma, o pedido deverá ser redigido no idioma do Estado Requerido, caso não haja disposição em contrário.

Já os itens 2 e 3 disciplinam o formato dos pedidos e as informações que são necessárias para subsidiá-los⁴⁸⁵.

O artigo V trata do cumprimento dos pedidos. Quanto a sua execução, o tratado dispõe que a Autoridade Central verificará a conformidade do pedido com os termos do tratado e realizará as necessárias adaptações em contato com sua congênera. Além disso, prevê que o Estado requerido tomará todas as medidas necessárias para a execução do pedido, envolvendo todas as autoridades nacionais com atribuição para tanto. No *Senate Report*, algumas observações específicas foram feitas. Primeiro, que o tratado não confere direitos à utilização do *grand jury* para a execução dos pedidos. Segundo, que

⁴⁸⁵ 2. A solicitação deverá conter as seguintes informações:

- a) o nome da autoridade que conduz a investigação, o inquérito, a ação penal ou o procedimento relacionado com a solicitação;
 - b) descrição da matéria e da natureza da investigação, do inquérito, da ação penal ou do procedimento, incluindo, até onde for possível determiná-lo, o delito específico em questão;
 - c) descrição da prova, informações ou outra assistência pretendida; e
 - d) declaração da finalidade para a qual a prova, as informações ou outra assistência são necessárias.
3. Quando necessário e possível, a solicitação deverá também conter:
- a) informação sobre a identidade e a localização de qualquer pessoa (física ou jurídica) de quem se busca uma prova;
 - b) informação sobre a identidade e a localização de uma pessoa (física ou jurídica) a ser intimada, o seu envolvimento com o processo e a forma de intimação cabível;
 - c) informação sobre a identidade e a localização de uma pessoa (física ou jurídica) a ser encontrada;
 - d) descrição precisa do local ou pessoa a serem revistados e dos bens a serem apreendidos;
 - e) descrição da forma sob a qual qualquer depoimento ou declaração deva ser tomado e registrado;
 - f) lista das perguntas a serem feitas à testemunha;
 - g) descrição de qualquer procedimento especial a ser seguido no cumprimento da solicitação;
 - h) informações quanto à ajuda de custo e ao ressarcimento de despesas a que a pessoa tem direito quando convocada a comparecer perante o Estado Requerente; e
 - i) qualquer outra informação que possa ser levada ao conhecimento do Estado Requerido, para facilitar o cumprimento da solicitação.

os tribunais estão autorizados a determinar medidas coercitivas para o seu cumprimento. Terceiro, se a execução do pedido necessitar de procedimento administrativo ou judicial, a autoridade central deve providenciar o que for necessário, sem nenhum custo ao Estado requerente. Conforme consta do relatório, tendo em vista o Ministério da Justiça não ter poder de representação dos Estados Unidos perante um tribunal, “the Brazilian delegation assured the U.S. delegation that until such time as appropriate legislation is in place enabling such representation, the Brazilian Government's Central Authority will hire private attorneys to represent the U.S. when our mutual legal assistance requests are presented to Brazilian courts. This will require the appropriation of funds, though, and cannot begin before fiscal year 1998”⁴⁸⁶.

Por fim, o tratado estabelece que a lei do Estado requerido será utilizada para o cumprimento do pedido, mas que os procedimentos especificados pela autoridade requerente devem ser seguidos, exceto quando não o puderem ser nos termos da lei do Estado requerido. As autoridades estadunidenses elencam dois motivos pelos quais este dispositivo é necessário. Primeiro, a diferença de procedimentos nos Estados Unidos e no Brasil para a colheita de prova. A especificação da forma de execução, assim, conduziria a sua admissibilidade. Por exemplo, a lei norte-americana permite prova documental produzida no exterior se devidamente certificada e se tiver sido conferida ao réu a oportunidade de contestar sua veracidade. Tendo em vista que o Brasil não possui dispositivo similar, os documentos produzidos nos termos da lei brasileira podem não ser aceitos pelos juízes estadunidenses. Da mesma forma, os tribunais dos Estados Unidos utilizam-se de algumas técnicas, como filmagem de *depositions* e algumas delas não seriam utilizadas no Brasil.

Em segundo lugar, a prova pode ser pericial e alguns procedimentos necessários para garantir a precisão científica da prova podem não coincidir com aqueles necessários a sua admissibilidade. Assim, seu valor pode ser diminuído e os procedimentos no país requerente podem ser atrasados caso o país requerido insista na produção da prova de acordo com suas próprias regras.

Tendo isso em vista, ambas as delegações concordaram com a redação do parágrafo terceiro, que prevê a utilização dos procedimentos especificados no pedido ainda que não sejam usuais no Estado requerido.

⁴⁸⁶ Não há notícia de que este procedimento tenha sido necessário em algum caso oriundo dos Estados Unidos.

O parágrafo quarto estabelece que o pedido não precisa ser executado imediatamente quando sua execução puder interferir em uma investigação ou processo em curso no Estado requerido. A conduta a ser exercida nestes casos será discricionária da autoridade central.

As autoridades estadunidenses ainda alertaram ao fato de que alguns dos pedidos podem conter informações confidenciais. Sendo este o caso, o Estado requerente pode requerer que o Estado requerido mantenha as informações enviadas sob sigilo. No entanto, se o Estado requerido não puder executar o pedido sem manter esta confidencialidade (por exemplo, no caso de um julgamento público), deve comunicar o Estado requerente, que poderá optar pelo caminho mais adequado.

O artigo 6 trata dos custos, dispondo que o “Estado Requerido arcará com todos os custos relacionados ao atendimento da solicitação, com exceção dos honorários devidos ao perito, as despesas de tradução, interpretação e transcrição, bem como ajudas de custo e despesas resultantes do transporte de pessoas, de acordo com os Artigos X e XI, caso em que custos, honorários, ajudas de custo e despesas caberão ao Estado Requerente”.

O artigo 7 trata do **princípio da especialidade condicionado**. A especialidade somente se aplicará caso haja demanda formal do Estado requerido. Nos termos deste artigo, se solicitado, o objeto do pedido cumprido somente pode ser utilizado para finalidade diversa daquela constante do pedido se autorizado previamente pela autoridade central. Espera-se, no entanto, que estas limitações somente sejam utilizadas esporadicamente.

No mesmo artigo vem tratada a questão da confidencialidade das informações prestadas. Este requisito também somente deve ser imposto se houver necessidade. Como exemplo, o *Senate Report* cita casos em que o Estado requerido deseja proteger a identidade de um informante.

Consigne-se que as restrições constantes do artigo 7 existem em benefício dos Estados contratantes. Se um indivíduo alegar que as informações obtidas estão sendo utilizadas em desacordo com este tratado, deve informar a autoridade central do Estado requerido, para que o problema seja resolvido entre os Estados.

O artigo VIII trata da produção de prova (incluindo a testemunhal) no Estado requerido, dispondo que os Estados devem ter a capacidade de imposição de medidas coercitivas para sua execução. O parágrafo 3 estipula que o réu e seu advogado devem ter permissão do Estado requerido para estarem presentes e fazerem perguntas às testemunhas. Além disso, quando combinados este artigo e o 5 (3), garantem que nenhuma

pessoa será obrigada a fornecer informações se tiver direito a isso nos termos da lei do Estado requerido. Desta forma, “a witness questioned in the United States pursuant to a request from Brazil is guaranteed the right to invoke any of the testimonial privileges (e.g., attorney client, interspousal) available in the United States as well as the constitutional privilege against self-incrimination, to the extent that it might apply in the context of evidence being taken for foreign proceedings. A witness testifying in Brazil may raise any of the similar privileges available under Brazilian law⁴⁸⁷”.

Nos termos do parágrafo 4, se uma testemunha invocar imunidades que existam somente no Estado requerente, o país requerido irá colher a prova ainda assim e enviá-la ao requerente, com a menção ao fato de que houve uma invocação de privilégios. Esta alegação será então analisada no país requerente, onde seus fundamentos e finalidades são melhor compreendidos.

O parágrafo 5 trata da autenticação dos documentos, esclarecendo o relatório que esta previsão é similar àquela do 18, § 3505 U.S.C. (este dispositivo consta de todos os tratados bilaterais dos Estados Unidos e foi desenvolvido justamente para atender aos requisitos de sua legislação interna para que a prova possa ser admitida em um processo criminal).

O artigo IX trata da obrigação de fornecer à outra parte cópias de documentos públicos disponíveis em poder de qualquer entidade estatal.

As delegações debateram se este artigo poderia ser utilizado como base para a troca de informações fiscais, sendo a conclusão das discussões afirmativa. Estas informações podem ser fornecidas na medida em que o seriam para as autoridades nacionais.

Os artigos seguintes tratam da forma de execução de cada pedido específico (Artigo X⁴⁸⁸ – Depoimento no Estado requerente; Artigo XI - Traslado de Pessoas sob Custódia; Artigo XII - Localização ou identificação de pessoas ou bens; Artigo XIII – Entrega de documentos; Artigo XIV – Busca e Apreensão; Artigo XV – Devolução de Bens; Artigo XVI – Assistência em Processos de Perda de Bens). Com relação a cada pedido, serão aqui comentadas somente as discussões que ultrapassam o texto literal do tratado.

⁴⁸⁷ Grifos nossos.

⁴⁸⁸ O artigo X também foi objeto de emenda na Câmara dos Deputados. Receosos de que a palavra “intimada”, contida no texto original, pudesse implicar forma de traslado obrigatório de pessoas, os Deputados, por meio da Emenda de Plenário nº 1, propuseram a troca pelo termo “convidada”. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD10MAI2000.pdf#page=138> Acesso em: 10.11.2014.

O artigo XIII, por exemplo, dispõe sobre a entrega de documentos, estipulando que, nos EUA, ela será realizada por meio de carta registrada ou pelo *United States Marshal's Service* se a intimação pessoal for requerida.

O artigo XIV trata de buscas e apreensões e sua redação dispõe que o pedido deve conter informação justificando tal ação nos termos da lei do Estado requerido. As autoridades estadunidenses esclarecem que um pedido do Brasil deve ter demonstrada *probable cause* e que um pedido dos Estados Unidos “would have to satisfy the corresponding evidentiary standard there, which is roughly the same”.

O artigo XVI dispõe sobre a assistência para confisco de bens. De acordo com o relatório, um grande objetivo do tratado é aumentar os esforços nos dois países para o combate ao tráfico de drogas. E uma estratégia significativa para este fim é o confisco de bens.

O parágrafo 1 autoriza a autoridade central a notificar a outra parte acerca da existência de produtos ou instrumentos de crimes passíveis de perdimento. No *Senate Report*, as autoridades esclarecem que: “The term ‘proceeds or instrumentalities’ was intended to include things such as money, vessels, or other valuables either used in the crime or purchased or obtained as a result of the crime”.

O parágrafo 2, por sua vez, especifica que um país deve auxiliar o outro na medida permitida por suas leis. Sua redação foi cuidadosamente pensada para não obrigar nenhum Estado a ter de desenvolver ações que ultrapassem os limites de sua autoridade interna. Restou consignado que, ao contrário dos Estados Unidos, o Brasil não permite o confisco civil.

O artigo XVII trata da compatibilidade com outros tratados. Ele dispõe que o acordo não impede um Estado de fornecer assistência ao outro com base em tratado internacional diverso. E mais importante para nosso objeto de estudo, elucidam a respeito as autoridades norte-americanas que: “Article 17 also provides that the Treaty shall not prevent recourse to any assistance available under the internal laws of either country, or pursuant to any applicable bilateral agreement or practice. **Thus, the Treaty would leave the provisions of United States and Brazilian law on letters rogatory completely undisturbed, and would not alter any pre-existing executive agreements concerning investigative assistance**”. (grifos nossos)

O artigo XVIII, por sua vez, estabelece as atividades a serem desempenhadas pelas autoridades centrais, estipulando consultas periódicas, podendo estabelecer maneiras pelas quais a implementação deste acordo pode ser facilitada. De fato,

as autoridades centrais possuem uma comunicação constante, por meio de e-mails ou outros meios, com o intuito de trocarem informações acerca do ordenamento jurídico da outra parte e sobre as formas de aperfeiçoar os pedidos de cooperação.

O Artigo XIX estipula que o acordo poderá ser aplicado a todas as solicitações realizadas após sua entrada em vigor, mesmo que os fatos objeto do pedido tenham ocorrido em momento anterior.

Por fim, o Artigo XX prevê, em seu item 3, a possibilidade de modificação do acordo por consentimento mútuo e, em seu item 4, que a denúncia produzirá efeitos 6 (seis) meses após a notificação.

Analizados os principais aspectos do MLAT, passa-se à problematização dos principais pontos que podem vulnerar o devido processo.

3. DIREITOS INERENTES À DEFESA

Consoante antecipado, é objetivo deste trabalho examinar questões relacionadas à cooperação bilateral em matéria penal entre Brasil e Estados Unidos (adstrita à cooperação *stricto sensu*), para dela extrair os principais focos de problemas que possam impedir o respeito ao devido processo legal.

Em que pese serem todos os seus corolários fundamentais, na cooperação sobressaltam, especialmente, problemas relativos aos direitos afeitos à atividade da defesa.

Em virtude de se aplicarem à elaboração e ao cumprimento de um pedido de cooperação internacional as leis internas dos Estados envolvidos e tratando-se de Estados Democráticos de Direito que ratificaram e cumprem a maior parte dos tratados de direitos humanos, problemas que se revelariam na esfera interna ficam em segundo plano.

Na interação de dois ordenamentos jurídicos diversos, onde acaba por prevalecer a possibilidade/necessidade de atuação em cada um deles, os direitos inerentes à atuação da defesa frequentemente são prejudicados.

Isto explica-se principalmente pelo fato de que, apesar da discussão doutrinária sobre o tema, a cooperação ser ainda vista como um instrumento de ajuda entre Estados (como se pode extrair da conceituação elaborada por alguns autores), desconsiderado o papel do indivíduo como sujeito da CJI que é. Por mais que se afirme ter havido mudança de paradigma (inserindo o indivíduo como sujeito da cooperação), esta concepção ainda é verificada na prática das autoridades administrativas e na dos tribunais. Conforme estipulado, isto decorre em muito do fato de que o impulso à cooperação se dá por meio de redes de órgãos da acusação.

Este mencionado viés está presente mesmo no que se refere às atribuições das autoridades centrais. No Brasil, o DRCI possui duplo escopo de ação: autoridade central para a cooperação jurídica internacional e, também, responsável pela elaboração de políticas de prevenção e de combate à lavagem de dinheiro, com foco em recuperação de ativos. No caso dos Estados Unidos, o DOJ congrega os órgãos de acusação.

Não se quer dizer com isso que a realidade espelhe o “deve ser”. Este retrato, ao contrário, serve ao propósito de afirmar a crescente necessidade de que as

garantias relacionadas à defesa sejam merecedoras de uma análise mais cuidadosa e de que seu respeito seja objeto de uma observação atenta.

Os direitos fundamentais devem permear toda a aplicação e interpretação do Direito, sendo que estes e os atributos substantivos e adjetivos da mais ampla defesa constituem o fator legitimante da atuação dos Estados. Assim, “alimentan el deber ser de una sana cooperación judicial penal internacional”⁴⁸⁹ e das próprias políticas de combate ao crime transnacional, consoante lição de Illuminati⁴⁹⁰:

What right could be more fundamental than the right to life and security? Yet this is only one side of the commitment to the protection of human rights, as we all know very well. No less important is compliance with the rules in enforcing criminal law. As Raino Lahti has written, “the penal system must be both rational concerning its basic values (justice, humanity).” If we apply this reasoning to criminal proceedings, we understand that fair-trial guarantees still represent the core of the legal struggle against transnational crime.

A dicotomia tratada no Capítulo 1 (eficiência contraposta ao garantismo) ganha aqui, quando aplicada a um caso concreto, mais uma roupagem, relacionada à compatibilização entre as obrigações assumidas pelos Estados em tratados de direitos humanos e em tratados de cooperação.

O tratado Brasil-Estados Unidos bem elucida as dificuldades enfrentadas a este respeito, conforme será demonstrado nos próximos tópicos. Apesar de algumas peculiaridades, porém, os problemas nele encontrados são próprios da atividade cooperacional e, assim, por meio de seu estudo direcionado será possível extrair conclusões a serem aplicadas a todas as formas de cooperação, com todos os países.

Retornando ao objeto deste tópico, tanto o Brasil quanto os Estados Unidos consagram o devido processo legal e o direito à defesa em suas Constituições.

A Constituição Brasileira prevê em seu artigo 5º, LV, que “aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios a ela inerentes”, e, no procedimento do júri, prevê em seu art. XXXVIII, que é assegurada a todos os acusados a plenitude da defesa.

Da mesma forma, nos Estados Unidos, as Quinta e Décima Quarta Emendas garantem o direito ao devido processo, incluindo as garantias da defesa.

⁴⁸⁹ CERVINI, Principio de Confidencialidad y Magisterio de la Defensa en la Cooperación Judicial Penal Internacional, p.107.

⁴⁹⁰ ILLUMINATI, Transnational Inquiries in Criminal Matters and Respect for fair trial guarantees, p.17.

No âmbito internacional, os tratados de direitos humanos (universais e regionais) também consagram este direito: a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 prevê expressamente o direito de defesa e a igualdade de armas; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) o faz em seus artigos 1.1, 2 e 8; o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 em seu artigo 14; a Convenção Européia de Direitos Humanos de 1950; a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia de 1999; e a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos de 1981.

Todos estes instrumentos normativos, nacionais e internacionais, consagram não somente a necessidade de uma defesa formal, mas também de uma defesa efetiva e substancial, que se consubstancia, dentre outros, nos direitos à audiência, de acesso, de estar presente (*right to be present*), à entrevista com o defensor, à presença de intérprete, à defesa técnica e à auto-defesa, à informação, à prova, à não auto-incriminação, ao silêncio e à igualdade de armas.

Segundo Coutinho⁴⁹¹, havendo “processo, deve haver defesa; e ela deve ser ampla, pois o atributo lá está para que não se questione a extensão. A ampla defesa é, assim, a garantia de todas as outras garantias: onde ela existe e é efetivada, há o *due process of law*; há o contraditório; há um *fair trial*; há Justiça”. A defesa é garantia não somente do acusado, mas também do justo processo⁴⁹².

Os aspectos a ela inerentes serão aqui analisados, visando ao solucionamento de questões que a mutilem na atividade cooperacional, sob o prisma da cooperação ativa e da passiva.

Observe-se, por fim, que a maneira de assegurar os direitos na cooperação ativa e na passiva não implica que a atuação do Estado deva se dar da forma proposta somente quando esteja em uma destas posições. A verificação do respeito aos direitos da defesa deve ocorrer também com relação aos atos praticados em outro Estado.

Assim, o Estado requerido deve se preocupar com a garantia dos direitos no processo desenvolvido perante o Estado requerente e vice-versa, não sendo excusa válida nem alegar questões de territorialidade e de soberania e nem a adstrição aos termos do tratado.

⁴⁹¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Ampla defesa e direito à contraprova. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 55, julho-agosto, 2005. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp.364-386, p.378.

⁴⁹² GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do processo**. In: Novas tendências do direito processual penal de acordo com a Constituição de 1988. São Paulo: Forense Universitária, 1990, p.8.

Nesta parte do trabalho, dedicada ao estudo aplicado de aspectos específicos do MLAT, deve-se advertir que grande parte da pesquisa foi realizada sobre a jurisprudência, principalmente a dos tribunais superiores. À minguada de uma legislação satisfatória sobre a CJI, forçoso foi o socorro à jurisprudência, como inegável fonte do direito. E, ainda, tendo em vista a existência de pouco número de decisões, foram analisados os julgados como indicativos dos caminhos que seguirão os tribunais em determinados temas. Pois, como se afirmou, possuem um papel fundamental na integração da sistemática da cooperação e da garantia do devido processo nesta profusão de normas não exaustivas sobre o instituto. Confere-se, assim, grande importância ao papel dos tribunais na condução da cooperação.

3.1. Utilização exclusiva do tratado pela acusação: ampla defesa e direito à prova

No preâmbulo do tratado encontra-se o primeiro obstáculo a ser superado para que se possa alcançar o devido processo, relacionado ao direito de defesa. Consta do preâmbulo:

O Governo da República Federativa do Brasil e O Governo dos Estados Unidos da América,

Desejosos de facilitar a execução das tarefas das autoridades responsáveis pelo cumprimento da lei de ambos os países, na investigação, inquérito, ação penal e prevenção do crime por meio de cooperação e assistência judiciária mútua em matéria penal,

Acordam o seguinte:

O preâmbulo, combinado com o artigo I.5, conduziu à interpretação de que o MLAT destina-se somente à produção de medidas de cooperação destinadas aos órgãos estatais, não podendo a defesa dele se utilizar. Prescreve o artigo:

5. O presente Acordo destina-se tão-somente à assistência judiciária mútua entre as Partes. Seus dispositivos não darão direito a qualquer indivíduo de obter, suprimir ou excluir qualquer prova ou impedir que uma solicitação seja atendida.

Este entendimento consubstancia-se na aplicação padrão dos pedidos nos Estados Unidos, como se pode observar de ofício encaminhado pela autoridade central estadunidense à autoridade central brasileira. Neste documento consta expressamente a impossibilidade de que o Departamento de Justiça dos EUA execute pedidos da defesa, uma vez que o MLAT seria meio exclusivo de utilização de órgãos estatais.

Para justificar esta limitação de utilização do tratado pela defesa, o DOJ elenca alguns argumentos⁴⁹³. Primeiro, que outros países não assinariam o MLAT se isto significasse tornar informações disponíveis a “criminosos”. Segundo, que o MLAT não seria necessário aos réus, uma vez que eles possuem maior amplitude de acesso a provas no exterior do que o governo⁴⁹⁴. Em terceiro, que **os réus poderiam obter assistência judicial para esta finalidade por meio de cartas rogatórias**. Em quarto, porque, como o MLAT não confere o direito a que o governo obtenha “compulsory process”, não haveria prejuízo para a defesa.

Em que pese, no entanto, ser o MLAT emblemático sobre este assunto (e, portanto, utilizado neste estudo para propor solução global), outros tratados assinados pelo Brasil possuem disposições semelhantes que limitam a atuação da defesa.

O Protocolo de São Luís (Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais no Âmbito do Mercosul - Decreto nº 3.468, de 17 de maio de 2000), por exemplo, possui redação próxima, prevendo em seu artigo 1, itens 1 e 2, que: “1. O presente Protocolo tem por finalidade a assistência jurídica mútua em assuntos penais entre as autoridades competentes dos Estados Partes” e que “2. As disposições do presente Protocolo não conferem direitos aos particulares para a obtenção, supressão ou exclusão de provas, ou para se oporem ao cumprimento de uma solicitação de assistência”⁴⁹⁵.

Esta “utilização exclusiva” ocasiona dois problemas relacionados ao direito de defesa.

⁴⁹³ ABBELL, Michael. DOJ Renews assault on Defendant’s Right to use treaties to obtain evidence from abroad. **The Champion** 20, august 1997. Disponível em: <http://www.nacdl.org/champion/articles/97aug02.htm>. Acesso em 08.09.2014.

⁴⁹⁴ Abbell fornece razões que demonstrar ser esta justificativa falaciosa: “This assertion is correct only insofar as a defendant is seeking foreign documents or other physical evidence under his or her control, or the testimony of a foreign witness who is willing to be deposed voluntarily in a United States embassy or consulate. However, in cases in which a defendant seeks the deposition of a foreign witness who is unwilling to be deposed unless compelled to do so, or the production of documents or other physical evidence located in a foreign country which evidence can only be obtained pursuant to an order from a court in that country, criminal defendants need judicial assistance to obtain such evidence for use at their trials in the United States”. *Ibid.*

⁴⁹⁵ Não se tem notícia, no entanto, de que sua utilização já tenha sido restringida quando se trata de pedidos da defesa, tampouco existe tal alerta nas orientações expedidas pelo DRCI.

O primeiro, por óbvio, de supressão completa do próprio direito, na hipótese de não haver possibilidade de utilização de outro meio para a produção de prova da defesa.

O segundo, caso assentada a possibilidade de utilização de outros meios, de ferimento ao corolário da paridade de armas, em virtude da desproporcionalidade dos meios de produção de prova destinados à defesa e à acusação.

Quanto ao primeiro caso, conforme será visto no próximo tópico, parece haver mudança de entendimento visando à compatibilidade do procedimento cooperacional com o devido processo. No entanto, o entendimento até então vigente era, segundo informações da autoridade central brasileira, de que, com relação aos países com os quais os Estados Unidos possuem MLAT, este seria a única via pela qual aquele país cumpriria pedidos de cooperação jurídica internacional⁴⁹⁶, à exceção da atuação direta da parte em seu território.

Este entendimento, aliado à suposta configuração do ordenamento jurídico estadunidense (sistema acusatório misto), onde cada parte seria responsável pela produção de suas próprias provas, implica a impossibilidade de utilização de outros instrumentos, como a expedição e o cumprimento de carta rogatória.

Na tentativa de compatibilizar o uso do MLAT com o devido processo, a autoridade central informou que a produção de prova da defesa nos Estados Unidos vinha sendo tratada como prova do juízo. Desta forma, o pedido de cooperação possuía como autoridade requerente o juiz perante o qual se desenvolvia a ação penal no Brasil.

No entanto, a autoridade central estadunidense informou não ser possível a execução de tais pedidos, pois o MLAT veda a produção de prova em nome da defesa, independentemente da autoridade requerente.

Assim, ficaria suprimido completamente o direito à prova, o que não se mostra consentâneo com a garantia do devido processo.

⁴⁹⁶ À defesa somente estaria aberta a possibilidade de atuação direta naquele país. Consta da página eletrônica do Ministério da Justiça, no espaço dedicado à orientação por país: “É importante ressaltar que, apesar da lei de cooperação estadunidense mencionar a cooperação por meio de Carta Rogatória, a ratificação do Acordo de Assistência jurídica com os Estados Unidos da América tornou nula a cooperação em matéria penal com aquele país por meio de Carta Rogatória.

Ademais, a cooperação direta regida pelo U.S. Code, Title 28, Sec. 1782 (International Assistance Statute) só deve ser utilizada nos casos em que o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Brasil e os Estados Unidos da América não se aplica”. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D6765F39-FE1C-4810-A6EF-60E071C1DF02}&BrowserType=IE&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D{0D69B6F8-967E-4EE4-8034-22C92D623A33}%3B&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}>. Acesso em 15.10.2014.

O direito à prova vem consagrado no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Além disso, integra nossa ordem constitucional e decorre da própria noção de devido processo, sendo extraído dos direitos insculpidos no art. 5º, LV (contraditório e ampla defesa), LIV (devido processo legal) e LVII (presunção de inocência).

Constitui-se em “um verdadeiro *direito subjetivo* à introdução do material probatório no processo, bem como de participação em todas as fases do procedimento respectivo; direito subjetivo que possui a mesma natureza constitucional e o mesmo fundamento dos direitos *de ação e de defesa*: o *direito de ser ouvido em juízo* não significa apenas poder apresentar ao órgão jurisdicional as próprias pretensões, mas também inclui a garantia do exercício de todos os poderes para influir positivamente sobre o convencimento do juiz⁴⁹⁷”.

O direito à prova é essencial para a garantia dos demais direitos, não podendo ser mitigado na cooperação, devendo, como acima explicitado, estar presente em todas as fases do procedimento⁴⁹⁸.

A vingar o entendimento que exclui da defesa a possibilidade de se utilizar de qualquer instrumento de cooperação, forçosa seria a declaração de inconstitucionalidade do tratado, com sua conseqüente renúncia pelo Estado brasileiro, pois seria incompatível com as garantias constitucionais da ampla defesa, do devido processo legal e do direito à prova.

Não se pode justificar este alijamento da defesa sob o manto do respeito à soberania estadunidense como defendem alguns julgados emanados dos Tribunais Regionais Federais e do próprio Superior Tribunal de Justiça.

A soberania, ainda que hodiernamente relativizada, implica o respeito ao ordenamento jurídico de outros países igualmente soberanos, principalmente ao se tratar do respeito às normas processuais penais que, como visto, são regidas pelo princípio da territorialidade.

O respeito aos direitos humanos, no entanto, deve reger todas as relações. Assim, o Brasil não pode internalizar tratados que firam sua ordem constitucional interna e

⁴⁹⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.84.

⁴⁹⁸ Gomes Filho, na mesma obra, assenta que “... o exercício desse direito deve permear o fenômeno probatório em sua integralidade, ou seja, deve ser possível em todas aquelas tarefas de procura e colheita dos dados que permitirão ao juiz verificar a ocorrência, ou não, dos acontecimentos históricos firmados pelas partes e sobre os quais irá versar a sentença final”. *Ibidem*, p.85.

os dispositivos internacionais constantes de tratados de direitos humanos, sob pena de este não ser apto a produzir efeitos em território brasileiro.

O único modo de compatibilizar o uso exclusivo do tratado pela acusação com as garantias do devido processo (ao menos quanto a este aspecto específico) é interpretá-lo de forma consentânea com outros dispositivos convencionais de direitos humanos e com a ordem jurídica interna. Esta interpretação seria a única a subsidiar sua constitucionalidade, pois se é um princípio da cooperação que haja interpretação favorável aos tratados, também é um princípio que a interpretação seja sempre realizada em consonância com os direitos humanos.

Esta interpretação oriunda das autoridades estadunidenses causa estranheza do ponto de vista de seu próprio ordenamento, pois, também, lá, o direito à ampla defesa e o direito à prova são protegidos constitucionalmente.

É necessário questionar a própria interpretação acerca da exclusão de outros instrumentos de cooperação na existência de um MLAT. Conforme consta do supramencionado *Senate Executive Report 105-22*, que contém resumo das negociações do tratado entre as autoridades dos dois países, a utilização exclusiva do tratado pela acusação não interfere na cooperação embasada em outros instrumentos internacionais, além de se ter ressaltado que a via da carta rogatória permaneceria intocada.

É o caso aqui de cabimento da utilização dos trabalhos preparatórios como meio de interpretação, pois nenhum dos outros meios previstos no artigo 31 da Convenção de Viena de 1969 auxiliaria a resolver este ponto. Necessário, assim, recorrer ao seu artigo 32 que trata dos trabalhos preparatórios. Seria uma “interpretação absurda” se, simplesmente, se entendesse que a assinatura do MLAT excluiria outros meios de cooperação vigentes entre os dois países, consubstanciados também em outros acordos (contrariando a própria convenção), alijando a defesa da produção de provas naquele país e tornando o tratado inconstitucional.

Assim, nenhum tratado de cooperação jurídica internacional pode ser consentâneo com nossa ordem jurídica constitucional se propugnar a exclusão completa de atuação da defesa. No entanto, a jurisprudência acerca deste tema não tem demonstrado entendimento neste sentido. O STJ ainda não se pronunciou definitivamente sobre ele, oscilando de posicionamento, como demonstra a análise de dois julgados publicados em 2014.

O primeiro julgado a ser analisado será o RHC 41888⁴⁹⁹. Trata-se de recurso em *habeas corpus* contra decisão oriunda do Tribunal Regional da 3ª Região que indeferiu a expedição de carta rogatória para os Estados Unidos com a finalidade de oitiva de testemunhas de defesa e que se manifestou sobre alguns pontos importantes relacionados a este tema.

A decisão recorrida invocou como fundamento informações oriundas do DRCI de que a cooperação penal prestada pelos Estados Unidos não abrange a colheita de provas da defesa e que a colheita de provas para a instrução de um processo ocorre de acordo com procedimento intitulado *discovery*. Assim, caso a defesa desejasse, deveria providenciar a obtenção da prova diretamente naquele país, sendo que sua admissão no processo brasileiro seria deliberada posteriormente.

No julgamento pelo STJ, o Ministro Relator, ao denegar a ordem, aduz que não “há, de fato, como se obrigar a Estados estrangeiros que sigam as normas processuais brasileiras”. E, desta forma, como a rogatória não seria cumprida, “a formalização de tal ato somente acarretaria em um dispêndio de esforços desnecessários”.

No tocante à alegação de cerceamento de defesa, limitou o argumento à observância dos termos do acordo, sem que maiores considerações fossem tecidas a este respeito:

Com efeito, o Decreto nº 3.810/2001, que promulgou o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal - MLAT, celebrado entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América, prevê em seu artigo 1º, item 5, que o acordo abrange apenas os pedidos formulados pelos governos do Brasil e Estados Unidos, ou seja, não se estende aos pedidos formulados pela defesa:

5. O presente Acordo destina-se tão-somente a assistência judiciária mútua entre as Partes. Seus dispositivos não darão direito a qualquer indivíduo de obter, suprimir ou excluir qualquer prova ou impedir que uma solicitação seja atendida. Assim, não há que se falar em cerceamento de defesa, uma vez que a decisão impugnada observou os termos do acordo, de que Governo norte-americano não está obrigado a produzir prova requerida pela defesa, não podendo o Estado brasileiro impor o cumprimento da carta rogatória.

[...]

⁴⁹⁹ STJ, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe de 07.02.2014.

No tocante à possibilidade de que as testemunhas de defesa fossem consideradas testemunhas do juízo, afastou a alegação da defesa tendo em vista que as testemunhas invocadas pelo próprio juízo devem sê-lo somente em casos excepcionais, diante das provas já produzidas pelas partes (art. 156 do CPP)⁵⁰⁰. Não seria possível a utilização desta faculdade para “burlar” os termos do MLAT, sendo as testemunhas exclusivamente da defesa⁵⁰¹.

Na mesma situação, no entanto, o STJ já esposara entendimento contrário, apontando como alternativa válida a solicitação da produção da prova ao juízo⁵⁰².

Por fim, entendeu não ser ainda o caso de nulidade do processo por cerceamento de defesa porque *“não houve a demonstração do efetivo prejuízo a ser suportado pela defesa frente aos demais meios de prova que podem, e devem, ser carreados aos autos. É de se ver que no processo penal vigora o princípio geral de que*

⁵⁰⁰ Não foram aprofundados quaisquer argumentos relacionados à atividade instrutória do juiz.

⁵⁰¹ Ainda na decisão: “Não há, contudo, como acolher a tese dos impetrantes de que as testemunhas arroladas pela Defesa devem ser consideradas como testemunhas do Juízo, para possibilitar a oitiva nos moldes do MLAT.

Por óbvio, não é a Defesa quem pode dizer se as testemunhas devem ser ouvidas como testemunhas do Juízo, e com a única finalidade de burlar o óbice previsto no referido Acordo de Assistência Judiciária.

O argumento apresentado pela Defesa é de imprescindibilidade de oitiva das testemunhas para sustentar a sua versão dos fatos. Dessa forma, é evidente que tratam-se de autênticas testemunhas de Defesa.

A oitiva de testemunhas por iniciativa do Juízo somente ocorre em hipóteses excepcionais, quando, diante das provas já produzidas pelas partes, entende o julgador pela necessidade de provas complementares. Com efeito, o artigo 156, in fine, do Código de Processo Penal, em sua redação original, e o inciso II do referido artigo, na redação dada pela Lei nº 11.690/2008, atribuem ao Juiz a faculdade de determinar a produção, de ofício, de diligências, visando a elucidação dos fatos, devendo sempre ser utilizada parcimoniosamente, nas hipóteses em que há dúvida no espírito do julgador, advinda de contradições entre as provas produzidas pelas partes.

[...]”

⁵⁰² “[...]”

ALEGADA IMPRESTABILIDADE DO MLAT POR VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. APONTADA UTILIZAÇÃO DO ACORDO APENAS PARA O ATENDIMENTO DE PEDIDOS FORMULADOS NO INTERESSE DA ACUSAÇÃO. POSSIBILIDADE DE A DEFESA PLEITEAR A PRODUÇÃO DA PROVA AO JUÍZO, QUE A SOLICITARÁ AO ESTADO REQUERIDO. INCONSTITUCIONALIDADE NÃO EVIDENCIADA.

1. Muito embora o Ministério da Justiça tenha informado aos impetrantes, via e-mail, que “segundo a Autoridade Central estadunidense, pedidos de cooperação que solicitam diligências requeridas pela defesa não estão abrangidas pelo Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América (Decreto nº 3.810, de 21/02/2001)”, o certo é que nada impede que o acusado, por seus advogados, pleiteie ao Juízo a produção de determinada prova, e que este a solicite ao Estado requerido por meio do MLAT.

2. Mesmo que os Estados Unidos da América não aceitem pedidos de prova requeridos pela defesa em face das peculiaridades do sistema da common law lá adotado, não há dúvidas de que inexistem impedimentos no direito pátrio a que o juiz solicite, por meio do acordo, as providências desejadas pelo acusado.

3. Em arremate, deve-se destacar que o Acordo de Cooperação Mútua Internacional - MLAT entre os Governos brasileiro e estadunidense foi promulgado em maio de 2001, por meio do Decreto 3.810, jamais tendo sido alvo de declaração de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, que inclusive já o examinou em diversas ocasiões, o que reforça a improcedência da arguição de sua imprestabilidade por ofensa ao princípio da isonomia previsto na Constituição Federal”. (STJ, HC 147375, Min. Rel. JORGE MUSSI, DJe de 19.12.2011) – grifos nossos.

somente se proclama a nulidade de um ato processual quando há efetiva demonstração de prejuízo, nos termos do que dispõe o art. 563 do Código de Processo Penal, pois o simples inconformismo desprovido de prova inequívoca da mácula ocasionada não se presta para tal finalidade, o que não ficou comprovado pelo impetrante na hipótese em comento”.

Em que pesem as informações fornecidas pelo DRCI, de que o atual posicionamento das autoridades estadunidenses permite a utilização de rogatórias, extrai-se da análise deste julgamento (o agravo regimental interposto da decisão monocrática estudada foi negado pela Quinta Turma, por unanimidade, em 05.08.2014 e teve o acórdão publicado em 14.08.2014) que a via da carta rogatória não tem sido oportunizada à defesa, que remanesce impossibilitada de produzir provas naquele país.

Percebe-se desta decisão que o STJ invocou os termos do acordo sem tecer maiores considerações acerca da ampla defesa e do direito à prova, aduzindo ainda se tratar de nulidade relativa que não seria pronunciada sem a demonstração de prejuízo.

Ainda que não adentre a discussão acerca da própria necessidade de demonstração do prejuízo em matéria de nulidades no processo penal⁵⁰³, a negação de produção de prova testemunhal pela defesa diante de uma impossibilidade, ocasionada pela proibição do tratado, constitui-se em nulidade absoluta⁵⁰⁴.

O direito à prova é salientado como

aspecto de particular importância no quadro do contraditório, uma vez que a atividade probatória representa o momento central do processo: estritamente ligada à alegação e à indicação dos fatos, visa ela a possibilitar a demonstração da verdade, revestindo-se de particular relevância para o provimento jurisdicional. O concreto exercício da ação e da defesa fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do fato

⁵⁰³ E, ainda, a própria diferenciação entre nulidades relativas e absolutas no processo penal. A este respeito, GLOEKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**: Introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013, pp.456 e ss. O autor, crítico desta diferenciação, chega a afirmar que: “A distinção entre nulidades relativas e absolutas é fruto do narcisismo epistemológico que procurou simetrizar todas as formas processuais, a fim de lhe oferecer uma teoria geral do processo, capaz de sustentar as mesmas categorias para os mais diversos setores jurídicos. Esta arrogância custou, à guisa de belas formulações e de sistemas binariamente organizados, a falência praxística e o mascaramento de níveis autoritários que ganharam, no processo penal, um aviltamento impensável. Tudo com a permissão que o conhecimento esotérico manifestara, com especial relevo para a cegueira diante de outros conhecimentos “menos nobre que aquele jurídico”. (p. 458).

⁵⁰⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**, 7ª edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 155. Ainda que os autores tratem da nulidade com relação à prova testemunhal, e a carta rogatória possua dispositivo específico que dispõe acerca da demonstração da imprescindibilidade da medida, uma vez demonstrada, não lhe pode ser negada a expedição, aplicando-se a mesma racionalidade das provas testemunhais.

posto como fundamento das pretensões das partes, ou seja, de estas poderem servir-se das provas⁵⁰⁵.

Sua vulneração implica cerceamento de defesa que, por atingir garantia constitucional, acarreta nulidade absoluta. E a vulneração advém da interpretação do MLAT que impede genericamente a atividade da defesa, independentemente do caso concreto.

É possível vislumbrar oportuna modificação de entendimento de nossos tribunais. Em recentíssimo julgado (o segundo a se analisar), a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) concedeu *habeas corpus*⁵⁰⁶ para cassar decisão que indeferiu a oitiva de testemunha de defesa residente nos Estados Unidos.

O juiz de primeiro grau fundamentou sua decisão da mesma forma em que o julgado anteriormente comentado. No entanto, o Ministro Relator no STJ, Jorge Mussi, cassou a decisão para determinar que o juiz avaliasse se estariam preenchidos os requisitos para a expedição de carta rogatória.

Ao decidir o caso, o ministro Mussi constatou que o juiz não poderia, de plano, ter negado o pedido simplesmente por conta da resposta daquele governo à consulta feita pelo Ministério da Justiça, que foi baseada no Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal (MLAT ou Mutual Legal Assistance Treaties).

“A existência de acordo bilateral ou multilateral de assistência jurídica entre determinados países não exclui, por si só, a possibilidade de se utilizar a carta rogatória como meio ordinário para a prática de atos processuais no estrangeiro, já que se trata de institutos distintos”, esclareceu.

O objetivo dos MLAT é desburocratizar os atos judiciais, elegendo-se autoridades centrais nos países signatários para dar cumprimento ao pedido de assistência, observadas as normas contidas no acordo, sem intervenção da via diplomática.

O Ministro Relator esclareceu que “os MLAT coexistem com o sistema das cartas rogatórias, que tramitam pela via diplomática e dependem da cortesia internacional. Já o pedido via MLAT é mais célere e menos dispendioso que o regime de rogatórias. Daí

⁵⁰⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal, p. 122.

⁵⁰⁶ STJ, HC 208.663, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 10.10.2014.

porque o juiz deve preferir os acordos, quando houver, às rogatórias, que é o meio usual”. Aduziu ainda que:

No entanto, os acordos são “ajustes de vontade de dois estados soberanos”, razão pela qual trazem limitações referentes a peculiaridades existentes nos ordenamentos jurídicos locais. É o que ocorre no MLAT em questão, promulgado pelo Decreto 3.810/01.

Conforme esclarecido pelo Ministério da Justiça (autoridade central brasileira), por meio do referido acordo o governo dos Estados Unidos apenas dá cumprimento às providências e diligências requeridas por autoridades públicas, não sendo aplicável quando o requerimento é formulado pelo réu, em razão das peculiaridades normativas que regem o sistema da Common Law adotado naquele país”, explicou o ministro Mussi.

Lá, diferentemente do que acontece no Brasil, o processo é conduzido pelas partes envolvidas, e os esforços relacionados à colheita de provas são arcados de forma integral pelas partes.

Segundo o ministro, a existência do MLAT não permite que seja descartada a via diplomática residual, ou seja, a expedição da carta rogatória. Entretanto, não se poderá falar em cerceamento de defesa caso os EUA neguem cumprimento à carta rogatória, já que, conforme salientado pelo relator, trata-se de decisão que reside no âmbito de sua soberania.

Como se vê, ainda que se constitua em avanço, o Tribunal não analisou a questão sob o prisma do direito à prova, enfocando, ao invés, a coexistência de instrumentos de CJI.

Também neste julgado, quanto à parte final da decisão, alguns comentários merecem ser tecidos. O Ministro Relator assevera que não se poderá falar em cerceamento de defesa no caso de negativa de cumprimento da rogatória pelos EUA, pois tratar-se-ia de “decisão que reside no âmbito de sua soberania”. Esta afirmação não pode ser considerada de forma absoluta.

A matéria que se insere no âmbito de soberania de cada país e que não será valorada internamente na CJI refere-se à análise dos requisitos necessários intrínsecos ao cumprimento do pedido. Isto não inclui a possibilidade de negativa de execução de uma rogatória em virtude de esta se consubstanciar em pedido da defesa.

Se este for o fundamento, ainda que advindo de decisão de outro país, configurar-se-á o cerceamento de defesa, pois não se ofertou efetivamente a oportunidade

de produção de prova, devendo ser valorado em nosso ordenamento interno. A atividade da defesa não pode ser meramente formal.

Não se pode vincular o Estado requerido ao cumprimento do pedido, nem se pode acatar seus atos sem a necessária valoração no processo penal interno.

Esta preocupação com a exclusividade do tratado não é, no entanto, exclusiva dos tribunais e da doutrina brasileiros. Nos Estados Unidos, este problema traveste-se em preocupação com o respeito à *Compulsory Process Clause* prevista na Sexta Emenda, assim regulamentada: “*In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right ... to compulsory process for obtaining witnesses in his favor ...*” Em linhas gerais, significa que o réu possui o direito de que o Estado se utilize de sua atuação coercitiva para a obtenção de provas da defesa⁵⁰⁷.

Para efetivar esta garantia, os tribunais estadunidenses possuem, inclusive, poderes sobre cidadãos americanos e residentes que estejam em outro país⁵⁰⁸, implicando, também, o dever de fornecimento de visto à testemunha que queira comparecer perante uma corte estadunidense⁵⁰⁹.

Não há muitos casos na jurisprudência sobre este tema⁵¹⁰, mas em *United States v. Des Marteau*⁵¹¹, o tribunal sugeriu que o Departamento de Justiça utilizasse o

⁵⁰⁷ Este direito, no entanto, não é absoluto, sendo limitado às circunstâncias que estejam dentro da esfera de poder do governo. No caso *Mancusi v. Stubbs* permitiu-se a utilização de prova testemunhal produzida em julgamento anterior quando a testemunha estivesse em outro país. Este entendimento, porém, não vige atualmente sem determinados requisitos, como se pode inferir dos casos *United States v. Greco*, *United States v. Zabaneh*. Ainda, tendo em vista a estrutura de Estado estadunidense, a Suprema Corte decidiu que este direito também se aplica à esfera estadual, pois insere-se na garantia do devido processo (*Washington v. Texas*, 1967). SALTZBURG *et al*, **American Criminal Procedure**, p.39.

⁵⁰⁸ Por meio do Act of July 3, 1926, o Congresso aprovou uma lei em que a autoridade dos Estados Unidos não se limitava, para esses fins, ao território norte-americano, alcançando cidadãos americanos e residentes no exterior. Em 1964, nova lei aumentou esses poderes para americanos cidadãos e residentes. ABBELL, **Obtaining Evidence Abroad in Criminal Cases 2010**, p.21.

⁵⁰⁹ ESTADOS UNIDOS. *United States v. Filippi* (1st. Cir 1990).

⁵¹⁰ Zagaris cita casos em que os tribunais estadunidenses manifestaram-se pela constitucionalidade do MLAT: “Most of the efforts to challenge the exclusion of defendants and third parties from using MLATs have not had success. For instance, an appellate court has rejected the claim that evidence allegedly obtain in violation of an MLAT should be excluded [*United States vs. Rommy*, 506 F.3d 108 (2d Cir., 2007)]. Another appellate court in the same circuit ruled that the defendant lacked standing to move to exclude or suppress records on the basis of a purported violation of the treaty [*United States vs. Davis*, 767 F.2d 1025 (2d Cir. 1985)]. In another case a U.S. District Court ruled that the MLAT treaty process is exclusively for signatory governments and denied a motion to compel the executive branch to invoke the treaty for the benefit of a defendant. The court found that such a practice in that case did not implicate a constitutional right to due process [*United States vs. Rosen*, 240 F.R.D. 204 (E.D.Va. 2007)]”. ZAGARIS, Bruce. U.S. – Brazil and International Evidence Gathering: The Need for Better Due Process, 99. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** 241, São Paulo, pp. 263-265, nov./ dez 2012, p.20.

⁵¹¹ ESTADOS UNIDOS. 162 F.R.D. 364, 372 n. 5 – M.D. Fla. 1995.

tratado com o Canadá para a oitiva de diversas testemunhas, determinada nos termos da Regra 15 das *Federal Rules of Evidence*⁵¹².

No caso *Michele Sindona*, a Corte Distrital do Tribunal do Distrito do Sul de Nova Iorque ordenou que o Departamento de Justiça utilizasse o tratado com a Suíça para obter provas em nome da defesa, sob pena de rejeitar o caso se o governo não as obtivesse⁵¹³.

Ainda, ao analisar algumas propostas de MLAT, a Comissão de Relações Internacionais do Senado (por exemplo, com as Ilhas Cayman) apontou que não existiria nenhuma objeção a esta alternativa:

[C]oncern may be arised that the defendants in criminal cases are explicitly excluded from use of the Mutual Legal Assistance Treaties. The committee notes that nothing in this treaty is intended to negate the authority of the Court to ask the prosecution to make requests for information under the treaty⁵¹⁴.

Como se vê, esta questão, nos Estados Unidos, também não apresenta solução satisfatória, mas há tendência de que seja imposta ao DOJ a solicitação de pedidos em nome da defesa.

Com relação à doutrina, Currie afirma que a possibilidade de somente a acusação se beneficiar do MLAT viola o direito de defesa⁵¹⁵. E, na tentativa de equalizar a questão, apresenta algumas soluções. Duas merecem ser analisadas. A primeira, indica solução semelhante à adotada na Austrália, que modificou sua legislação de implementação de cooperação internacional para disciplinar o papel do Ministério Público na busca de provas da defesa⁵¹⁶.

A segunda, advinda de Ministros de países que compõem a *Commonwealth*, que, recomendaram expressamente a disponibilização da via do MLAT igualmente para defesa e acusação e que os países deveriam aceitar pedidos dos Tribunais realizados com este propósito⁵¹⁷.

⁵¹² ABBELL, *Obtaining Evidence Abroad in Criminal Cases* 2010, p.22.

⁵¹³ *Ibidem*, p.23.

⁵¹⁴ *Senate Executive Report* n° 26, 100th Cong., 2d Sess. 5 (1988). ABBELL, *loc.cit.*

⁵¹⁵ CURRIE, Human Rights and International Mutual Legal Assistance, p.170.

⁵¹⁶ *Ibidem*, p.171.

⁵¹⁷ *Ibidem*, p.173. No original: The International Law Association has also noted another area of defence weakness in MLA practice: “Many [MLATs] seriously violate human rights norms by extending the benefits

Estas soluções são também propostas por Vasconcellos⁵¹⁸ e por Aras⁵¹⁹, no sentido de que os pedidos da defesa devam ser solicitados pelo Ministério Público ou pelo juiz do caso.

Abbell⁵²⁰ entende ainda que o Estado requerido deve cumprir pedidos feitos pela defesa se estes forem solicitados pelas autoridades do Estado requerente, uma vez que, até mesmo em virtude do acordo, não é o particular quem realiza o pedido, mas este é emanado do Estado estrangeiro (que é parte do acordo).

Esta solução, embora não adequada, resolve, ainda que imediatamente, a questão de proibição da utilização do MLAT pela defesa. Não adequada, pois submete a atividade probatória da defesa ao alvitre do juiz e do Ministério Público (parte adversa), conforme melhor analisar-se-á no tópico a seguir.

Além disso, reforça a perspectiva da CJI como assistência entre Estados, em que o indivíduo é desconsiderado como sujeito da cooperação.

A solução definitiva é a negociação de acordos que possibilitem a participação da defesa, reconhecendo-a como sujeito de direitos, não somente podendo solicitar pedidos de CJI, mas, também, reconhecendo-se mecanismos de atuação no exercício do contraditório.

of assistance to the prosecution only. Such a practice violates the principle of ‘equality of arms’ which is a fundamental feature of a fair trial.” While it seems questionable whether a fundamental human rights norm is being violated, it is true that under typical MLA arrangements the authorities have complete discretion as to which evidence is to be gathered under the foreign system. The defence is thus barred from access to an inter-State channel for evidence collection and left to its own devices and resources to pursue evidence in the foreign jurisdiction. This will often preclude any evidence-gathering in the requested State by the defence, even though material which is potentially exculpatory may exist beyond the specific parameters of the investigation being undertaken by the requesting State authorities. Thus, it is not unrealistic to contemplate an unfair trial as a result of evidence beneficial to the defence being unretrievable, perhaps even unknown to the defence, on this basis.

There have been proposals at various levels to address these concerns. The International Law Association has proposed that States consider “the needs of the indigent individual unable to afford to collect evidence in his defence abroad”, although even wealthy defendants would need access to mostly inaccessible governmental machinery in the foreign jurisdiction. The government of Australia has addressed this concern more fully in an amendment to its MLA implementing legislation that “formalizes the role of the Attorney-General in seeking foreign evidence at the request of the defence”. The Commonwealth Law Ministers have recently adopted a recommendation stating that “court based [MLA] channels should be available equally to the defence and prosecution and that every country accepted that requests for assistance made by courts on the motion of the defence should, in the interests of justice, be responded to”. While the collective frustration of prosecutors would be palpable if such a policy were instituted world-wide, it does offer a means of protecting the fairness of criminal proceedings, and perhaps provides a means of balancing the State’s exclusive control over evidence-gathering”.

⁵¹⁸ VASCONCELLOS, Helena. **Cooperação Jurídica Internacional em matéria penal: uma análise do Mutual Legal Assistance Treaty Brasil/Estados Unidos**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 2013, pp.177 *et seq.*

⁵¹⁹ ARAS, O sistema de cooperação penal Brasil/EUA, pp. 360-361.

⁵²⁰ ABBELL, **Obtaining Evidence Abroad in Criminal Cases 2010**, p.298.

No entanto, seria radical propor a declaração de inconstitucionalidade do tratado antes que outro fosse negociado.

A imposição de que a autoridade judiciária e o Ministério Público tivessem de solicitar a execução de pedidos em nome da defesa parece ser a única alternativa de que se dispõe para poder conferir ao tratado interpretação conforme à Constituição.

Diante das premissas anteriormente colocadas (obediência aos tratados de direitos humanos, respeito à ordem pública - inserindo-se aqui o devido processo, e, conseqüentemente a ampla defesa e o direito à prova – princípio da interpretação mais favorável ao tratado e a visão do indivíduo como sujeito da cooperação), entende-se que, interpretar o tratado como excludente de outros meios de cooperação para a defesa, também conduziria a sua inevitável inconstitucionalidade.

Assim, mesmo com a solução proposta, não se pode inviabilizar o instrumento da rogatória, que pode ser utilizado pela defesa.

3.2. Desproporcionalidade dos instrumentos e dos requisitos – paridade de armas

Superada a questão da impossibilidade de solicitação de produção de prova pela defesa, decorrência, ainda, da utilização exclusiva do tratado pela acusação, é a desproporcionalidade dos meios oportunizados às partes.

Ainda que haja outros meios para a defesa (carta rogatória e atuação direta nos tribunais estrangeiros), sua diferença, com requisitos e prazos muito mais desfavoráveis que os do MLAT, move a balança para a acusação, desrespeitando a corolário da paridade de armas.

Decorre desta utilização exclusiva que a acusação ter a possibilidade de se utilizar do MLAT (sendo o auxílio direto um meio bastante ágil) e a defesa somente da carta rogatória (mais lenta e com mais limitações) dá origem a um desequilíbrio na atuação probatória que dificilmente pode se sustentar sob o prisma do respeito à paridade de armas. Esta emana diretamente do princípio da igualdade previsto na Constituição Federal e significa que todos os litigantes devem ser tratados da mesma maneira para a finalidade de

alocação de instrumentos no processo, como portadores equivalentes de direitos processuais⁵²¹.

Consubstancia-se, assim, na “igual distribuição, durante o processo penal – desde sua fase pré-judicial até a executiva –, aos envolvidos que defendam interesses contrapostos, de oportunidades para apresentação de argumentos orais ou escritos e de provas com vistas a fazer prevalecer suas respectivas teses perante uma autoridade judicial”⁵²².

E, por advir do princípio constitucional da igualdade, “sua aplicação não depende de situações pré-estatuídas em lei, mas de cada uma das justificativas, em casos concretos, que poderão ser capazes de explicar o balanceamento de forma a motivar sua total incidência, sua restrição ou, eventualmente, sua não aplicação”⁵²³.

Analisar-se-á, no caso da CJI, como dar-se-á o equilíbrio com relação aos instrumentos cooperacionais disponíveis.

3.2.1. Carta rogatória

Conforme observado no *Senate Report 105*, à defesa é proibida a utilização do tratado, mas a ela é conferida a possibilidade de utilização do instrumento da carta rogatória.

Apesar das informações anteriores de que esta via estaria abolida pela existência do MLAT, em questionário encaminhado ao DRCI, foi esclarecido que a defesa pode dela se utilizar e que a autoridade central brasileira “encaminha referidas demandas por via diplomática para possível apreciação do Departamento de Estado Norte-Americano ou a autoridade demandante deixa claro no pedido de cooperação que a testemunha que precisa ser ouvida é de interesse do Juízo”⁵²⁴.

⁵²¹ DAMASKA, Mirjan R. **The faces of Justice and State Authority**. A Comparative Approach to the Legal Process. New Haven and London: Yale University Press, 1986, p.107. Aduz o autor: “All litigants must be treated as equal for the purpose of allocating procedural weapons, just as all voters must be considered as equal for the purpose of regulating the ballot (one person, one vote). In other words, parties are treated “abstractly” in isolation from their personal (substantive) differences, and as equivalent bearers of procedural rights”.

⁵²² VIEIRA, Renato Stanzola. **Paridade de armas no processo penal**. Coleção Ada Pellegrini Grinover, vol.II. BADARÓ, Gustavo; Petrônio, Calmon (coordenadores). Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p.236.

⁵²³ *Ibidem*, p.236.

⁵²⁴ Questionário respondido pela autoridade central em agosto de 2014.

Não foi possível, no entanto, obter resposta acerca da efetividade deste “novo” caminho, sobre se os pedidos da defesa vêm efetivamente sendo cumpridos por meio da carta rogatória.

Independentemente da resposta sobre a efetividade da rogatória (que, caso negativa, somente agravaria o quadro atual), merecem reflexão a disparidade dos meios fornecidos à defesa e à acusação, que parece ser justamente o cerne que impulsionou os termos do MLAT.

Algumas diferenças são notáveis e merecem ser pontuadas.

A primeira delas relaciona-se à livre atuação na atividade probatória. Enquanto no auxílio direto a possibilidade de solicitar quaisquer medidas é livre de requisitos para a acusação (por meio do MLAT), nas cartas rogatórias é necessário demonstrar a imprescindibilidade das provas solicitadas.

Para a utilização do MLAT, basta a demonstração dos requisitos do próprio tratado e aqueles exigidos pela legislação do Estado requerido (este último também exigido nas cartas rogatórias).

À acusação somente é imposto o ônus de demonstrar a existência de relação entre a prova solicitada e o fato que se pretende comprovar ou a relação entre a medida e a necessidade de seu resultado (como ocorre nos casos de pedido de medidas assecuratórias), com a descrição de *probable cause* no caso americano.

No caso da carta rogatória, deve ser demonstrada a imprescindibilidade da medida, não sendo suficiente a demonstração de sua relação com os fatos a serem demonstrados (art. 222-A do CPP).

Quanto à questão da imprescindibilidade, a jurisprudência vem entendendo este artigo de forma literal. No RHC 42500⁵²⁵, o STJ, ao denegar a ordem, ratificou as razões da decisão recorrida de negar a produção de prova testemunhal por meio de carta rogatória a ser encaminhada a diversos países, incluindo os EUA. No caso, justificou-se que o que se pretendia comprovar não poderia sê-lo por meio de prova testemunhal, mas somente por meio de prova documental, não se demonstrando, assim, sua imprescindibilidade⁵²⁶.

⁵²⁵ STJ, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 14.11.2014.

⁵²⁶ Assim argumentou a Ministra Relatora: “O que a defesa pretende demonstrar com a produção da prova testemunhal, comprova-se tão somente por prova material. O depoimento de testemunha não se presta a comprovar ou mesmo corroborar atos constitutivos de sociedades alienígenas, nem a demonstrar a regularidade de sua manutenção, o que se faz somente por meio de prova documental. Igualmente, a comprovação de que os serviços prestados envolviam a real captação de investidores estrangeiros, faz-se por prova material, fato que não pode constituído ou desconstituído por mera prova testemunhal”.

No RHC 41477⁵²⁷, o STJ, da mesma forma, decidiu que a prova buscada poderia ser demonstrada por outro modo, acrescentando que, de qualquer forma, o MLAT excluiria a produção de provas da defesa, nos mesmos termos dos acordos feitos com a China e com a Argentina. Consignou ainda que:

Embora tenha o acusado direito à produção da prova necessária à demonstração dos fatos embasadores de suas teses, a justificativa judicial foi justamente em admitir a valoração dos mesmos fatos por provas mais econômicas.

Ademais, como destinatário das provas é ao magistrado da causa conferido o critério de sua utilidade e necessidade, salvo grave desproporção ou ilegalidade, condições que não se tem presentes.

Assim, estando fundamentada a negativa de oitiva das testemunhas por meio da carta rogatória, uma vez que igual resultado de comprovação poderia ser obtido por outros meios, eficazes e mais céleres, não há falar em cerceamento de defesa e violação ao princípio do contraditório, especialmente quando não comprovado o efetivo prejuízo à defesa.

No tocante à constitucionalidade do artigo 222-A do CPP, o STF já se debruçou sobre a questão. Ainda que não o tenha feito por meio de controle concentrado de constitucionalidade, por decisão de seu plenário, decidiu em Questão de Ordem na AP 470⁵²⁸, que a necessidade de demonstração da imprescindibilidade respeita o artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal. Além disso, os Ministros fixaram o prazo de 6 (seis) meses para o cumprimento da rogatória. A Corte também se manifestou quanto ao tema das custas, determinando que seu pagamento era de responsabilidade dos requerentes, “ressalvada a possibilidade de concessão de assistência judiciária aos economicamente necessitados [...]”.

Em sua decisão monocrática, ao analisar o requerimento de expedição de provas que foi submetido ao plenário, o Ministro relator JOAQUIM BARBOSA determinou que a defesa do réu deveria demonstrar a imprescindibilidade da expedição das cartas rogatórias requeridas para a oitiva de testemunhas localizadas no exterior, assim como “*esclarecer qual o conhecimento que elas têm dos fatos e a colaboração que poderão prestar para a instrução da presente ação penal*”. O Ministro relator ainda solicitou que os réus se manifestassem “*sobre eventual opção pela oitiva das testemunhas*”.

⁵²⁷ STJ, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, DJe de 03.11.2014.

⁵²⁸ STF, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe de 01.10.2009.

por via menos dispendiosa do que a carta rogatória, como, por exemplo, optando por sua oitiva no Brasil, através do pagamento de passagens de ida e volta”.

Os réus recorreram desta decisão e, durante o julgamento da questão de ordem, o STF analisou o artigo 222-A não só quanto à questão da imprescindibilidade mas também quanto ao pagamento de custas, pronunciando-se no seguinte sentido:

No que diz respeito especificamente à exigência de demonstração prévia da imprescindibilidade da expedição das rogatórias, assinalo o que me parece óbvio, ou seja, trata-se de norma que, em última análise, apenas explicitou diretriz já imposta ao juiz, consistente com o dever que lhe incumbe de zelar pela rápida solução do litígio (**art. 125, II, do CPC c/c o art. 3º do CPP**), indeferindo as provas inúteis, impertinentes ou protelatórias (**art. 400, §1º, do CPP**).

Por essa razão, entendo que, dizer que o art. 222-A do CPP é inconstitucional, por reclamar a demonstração prévia da imprescindibilidade da expedição da rogatória requerida pela parte, é o mesmo que afirmar que a Constituição admitiria, em nome do princípio da ampla defesa, até mesma a obrigatoriedade da oitiva de testemunhas residentes no exterior, mesmo que elas nada saibam sobre os fatos cuja elucidação seja necessária à resolução do conflito sob julgamento.

Ao contrário, penso que a norma que impõe à parte no processo penal a obrigatoriedade de demonstrar a imprescindibilidade da testemunha por ela arrolada, e que vive no exterior, guarda perfeita harmonia com o inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, que assegura “**a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação**”.

Já em relação à parte final do citado dispositivo legal, que impõe à “parte requerente” o pagamento dos “custos de envio” das rogatórias que deseja ver expedidas, acrescento que se trata de regra que deve ser lida em harmonia com o disposto com o art. 5º, LXXIV, da Constituição, o qual prevê que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Assim, se o acusado for pessoa dotada de recursos financeiros, impõe-se a cobrança dos serviços de natureza extraordinária que, a seu pedido, lhe serão prestados. Como é o caso, sem sombra de dúvida, dos custos de expedição de cartas rogatórias (CPP, art. 222-A), especialmente nos casos em que essa expedição implique a necessidade de tradução para línguas estrangeiras de milhares de páginas de processos judiciais.

Porém, nas hipóteses em que o réu seja pessoa “cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo

do sustento próprio e da família”, conforme prescreve o parágrafo único do art. 2º da Lei 1.060/1950, aí, sim, abre-se, a meu sentir, espaço para a concessão dos benefícios da assistência judiciária, inclusive com o custeio, pelo Estado, das despesas relativas à expedição de rogatórias.

Penso ser esta a solução que melhor concilia os princípios constitucionais da inafastabilidade da prestação jurisdicional, da razoável duração do processo e da obrigatoriedade de isenção do pagamento de encargos processuais por aqueles que possuam recursos para tanto.

Assim, não se sustenta, a meu ver, o argumento de que o art. 222-A do Código de Processo Penal seria inconstitucional.

Nas discussões, o Min. MARCO AURÉLIO afirma que a prova produzida por rogatória seria “excepcional”, o que justificaria a demonstração de sua imprescindibilidade.

Frisaram os Ministros que **não** estavam analisando o tema à luz da paridade de armas.

O Min. CELSO DE MELLO propôs que todas as rogatórias fossem deferidas com fixação de prazo, o que não foi aceito, sendo incorporado ao acórdão somente a questão do prazo.

De fato, o artigo 222-A não é inconstitucional somente se analisado sob o prisma de seus requisitos. Consistiu-se em opção válida do legislador a diferenciação da medida em virtude de suas peculiaridades.

Porém, não é compatível com a paridade de armas a imposição de requisitos diferenciados para a acusação e para a defesa, impondo-se à última meios mais lentos e mais difíceis.

Ainda que se justifique a necessidade de comprovação da imprescindibilidade para o deferimento da medida, o ponto que aqui se discute é a razoabilidade deste requisito ser aplicável a somente uma das partes (ignorado no presente julgamento).

A atividade probatória da defesa resta cerceada, pois, por exemplo, no caso da necessidade de oitiva de uma testemunha, para acusação, pode ser expedida a solicitação de cooperação sem se ter certeza do conteúdo de seu depoimento. Basta que a acusação demonstre os motivos pelos quais ela deve ser ouvida (se estava presente no momento dos fatos ou se detém algum dado que possa auxiliar no deslinde da investigação). No caso da defesa, não pode ser realizada a atividade probatória. Exige-se

mais do que a demonstração da *probable cause*. Exige-se a aferição prévia de seu conteúdo.

A iniciativa probatória da acusação é livre, enquanto a da defesa é condicionada à análise judicial. O juiz exerce controle prévio sobre a atividade probatória da defesa que deve antecipar seu argumento e, tendo em vista que sua justificativa constará dos autos, antecipará a tese de defesa, propiciando a possibilidade de o Ministério Público se preparar para contra atacá-la. Parte-se do princípio de preservação da estratégia da acusação e da desnecessidade de preservação daquela a ser exercida pela defesa.

Percebe-se assim que, na cooperação, é conferido tratamento diverso à acusação e à defesa no que diz respeito à atividade probatória, especificamente quanto à demonstração de sua relevância e pertinência. Para a acusação a presunção é no sentido da existência de pertinência e relevância, enquanto para a defesa, presume-se sua irrelevância, exigindo-se comprovação de pertinência. Este tratamento diferenciado evidencia predisposição em entender como abusiva e despicienda a atividade probatória do réu.

A esse respeito, vale lembrar a lição de Badaró e Lopes Jr.⁵²⁹ ao tratarem da duração razoável do processo, entendimento de todo aplicável a todos os direitos da defesa:

[...] o comportamento do acusado deve ser visto em face do direito de defesa. A utilização dos meios legais postos por lei para que demonstre a sua inocência e preserve a sua liberdade não pode causar gravame ao acusado. Ninguém pode ser punido por utilizar regularmente um direito que a lei lhe assegura. Se assim fosse, vãs seriam as garantias do direito de defesa.

Somente em caso evidente de má-fé no (ab)uso de tal direito é que alguma consequência negativa poderia advir para o seu titular. Mas, destaque-se: a regra é a plenitude de defesa e, somente quando, em situações excepcionalíssimas, ficar demonstrada uma evidente má-fé, manobras claramente protelatórias e que busquem esse fim – criar uma dilação indevida – é que o comportamento processual do imputado poderá prejudicar-lhe.

Ainda neste ponto, enquanto na carta rogatória sua solicitação é acompanhada por todas as partes envolvidas (o artigo 222 do CPP prevê a intimação das partes), o auxílio direto pode remanescer desconhecido até o momento de sua juntada ao

⁵²⁹ LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**, 2ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2009, p.64.

processo, o que dificulta o direito da defesa, para quem somente será oportunizado o controle posterior das medidas.

Outro aspecto que demonstra a desigualdade dos meios refere-se ao pagamento de custas para a execução das medidas. No caso do auxílio direto, as custas são integralmente pagas pelo Estado requerido⁵³⁰, e no caso da carta rogatória, eventuais custas devem ser suportadas pela defesa⁵³¹.

A jurisprudência já se manifestou especificamente quanto ao pagamento nas rogatórias encaminhadas aos Estados Unidos:

Carta rogatória (oitiva de testemunhas de defesa). Custas (recolhimento). Cód. de Pr. Penal (omissão). Convenção internacional (aplicação analógica).

1. À minguia de disposição expressa no Cód. de Pr. Penal, o custeio das cartas rogatórias deve ser regulado pelo governo do país destinatário, conforme a parte final do art. 12 da Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias, promulgada pelo Decreto nº 1.899/96.
2. De acordo com o art. 10 da Portaria nº 26/90 do Ministério das Relações Exteriores, para o cumprimento de carta rogatória, os Estados Unidos da América exigem, entre outras providências, o recolhimento prévio das despesas, estando vedada a gratuidade.
3. A embaixada brasileira somente está autorizada a fazer, de antemão, o pagamento quando as diligências forem requeridas pelo Ministério Público.
4. Na espécie, a expedição da carta rogatória decorre do pedido da defesa – não beneficiada pela justiça gratuita – para a oitiva de testemunhas residentes fora do país; indispensável, portanto, o recolhimento das custas exigidas.
5. Ordem denegada⁵³².

Este entendimento parte do princípio de que a atividade da acusação é necessária e inerente à atuação do próprio Estado, enquanto a parte particular deve arcar com seus custos. Este raciocínio é válido para as demais atividades realizadas pelo Estado em suas funções típicas. Porém, em sua atividade processual, vigoram outros princípios

⁵³⁰ “O Estado Requerido arcará com todos os custos relacionados ao atendimento da solicitação, com exceção dos honorários devidos ao perito, as despesas de tradução, interpretação e transcrição, bem como ajudas de custo e despesas resultantes do transporte de pessoas, de acordo com os Artigos X e XI, caso em que custos, honorários, ajudas de custo e despesas caberão ao Estado Requerente”.

⁵³¹ STJ, HC 151793, Rel Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe de 01.02.2013. Da mesma forma o STF, no julgamento do Agravo regimental na AP 477, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 22.10.2010.

⁵³² STJ, HC 37690, Min. Rel. NILSON NAVES, DJ de 13.02.2006.

que, principalmente na atividade probatória colocam-no em pé de igualdade com a defesa. Mais do que isso, a regra que vige em nosso processo penal é a do *in dubio pro reo*, e, em virtude deste corolário, o Estado deve, com as mesmas oportunidades, demonstrar sua acusação.

Enquanto a rogatória possui um formato rígido e uma série de requisitos a serem cumpridos, o auxílio direto, nos termos do MLAT (art. IV, 1), pode ser feito “de outra forma” em casos de urgência, devendo ser encaminhado o pedido, por escrito no prazo de 30 (trinta) dias.

No caso do auxílio direto, existe comunicação direta entre autoridades centrais, facilitando o contato entre as autoridades envolvidas (também pode ser direta) e o entendimento acerca dos sistemas jurídicos dos países envolvidos, possibilitando a complementação dos pedidos e sua adequação para viabilizar o seu cumprimento.

Enquanto isso, as cartas rogatórias são encaminhadas da mesma forma que foram elaboradas e sua inadequação conduz ao imediato não cumprimento da medida solicitada.

Paikin⁵³³ elenca ainda a demora de seu procedimento em relação ao MLAT. Menciona o caso *United States v. Bastanipur*⁵³⁴, cujo início do julgamento foi adiado por diversos meses para que se aguardasse a transmissão de cartas rogatórias para o Iran, seu cumprimento e seu retorno.

A diferença no prazo de cumprimento foi uma das causas que impulsionaram o governo norte-americano a negociarem MLATs, por se considerar a carta rogatória um meio moroso, o que, na prática, acaba por inviabilizar a obtenção de medidas no exterior, por serem os prazos para cada fase do processo penal previstos no *U.S. Code (Speedy Trial Act)*⁵³⁵.

⁵³³ PAIKIN, Lee. Problems of Obtaining Evidence in Foreign States for Use in Federal Criminal Prosecutions. **Columbia Journal of International Law**, New York, v. 22, p. 233, 1983, pp.255-256. Além disso, Paikin ainda menciona que: “Other problems, however, are more fundamental. Letters rogatory are essentially no more than a mode of communication between states, yet the problems of obtaining evidence in foreign states involve more than communication. Conflicts of norms and problems with discretion may frustrate important investigations. The critical issue is whether these barriers can be overcome in ways that themselves respect sovereignty and national differences. The most obvious method of achieving this is through negotiation and agreement between the states concerned. This approach has resulted in case-specific agreements and broader bilateral and multilateral mutual assistance treaties”. PAIKIN, p.257

⁵³⁴ ESTADOS UNIDOS. 697 F.2d 170 (7th Cir. 1982), cert. Denied, 103 S.Ct. 1790 (1983).

⁵³⁵ Pisani lembra que os negociadores dos MLATs visavam a, principalmente, evitar os antigos, custosos e morosos métodos de cooperação (como a carta rogatória, cujo cumprimento demora, no mínimo, de 3 a 6 meses) e, embora seja compreensível tentar minimizar a participação de particulares nesses novos procedimentos, fornecer ao governo um método tão rápido e eficaz e condenar a defesa à utilização de meios muito mais lentos e custosos traz sérias questões de matriz constitucional. PISANI, Robert L., FOGELNEST, Robert. The United States Treaties on Mutual Assistance in Criminal Matters. In: NANDA,

Enquanto a rogatória não possui prazo definido, o MLAT, em seu artigo V, 1, prevê que a autoridade central do Estado requerido atenderá imediatamente a solicitação ou a transmitirá, quando oportuno, à autoridade com jurisdição para fazê-lo.

A possibilidade de utilização do MLAT somente pela acusação e a carta rogatória (com as dificuldades acima apontadas) pela defesa, trazem problemas relacionados à paridade de armas.

Apesar de tantas diferenças, deve-se buscar interpretação que garanta a preservação dos direitos da defesa, mantendo ao mesmo tempo a integralidade do tratado.

Entende-se que, nos casos em que as vias de acesso para a defesa na consecução de sua atividade probatória sejam diversas e desproporcionais em relação àquelas ofertadas à acusação, deve haver interpretação que restabeleça o equilíbrio das partes.

Para tanto, propõem-se algumas soluções.

Em primeiro lugar, a flexibilização dos requisitos da rogatória. Quando a acusação dispuser de meio diverso para a produção de provas, a redação do artigo 222-A deve ser interpretada de forma que não seja exigida a imprescindibilidade da medida, mas somente os mesmos requisitos dos pedidos realizados pela acusação (no caso dos Estados Unidos, a pertinência e a existência de *probable cause*). Assim, seria mantida a integralidade do texto, “exceto se houver outro meio destinado somente a uma das partes”.

Com relação ao pagamento de custas previsto também no artigo 222-A: demonstrada a pertinência da medida, as custas deverão ser pagas pelo governo. Se houver condenação, o réu deverá ressarcir-las, nos termos do art. 804⁵³⁶ do CPP.

Não se desconhece que o STF, ao julgar a questão no HC 85.653⁵³⁷, (especificamente sobre o tema das custas na cooperação Brasil-Estados Unidos), afastou as

Ved P., BASSIOUNI, M. Cherif (ed.). **International Criminal Law**. A guide to U.S. Practice and Procedure. New York: Practising Law Institute, 1987, pp. 233-269, p.255. Abbell, no mesmo sentido: “one of the principal reasons that the United States has negotiated and signed MLATs with more than 27 countries, and that it is actively negotiating such treaties with other countries, is that it has long recognized that letters rogatory are an inefficient and ineffective method of obtaining evidence from foreign countries. Indeed, its own United States Attorneys Manual informs federal prosecutors that, because of the inefficiency of the letter rogatory process, they should ordinarily “count on as much as a year or more” to obtain evidence from abroad pursuant to letters rogatory. Such delays, which can effectively result in the denial of the right of a defendant to a speedy trial under the Sixth Amendment and which are particularly onerous for defendants held in pretrial detention, could be greatly alleviated by permitting MLATs to be used by criminal defendants pursuant to Rule 15 court orders”. ABBELL, **Obtaining Evidence Abroad in Criminal Cases 2010**, p.174.

⁵³⁶ Art. 804. “A sentença ou o acórdão, que julgar a ação, qualquer incidente ou recurso, condenará nas custas o vencido”.

⁵³⁷ EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA (ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL). OITIVA DE TESTEMUNHA NO EXTERIOR. PEDIDO DE EXPEDIÇÃO DE CARTA ROGATÓRIA. GRATUIDADE. IMPOSSIBILIDADE. COMPATIBILIDADE COM O ART.

regras insculpidas no MLAT sobre o seu pagamento, uma vez que o MLAT seria inaplicável, já que destinado somente à produção de provas da acusação⁵³⁸.

Extraí-se do julgado que, em que pese analisar a questão, realizou-o sob o prisma da norma aplicável, não a analisando sob o prisma da paridade de armas. Assim, discordando do posicionamento externado, entende-se aplicável o art. 804 do CPP, cuja finalidade é justamente evitar que a defesa tenha de antecipar custas em um processo que possa resultar em sua absolvição, limitando sua atividade probatória.

Este é paralelo que deve ser realizado em cotejo ao procedimento da expedição de cartas precatórias. Não havendo o pagamento de custas para a parte, o simples fato de a medida a ser produzida ter de ser executada em outro país não justifica seja onerada a defesa⁵³⁹. Significa que o poder público deve efetuar o pagamento, para, eventualmente, ser ressarcido posteriormente.

Quanto à questão da demora no cumprimento das cartas rogatórias, em relação aos pedidos de auxílio direto, não se trata de conferir interpretação diversa à lei, mas sim de recomendação ao órgão julgador com relação ao artigo 222.

O artigo 222-A, que trata das cartas rogatórias, remete aos dispositivos do artigo 222, que dispõe não somente acerca do prazo razoável, mas também, em seu §1º, que “a expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal”. Além disso, o §2º dispõe que “findo o prazo marcado, poderá realizar-se o julgamento, mas, a todo tempo, a precatória, uma vez devolvida, será juntada aos autos”.

804 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. ORDEM DENEGADA. I - A cobrança antecipada de despesa relativa à expedição de carta rogatória para a oitiva de testemunha defensiva não configura cerceamento de defesa. II - A gratuidade se refere, exclusivamente, às diligências requestadas pelo órgão ministerial público. Interpretação das letras "b" e "k" do item 10 da Portaria nº 26 de 14 de agosto de 1990, com a redação da Portaria nº 16 de setembro de 2003, ambas do Ministério das Relações Exteriores. Interpretação que afina com o art. 804 do Código de Processo Penal, que se destina aos feitos em curso no Brasil. III - Ordem denegada (Rel. Min. Para acórdão CARLOS BRITTO, DJe de 18.09.2008).

⁵³⁸ A norma analisada foi a Portaria nº 26, de 14 de agosto de 1990, do Ministério das Relações Exteriores, que reproduzia o mesmo problema aqui enfrentado. Referida Portaria preconizava em seu item 10, alínea j, que deveria ser paga quantia à Embaixada do Brasil em Washington, ao mesmo tempo que disciplinava em sua alínea j que, nos casos de rogatória expedida em favor do Ministério Público, as despesas seriam pagas pelo governo. O Ministro MARCO AURÉLIO, em voto-vista, entendeu que esta regra não conflitava com o art. 804, que teria aplicação somente quando se tratassem de provas a serem produzidas em território nacional. Acompanhou-o o Min. MENEZES DIREITO e o Min. CARLOS BRITTO, que liderou a divergência para denegar a ordem.

⁵³⁹ Aplicando-se, assim, entendimento já externado pelo próprio STF ao decidir sobre o pagamento de preparo para viabilizar o processamento de recurso interposto pela defesa. A racionalidade da decisão, a meu ver, é a mesma. Ver HC 95128, STF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 04.03.2010. Neste julgado, afirmou-se que as custas do processo somente podem ser cobradas da defesa após o trânsito em julgado de sentença condenatória, sob pena de violação do princípio da ampla defesa.

Assim, no caso aqui retratado, se a acusação utilizar-se do auxílio direto (ou mesmo de cooperação direta entre polícias ou Ministérios Públicos), meio mais célere, a defesa não pode ser apenada por ser obrigada a se utilizar de meio mais moroso. Desta forma, a ela deve ser ofertado prazo mais dilatado do que aquele conferido à acusação (ao se utilizar do MLAT), podendo ser renovado a depender das causas da demora (por exemplo, se a testemunha não for encontrada, não haveria dilação de prazo, pois estar-se-ia diante de um problema que também poderia acontecer com a acusação; de outro lado, se a demora for imputável à morosidade dos meios burocráticos, o prazo deve ser estendido).

As partes devem ser igualmente intimadas da realização de pedido de auxílio direto, dispensada a comunicação da defesa somente nas hipóteses em que não seria informada se a medida fosse realizada nacionalmente.

A esse respeito, Cordani salienta a facilidade de implementação dessa medida e a sua importância: presentes estes dois fatores, não se pode explicar o motivo pelo qual não é realizada. Assim, para a autora:

Providência simples, a determinação legal de juntada aos autos das ações penais ou dos inquéritos policiais – com ciência à defesa – não só de cópia parcial das informações advindas no bojo da cooperação internacional, como tem ocorrido, mas sim da integralidade das informações recebidas, bem como dos exatos termos dos pedidos formulados, e ainda das correspondências trocadas entre as partes, representaria significativo progresso rumo à efetividade do contraditório, da ampla defesa do devido processo legal nos procedimentos levados a cabo pela Autoridade Central brasileira. Isto porque, muito embora nas hipóteses de pedidos de assistência ativos o contraditório e ampla defesa possam ser exercidos perante o Estado estrangeiro, o livre acesso aos termos do pedido formulado, assim como aos documentos que o instruíram, é imprescindível ao efetivo exercício das garantias individuais de índole processual penal tanto aqui quanto lá⁵⁴⁰.

Por fim, outra vantagem mencionada do auxílio direto com relação à carta rogatória é a possibilidade de coordenação das atividades por parte de autoridades centrais. Para solucionar a questão, é proposta a concentração das atividades de coordenação na autoridade central (nos moldes em que regulamentado pela Portaria Interministerial

⁵⁴⁰ CORDANI, Cooperação jurídica internacional em matéria penal no Brasil, pp. 123-124.

MJ/MRE nº 501, de 21 de março de 2012⁵⁴¹), estabelecendo esta também relações com as autoridades responsáveis pela distribuição das cartas rogatórias nos Estados requeridos.

3.2.2. Atuação direta nos tribunais estrangeiros

No mesmo ofício em que as autoridades estadunidenses reafirmam a utilização exclusiva do tratado pela acusação, são apontados alguns caminhos que podem ser seguidos pela defesa.

Os meios apontados pela autoridade central dos Estados Unidos envolvem a atuação direta do acusado naquele país para produzir a medida almejada⁵⁴².

Segundo aquela autoridade, primeiramente, o acusado deve entrar em contato com a pessoa envolvida na execução da medida (por carta, por telefone...) para

⁵⁴¹ Ao menos para os pedidos passivos, a Portaria prevê a concentração: “Art. 4º - O Ministério das Relações Exteriores encaminhará ao Ministério da Justiça os pedidos de cooperação jurídica internacional passivos, em matéria penal e civil, tramitados pela via diplomática”.

⁵⁴² Ofício oriundo do DOJ ao DRCI, disponibilizado em julho de 2014. “Initially, a defendant seeking assistance from within the United States should ascertain whether a U.S. person or entity in a position to assist will do so voluntarily. A defendant or his counsel may contact the U.S. person or entity (e.g., by letter, telephone) for this purpose. A U.S. person or entity may voluntarily agree to provide assistance by, for example, traveling to the foreign jurisdiction to appear in a proceeding there, providing an affidavit for use in a foreign proceeding, and appearing before an authorized Brazilian consular office to give an oral statement for use in a foreign proceeding.

Where a defendant cannot secure assistance on a voluntary basis, he may formally request assistance pursuant to the U.S. international assistance statute, 28 U.S.C. § 1782, which is available for use in connection with both civil and criminal proceedings in foreign jurisdictions. Pursuant to 28 U.S.C. § 1781, a defendant may transmit a formal (§ 1782) letter rogatory request, through the U.S. Department of State, who will, in turn, transmit the request to a U.S. federal district court or a U.S. government agency or officer. The request must be addressed to a court if orders are required to secure assistance (e.g., for testimony from a witness who is unwilling to give testimony on a voluntary basis; for records from a bank that cannot provide its records without a court order); it should be addressed to a government agency or officer for production of government records, statement of government employees, or the like.

Whether a defendant transmits a request directly or indirectly, he must identify the particular court, agency, or officer to receive the request and specify the location (mailing address) in the United States. Transmitting a request directly to a court, agency, or officer is quicker than transmitting it indirectly through the Department of State. The most effective means of transmitting a request to a court is to retain private legal counsel licensed to practice before that court and have counsel present the request to the court.

A court receiving a request will determine whether to use its authority to execute it. Where the court exercises its discretion in favor of execution, it will normally appoint a commissioner to gather the evidence (e.g., take testimony, produce documents). A defendant is strongly advised to obtain private legal counsel licensed to practice before that court not only to present the matter to the court, but also to serve as commissioner for the court for to the extent that the court orders execution. The Consulate General of Brazil in New York, ..., has jurisdiction over the state of Pennsylvania and may be able to aid the defendant in identifying means for obtaining assistance on a voluntary basis, the appropriate court, agency, or officer in the United States to whom a request for assistance should be addressed, and private legal counsel (whether pro bono or paid legal counsel) to serve as commissioner for the court in executing a request.”

verificar sua disponibilidade na produção da prova espontaneamente. Isto inclui comparecer perante um tribunal no Estado requerente ou mesmo perante uma autoridade consular brasileira.

Se não for possível uma assistência voluntária, devem ser utilizadas as provisões do 28 U.S.C. § 1782.

Também é mencionada a opção pela utilização da carta rogatória, mas já se discorreu sobre este instrumento no item anterior.

Desta forma, deter-se-á na utilização do 28 U.S.C. § 1782⁵⁴³.

Segundo Kaufmann⁵⁴⁴, o procedimento, que consiste em litigar diretamente perante um Tribunal estadunidense, é muito mais simples do que a utilização de uma carta rogatória (cujo tempo de cumprimento pode ser longo), podendo ser utilizado em casos criminais, civis, administrativos, e até mesmo em casos de arbitragem. Além disso, este procedimento pode ser utilizado nas hipóteses em que não haja um processo instaurado, mas somente a possibilidade de que o seja.

A previsão tem como finalidade estimular a reciprocidade: que outros países prestem o mesmo tipo de assistência. Esta, aliás, foi a posição exarada no julgamento do caso *Intel Corp v. Advanced Micro Devices Inc.*⁵⁴⁵, emblemático quanto ao significado deste dispositivo.

⁵⁴³ Tradução livre: § 1782. Assistência aos tribunais estrangeiros e internacionais e para litigantes perante esses tribunais

(a) A corte distrital do distrito em que a pessoa reside ou se encontra pode ordená-la a dar seu testemunho ou declaração ou produzir um documento ou outra coisa para uso em um processo em um tribunal estrangeiro ou internacional, incluindo investigações criminais conduzidas antes de acusação formal. A ordem pode ser dada em conformidade com carta rogatória emitida, ou pedido feito, por um tribunal estrangeiro ou internacional ou em decorrência de petição por qualquer pessoa interessada e pode determinar que o depoimento ou declaração seja dada ou o documento ou outra coisa seja produzida diante de uma pessoa nomeada pela corte. Em virtude de sua nomeação, a pessoa nomeada tem o poder de administrar qualquer juramento necessário e tomar o depoimento ou declaração. A ordem pode prescrever a prática e o procedimento, que pode ser no todo ou em parte a prática e procedimento do Estado estrangeiro ou do tribunal internacional, para tomar o depoimento ou declaração ou para produzir o documento ou outra coisa. Na medida em que a ordem não estabeleça em contrário, o depoimento ou declaração devem ser tomados, e o documento ou outra coisa produzidos, de acordo com as Normas Federais de Processo Civil.

Uma pessoa não pode ser obrigada a dar seu testemunho ou declaração ou produzir um documento ou outra coisa em violação de qualquer privilégio legalmente aplicável.

(b) Este capítulo não impede uma pessoa nos Estados Unidos de voluntariamente dar seu depoimento ou declaração, ou produzir documento ou outra coisa, para uso em um processo em tribunal estrangeiro ou internacional diante de qualquer pessoa e em qualquer forma aceitável por ele.

⁵⁴⁴ KAUFMANN, Adam S. **Obtaining Evidence from the United States for use in Foreign Proceedings**. No prelo, paginação irregular.

⁵⁴⁵ ESTADOS UNIDOS. 542 U.S. 241(2004). Este julgamento criou os contornos atuais deste artigo, permitindo sua utilização inclusive para prestar cooperação em procedimentos não judiciais no Estado requerente. Sobre o histórico e o desenvolvimento da legislação, além dos aspectos específicos do caso, ver ZALTA, Mousa. Recent Interpretation of 28 USC 1782 (A) by the Supreme Court in *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.*: The Effects on Federal District Courts, Domestic Litigants, and Foreign Tribunals and Litigants. *Pace Environmental Law Review*, New York, v. 17, p. 413, 2005.

Ainda segundo Kaufmann, é possível obter por esta via qualquer prova que cabível nos termos das *U.S. Rules of Civil Procedure*, o que abrange documentos bancários e até mesmo *depositions*. Interessante é a afirmação do autor de que basta a demonstração de que a prova buscada é relevante para a causa, mas ela **não** precisa ser admissível no procedimento estrangeiro⁵⁴⁶.

O autor elenca quatro fatores estatutários para que se decida sobre a procedência do pedido, extraídos do caso *Intel Corp v. Advanced Micro Devices*:

1. O requisitante é um tribunal estrangeiro, internacional, ou parte interessada?
2. A testemunha ou a prova se encontram nos Estados Unidos?
3. A finalidade da prova é a utilização em um processo, seja criminal, civil ou administrativo?
4. O processo tramita (ou tramitará) perante um tribunal estrangeiro ou internacional, o que inclui uma corte arbitral?

Há ainda três fatores discricionários que os Tribunais devem levar em consideração:

1. Se a pessoa destinatária da prova é parte do processo estrangeiro;
2. A natureza do tribunal estrangeiro, as características dos procedimentos, e a receptividade do governo estrangeiro à assistência norte-americana. Além disso, se a intenção da parte é burlar regras estrangeiras;
3. Se o pedido é indevidamente intrusivo ou oneroso.

Todos estes requisitos foram também discutidos em caso onde um Tribunal estadunidense produziu provas a serem utilizadas no Brasil em processo em trâmite na Justiça do Trabalho. Trata-se do caso *Fleishmann v. McDonald's Corp.*⁵⁴⁷.

⁵⁴⁶ Ainda sobre as vantagens deste dispositivo, Perez e Cruz – Alvarez aduzem que: “Section 1782 is so powerful because U.S.-style discovery is broader than discovery in most other countries. Latin American countries, for example, generally have more restrictive discovery rules than the U.S. So in a proceeding in a Latin American country involving a U.S. entity, a Latin American litigant could obtain broad U.S.-style discovery pursuant to § 1782. But the U.S. opponent may be limited by the restrictive Latin American discovery rules. The potential advantages of one-sided discovery encourage foreign litigants to apply for discovery assistance whenever they qualify under § 1782. The difference between broad U.S.-style discovery and restrictive foreign-style discovery demonstrates the power of § 1782 in a foreign litigant's hands”. PEREZ, Luis A.; CRUZ-ALVAREZ, Frank. 28 USC Section 1782: The Most Powerful Discovery Weapon in the Hands of a Foreign Litigant. FIU L. Rev., v. 5, p. 177, 2009, p. 179.

⁵⁴⁷ 466 F. Supp. 2d 1020 (N.D. Ill. 2006). Disponível em: <https://casetext.com/case/in-re-app-for-an-order-for-judicial-assistance#.U6NLR7FKLck> . Acesso em 15.06.2014.

O caso é bastante interessante, sendo válida a menção sobre ele, ainda que não tenha ocorrido na esfera criminal. Trata-se de caso envolvendo corrupção do CEO (*Chief Executive Officer* – Diretor Executivo) da subsidiária da rede McDonald's no Brasil (McDonald's Comércio de Alimentos - MCAL).

MCAL demitiu o Diretor Executivo e lhe retirou diversos pagamentos e benefícios. O Diretor Executivo, Marcel Fleischmann e outro funcionário, Eduardo V. Mortari Jr, processaram a MCAL na Justiça do Trabalho, alegando que suas condutas estavam de acordo com as políticas do McDonald's e, desta forma, foram injustamente demitidos.

Para demonstrar a adequação de suas condutas, iniciaram perante o Tribunal de Illinois (EUA) um procedimento nos termos do § 1782 para a obtenção de documentos e a oitiva de testemunhas. O Tribunal analisou o caso e decidiu que estavam presentes os quatro requisitos estatutários.

Interessante pontuar os argumentos expendidos pelo McDonald's. A empresa alegou a existência de um quinto requisito, que consistiria na admissibilidade da prova perquirida no procedimento brasileiro. O Tribunal de Illinois rejeitou este argumento, pois não haveria dispositivo legal que o exigisse e, ademais, o procedimento previsto no § 1782 aplica-se a outros procedimentos que não necessariamente um processo judicial, onde a prova obtida poderia ser utilizada. Esta análise pertence às autoridades estrangeiras, sendo o único fator importante a relevância da prova buscada.

McDonald's ainda alegou que a MCAL era parte no processo brasileiro e, desta forma, o Diretor Executivo não necessitava do auxílio das autoridades estadunidenses. A este argumento o Tribunal de Illinois respondeu que, embora a MCAL fosse parte, o McDonald's não era e, portanto, os tribunais brasileiros não tinham jurisdição sobre ele. Por fim, decidiram não ser requisito a solicitação, pelo requerente, primeiramente no processo de origem. Desta forma, foi julgado procedente o pedido⁵⁴⁸.

Frise-se que, além da defesa, apesar da existência do MLAT, o próprio Estado pode ter de recorrer à atuação direta perante os tribunais estadunidenses.

Neste caso, a Lei nº 8.897/94 dispõe, em seu artigo 4º, sobre a contratação de advogados para a defesa dos interesses da União no exterior. A autorização para a

⁵⁴⁸ Madruga e Belotto também analisaram este dispositivo, dicorrendo sobre outro caso em que este dispositivo foi aplicado. MADRUGA, Antenor; BELOTTO, Ana. **EUA oferecem amplo acesso para auxiliar processos no Brasil**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jul-03/cooperacao-internacional-eua-oferecem-acesso-auxiliar-processos-brasil>. Acesso em: 20.07.2014.

contratação foi delegada ao Advogado-Geral da União por meio do Decreto Presidencial nº 7.598/2011.

Exemplo desta atuação é o caso que envolve a repatriação da chamada esmeralda Bahia. Trata-se de ação criminal em trâmite perante a Justiça Federal de São Paulo, destinada a apurar a extração sem prévia autorização em território brasileiro e a remessa ilegal ao exterior da pedra.

Houve a tentativa de repatriação da esmeralda por meio do MLAT, porém foi necessária a atuação direta do Estado brasileiro perante a Corte Superior de Los Angeles, Califórnia, EUA, uma vez que já existia ação em curso naquele país, onde particulares discutem a propriedade da esmeralda⁵⁴⁹.

Diante da possibilidade de utilização do § 1782, porém, algumas questões colocam-se.

Primeiro, esta medida, apesar de ter sua execução mais rápida e mais simples no Estado requerido, pressupõe que o réu possua meios para custear a contratação de um advogado no exterior, além das custas processuais.

Segundo, há a dificuldade em encontrar um advogado em outro país, além dos entraves da língua e da diferença de ordenamentos jurídicos. Acresça-se a isto o fato de que, por meio do MLAT, conta-se com o auxílio das autoridades locais para o deslinde do processo.

Assim, este meio somente seria efetivo a afastar o ferimento à paridade de armas e à ampla defesa se fossem disponibilizados à defesa facilidades de contratação de advogados no exterior, por meio da existência de um cadastro realizado pelo Poder Judiciário ou por meio de acordos que propiciassem que advogados públicos estrangeiros (equivalentes a nossa Defensoria Pública) ou advogados privados pudessem atuar em nome da parte⁵⁵⁰.

⁵⁴⁹ Disponível em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/306967. Acesso em 14.11.2014. Não foi possível acessar diretamente as informações do processo, que tramita em segredo de justiça. Ainda, caso emblemático que envolveu a contratação de advogados no exterior foi também o de repatriação de bens do ex-juiz Nicolau dos Santos Neto, envolvido nos casos de corrupção na construção do prédio do TRT de São Paulo. Disponível em: http://www.direitorp.usp.br/arquivos/noticias/sites_eventos/encontro_pesquisa/artigos/machado_corrupcao.pdf. Acesso em 15.12.2014.

⁵⁵⁰ O Brasil ratificou alguns acordos de assistência judiciária gratuita. Recentemente, entrou em vigor a Convenção da Haia sobre o Acesso Internacional à Justiça (Decreto nº 8.343, de 13 de novembro de 2014) que, no entanto, somente trata de matéria civil e comercial. Há também outros acordos, mas nenhum em matéria penal (Convênio de Cooperação Judiciária em Matéria Civil, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Reino da Espanha, Acordo de Cooperação em Matéria Civil entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Francesa, Tratado Relativo à Cooperação Judiciária e ao Reconhecimento e Execução de Sentenças em Matéria Civil entre a República Federativa do

3.3. Limitação de atuação da defesa: ampla defesa e contraditório

O mencionado art. I.5⁵⁵¹ do MLAT não somente destina seu uso exclusivo ao Estado, mas também exclui expressamente a possibilidade de atuação da defesa no cumprimento dos pedidos de cooperação jurídica internacional, ao dispor que seus dispositivos não conferirão direito a qualquer indivíduo de “suprimir ou excluir qualquer prova ou impedir que uma solicitação seja atendida”. Este dispositivo é claramente influenciado pela concepção da CJI como instrumento somente destinado aos Estados (de combate ao crime).

Assim, fica a defesa alijada da possibilidade de atuar para interferir na execução da medida de CJI, indicando elementos necessários a sua obtenção e até mesmo de impedir o cumprimento de uma medida, em virtude do ferimento a alguma das regras que excluem a cooperação.

Não somente é desrespeitada a ampla defesa, mas, em particular, o contraditório, cuja relação, segundo Fernandes⁵⁵²:

Defesa e contraditório estão intimamente relacionados e ambos são manifestações da garantia genérica do devido processo legal. O processo, pela sua própria natureza, exige partes em posições opostas, uma delas necessariamente em posição de defesa, e, para que, no seu desenvolvimento, seja garantida a correta aplicação da Justiça, impõe-se que cada uma tenha o direito de se contrapor aos atos e termos da parte contrária. São, assim, a defesa e o contraditório, como também a ação, manifestações simultâneas, ligadas entre si pelo processo, sem que um instituto derive do outro.

O contraditório é a “ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los⁵⁵³” e é consagrado em nossa Constituição Federal (art. 5º,

Brasil e a República Italiana, Convenção entre o Brasil e a Bélgica sobre Assistência Judiciária Gratuita, Convenção sobre Assistência Judiciária Gratuita entre o Brasil e o Reino dos Países Baixos (Holanda), Convenção sobre Assistência Judiciária Gratuita entre o Brasil e Portugal, Acordo sobre o Benefício da Justiça Gratuita e a Assistência Jurídica Gratuita entre os Estados-Partes do MERCOSUL, a República da Bolívia e a República do Chile.

⁵⁵¹ “5. O presente Acordo destina-se tão-somente à assistência judiciária mútua entre as Partes. Seus dispositivos não darão direito a qualquer indivíduo de obter, suprimir ou excluir qualquer prova ou impedir que uma solicitação seja atendida”.

⁵⁵² FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**, 7ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.255.

LV) como garantia inerente ao devido processo legal, referente à plenitude de defesa⁵⁵⁴. Envolve, portanto, o direito de reação.

Ainda, deve ser efetivo, não podendo ser afastado na CJI, que se desenvolve no âmbito de um processo e, desta forma, deve respeitar todos os direitos e garantias a ele inerentes⁵⁵⁵.

Desta forma, deve-se averiguar os dispositivos do MLAT e a regulamentação da CJI para verificar os modos de efetivação do contraditório e da participação da defesa, afastando-se aplicação literal do art. I.5 (as questões aqui pontuadas aplicam-se tanto à rogatória quanto ao auxílio direto).

Nesta tarefa, lembre-se ainda que “a legitimação ativa do sujeito concernido para intervir nos atos processuais de entre-ajuda está determinada intrinsecamente pela própria possibilidade de sofrer prejuízos resultantes da execução das medidas assistenciais⁵⁵⁶”.

E que, em regra, o atingido por essas medidas “se encontra, na prática, em uma dupla vulnerabilidade de defesa⁵⁵⁷”. Em primeiro lugar, porque geralmente desconhece ser objeto de uma medida de cooperação. E segundo, porque normalmente as instâncias de cooperação desenvolvem-se sem sua participação. Justamente estes dois pontos é que se pretende evitar.

Na **cooperação ativa**, a defesa deve ser cientificada da expedição de um pedido de cooperação jurídica internacional, nas mesmas hipóteses em que o seria se o ato que se pretende com a CJI fosse produzido internamente.

Além disso, deve a ela ser possibilitada a manifestação sobre o pedido. Esta manifestação deve abranger não somente seus aspectos formais, mas também questões de mérito.

Desta forma, poderá impugnar tanto os requisitos do próprio pedido quanto do instrumento.

⁵⁵³ Segundo a clássica lição de ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **A contrariedade na instrução criminal**. São Paulo: Saraiva, 1937, p.110.

⁵⁵⁴ TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal**. Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.219.

⁵⁵⁵ No mesmo sentido, Peruchin: “Está na essência do contraditório a própria noção da legitimidade do processo, enquanto relação bilateral, a partir do momento em que o Estado se incumbiu da integralidade da função jurisdicional, vedando a autotutela. Nunca é demais recordar que a cooperação judicial internacional se realiza no âmbito de um processo, daí a necessidade de obediência à noção de forma”. PERUCHIN, Marcelo Caetano Guazzelli. A proteção dos direitos fundamentais no cenário da cooperação judicial penal internacional. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; CHOUKR, Fauzi Hassan (Coord.). **Cooperação Jurídica Internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, pp.225-255, p.246.

⁵⁵⁶ CERVINI, **Princípios de cooperação judicial penal internacional do protocolo do Mercosul**, p.75.

⁵⁵⁷ CERVINI, *loc. cit.*

Por exemplo, se o objeto for a imposição de medida cautelar real de bem que se encontre no exterior (seqüestro), a defesa poderá versar sobre a adequação da medida, sobre o preenchimento dos requisitos do art. 125 do CPP (que o bem não foi adquirido com os proventos da infração objeto do processo) e poderá demonstrar que não existem “indícios veementes da proveniência ilícita dos bens” (art. 126 do CPP). Haverá, deste modo, a possibilidade de que a medida seja embargada, nos moldes dos arts. 129 e 130. Além disso, ainda que já expedido o pedido de CJI, também devem ser aplicadas as causas de levantamento previstas no art. 131.

Tratando-se de pedido relativo à produção de prova, à defesa deve ser possibilitada a formulação de perguntas ou de quesitos, sendo-lhe ainda, por meio da cientificação da realização da medida, possibilitada a participação em sua execução e/ou a nomeação de advogado⁵⁵⁸.

Isto porque, como esclarece Coutinho⁵⁵⁹, “[n]otificação e ciência, como é primário, pressupõem conhecimento. Não se pode contestar e refutar o que se não conhece, o que não foi produzido dentro do mais puro contraditório”.

Além disso, propicia-se com esta providência a garantia ao direito de auto-defesa que, para Fernandes⁵⁶⁰, manifesta-se no “direito de audiência, direito de presença e direito a postular pessoalmente”.

Quanto aos requisitos do próprio instrumento, poderão ser tecidas alegações acerca de sua adequação (por exemplo, se rogatória ou auxílio direto) e até mesmo com relação a aspectos do direito interno do Estado requerido.

Encaminhado o pedido ao Estado requerido, as informações que dele advierem acerca de seu andamento também deverão ser comunicadas à defesa, para que possa verificar se o seu cumprimento está ocorrendo nos termos em que expedido.

Frise-se aqui que, o fato de a medida ser executada em outro Estado não pode ser utilizado como justificativa a que não se possibilite a participação efetiva da defesa.

⁵⁵⁸ Com relação à carta precatória, a Súmula nº 155 do STF dispõe que: “É relativa a nulidade do processo por falta de intimação da expedição da precatória para inquirição de testemunha”. Além disso, a Súmula nº 273 do STJ prevê “Intimada a defesa da expedição da carta precatória, torna-se desnecessária intimação da data da audiência no juízo deprecado”. Entendemos que o teor destas Súmulas fere a garantia do contraditório, na medida em que impossibilita a atuação efetiva da parte. Em que pese a jurisprudência aplica-las, note-se que a Súmula nº 155 foi aprovada pelo STF em sessão plenária de 13.12.1963, sendo mais que oportuna a sua reavaliação à luz da Constituição de 1988 e das convenções de direitos humanos ratificadas pelo Brasil. Desta forma, entende-se não ser adequado reproduzir seu teor quanto à CJI.

⁵⁵⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Ampla defesa e direito à contraprova. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 55, julho-agosto, 2005. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp.364-386, p.379.

⁵⁶⁰ FERNANDES, **Processo Penal Constitucional**, p.265.

Desta maneira, o juiz ou o Ministério Público, ao encaminharem pedido de CJI devem especificar, quanto a sua forma de cumprimento, que, para que a medida tenha validade em nosso ordenamento, é necessária a intimação do réu⁵⁶¹.

Já no tocante à **cooperação passiva**, a Resolução nº 9/2005 do STJ regulamenta os procedimentos relativos à carta rogatória. À míngua de legislação acerca do auxílio direto, estudar-se-á primeiramente aquela regulamentação.

Ao se discorrer sobre os procedimentos da CR, vários aspectos já foram mencionados, mas alguns serão aqui destacados.

O art. 8º da Resolução prevê que a parte será intimada para, no prazo de 15 (quinze) dias, impugnar a medida. Em seu parágrafo único, no entanto, dispõe que: “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”.

Conforme visto no tópico relativo à CR, o STJ acaba por elencar duas situações que podem resultar na “ineficácia da medida”: a demora em seu cumprimento e a natureza da medida pleiteada.

Com relação à natureza da medida, entende-se ser justificável o contraditório diferido, mas, com relação à demora em seu cumprimento, não há argumento hábil a postergar o exercício do contraditório.

Peruchin⁵⁶² entende que este dispositivo, independentemente das razões que possam tornar o contraditório diferido, é inconstitucional. No caso, fica violada a dignidade da pessoa que é alvo da cooperação

porque, ao não exigir a motivação suficiente para a decretação da medida *inaudita altera parte* em uma carta rogatória passiva, proveniente da autoridade rogante, dando ao Presidente do STJ esta faculdade de afastar o contraditório prévio de ofício, igualmente sem a exigência de motivação expressa, acabou por considerar a pessoa que é alvo do pleito de cooperação entreestatal como um

⁵⁶¹ Conforme, inclusive, previsto no MLAT, em seu Artigo V.3: Artigo V. 3. As solicitações serão executadas de acordo com as leis do Estado Requerido, a menos que os termos deste Acordo disponham de outra forma. **O método de execução especificado na solicitação deverá, contudo, ser seguido, exceto no que tange às proibições previstas nas leis do Estado Requerido.** (grifos nossos)

⁵⁶² PERUCHIN, Marcelo Caetano Guazzelli. **Cooperação judicial internacional**: a invalidade do art. 8º, parágrafo único, da resolução nº 09 do Superior Tribunal de Justiça, de 2005. Porto Alegre: Tese de Doutorado apresentada na Faculdade de Direito da PUCRS, 2012, p.220. Sustenta ainda que (p.221): “o art. 8º, parágrafo único, da Resolução nº 09 do STJ é atentatório à dignidade da pessoa (em geral um cidadão brasileiro) atingida pela medida, aos princípios constitucionais do contraditório, da proporcionalidade e da motivação das decisões judiciais, bem como à ordem pública interna e internacional do Brasil. Portanto, tal dispositivo é inválido à luz da Constituição brasileira de 1988 e de tratados internacionais de direitos humanos ratificados e internalizados pelo Brasil. Ainda, a invalidade também decorre da incompatibilidade com o Código de Processo Civil (plano da legalidade)”.

mero *objeto*, violando, pois, a sua dignidade. A nosso ver, o referido dispositivo não reconhece a pessoa atingida pelo pedido de cooperação como um *sujeito de direitos*, e sim, como apregoa a fórmula, um simples objeto do pleito proveniente de um Estado alienígena.

Após o procedimento interno no STJ, concedido o *exequatur*, a CR será encaminhada para o juízo federal competente (art. 13).

No que diz respeito à possibilidade de a defesa manifestar-se quanto à execução do pedido, prevê o §1º que: “No cumprimento da carta rogatória pelo Juízo Federal competente cabem embargos relativos a quaisquer atos que lhe sejam referentes, opostos no prazo de 10 (dez) dias, por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, julgando-os o Presidente”.

Este dispositivo prevê, assim, que a impugnação à execução do pedido dar-se-á no próprio STJ e não no juízo de primeiro grau.

Se interpretado no sentido de disponibilizar à defesa mais um meio de impugnação ao pedido, este recurso direcionado ao próprio STJ pode ser visto como um instrumento salutar.

Ao discorrer acerca de seu conteúdo, Araújo⁵⁶³ esclarece que estes embargos “são uma modalidade de recurso peculiar. Como o juiz federal cumpre um ato delegado, qualquer discussão acerca do cumprimento da medida rogada deve ser apreciada diretamente pelo Presidente do STJ, sem manifestação do Tribunal Regional Federal acerca da matéria”.

Assim, sendo classificado como recurso, sugere que a parte tenha se manifestado perante o juízo de primeiro grau, sendo lá intimada da execução da medida.

Esta é a única interpretação consentânea com o respeito ao contraditório, tal como definido por Almeida e à ampla defesa.

O que se expôs com relação à CR, aplica-se quanto ao auxílio direto. Assim, a parte deverá ser intimada pelo juízo onde tramita o pedido, sendo-lhe ofertada a oportunidade de manifestação.

⁵⁶³ ARAÚJO, Nádia de(coord.). **Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça: Comentários à Resolução nº 9/2005**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 132.

Da mesma forma, nos casos em que se tenha solicitado a confidencialidade (art. V.5. do MLAT), esta não pode servir para impedir o conhecimento do caso pela parte atingida pela CJI, que deve ser informada na primeira oportunidade possível⁵⁶⁴.

O procedimento a ser seguido e as formas desta manifestação devem ser os mesmos daqueles previstos para a execução da medida em um processo nacional, já que se aplica a *Lex diligentiae*. Devem, assim, ser também assegurados os mesmos direitos, não havendo qualquer motivo para diferenciação, uma vez que, no auxílio direto, há um processo nacional.

Do exposto, extrai-se que, somente se assegura o contraditório se à defesa for garantido o direito de ciência de todas as fases da CJI (quer se desenvolvam internamente ou em outro território), oportunizando-se a ela a possibilidade de manifestação e de participação.

Desta forma, novamente será necessário interpretar o tratado conforme a Constituição, para que se entenda o dispositivo do MLAT em tela da seguinte maneira: a defesa não poderá utilizar o MLAT para realizar pedido com a finalidade de suprimir uma prova ou impedir a execução de um pedido já realizado, mas não está impedida de atuar nos procedimentos internos e estrangeiros para garantir a sua regularidade e fiscalizar seu cumprimento.

3.3.1. Estados Unidos: participação da defesa e a *confrontation clause*

Os Estados Unidos buscaram inserir a proibição estudada em quase todos os seus tratados, para impedir que o réu pudesse suprimir ou excluir uma prova ou impedir uma investigação.

Desta forma, segundo Abbell⁵⁶⁵, na **cooperação ativa**, o réu não dispõe de meios de impugnação no processo interno, podendo somente valer-se de manifestação no Estado requerido.

⁵⁶⁴ Sobre este tema, Cervini aduz que: “El Principio de Confidencialidad procura impedir el conocimiento previo de la existencia de la medida de asistencia penal internacional solicitada y el conocimiento previo de la fecha, medios y/o procedimientos con los cuales se implementará esa medida sigilosa, pero de modo alguno puede cercenar la facultad de controlar precautorio concomitante y posterior de la medida intrusiva de derechos y sus secuelas por parte del abogado del concernido”. CERVINI, Raúl. Principio de Confidencialidad y Magisterio de la Defensa en la Cooperación Judicial Penal Internacional, p.112.

⁵⁶⁵ ABBELL, **Obtaining Evidence Abroad in Criminal Cases 2010**, p.190.

Porém, a análise de alguns julgados demonstra que os tribunais estadunidenses ampliam ainda o escopo do dispositivo do MLAT aqui retratado, determinando que os réus se abstenham de praticar atos no Estado requerido com a finalidade de impedir a execução da cooperação.

Em *United States v. George N. Meros et al*⁵⁶⁶, o réu, embora tenha sido intimado da CJI (cujo objeto era a oitiva de testemunhas na Suíça) e tenha contratado advogado, teve sua possibilidade de interferência limitada. Atendendo a pedido do DOJ, o tribunal estadunidense determinou que o réu se abstivesse de praticar qualquer ação ou de alegar qualquer direito que tivesse nos termos da legislação suíça⁵⁶⁷.

Em *United States v. Carver et al*⁵⁶⁸, a juíza distrital Norma Holloway Johnson determinou que os réus: “shall not, either directly or indirectly, attempt to frustrate this Court’s order granting leave to take depositions or this Court’s requests for international judicial assistance to the jurisdictions of Bermuda, Liechtenstein, and Switzerland by seeking to relitigate in those jurisdictions on the propriety of this Court’s orders, including any issue properly within the scope of Rule 15, Federal Rules of Criminal procedure...”. A juíza, neste caso, foi ainda mais longe, afirmando que qualquer tentativa de tentar frustrar a execução das ordens do tribunal constituiria em uma renúncia ao direito ao confronto⁵⁶⁹.

Ainda, no caso *United States v. Davis*⁵⁷⁰, quando Davis, acusado de extorsão, tentou obstar a quebra de seu sigilo bancário nas Ilhas Cayman, o DOJ solicitou ao juiz que determinasse que ele assim não procedesse. Provida a solicitação, Davis apelou ao Tribunal do Segundo Circuito, que confirmou a ordem e, com base no *Revised Restatement*, afirmou que: “(1) Davi’s lawsuits had a direct, substantial and foreseeable effect on the United States, (2) Davis was a citizen of the United States, (3) the United States had a Strong national interest in safeguarding the integrity of the criminal process, and (4) Davis had no justified expectation of privacy in his bank records”⁵⁷¹.

Em sentido contrário, no caso *United States v. Garcia*⁵⁷², o réu obteve a permissão para (ainda que sem sucesso) tentar opor restrições às provas obtidas na Suíça por meio do tratado.

⁵⁶⁶ ESTADOS UNIDOS. 613 F. Supp. 18 (N.D. Fla. 1984).

⁵⁶⁷ PISANI, The United States Treaties on Mutual Assistance in Criminal Matters, p.248.

⁵⁶⁸ ESTADOS UNIDOS. Criminal no. 81-342 (D.D.C., Nov. 10, 1981).

⁵⁶⁹ PISANI, *loc. cit.*

⁵⁷⁰ ESTADOS UNIDOS. 767 F.2d 1025, 1039 n. 26 (2d Cir. 1985).

⁵⁷¹ PISANI, *op. cit.*, p.249.

⁵⁷² ESTADOS UNIDOS. 37 F.3d 1359, 1366-67 (9th Circuit 1994).

Apesar do entendimento de que o réu não pode obstar o cumprimento de um pedido de cooperação, sua não participação na produção da prova em outra jurisdição traz sérios problemas de admissibilidade por desrespeito à *Confrontation Clause*.

A *confrontation clause* está prevista na Sexta Emenda da Constituição, que dispõe: “*In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right ... to be confronted with the witness against him...*”

Ao interpretar esta cláusula, a Suprema Corte, há mais de um século, asseverou no caso *Mattox v. United States*⁵⁷³:

The primary object of the constitutional provision in question was to prevent depositions or ex parte affidavits ... being used against the prisoner in lieu of a personal examination and cross-examination of the witness in which the accused has an opportunity, not only of testing the recollection and sifting the conscience of the witness, but of compelling him to stand face to face with the jury in order that they may look at him, and judge by his demeanor upon the stand and the manner in which he gives his testimony whether he is worthy of belief.

Neste julgamento, interpretou-se a *confrontation clause* de maneira a estatuir a impossibilidade de utilização de qualquer outro meio de arguição de testemunha que não o pessoal.

No entanto, se fosse aplicada esta interpretação de maneira tão literal, os EUA jamais poderiam obter qualquer prova que pudesse ser introduzida validamente em um processo sem a presença do réu.

Desta forma, apesar deste julgamento da Suprema Corte, a *confrontation clause* nunca foi interpretada de maneira tão rígida. Até mesmo no caso citado, o principal testemunho utilizado foi proveniente de julgamento realizado anteriormente.

Este entendimento foi utilizado no julgamento *Mancusi v. Stubbs*, em 1972, para permitir a utilização, em um novo julgamento, de declaração fornecida por uma testemunha produzida no julgamento anterior. À época do segundo julgamento, a testemunha encontrava-se em outro país (ver também *California v. Green*).

Admite-se, assim, que a testemunha não esteja presente, desde que: seja demonstrada a impossibilidade de comparecimento da testemunha e a efetividade de *cross examination* pelo réu⁵⁷⁴.

⁵⁷³ ESTADOS UNIDOS. 156 U.S. 237, 242-43 (1895).

⁵⁷⁴ ABBELL, *Obtaining Evidence Abroad in Criminal Cases* 2010, p.17.

Como se vê, ainda que os Estados Unidos tentem impedir a participação da defesa na execução de um pedido de cooperação, pela sua própria legislação a participação dela é fundamental para a validade da prova produzida, ao menos no que diz respeito à prova testemunhal.

No caso *United States v. King*, o Tribunal do 9º Circuito admitiu a inclusão dos *depositions* de duas testemunhas que se encontravam presas no Japão. Mas para isso, os réus e seus advogados foram enviados ao Japão, com os custos pagos pelo governo.

Apesar disso, os advogados de defesa impugnaram o procedimento, pois teriam tido dificuldade em preparar a *cross-examination* e se consultarem com seus clientes. O Tribunal entendeu que as provas eram válidas, pois as testemunhas estavam sob juramento, os réus estavam representados por advogados que tiveram a oportunidade de confronto e os procedimentos ocorreram perante um oficial preparado para tomar e preservar o testemunho⁵⁷⁵.

Tendo em vista a morosidade e o custo de um procedimento como este, um importante impacto advindo da discussão acerca da *confrontation clause* refere-se à utilização de videoconferência, que tem sido bastante disseminada como método de oitiva de testemunhas.

É muito interessante ressaltar, deste modo, que o MLAT entre os EUA e a União Européia estabelece que todos os países incluam um artigo detalhado para que o Estado requerido possa providenciar testemunho por videoconferência em todos os seus tratados bilaterais. E estabelece que isso será possível mesmo sem um tratado bilateral (arts. 3 (1) (c) e 6).

McClean cita, neste particular, a importância da aplicação da Regra 15 das *Federal Rules of Criminal Procedure*, que permite que uma testemunha seja ouvida para preservar o testemunho para o julgamento em virtude de circunstâncias excepcionais e no interesse da justiça. Explicita que a importância desta regra tem crescido com os avanços da tecnologia e com o crescente impacto da internacionalização do crime, em especial o de terrorismo⁵⁷⁶. No início, eram utilizadas ligações telefônicas e gravações em vídeo⁵⁷⁷.

⁵⁷⁵ PAIKIN, Problems of Obtaining Evidence in Foreign States for Use in Federal Criminal Prosecutions, p. 252. Lyman cita ainda outros casos em que, inclusive, houve a transferência compulsória de testemunhas. LYMAN, Robert Neale - Compulsory Process in a Globalized Era - Defendant Access to Mutual Legal Assistance Treaties. *Virginia Journal of international Law*, Virginia, Fall, 47, pp.261-294, 2006, p.293.

⁵⁷⁶ McCLEAN, David. **International co-operation in civil and criminal matters**. London: Oxford University Press, 3rd edition, 2012, p.151.

⁵⁷⁷ O autor cita ainda como exemplos os casos *US v. Salim* 855 F Ed 944 (2nd Circ, 1988), de prova colhida na França, e *US v Des Marteau* 162 FRD 364 (MD Fla, 1995), sobre prova colhida no Canadá.

Novas tecnologias, no entanto, como videoconferência, permitiram que os tribunais “to replicate the face-to-face, eyeball-to-eyeball circumstances of a courtroom”⁵⁷⁸.

Sobre a possibilidade de uso de videoconferência, de maneira a preservar e a garantir a prova, relata o emblemático caso *US v Abu Ali*⁵⁷⁹.

Neste caso, o réu, Abu Ali era acusado de pertencer a uma célula da al-Qaeda na Arábia Saudita e de ter planos de executar diversos ataques terroristas nos Estados Unidos.

Foram solicitadas informações a oficiais na Arábia Saudita sobre as circunstâncias em que o réu teria confessado, já que ele alegava que confessara mediante tortura.

A situação era delicada, pois os oficiais somente testemunhariam em Riyadh e, obviamente, era impossível que o réu lá comparecesse.

Assim, a Corte de Apelação do oitavo circuito engenhosamente estipulou o seguinte procedimento.

Dois advogados de defesa foram enviados a Riyadh para tomar o testemunho dos oficiais, enquanto um terceiro advogado estaria na companhia de Abu Ali na Virgínia. Também foram enviados à Arábia Saudita dois advogados da acusação e um tradutor.

Foi utilizado um *link* de vídeo para transmitir ao vivo o procedimento para um tribunal na Virgínia. Desta forma, seria possível que os dois lados se vissem e ouvissem simultaneamente. Também este procedimento foi gravado, para possibilitar aos jurados observarem suas reações.

A *Trial Court* presidiu o depoimento em Virgínia, possibilitando fossem decididas as objeções assim que fossem argüidas.

Além disso, Abu Ali tinha a sua disposição um telefone celular para que pudesse se consultar sempre com seus advogados na Arábia Saudita e vice-versa. O procedimento durou 7 (sete) dias e teve a participação intensa dos advogados no *cross-examination*.

A Corte de Apelação do oitavo distrito considerou válida a prova, que não violava a *Confrontation Clause*, nos seguintes termos:

⁵⁷⁸ ESTADOS UNIDOS. *US v Zubair Ahmed* 587 F Supp 2d 853 – ND Ohio (2008).

⁵⁷⁹ ESTADOS UNIDOS. 528 F 3d 210 – 4th Cir (2008).

Insistence on face-to-face confrontation may in some circumstances limit the ability of the United States to further its fundamental interest in preventing terrorist attacks. It is unquestionable that the struggle against terrorism is one of global dimension and that the United States depends upon its allies for logistical support and intelligence in this endeavor. This cooperation can result in foreign officials possessing information vital to prosecutions occurring in American courts. If the government is flatly prohibited from deposing foreign officials anywhere but in the United States, this would jeopardize the government's ability to prosecute terrorists using the domestic criminal justice system⁵⁸⁰.

Já com relação à **cooperação passiva**, não existe posicionamento firme quanto à necessidade de se assegurar a *confrontation clause* para cumprir um pedido de cooperação.

Paikin⁵⁸¹ refere-se a um caso em que foi negada a assistência por violação a esta cláusula, mas sob a perspectiva do conflito de normas. As autoridades italianas requereram às autoridades do Estado do Colorado a oitiva de uma testemunha em um processo de homicídio (o réu havia sido extraditado do Colorado para a Itália justamente em virtude deste processo). As autoridades estadunidenses recusaram-se a cumprir o pedido pois, com sua execução, haveria violação do direito a um advogado e da *confrontation clause*. Esta decisão, segundo o autor, foi bastante criticada por ser considerada insensível aos interesses italianos e por ser uma extensão indevida de direitos norte-americanos a procedimentos nos quais estas garantias eram irrelevantes.

Há que se considerar, no entanto, que, no caso de o Estado requerente não especificar a forma pela qual a prova deve ser produzida, são aplicáveis as *Federal Rules of Civil Procedure*, que prevêm que o réu deva ser intimado e a ele seja ofertada a oportunidade de confrontar a testemunha⁵⁸². Desta forma, nestes casos (de acordo com a seção 1782), não se vislumbra dificuldades na garantia deste direito.

Segundo Abbell⁵⁸³, surgem problemas relacionados a este direito quando a medida é realizada a pedido de um juiz de país de *civil law* que requer sejam adotados os procedimentos previstos em seu país ao invés das regras estadunidenses. Normalmente,

⁵⁸⁰ McCLEAN, **International Co-Operation in Civil and Criminal Matters**, p.152.

⁵⁸¹ PAIKIN, Problems of Obtaining Evidence in Foreign States for Use in Federal Criminal Prosecutions, p.241, nota 31.

⁵⁸² É o que já se decidiu no caso *In re Letter of Request from Hong Kong*, 138 F.R.D. 27, 31-33 (S.D.N.Y. 1991).

⁵⁸³ ABBELL, **Obtaining Evidence Abroad in Criminal Cases 2010**, p.235.

estes procedimentos não incluem a oportunidade de confronto da testemunha pelo réu e, ainda assim, são admissíveis como prova no processo principal (como no caso brasileiro).

Tem-se conhecimento somente de um caso em que um tribunal estadunidense permitiu a oitiva de uma testemunha sem que ela fosse confrontada⁵⁸⁴, mas se tratava do cumprimento de pedido advindo de um juiz de instrução, que atua em fase preliminar à existência do processo propriamente dito.

Para que se possa proteger ao mesmo tempo os interesses do juiz de instrução pela manutenção do sigilo do processo e ainda assim proteger o direito ao confronto do réu seria a execução do pedido nos EUA, mas com a imposição de condição de que a prova somente poderia ser introduzida no processo se ao réu fosse conferida a oportunidade de confrontar a testemunha ou nos EUA ou no país requerente⁵⁸⁵.

Extrai-se do exposto que, ao mesmo tempo em que procuram os EUA impedir a atuação da defesa no MLAT (inclusive com a proibição de que ela atue no Estado requerido, como se viu das decisões citadas), a presença dela é fundamental para a admissibilidade de algumas provas. Porém, com exceção destes casos, não se considera que este impedimento viole a ampla defesa.

Pode-se afirmar, assim, que impedir a atuação da defesa viola o contraditório e a ampla defesa e, desta forma, o Brasil não poderia cumprir pedido de cooperação em que decisão neste sentido tivesse sido proferida no Estado requerente.

Por outro lado, extrai-se das discussões relativas à *confrontation clause* que não há certeza quanto ao cumprimento, nos Estados Unidos, de pedidos cujo objeto seja o de oitiva de prova testemunhal oriundos do Brasil, uma vez que não se garante aqui, neste particular, o direito ao confronto. Assim, para garantir a admissibilidade da medida praticada nos dois ordenamentos, deve-se manter aberta a possibilidade de execução dos pedidos de acordo com os termos solicitados pelo Estado requerente.

⁵⁸⁴ *In re Letter of Request from France*, 139 F.R.D. 588 (S.D.N.Y. 1992).

⁵⁸⁵ ABBELL, *Obtaining Evidence Abroad in Criminal Cases* 2010, p.236.

4. RESTRIÇÕES À ASSISTÊNCIA

As restrições à assistência ganham importância do ponto de vista da cooperação passiva, como mecanismo de que dispõem os Estados para negar o cumprimento de pedidos de cooperação que violem direitos fundamentais, reconhecendo o papel do indivíduo como sujeito da CJI.

Além disso, propiciam meio para análise do respeito a esses direitos no Estado requerente, sem, contudo adentrar em detalhes sobre seu procedimento. Conforme afirmado anteriormente, é necessário o respeito ao ordenamento estrangeiro, porém, não pode o Estado compactuar com a violação de direitos humanos, cuja proteção é universal.

O caso paradigmático invocado nesta matéria é o *Soering v. United Kingdom*⁵⁸⁶, que dividiu o entendimento neste tema em fase pré-Soering e pós-Soering.

Este caso introduziu a visão de que o indivíduo não é mero objeto da cooperação, mas que é sujeito do direito internacional, possuindo personalidade legal internacional⁵⁸⁷.

O princípio Soering institui que as normas de direitos humanos têm prioridade e que o Estado é indiretamente responsável caso haja alguma violação.

Mas este entendimento pode ser aplicado à cooperação *stricto sensu*⁵⁸⁸?

Para Currie⁵⁸⁹, a pergunta não é de simples resposta pois, diferentemente da extradição, o sujeito afetado não se encontra sob a jurisdição do Estado requerido. Existiria um dever de proteção do Estado requerido?

⁵⁸⁶ Julgamento realizado pela Corte Européia de Direitos Humanos. Disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57619#{"itemid":\["001-57619"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57619#{). Acesso em 10.11.2014.

⁵⁸⁷ Segundo Currie (no original): “In a general sense, this development vindicates the idea that the individual, rather than being simply the object of international law, has a certain amount of international legal personality and the capacity to enjoy rights autonomously as a subject of international law. Moreover, these cases have adduced a link between human rights and international criminal co-operation that did not exist previously”. CURRIE, Human Rights and International Mutual Legal Assistance, p.148.

⁵⁸⁸ Abade bem explicita que: “A incidência direta ou imediata dos direitos fundamentais nos pedidos cooperacionais consiste no reconhecimento de que as normas de direitos fundamentais vinculam todos os atos do Estado em seu território, inclusive aqueles que são realizados a pedido de outro Estado. Logo, os pleitos cooperacionais devem ser realizados pelo Estado requerente de acordo com os direitos fundamentais protegidos em sua Constituição ou nos tratados internacionais de direitos humanos celebrados, sem que seja necessário que tal incidência esteja prevista nos tratados cooperacionais ou nas leis gerais de cooperação”. ABADE, **Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional**, p.107.

⁵⁸⁹ CURRIE, *op. cit.*, p.152.

A Corte Européia de Direitos Humanos respondeu esta pergunta no julgamento do caso *Janousek v. France and Spain*⁵⁹⁰. Em suma, a Corte decidiu que, se os atos praticados por um país produzem efeito em outro, o Estado que executou as medidas possui jurisdição sobre o sujeito. Além disso, aquele que fornecer uma prova a um Estado em que o processo se desenvolve em flagrante violação aos direitos que compõem o devido processo, simplesmente porque os direitos internos deste país não se aplicam ao acusado, transforma-se em cúmplice pelas violações⁵⁹¹.

Este tema relaciona-se ainda à aplicação do *non-inquiry* à cooperação, que, se entendido de maneira integral, leva o Estado à cumplicidade acima mencionada.

Em sede de cooperação, Abade explica que, no Brasil, esta teoria é exteriorizada por meio do juízo de delibação, sendo que “o entendimento majoritário na doutrina brasileira é verdadeira teoria de “não indagação” mitigada, segundo a qual os institutos de cooperação jurídica, por tratarem de relação entre Estados e não entre indivíduos, são atos do Poder Executivo e como tais devem obedecer somente as regras previstas nos tratados ou nas leis brasileiras”⁵⁹².

Também os Estados Unidos seguem a teoria do *non-inquiry* mitigada (*Gallina exception*), não perquirindo acerca do respeito aos direitos humanos, exceção feita ao ferimento ao *sense of decency* dos tribunais. Aplica-se, desta forma, os direitos fundamentais de maneira indireta⁵⁹³.

Estipulado no entanto que os Estados devem analisar a questão dos direitos humanos para prestar cooperação, cabe verificar quais os direitos humanos devem ser aplicados e em que extensão⁵⁹⁴.

No caso *Soering*, a Corte Européia definiu que a proteção em nível nacional é diferente daquela em nível internacional. Currie⁵⁹⁵ cita que a *Commonwealth* elegeu os seguintes direitos como não-derrogáveis: o direito à vida, a proibição à tortura e a outras

⁵⁹⁰ Disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57774#{"itemid":\["001-57774"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57774#{). Acesso em 10.11.2014.

⁵⁹¹ CURRIE, Human Rights and International Mutual Legal Assistance, p 153. No original: “To provide evidence for use in a foreign criminal procedure that amounts to a “flagrant denial” of fair trial rights, simply on the basis that “our human rights obligations don’t cover the accused”, may render the requested State complicit in conduct which it has agreed to prohibit, necessarily leaving a bad taste from a legal and moral standpoint”.

⁵⁹² ABADE, **Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional**, p.98.

⁵⁹³ *Ibidem*, p.96.

⁵⁹⁴ Abade aduz que deve ser respeitado o núcleo mínimo dos direitos previstos na Constituição. *Ibidem*, p.117.

⁵⁹⁵ CURRIE, *op. cit.*, p.155.

formas de tratamento cruel, desumano e degradante, a proibição de escravidão e a irretroatividade da lei penal.

Estas causas inserem-se no amplo arcabouço da ordem pública.

Frise-se, ainda, que a importância das causas de restrição à assistência faz-se relevada pelo fato de que o devido processo constitui-se em direito fundamental (e não somente aqueles citados por Currie, dentre os quais não estão elencados os ligados ao processo), não podendo o Estado cooperar em medidas em que ele seja vulnerado, inserindo-se, também, para fins de negativa à cooperação, no conceito de ordem pública.

Feita esta breve introdução, passa-se à análise dos dispositivos do tratado relativos à restrição de assistência.

Suas hipóteses encontram-se descritas no artigo III.1, que assim dispõe:

Art. III.1. A Autoridade Central do Estado Requerido poderá negar assistência se:

- a) a solicitação referir-se a delito previsto na legislação militar, sem contudo constituir crime comum;
- b) o atendimento à solicitação prejudicar a segurança ou interesses essenciais semelhantes do Estado Requerido⁵⁹⁶; ou
- c) a solicitação não for feita de conformidade com o Acordo⁵⁹⁷.

⁵⁹⁶ Segundo Abbell, os Estados Unidos ampliaram seu entendimento sobre o significado de interesse público essencial, para abranger as medidas proibidas pela legislação doméstica do Estado requerido, mas não enumeradas no tratado como causa de negativa de prestação de assistência. ABBELL, **Obtaining Evidence Abroad in Criminal Cases 2010**, p.182.

⁵⁹⁷ Ao discorrer de forma genérica sobre a questão da recusa de assistência, as autoridades estadunidenses, ao submeter sua avaliação ao Congresso, assim explicitaram seu entendimento (*Senate Report*):

“3. Limitation on Assistance. Article 3 of the Treaties, in most instances, bestows two general powers upon the Central Authorities. It permits them to approve or disapprove certain types of requests and it allows them to reshape requests that they have been empowered to deny.

With an occasional exception, the Treaties allow the Central Authorities to accept or refuse a request related to a political offense or to purely military offense (misconduct that does not amount to a civilian crime, such as desertion) or a request that fails to meet the specifications for petitions under the Treaties. Each of the Treaties also has an “essential interests” clause that affords Central Authorities considerable leeway. Their exact wording varies from authority to deny a request whose execution “would prejudice the sovereignty, security, public order, or similar essential interests of the Requested State” to the power to deny a request whose execution “would prejudice the security or similar essential interests of the Requested State”. The words “sovereignty”, “security”, “public order”, and “essential interests” in other contexts may each call to mind some distinct collection of interests. Circumstances that have once been recognized as within the scope of one essential interests clause are likely to be subsequently claimed under others. In the past “essential interest” clauses have been understood to permit a country that had abolished capital punishment as a sentencing alternative to deny assistance in a capital case. Other abolitionist countries may well claim the clause to deny Treaty assistance in a capital case unless the United States agrees that the death penalty will not be used in the particular case. A comparable fate may await an American request related to criminal conduct occurring within the territory of the Requested State and under circumstances where it would consider our exercise of jurisdiction “extraterritorial and objectionable.” On the other hand, the United States may claim the discretion of the essential interest clause should it be asked to assist in a foreign investigation or prosecution of conduct that in the United States would be constitutionally protected.”

Primeiro aspecto que se extrai do texto é o relativo à autoridade competente para negar a assistência nos termos do acordo. A esse respeito, veja-se a lição de Aras:

A leitura apressada do caput do artigo 3º pode levar à conclusão errônea de que a autoridade central do Estado requerido pode negar a assistência de imediato. Nos Estados Unidos, esta regra tem eficácia plena porquanto a autoridade central compõe a estrutura do Departamento de Justiça, que é capitaneado pelo Procurador-Geral daquela nação. Todavia, no Brasil, a autoridade central não tem competência legal para barrar a tramitação de pedidos de cooperação internacional passiva ou ativa, porquanto o juízo sobre a classificação do fato pertence ao Ministério Público e ao Judiciário. Logo, estes órgãos serão os responsáveis por assinalar a impossibilidade de atendimento do MLA, com base na alínea a, do par 1º, do art. 3º, do Tratado (crime militar próprio ou puro)⁵⁹⁸.

Tal posição parece equivocada, pois um tratado, ao ser internalizado, assume *status* de lei ordinária (exceção feita aos tratados de direitos humanos, nos termos da Emenda Constitucional nº 45/2004). Assim, a própria lei conferiu essa atribuição à autoridade central brasileira, não havendo qualquer empecilho para que ela possa exercê-la.

Veja-se que, na prática europeia de utilização do Tratado do Conselho da Europa de 1959, a autoridade central decide se o pedido preenche os requisitos de seu ordenamento interno e se deve, discricionariamente, executar o pedido⁵⁹⁹.

Quanto ao seu conteúdo, os itens (a) e (c) não apresentam maiores dificuldades de interpretação, sendo objetivos. Enquanto o item (a) refere-se à existência de critério material, o item (c) relaciona-se a requisitos formais inerentes ao próprio tratado. Passa-se ao item (b).

⁵⁹⁸ ARAS, O sistema de cooperação penal Brasil/EUA, pp.362-363.

⁵⁹⁹ AILES, Mutual Legal Assistance and other European Council Framework decisions, p.148.

4.1. *Ordem pública*

Com relação ao tema principal deste tópico (a restrição à assistência), o enfoque recairá sobre a alegação de ferimento à ordem pública, aqui consubstanciada nas expressões “segurança” ou “interesses essenciais” do Estado.

Por oportuno, o estudo mais aprofundado sobre a utilização da expressão “ordem pública” é imprescindível, tendo em vista que seu ferimento é tido como um dos únicos fatores impeditivos ao cumprimento de pedidos de cooperação jurídica internacional, não somente no relacionamento Brasil-EUA, mas em todos os pedidos e instrumentos de cooperação jurídica internacional.

Por ser um conceito aberto⁶⁰⁰ que depende de uma série de análises de cunho muitas vezes político, deve-se estudar a pertinência de sua aplicação em matéria penal.

É importante ter em mente que “cada ramo do direito analisa este fenômeno sob seu próprio ponto de vista. De fato, a ordem pública pode ser verificada sobre diferentes enfoques, em distintas disciplinas jurídicas. Em cada uma delas, o conceito e as consequências do reconhecimento da matéria de ordem pública podem variar significativamente, pois é diverso o enfoque que cada disciplina confere a este relevante e universal do instituto”⁶⁰¹.

E que, ainda, segundo o autor, “Especificamente no ramo do direito processual, a ordem pública encontra sua justificativa no controle da regularidade da atividade jurisdicional⁶⁰²”, sendo interpretada como:

um conjunto de técnicas voltadas ao tempestivo controle sobre a viabilidade do processo.

O ‘controle sobre a regularidade do processo’ que a ordem pública é chamada a realizar não é exercitado sem razão, ou apenas pelo controle em si. Ele existe porque de tal controle se retira a efetiva possibilidade de se cumprirem realmente

⁶⁰⁰ Como se pode perceber da assertiva de Araújo: “As normas de ordem pública, tanto no aspecto interno como no internacional, são constituídas dos princípios indispensáveis para a organização da vida social. Observam os preceitos do direito, consubstanciando um conjunto de regras e princípios que tendem a garantir a singularidade das instituições de determinado país e a proteger os sentimentos de justiça e moral de determinada sociedade”. ARAÚJO, Nadia de (coord.). **Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça: Comentários à Resolução nº 9/2005**, 2010, p.69.

⁶⁰¹ Grifos nossos. APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **ORDEM PÚBLICA E PROCESSO. O tratamento das questões de ordem pública no Direito Processual Civil**. In: Coleção Atlas de Processo Civil. Coord. Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p.5.

⁶⁰² *Ibidem*, p.63.

os objetivos da atividade jurisdicional, que é a de resolver litígios e obter pacificação, da forma mais rápida e econômica possível⁶⁰³.

Esta visão de ordem pública ligada ao processo é pertinente, conduzindo a uma associação entre os objetivos da atividade jurisdicional e as funções da ordem pública, sendo estas últimas instrumentais àqueles⁶⁰⁴.

Esse posicionamento atrela a aplicação da ordem pública à própria finalidade do processo, oferecendo um guia a sua aplicação mais específico do que aquele fornecido por outros ramos do direito.

Mas o desafio da delimitação da ordem pública na cooperação jurídica internacional é ainda mais complexo, pois ela possui também fontes e princípios de direito internacional e, “... cuidando-se de relações internacionais, em que vige o princípio da igualdade, da cooperação entre os povos e do respeito mútuo entre as nações, não se pode de fato pretender que as mesmíssimas regras e cautelas sejam adotadas, em comparação a uma decisão doméstica, integralmente regulada pela legislação brasileira⁶⁰⁵”. Assim, há que se encontrar o equilíbrio.

Do ponto de vista do direito internacional, Dolinger⁶⁰⁶ esclarece que a “principal característica da ordem pública é sua indefinição”. A par disso, descreve-o como o “reflexo da filosofia sócio-política-jurídica imanente no sistema jurídico estatal, que ele representa a moral básica de uma nação e que protege as necessidades econômicas do Estado. A ordem pública encerra, assim, os planos filosófico, político, jurídico, moral e econômico de todo Estado constituído”.

Desta forma, a junção destas duas descrições será utilizada como parâmetro na CJI.

A ordem pública também consta como requisito a que se negue *exequatur* às cartas rogatórias (art. 6º da Resolução nº 9/2005 do STJ⁶⁰⁷, ao lado da soberania).

Abade⁶⁰⁸ recorda episódio emblemático de recusa brasileira a cumprir pedido de cooperação por ofensa à ordem pública. Trata-se do caso envolvendo pedido da

⁶⁰³ APRIGLIANO, *ORDEM PÚBLICA E PROCESSO*, p.65.

⁶⁰⁴ *Ibidem*, p.66.

⁶⁰⁵ *Ibidem*, p.55.

⁶⁰⁶ DOLINGER, Jacob. *Direito internacional Privado*: parte geral, 9ª ed. Atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.394.

⁶⁰⁷ Ao comentar este artigo, Araújo aduz que “pode-se dizer que a análise do respeito à ordem pública, a soberania nacional e os bons costumes representa, de certo modo, o mérito no juízo de delibação tanto das sentenças estrangeiras, quanto das cartas rogatórias passivas”, ARAÚJO, *Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça*, p.70.

⁶⁰⁸ ABADE, *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional*, pp.346-347.

Argentina de inquirição de testemunha envolvida no atentado à Asociación Mutual Israelita Argentina (1994). No pedido, o Estado argentino solicitava que a inquirição fosse realizada diretamente por meio de sua embaixada (CR 8577⁶⁰⁹), sendo negado *exequatur* a tal pedido. Da análise da jurisprudência, constata que, mesmo após a competência para a concessão do *exequatur* ter passado ao Superior Tribunal de Justiça, pouco se avançou com relação à delimitação do conteúdo da ordem pública na cooperação jurídica internacional⁶¹⁰. A autora ainda explicita que há três situações em que pode haver ofensa à ordem pública na cooperação internacional:

A primeira situação consiste em pedido cooperacional fundado em procedimento ou instituição desconhecida⁶¹¹. Na segunda situação, trata-se de pedido de realização de ato proibido ou com conteúdo proibido no Estado requerido. Em uma terceira situação, há o pedido do Estado Requerente em formato não admitido no Estado Requerido⁶¹².

Giacomolli e Diettrich⁶¹³, ao estudarem as afirmações de Abade, cita alguns exemplos. A citação nos Estados Unidos por meio de *affidavit* inserir-se-ia na primeira hipótese⁶¹⁴. No segundo caso, o caso das autoridades suíças que requereram fossem os réus proibidos de invocar o direito ao silêncio⁶¹⁵ e, no terceiro, o caso já mencionado na CR 8577⁶¹⁶.

Discorda-se deste entendimento, para extrair das hipóteses de ofensa à ordem pública o pedido cooperacional fundado em procedimento ou instituição desconhecida. Isto porque do respeito ao ordenamento jurídico estrangeiro decorre que não ser necessária a completa similitude de procedimentos (conforme lição de Aprigliano acima citada). Cada ordenamento deverá disciplinar seus procedimentos internos de acordo com o seu próprio sistema. Se até mesmo a dupla incriminação foi eliminada como requisito para medidas de primeiro nível, não há razão para se considerar o desconhecimento de uma medida como ofensiva.

⁶⁰⁹ STF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 01.03.1999.

⁶¹⁰ ABADÉ, *op.cit.*, pp.353-354.

⁶¹¹ No caso do Brasil, um exemplo típico relacionado à cooperação ativa seria o de pedidos embasados em ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

⁶¹² ABADÉ, *op.cit.*; pp.106-107.

⁶¹³ GIACOMOLLI; DIETRICH, Necessidade e limites na cooperação jurídica internacional, pp.275-276.

⁶¹⁴ STF, AgRg n° 2.671-6, Rel. Min. ANTÔNIO NEDER, de 04.06.1980.

⁶¹⁵ STJ, CR 1.818, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, DJ de 12.06.2006.

⁶¹⁶ Rogatória em que o Estado argentino solicitava que a inquirição fosse realizada diretamente por meio de sua embaixada.

Para se aferir a ofensa à ordem pública em um procedimento desconhecido, deve-se perquirir acerca de sua potencialidade de ferir direito fundamental. Assim, no exemplo dado por Giacomolli e Diettrich, de citação nos Estados Unidos por meio de *affidavit*, o simples fato de a citação no Brasil não ser feita desta forma não o invalida. Deve-se analisar se esta forma de citação atingiu sua finalidade: se tendo por fundamento o contraditório e a ampla defesa, deu efetiva ciência ao acusado acerca do fato pelo qual está sendo processado e do teor desta acusação (conforme previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu art. 8.2.b).

O Código Modelo Iberoamericano tratou da questão da ordem pública de maneira específica, determinando, inclusive, que um dos Estados envolvidos no procedimento de cooperação deve levar em consideração não somente sua ordem pública, mas também a do outro Estado. Questão que merece destaque é que a ordem pública é tratada como um dos princípios que deve reger a cooperação, sendo o respeito ao devido processo seu desdobramento. Consta da exposição de motivos:

A cláusula da ordem pública está associada à observância dos princípios fundamentais do Estado em cujo território se pretenda a eficácia de qualquer ato estrangeiro ou se pretenda praticar ato em favor da prestação jurisdicional perante tribunal estrangeiro (art. 2º, I). Dessa maneira, o poder público de um Estado não deve emanar atos contrários aos seus próprios princípios fundamentais, e tampouco atos que sirvam à prestação jurisdicional, noutro Estado, que também seja incompatível com aqueles mesmos princípios. Em decorrência dessa cláusula, não se admite nem mesmo a prática de atos administrativos, tal como o registro de uma certidão de divórcio estrangeiro, ou a prática de atos judiciais ordinatórios que visem a uma prestação jurisdicional incompatível com os princípios fundamentais do Estado do qual se reclama tais atos. A associação entre ordem pública internacional e princípios fundamentais, inspirada na legislação alemã, austríaca e portuguesa, diminui o grau de imprecisão do conceito indeterminado de ordem pública, afasta da compreensão desta a simples contrariedade a leis infraconstitucionais ou constitucionais e a eleva ao patamar de princípio fundamental, expresso ou não em uma constituição.

O obstáculo à cooperação interjurisdicional em razão da falta de observância das garantias do devido processo legal no Estado requerente, tal como previsto no art. 2º, II, é desdobramento da cláusula da ordem pública internacional. Não respeitar as garantias do devido processo legal é o mesmo que negar o direito à tutela judicial efetiva e, conseqüentemente, ofender

os princípios fundamentais de um Estado. Frequentemente citada nos diplomas legais, a falta de oportunidade de defesa no processo judicial em curso no Estado requerente é um exemplo – mas não o único – da necessidade da observância às garantias do devido processo legal. No mesmo sentido, a publicidade processual assegurada no art. 2º, V atua como garantia do devido processo legal e da ordem pública internacional, excetuada somente nos casos de interesse público que justifiquem o sigilo (art. 6º, III, 2ª parte). (grifos nossos).

Desta forma, propôs-se:

Art. 2º - Princípios gerais:

A cooperação interjurisdicional de que trata este Código está sujeita aos seguintes princípios:

I. cláusula da ordem pública internacional: não será admitida a cooperação que se refira a atos contrários aos princípios fundamentais do Estado requerido ou que seja suscetível de conduzir a um resultado incompatível com esses princípios;

II. respeito às garantias do devido processo legal no Estado requerente;

Mesmo colocada nestes termos, a ordem pública, por sua própria natureza indefinível, traz inseguranças quanto a sua aplicação.

E a jurisprudência não oferece critérios aptos a melhor lhe definir o contorno. Exemplifica-se com alguns casos.

A CR 8798⁶¹⁷, oriunda de Portugal, tinha por finalidade intimação. Ante a alegação de prescrição nos dois ordenamentos, o STJ decidiu que se tratava de matéria de mérito que não poderia ser analisada em sede de juízo de delibação e que não atentava contra a ordem pública e a soberania⁶¹⁸.

Quanto à CR 8783⁶¹⁹, tratava-se de carta rogatória oriunda da Espanha com a finalidade de intimar o interessado acerca da prolação de sentença condenatória naquele país. Uma das alegações expendidas referia-se ao fato de a condenação ter sido obtida com base em provas ilícitas (gravação telefônica sem autorização). O STJ decidiu que se tratava

⁶¹⁷ STJ, Rel.Min. FELIX FISCHER, publicada em 02.09.2014.

⁶¹⁸ A questão da prescrição de acordo com a lei brasileira também foi afastada na CR 8461 (STJ, Min. FELIX FISCHER, DJe de 26.11.2013) e na CR 7517 (STJ, Min. FELIX FISCHER, DJe de 11.04.2013). Nesta última, o STJ decidiu que esta análise caberia ao juízo rogante.

⁶¹⁹ Min. FELIX FISCHER, 07.05.2014.

de matéria de mérito que não poderia ser analisada em sede de juízo de delibação e que não atentava contra a ordem pública e a soberania, devendo ser analisada pelo juízo rogante.

Na CR 8070⁶²⁰, oriunda do México, com a finalidade de notificação, houve alegação de incompetência do juízo rogante. O STJ decidiu igualmente que não era matéria a ser analisada em juízo de delibação.

Como se extrai destes exemplos, o STJ tem-se negado a analisar quaisquer aspectos relativos à rogatória em sede de delibação. Mesmo aqueles que contêm matéria de ordem pública. Ainda que para a aferição da ofensa fosse necessária análise mais aprofundada, são matérias que afetam direitos fundamentais (prescrição, prova ilícita e competência), cuja análise não pertence somente ao juiz rogante, mas também ao rogado. Executar pedido advindo de juiz incompetente, por exemplo, fere a ordem pública em virtude da vulneração da garantia do juiz natural, consagrada nos diplomas internacionais.

Ainda com relação às decisões do STJ, Giacomolli e Diettrich⁶²¹ criticam as favoráveis a que o Ministério Público de outros países pudesse solicitar medidas de quebra de sigilo bancário (como nos casos da Itália e da Suíça) e a que permitiu que o Ministério Público solicitasse acesso a dados bancários de instituições localizadas no exterior, especialmente no caso dos Estados Unidos⁶²². Nestes casos específicos, discorda-se do posicionamento exarado, pois, havendo lei no estado requerido que confira competência a este órgão para a prática dos atos em questão, não se vislumbra violação a direito fundamental.

Estes exemplos, no entanto, demonstram a incerteza do conceito e a sua vulnerabilidade.

Na tentativa de limitar e explicar o conceito, Currie⁶²³ cita que a Associação de Direito Internacional propôs cláusula a ser incorporada em todos os tratados. Esta cláusula consistiria em:

Assistance shall be refused if it appears to the requested State that there are substantial grounds for believing that the rendering of such assistance would result in a serious violation of the human rights of any person under any treaty for the protection of human rights to which the requested State is a party, under customary international law, or under the domestic law of the requested State.

⁶²⁰ STJ, Min. FELIX FISCHER, Dje de 11.09.2013.

⁶²¹ GIACOMOLLI; DIETRICH, Necessidade e limites na cooperação jurídica internacional, p.73.

⁶²² AgRg na Suspensão de Segurança nº 2.382, Rel. Min. ARI PARGENDLER, DJe de 23.09.2011.

⁶²³ CURRIE, Human Rights and International Mutual Legal Assistance, p.166.

Em que pese a adequação da redação proposta, ela não resolveria questão, uma vez que também remete à aferição “pela mentalidade e pela sensibilidade médias de determinada sociedade em determinada época⁶²⁴”.

Esta é característica advinda de sua própria concepção (relatividade/instabilidade). Propõe-se, assim, ao invés de delimitar o campo da ordem pública, que a violação aos direitos fundamentais componha seu conteúdo, combinando-se o enfoque do direito processual (controle da regularidade da atividade jurisdicional) com aquele do direito internacional, de maneira semelhante ao disciplinado no Código Modelo Iberoamericano.

Desta forma, suprir-se-iam as lacunas hoje existentes, possibilitando a recusa a prestar cooperação se feridos os direitos processuais sem, contudo, violar os princípios da cooperação.

⁶²⁴ DOLINGER, **Direito internacional privado**, p.394.

CONCLUSÃO

1. Este estudo foi desenvolvido para demonstrar como se pode alcançar, na cooperação jurídica internacional *stricto sensu*, o respeito ao devido processo legal, respeitando-se, simultaneamente, os ordenamentos jurídicos envolvidos. Para esta demonstração, utilizou-se, como caso de estudo, a cooperação bilateral em matéria penal com os Estados Unidos.
2. A cooperação jurídica internacional é um instituto complexo que se desenvolveu em meio ao aumento da criminalidade transfronteiriça e à globalização dos interesses, em que ganha destaque a forma com que os Estados interagem, estando relacionada ao fenômeno do pluralismo de ordens jurídicas.
3. Em sua evolução, sobrelevou-se seu viés político, com ênfase na eficiência e conseqüente associação ao poder punitivo do Estado. No entanto, esta ênfase, que contrapõe eficiência e garantismo, mostra-se falaciosa, tendo em vista as garantias do indivíduo serem inerentes à própria existência do Estado Democrático de Direito e fundamentais à efetividade do processo. Portanto, da própria cooperação jurídica internacional.
4. Em virtude dos interesses envolvidos, em que se acresce àqueles do processo penal o interesse em cooperar, deve-se buscar o equilíbrio entre três vetores: cooperação eficaz, diversidade de sistemas e direitos dos indivíduos.
5. A cooperação pode ser considerada como um instrumento de assistência jurídica entre Estados soberanos para a realização das finalidades do processo, cercada, assim, de todas as garantias a ele inerentes. Não deve prevalecer a visão de que a cooperação consubstancia-se em instrumento voltado a incrementar o combate ao crime, visão fortalecida pela própria maneira com que a CJI se desenvolve (por meio de redes de autoridades envolvidas na persecução criminal).

6. Por suas características, a CJI situa-se em um novo ramo do direito: o direito processual internacional que congrega as manifestações internacionais e transnacionais do processo penal.

7. Neste novo ramo, ganha destaque a questão da complexidade de suas fontes, nacionais e internacionais, inexistindo hierarquia entre elas e cuja harmonização é fundamental a sua interpretação.

8. Quanto ao seu objeto, a CJI pode tratar de diferentes atos processuais ou não processuais, que podem incidir em quaisquer das fases do processo e implicam maior ou menor interferência na esfera de direitos dos indivíduos, conduzindo a sua classificação em três níveis ou graus, utilizados no ordenamento brasileiro para a diferenciação entre os instrumentos da cooperação.

9. A CJI é, ainda, regida por diversos princípios que relevam sua característica de aplicação territorial, ao mesmo tempo em que privilegiam os termos dos tratados e a boa-fé entre os Estados.

10. Há, ainda, diversos instrumentos de CJI que veiculam seus diferentes objetos, mesmo não havendo necessária vinculação e exclusividade entre eles. Os instrumentos mais conhecidos são a extradição, a homologação de sentença estrangeira, a transferência de apenados, a transferência de processos, a carta rogatória e o auxílio direto. Os dois últimos são os que compõem a chamada cooperação jurídica *stricto sensu* e os que constituem o objeto deste estudo. Frise-se, no entanto, que, apesar de sua crescente utilização, não há disciplina interna relativa ao auxílio direto, acarretando série de incertezas a sua aplicação.

11. Definidos os principais aspectos da cooperação, analisa-se a relação cooperacional entre Brasil e Estados Unidos, observando-se, primeiramente, o sistema daquele país. Suas diferenças e atuação cotidiana na CJI foram alguns dos fatores que considerados para esta escolha, além do alto número de pedidos de cooperação entre estes dois países e, especialmente, as dificuldades trazidas pelo MLAT (*Mutual Legal Assistance Treaty*), cuja problematização e apresentação de soluções podem ser aplicadas de maneira geral à cooperação.

12. Assim, pode-se afirmar que o sistema estadunidense de cooperação é bastante detalhado, e que seus procedimentos dividem-se basicamente naqueles realizados em virtude da existência de um tratado e na ausência dele. A atividade do Departamento de Justiça é intensa, tanto na negociação de tratados quanto em sua aplicação, denotando o forte caráter persecutório que a CJI ganha nesse país, inclusive com a possibilidade de aplicação de medidas unilaterais compulsórias, alcançando seus nacionais e residentes ainda que em outro território.

13. Quanto ao MLAT, utilizaram-se, como fonte de interpretação, documentos que contêm o teor das negociações entre os dois países, identificando seus principais problemas. Neste tratado, assim como na cooperação em geral, os principais direitos vulnerados são aqueles inerentes à atuação da defesa, uma vez que, mesmo rechaçada pela doutrina, a concepção da CJI, como instrumento de combate ao crime determina seu funcionamento e desenvolvimento. Isto implica o afastamento dos direitos do indivíduo, não reconhecido, na prática, como sujeito da cooperação, em prol da eficiência e da celeridade da CJI, ressuscitando a falaciosa dicotomia entre eficiência e garantismo.

14. Tendo em vista que os direitos da defesa são fundamentais à própria existência da cooperação, propuseram-se algumas soluções a serem seguidas de maneira geral e não somente no caso concreto. Assim, o primeiro problema a ser enfrentado foi o relacionado à utilização exclusiva do tratado pela acusação (dispositivo encontrado em outros tratados ratificados pelo Brasil) e à eliminação da via da rogatória, extirpando-se completamente o direito de defesa e o direito à prova. Em homenagem aos princípios reitores da cooperação, propôs-se aqui que, ainda como solução não ideal, para que se possa afirmar a constitucionalidade do tratado, os pedidos de CJI da defesa sejam realizados pelo Ministério Público ou pelo juiz, viabilizando-se a via do tratado.

15. Em segundo lugar, tendo em vista o desequilíbrio dos meios disponibilizados à defesa e à acusação, implicando violação à paridade de armas, que os dispositivos legais internos devam ser interpretados e relativizados de forma a restabelecer o equilíbrio dos meios de atuação.

16. Ainda, em homenagem ao princípio do contraditório, a defesa deve ser cientificada de todos os atos do procedimento cooperacional, sendo-lhe oportunizada a manifestação e participação, para que possa exercer defesa efetiva.

17. Por fim, verifica-se que as causas de restrição à assistência desempenham papel central na proteção dos direitos da defesa, incorporadas ao conceito de ordem pública, impedindo, na cooperação passiva, que o Estado “feche os olhos” para as violações de direitos fundamentais ocorridas no Estado requerente.

18. Realizados estes passos, acredita-se ter demonstrado forma de compatibilização entre os sistemas envolvidos na cooperação, alcançando o equilíbrio entre os vetores da CJI e garantindo-se o respeito ao devido processo.

BIBLIOGRAFIA

I. Livros e artigos

ABADE, Denise Neves. **Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional**: extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Convivência entre instrumentos cooperacionais: a carta rogatória e o auxílio direto. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; CHOUKR, Fauzi Hassan (Coord.). **Cooperação Jurídica Internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, pp. 307-329.

ABBELL, Michael. **Obtaining Evidence Abroad in Criminal Cases 2010**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

_____. **International Prisoner Transfer 2010**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

_____. DOJ Renews assault on Defendant's Right to use treaties to obtain evidence from abroad. **The Champion**, n.20, August 1997. Disponível em: <http://www.nacdl.org/champion/articles/97aug02.htm>. Acesso em 08.09.2014.

ABBOTT, Kenneth W.; SNIDAL, Duncan. "Pathways to international cooperation". In: BENVENISTI, Eyal; HIRSCH, Moshe (orgs). **The impact of international law on international cooperation**. New York: Cambridge University Press, 2004, pp. 50-84

ABDUL-AZIZ, Mohamed. International perspective on Transfer of Prisoners and Execution of Foreign Penal Judgments. In: BASSIOUNI, M. Cherif (ed.). **International criminal law**. Multilateral and Bilateral Enforcement Mechanisms, vol.II, 3rd. ed. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, vol. II, pp.529-550.

AILES, Victoria. Mutual Legal Assistance and other European Council Framework decisions. In: JONES, John R W D (ed). **Extradition and Mutual Legal Assistance Handbook**, second edition. New York: Oxford University Press, 2010, pp.147-160.

ALCAIDE, Sandra Elisabete Milheirão. Cooperação judiciária clássica vs. a Convenção de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal de 29 de Maio de 2000. **Revista do Ministério Público de Lisboa**. Lisboa, v. 31, n. 124, p.89-113, out./dez. 2010.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de Teoría General y Historia del Proceso (1945-1972)**, tomo I. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **A contrariedade na instrução criminal**. São Paulo: Saraiva, 1937.

AMBOS, Kai. Establishing an International Criminal Court and International Criminal Code: Observations from an International Criminal Law Viewpoint. **European Journal of International Law**, v.7, p. 519-544, 1996.

_____. **Impunidad y derecho penal internacional**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.

_____. **Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo**. Madrid: Marcial Pons, 2006.

_____. **Processo Penal Internacional**. Tradução de Marcellus Polastri Lima e Margareth Vetis Zaganelli com colaboração de Giselly Gussie e Victor Sonegheti. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.

AMANN, Diane Marie. Rights of the Accused in a Global Enforcement Arena, **The ILSA Journal of International & Comparative Law**, Flórida, v. 6, p. 555-565, 1999.

AMORIM, Edgar Carlos de. **Direito internacional privado**. 9. ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 332 p.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem Pública e Processo**. O tratamento das questões de ordem pública no Direito Processual Civil. In: Coleção Atlas de Processo Civil. Coord. Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

ARANTES FILHO, Márcio Geraldo Britto. **A interceptação de comunicação entre pessoas presentes como meio de investigação de prova no direito processual penal brasileiro**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

ARAS, Vladimir. O sistema de cooperação penal Brasil/EUA. In: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; LIMA, Luciano Flores de (organizadores). **Cooperação jurídica internacional em matéria penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, pp.321-400.

_____. O papel da autoridade central nos acordos de cooperação penal internacional. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; LIMA, Luciano Flores de (organizadores). **Cooperação jurídica internacional em matéria penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, pp.59-93.

ARAÚJO, Nádia de (coord.). **Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça**: Comentários à Resolução nº 9/2005. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. **Direito internacional privado:** teoria e prática brasileira. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do estado brasileiro no plano interno e internacional. In: BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria penal.** Brasília: Ministério da Justiça, 2008, p.39-48.

ARENELLA, Peter. Rethinking the Functions of Criminal Procedure: The Warren and Burger Courts' Competing Ideologies. **Georgetown Law Journal**, Washington, v. 72, pp. 185-248, 1983.

AUST, Anthony. **Modern Treaty Law and Practice**, 3rd edition. New York: Cambridge University Press, 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova do processo penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Processo Penal**, 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

_____. **Juiz natural no processo penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BADINTER, Robert. Reflexões gerais. In: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). **Crimes internacionais e Jurisdições internacionais.** Tradução de Silvio Antunha. São Paulo: Manole, 2004. p. 49-58.

BASSIOUNI, M. Cherif. Introduction to Recognition of Foreign Penal Judgments. In: _____ (ed.). **International criminal law.** Multilateral and Bilateral Enforcement Mechanisms, vol.II, 3rd ed. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp.507-514.

_____. **International Extradition.** United States Law and Practice, 6th edition. New York: Oxford University Press, 2014.

_____. Perspectives on the transfer of Prisoners between the United States and Other Countries. In: NANDA, Ved P., BASSIOUNI, M. Cherif (ed.). **International Criminal Law.** A guide to U.S. Practice and Procedure. New York: Practising Law Institute, 1987, pp. 271-300.

_____. **International Criminal Law.** New York: Transnational, 1937.

_____. **Le Fonti e Il Contenuto Del Diritto Penale Internazionale** –Un Quadro Teorico. Milão: Giuffré, 1999.

_____. The Discipline of International Criminal Law. In: BASSIOUI, M. Cherif. **International Criminal Law.** Sources, Subjects and Contents, vol. I. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp.3-40.

_____. Introduction to Transfer of Criminal Proceedings BASSIOUNI, M. Cherif (ed.). **International criminal law**. Multilateral and Bilateral Enforcement Mechanisms, v. II, 3rd ed. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp.515-520.

_____. Policy considerations on interstate cooperation in criminal matters. **Pace Environmental Law Review**, New York, v. 4, p. 123, 1992.

_____. The Modalities of International Cooperation in Penal Matters. In: BASSIOUNI, M. Cherif (ed.). **International criminal law**. Multilateral and Bilateral Enforcement Mechanisms, vol. II, 3rd ed. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp.1-4.

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação jurídica internacional em material penal: eficácia da prova produzida no exterior**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BLAKESLEY, Christopher L. The practice of extradition from Antiquity to Modern France and the United States: A Brief History. 4 B. C. **International Law Review**, Washington, 39 (1981), pp.39-61.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRIGGS, Arthur. **Cartas rogatórias internacionais**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1913.

BRIGGS, Herbert W. The Travaux Préparatoires of the Vienna Convention on the Law of Treaties. **American Journal of International Law**, Washington, p. 705-712, 1971, p.712.

BROWNLIE, Ian. **Principles of Public International Law**. Oxford: Clarendon Press, 1966.

BURNHAM, William. **Introduction to the law and legal system of the United States**. 5th edition. United States: West, 2011.

CAEIRO, Pedro. Cooperação judiciária na União Européia. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pp.439-453.

CASELLA, Paulo Borba. A ordem pública e a execução de cartas rogatórias no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, Universidade de São Paulo, v. 98, 2003, p. 563-571.

CARACCILO, Ida. **Dall Diritto penale internazionale al diritto Internazionale penale: Il rafforzamento delle garanzie giurisdizionale**. Napoli: Scientifica, 2000.

CASSESE, Antonio. Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e justiça penal internacional? In: _____; DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). **Crimes internacionais e Jurisdições internacionais**. Tradução de Silvio Antunha. São Paulo: Manole, 2004. p. 3-24.

_____. **International Criminal Law**. New York: Oxford University Press, 2003.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Cooperação Internacional na Execução da Pena: a transferência de presos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol.71, ano 16, março-abril de 2008, pp.233-249.

CERVINI, Raúl. Das garantias do concernido na cooperação jurídica penal internacional. In: ZAFFARONI, Eugênio Raúl; KOSOVSKI, Éster (orgs.). **Estudos em homenagem ao Prof. João Marcello de Araújo Júnior**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 441-457.

_____. Tomographic Approach: concepto y proyección garantista en el campo de La criminalidad econômica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 21, n. 100, pp.503-558, jan./fev. 2013.

_____. Principio de Confidencialidad y Magisterio de la Defensa en la Cooperación Judicial Penal Internacional. **Revista de la Facultad de Derecho**, nº 31, Montevideo, julio-diciembre 2011, págs. 103-115.

_____; ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. Cooperación penal internacional en el Mercosur. Concepto y límites. In: BAIGÚN, David et al. **De las penas: homenaje al profesor Isidoro de Benedetti**. Buenos Aires: Depalma, 1997, pp.99-126.

_____; TAVARES, Juarez. **Princípios de cooperação judicial penal internacional do protocolo do Mercosul**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CHEVIGNY, Paul. Repressão nos Estados Unidos pós o ataque de 11 de setembro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n.47, março-abril de 2004, pp.386-407.

CHIAVARIO, Mario. Cooperazione giudiziaria e di polizia in matéria penale a livello europeo. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, fsc. 3, lug.-set./2005, p. 974-989.

_____. **Diritto Processuale Penale**. Profilo Istituzionale, quinta edizione. Torino: UTET Giuridica, 2012.

_____; Mario; CARBONE, Sergio M. **Cooperazione Giudiziaria civile e penale nel diritto dell'Unione europea**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2008.

CIAMPI, Annalisa. **L'assunzione di prove all'estero in matéria penale**. Verona: CEDAM, 2003.

CORDANI, Dora Cavalcanti. Cooperação jurídica internacional em matéria penal no Brasil: as cartas rogatórias e o auxílio direto - controle dos atos pela parte atingida. In: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flavia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (Coord.). **Direito penal econômico: crimes econômicos e processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2008, pp.97-133.

CORDERO, Franco. **Procedura Penale**, nona edizione. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2012.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Ampla defesa e direito à contraprova. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 55, julho-agosto, 2005. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp.364-386.

CURRIE, Robert J. Human Rights and International Mutual Legal Assistance: Resolving the Tension. **Criminal Law Forum**, Netherlands, p.143-181, 2000.

DAMASKA, Mirjan. Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure. A comparative study. In: **University of Pennsylvania Law Review**, Philadelphia, n.121. pp. 509-589, 1972-1973.

_____. **The faces of Justice and State Authority**. A Comparative Approach to the Legal Process. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

DANNEMANN, Gerhard. Comparative Law: Study of Similarities or Differences? In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (editors). **The Oxford Handbook of Comparative Law**. New York: Oxford University Press, 2008, pp.383-420.

DANTAS, António Leones. A definição e evolução do objecto do processo no processo penal. **Revista do Ministério Público de Lisboa, Lisboa**, v. 16, n. 63, p.89-107, jul./set. 1995.

DELMAS –MARTY, Mireille. **Ordering Pluralism**: a conceptual framework for understanding the transnational legal world (translated by Naomi Norberg). United States: Hart Publishing, 2009.

_____. Reflections on the “Hybridization” of Criminal Procedure. In: JACKSON, John, LANGER, Máximo, TILLERS, Peter (editors). **Crime, procedure and Evidence in a Comparative and International Context**. Essays in Honour of Professor Mirjan Damaska. Portland: Hart Publishing, 2008, pp. 251-259.

_____. O direito penal como ética da mundialização. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano 14, n. 3, p. 287-304, jul. set. 2004.

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**: parte geral. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Brazilian Confirmation of Foreign Judgments. **The International Lawyer**, Chicago: American Bar Association, vol 19, n.3, 1985.

_____; TIBURCIO, Carmen. The Forum Law Rule in International Litigation – Which Law Governs Proceedings to be Performed in Foreign Jurisdictions: Lex Fori or Lex Diligentiae? **Texas International Law Journal**, Texas, v. 33, n. 3, 1998, p. 425-462.

DRESSLER, Joshua; THOMAS III, George C. **Criminal procedure**: principles, policies and perspectives, 5th ed. Estados Unidos: West, Thomson Reuters, 2013.

ELLIS, Alan; PISANI, Robert L. The United States Treaties on Mutual Assistance in Criminal Matters: A Comparative Analysis. **The International Lawyer**, Dallas, p. 189-223, 1985.

FALK, Richard Anderson. International jurisdiction: horizontal and vertical conceptions of legal order. **Temple Law Quarterly**, Philadelphia, v.32, paginação irregular, 1959.

FARNSWORTH, Edward Allan. **An introduction to the legal system of the United States**, 4th edition. New York: Oxford University Press, 2010.

FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 16, n. 70, p. 228-269, jan./fev. 2008.

_____. **Processo Penal Constitucional**, 7ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. O direito processual penal internacional. In: FERNANDES, Antonio Scarance, ZILLI, Marcos Alexandre Coelho (coordenadores). **Direito Processual Penal Internacional**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013, pp. 4-25.

_____. Efetividade, processo penal e dignidade humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**, 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp.569-584.

_____. Tipicidade e sucedâneos de prova. In: _____. GAVIÃO DE ALMEIDA, José Raul; MORAES, Maurício Zanoide. **Provas no processo penal** – estudo comparado. São Paulo: Saraiva, 2011, pp.13-45.

_____. **Teoria geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: La ley del más débil. Tradução de Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madri: Trotta, 1999.

_____. Emergenza penale e crisi della giurisdizione. **Dei delitti e delle Pene**, Bari, v.2, n. 2, p. 271-292, magg./ag. 1984.

FONSECA, José Roberto Franco da. O caso clássico do navio Lotus à luz da ciência moderna. In: **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 90, p. 361-371, 1995.

FRANKENBERG, Gunter. Critical comparisons: Re-thinking comparative law. **Harvard International Law Journal**, New York, v. 26, p. 411, 1985.

FRIEDLAND, Steven I., SAHL, Jack P. **Evidence Problems and Materials**, 4th edition. United States: Lexis Nexis, 2012.

GARLAND, Norman. **Criminal Evidence**, sixth edition. New York: Mc Graw Hill, 2010.

GIACOMOLLI, Nereu José, DIETRICH, Eduardo Dalla Rosa. Necessidade e limites na cooperação jurídica internacional – ordem pública e especialidade. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; CHOUKR, Fauzi Hassan (Coord.). **Cooperação Jurídica Internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, pp.257-284.

GIBBINS, Brian. Introduction. In: JONES, John R W D (ed). **Extradition and Mutual Legal Assistance Handbook**, second edition. New York: Oxford University Press, 2010, pp.3-15.

GILBERT, Geoff. Extradition. In: GRANT, John P.; BARKER, J. Craig (ed.). **The Harvard Research in International Law: Contemporary Analysis and Appraisal**. Buffalo: William S. Hein & Co., Inc., 2007, pp. 247-274.

GLENN, H. Patrick. **Legal Traditions of the World**, 4th edition. New York: Oxford University Press, 2010.

GLOEKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**: Introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013

GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. **The limits of international law**. New York: Oxford University Press, 2005.

GOLDSCHIMDT, Werner. **Derecho internacional privado**. 9. Ed. Buenos Aires: Depalma, 2002.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito Penal e interpretação jurisprudencial**: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

GONZÁLES RUS, Juan José. Cooperación internacional en la persecución y repressão del delito: tiene futuro el principio de territorialidad? 2004. In: GUZMÁN DALBORA, José Luis (coord.). **El penalista liberal**. Buenos Aires: Hamurabi, 2004, pp. 647-675.

GORDON, Ricizard A. Tax Havens and Their Use by United States Taxpayers-An Overview. **Intertax**, v. 9, n. 6, p. 231-239, 1981. Disponível em: <http://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?area=Journals&id=TAXI1981050>. Acesso em: 10.10.2013.

GRANO, Joseph D. Probable Cause and Common Sense: A Reply to the Critics of Illinois v. Gates. U. **Michigan Journal of Law Reform**, Ann Arbor, v. 17, p. 465, 1983.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Processo penal transnacional: linhas evolutivas e garantias processuais. **Revista Forense**, São Paulo, v. 91, p. 3-37, 1995.

_____. **As garantias constitucionais do processo**. In: Novas tendências do direito processual penal de acordo com a Constituição de 1988. São Paulo: Forense Universitária, 1990.

_____; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**, 7ª edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

GROSSFELD, Bernhard; EBERLE, Edward J. Patterns of order in comparative law: Discovering and decoding invisible powers. **Texas International Law Journal**, Texas, v. 38, p. 291, 2003.

GRÜTZNER, Heinrich. International Judicial Assistance and Cooperation in Criminal Matters. In: BASSIOUNI, M. Cherif; NANDA, Ved P. **A Treatise on International Criminal Law**, vol. II – Jurisdiction and Cooperation. Springfield: Charles C. Thomas Publisher, 1973.

HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Trad. de Marcos Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HAILS, Judy. **Criminal evidence**, eighth edition. United States: Cengage Learning, 2014.

HERMAN, G. Nicholas; BERNHOLZ, Steven A.; BERNHOLZ, Martin J. Double Criminality and Complex Crimes. In: **International Criminal Law**. A guide to U.S. Practice and Procedure. NANDA, Ved P.; BASSIOUNI, M. Cherif (ed.). New York: Practising Law Institute, 1987, pp. 365-391.

ILLUMINATI, Giulio. Transnational Inquiries in Criminal Matters and Respect for fair trial guarantees. In: RUGGERI, Stefano (editor). **Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings**: A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina. New York: Springer, 2013, pp. 15-24.

JACKSON, John H. Sovereignty-modern: a new approach to an outdated concept. **American Journal of International Law**, v.97, n.4. Washington, out.2003, p.782-802.

KAMISAR, Yale; LaFave, Wayne R., ISRAEL, Jerold H., KING Nacy J., KERR, Orin S., PRIMUS, Eve Brensike. **Advanced Criminal Procedure**: cases, comments and questions, 13th edição. Estados Unidos: West, a Thomson Reuters Business, 2012.

KAUFMANN, Adam S. **Obtaining Evidence from the United States for use in Foreign Proceedings**. No prelo, paginação irregular.

KITTICHAISAREE, Kriangsak. **International Criminal Law**. New York: Oxford University Press, 2001.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. Direito ao processo penal no prazo razoável. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol.65, pp.209-231, mar./2007.

_____; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**, 2ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2009.

LOULA, Maria Rosa Guimarães. **Auxílio Direto**. Novo instrumento de cooperação jurídica internacional civil. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

LOWE, Vaughan. "Jurisdiction". In: EVANS, Malcom (ed.). **International Law**. New York: Oxford University Press, 2003, pp. 329-355.

LUIS, Luis Román Puerta. Derecho Penal Supranacional y cooperación jurídica internacional. In: PECO, Ángel Galgo (dir.). **Derecho Penal Supranacional y cooperación jurídica internacional**. Cuadernos de Derecho Judicial, XIII, 2003. Madri: Centro de Documentación Judicial, 2004, pp. 23-48.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. **A interpretação conforme o direito internacional: uma proposta de aplicação pelos tribunais brasileiros**. Disponível em:

http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/andre_lipp_pinto_basto_lupi.pdf. Acesso em 13.10.2014, p. 1333.

LYMAN, Robert Neale - Compulsory Process in a Globalized Era - Defendant Access to Mutual Legal Assistance Treaties. *Virginia Journal of international Law*, Virginia, Fall, 47, pp.261-294, 2006.

MACHADO, Maíra Rocha. Cooperação penal internacional no Brasil: as cartas rogatórias passivas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 13, n.53, p. 98-118, jan./fev. 2005.

_____. **Internacionalização do direito penal**. A gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena. Coleção Direito GV. São Paulo: Editora 34/Edesp, 2004.

MACIEL, Carlos Henrique. Extradução: aspectos materiais e processuais. **Revista Jurídica**, Campinas, v.13, n.1, p.13-32, 2007.

MADRUGA, Antenor. O Brasil e a jurisprudência do STF na idade média da cooperação jurídica internacional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 13, n. 54, p. 291-311, maio/jun.2005.

_____. **A diferença entre Auxílio Direto e Carta Rogatória**. Disponível em: <http://www.rogatoria.com.br/biblioteca/diferenca-entre-auxilio-direto-e-carta-rogatoria>. Acesso em 05.01.2014.

_____; BELOTTO, Ana. **EUA oferecem amplo acesso para auxiliar processos no Brasil**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jul-03/cooperacao-internacional-eua-oferecem-acesso-auxiliar-processos-brasil>. Acesso em: 20.07.2014.

MAGALHÃES, José Carlos de. A Aplicação Extraterritorial de Leis Nacionais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 80, p. 157-177, 1985.

MARTINS, Fátima Adélia. Cooperação judiciária internacional em matéria penal: a Rede Judiciária Européia (RJE). **Revista do Ministério Público de Lisboa**, Lisboa, v. 25, n. 100, p.103-133, out./dez. 2004.

MATION, Gisela Ferreira. **Direito Internacional na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

MCCLEAN, J. D. **International Co-Operation in Civil and Criminal Matters**. London: Oxford University Press, 3rd edition, 2012.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**, 2º volume, 11ª edição revista e aumentada. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MELONE, Albert P., KARNES, Allan. **The American Legal System**. Perspectives, Politics, processes, and Policies, 2nd edition. New York: Rowman & Littlefield Publishers, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto. **O direito internacional contemporâneo**: estudo em homenagem ao professor Jacob Dolinger. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NOGUEIRA JÚNIOR, Alberto. Qual o futuro para as cartas rogatórias em ações penais contra crimes de lavagem de dinheiro? Ligeiras observações sobre decisões judiciais proferidas no caso propinoduto. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, v.30, n.126, p.251, ago.2005.

OLIVEIRA, Roberto da Silva. A dignidade da pessoa humana, a razoável duração do processo e a cooperação jurídica internacional penal: a experiência luso-brasileira. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**, 2. ed. São Paulo: QuartierLatin, 2009, pp.549-566, p. 557.

MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARQUES, Silvio Antonio. **Improbidade Administrativa**: ação civil e cooperação jurídica internacional. São Paulo: Saraiva, 2010.

PAIKIN, Lee. Problems of Obtaining Evidence in Foreign States for Use in Federal Criminal Prosecutions. **Columbia Journal of International Law**, New York, v. 22, p. 233, 1983.

PANZERI, André de Almeida. A sanção de perda de bens no direito penal econômico: análise comparativa dos modelos português e brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano13, n. 52, p. 9-52, jan./fev. 2005.

PAUL, Joel R. Comity in international law. **Harvard International Law Journal**, New York, v. 32, p. 1, 1991.

PAULUS, Andreas. Whether Universal Values can prevail over Bilateralism and Reciprocity. In: CASSESE, Antonio (ed.). **Realizing Utopia**. The future of International law. Great Britain: Oxford University Press, 2012, pp. 89-104.

PEREZ, Luis A.; CRUZ-ALVAREZ, Frank. 28 USC Section 1782: The Most Powerful Discovery Weapon in the Hands of a Foreign Litigant. **FIU Law Review**, Florida, v. 5, p. 177, 2009

PERUCHIN, Marcelo Caetano Guazzelli. A proteção dos direitos fundamentais no cenário da cooperação judicial penal internacional. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; CHOUKR, Fauzi Hassan (Coord.). **Cooperação Jurídica Internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, pp.225-255.

_____. **Cooperação judicial internacional**: a invalidade do art. 8º, parágrafo único, da resolução nº 09 do Superior Tribunal de Justiça, de 2005. Tese de Doutorado. Porto Alegre: Faculdade de Direito da PUCRS, 2012.

PETRUS, Christian Herrera. La obtención internacional de pruebas como supuesto de assistência jurisdiccional internacional. In: La obtención internacional de pruebas. In: _____; BERMANN, George A. **La obtención internacional de pruebas: la asistencia jurisdiccional en Europa**. Real Colegio de España, 2005, pp.27-90.

PIOVESAN, Flávia Cristina. Direitos Humanos Globais, Justiça Internacional e o Brasil. In: MELLO, Celso de Albuquerque, TORRES, Ricardo Lobo (Dir.). **Arquivos de Direitos Humanos**, Rio de Janeiro: Renovar, 1999. n. 1, p.73-90.

_____. Direitos humanos e a jurisdição constitucional internacional. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 1, p. 147-161, jan./jun. 2003.

PISANI, Robert L., FOGELNEST, Robert. The United States Treaties on Mutual Assistance in Criminal Matters. In: NANDA, Ved P., BASSIOUNI, M. Cherif (ed.). **International Criminal Law**. A guide to U.S. Practice and Procedure. New York: Practising Law Institute, 1987, pp. 233-269.

PIZZI, William T. Sentencing in the US: Na inquisitorial Soul in an Adversarial Body? In: JACKSON, John, LANGER, Máximo, TILLERS, Peter (editors). **Crime, procedure and Evidence in a Comparative and International Context**. Essays in Honour of Professor Mirjan Damaska. Portland: Hart Publishing, 2008, pp.65-79.

PRATTER, Jonathan. **UPDATE**: À la Recherche des Travaux Préparatoires: An Approach to Researching the Drafting History of International Agreements. Disponível em: http://www.nyulawglobal.org/globalex/travaux_preparatoires1.htm. Acesso em: 03.12.2014

RAFARACI, Tommaso. The Right of Defence in EU Judicial Cooperation in Criminal Matters. RUGGERI, Stefano (editor). **Transnational Inquiries and the**

Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings: A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina. New York: Springer, 2013, pp. 331-343.

RAMOS, André de Caralho. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. “Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional”. In: **Revista da Faculdade de Direito (USP)**, São Paulo, v. 106/7, p. 497-524, 2012.

_____. O Novo Direito Internacional Privado e o Conflito De Fontes Na Cooperação Jurídica Internacional. In **Revista da Faculdade de Direito (USP)**, São Paulo, v. 108, p. 621-647, 2013.

_____. Estrutura da cooperação jurídica internacional e o novo Direito Internacional Privado. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; CHOUKR, Fauzi Hassan (Coord.). **Cooperação Jurídica Internacional.** Belo Horizonte: Fórum, 2014, pp. 163-180.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado: teoria e prática**, 6ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2003.

RISTAU, Bruno A. Overview of International Judicial Assistance. **The International Lawyer**, Washington, vol. 18, n. 3 pp. 525-532, Summer 1984.

_____. International Cooperation in Penal Matters: The “Lockheed Agreements”. **Michigan Yearbook of International Legal Studies** 85, New York, pp.85-90, 1983.

ROVEGNO, André. O sistema de provas no processo penal estadunidense. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide. **Provas no processo penal – estudo comparado.** São Paulo: Saraiva, 2011, pp.395-436.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal.** Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

SALTZBURG, Stephen A., CAPRA, Daniel J. **American Criminal Procedure: cases and commentary**, 10 th edition. United States: West Academic Publishing, 2014.

SCHARF, Michael P. The Lockerbie Model of Transfer of Proceedings. In: BASSIOUNI, M. Cherif (ed.). **International criminal law.** Multilateral and Bilateral Enforcement Mechanisms, vol.II. 3rd ed. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 521-527.

SCHLOSSER, Peter. Jurisdiction and International Judicial and Administrative Cooperation. In: **Recueil des Cours**. The Hague/Boston/London: Martins Nijhoff Publishers, 2001, t.284, pp.25-418.

SCHÜNEMANN, Bernd. As bases do processo penal transnacional. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 19, n. 90, p.189-209, maio/jun. 2011.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. Auxílio direto, carta rogatóriae homologação de sentença estrangeira. In: **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 102, v. 386, p. 505-509, jul./ago. 2006.

SIMÕES, Euclides Dâmaso. A importância da cooperação judiciária internacional no combate ao branqueamento de capitais. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra**, v. 16, n. 3, p.423-474, jul./set. 2006.

SLAUGHTER, Anne-Marie. **A new world order**. New Jersey: Princeton University Press, 2004.

SOARES, Guido Fernando Silva. Estudos de Direito Comparado (I). O que é a “common law”, em particular a dos EUA. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, vol. 92, 1997, pp. 163-198.

SOUZA, Carolina Yumi de. Cooperação jurídica internacional em matéria penal: considerações práticas. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 16, n. 71, p. 297-325, mar./abr. 2008.

_____. **Jurisdição e Competência do Tribunal Penal Internacional**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

_____. Cooperação jurídica internacional: medidas assecuratórias e devido processo legal: uma análise da lei aplicável e da dupla-incriminação. Em: VILARDI, Celso, PEREIRA, Flávia Rahal Bresser, DIAS NETO, Theodomiro. **Crimes financeiros e correlatos**. São Paulo: Saraiva – FGV, p.227-275, 2011.

PRADO, Geraldo. Processo Penal e Globalização. **Revista Ibero-americana de Ciências Penais**, Porto Alegre, ano 3, número 6, maio/agosto 2002, pp. 25-41.

SOUZA, Solange Mendes de. **Cooperação jurídica penal no Mercosul**: novas possibilidades. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

STACY, Helen. Relational Sovereignty. **Stanford Law Review**, Stanford, v. 55, n.5, p. 2029- 2059, May 2003.

STORBECK, Jürgen. International co-operation in the fight against cross border crime: the role of Europol. **Revista del Ministerio Fiscal**, n.9, pp. 347-360, Madrid, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e decisão jurídica**, 3ed. Reformulada da obra *Jurisdição Constitucional e hermenêutica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. O costume como fonte do direito internacional: relembando Nuremberg. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol.59, pp. 9-24, mar./2006.

TASLITZ, Andrew E., PARIS, Margaret L., HERBERT, Lenese C. **Constitutional Criminal Procedure**, 5th edition. United States: Foundation Press, 2014.

THAMAN, Stephen C. **Comparative Criminal Procedure: a casebook approach**, second edition. North Carolina: Carolina Academic Press, 2008, p.4.

_____. Report on USA. RUGGERI, Stefano (editor). **Transnational Inquiries and the protection of fundamental rights in criminal proceedings: a study in memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina**. Springer: Verlag Berlin Heidelberg, 2013, pp. 509-529.

THAN, Claire de; SHORTS, Edwin. **International Criminal Law and Human Rights**. London: Sweet& Maxwell, 2003.

TONINI, Paolo. **Manuale di Procedura Penale**, tredicesima edizione. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2012.

_____. **La Prova penale**, seconda edizione. Padova: CEDAM (casa Editrice Dott. Antonio Milani), 1998.

TROTTA, Sandro Brescovit. **O lugar do crime no Mercosul: As fronteiras da cooperação jurídica internacional contemporânea**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal**. Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

VASCONCELOS, André Prado de. **Extinção Civil do Domínio**. Perdimento de bens. Uma análise comparada: Brasil-Estados Unidos. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2011.

VASCONCELLOS, Helena. **Cooperação Jurídica Internacional em matéria penal: uma análise do Mutual Legal Assistance Treaty Brasil/Estados Unidos**. Dissertação

de Mestrado. Porto Alegre: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2013

VASSALLI, Giuliano. **La Giustizia internazionale penale**: studi. Milano: Giuffrè, 1995.

VIADA, Natacha G **Derecho penal y globalización: cooperación penal internacional**. Madrid: Marcial Pons, 2009.

VIEIRA, Renato Stanziola. **Paridade de armas no processo penal**. Coleção Ada Pellegrini Grinover, vol.II. BADARÓ, Gustavo; PETRÔNIO, Calmon (coordenadores). Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

_____. Direito ao intérprete e ao tradutor como corolário do justo processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol.77, pp. 141-161, mar./2009.

VIGNA, Piero L. La cooperación judicial frente al crimen organizado. In: YACOBUECCI, Guillermo Jorge (Coord.). **El crimen organizado**. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005, pp. 223-236.

WEBER, Patrícia Nunes. **A cooperação jurídica internacional em medidas processuais penais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

WORRAL, John L., HEMMENS; Craig, Lisa S. Nored. **Criminal evidence**: an introduction. New York: Oxford University Press, 2012.

ZAGARIS, Bruce. **International White Collar Crime**. Cases and Materials. New York: Cambridge University Press, 2010.

_____. U.S. – Brazil and International Evidence Gathering: The Need for Better Due Process, 99. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** 241, São Paulo, pp. 263-265, nov./ dez 2012.

_____. Brazil-U.S. TIEA: New Tax Enforcement Cooperation Foreseen. In: **Tax Notes International**, vol.70, n.30. 24 de junho de 2013. Reprinted from Tax Notes Int'l, June 24, 2013, p. 1285.

ZALTA, Mousa. Recent Interpretation of 28 USC 1782 (A) by the Supreme Court in Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.: The Effects on Federal District Courts, Domestic Litigants, and Foreign Tribunals and Litigants. **Pace Environmental Law Review**, New York, v. 17, p. 413, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. Cooperação jurídica internacional e a concessão de *exequatur*. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 183, pp.09-17, maio/2010.

II – Bases de dados e periódicos

a) Bases de dados

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Decreto Legislativo nº 240 de 1999. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD10MAI2000.pdf#page=138>. Acesso em 13.08.2014.

BRASIL. Ministério da Justiça. Estatísticas da Cooperação Jurídica Internacional. Dados disponíveis em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJE1AEA228ITEMID7EEA1123F626430699B347425A6989A1PTBRIE.htm>. Acesso em: 11/10/2011.

BRASIL. Ministério da Justiça. Cooperação Jurídica em matéria penal. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D6765F39-FE1C-4810-A6EF-60E071C1DF02}&BrowserType=NN&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D{10C3A62A-66F3-4AFA-94E6-9BF6647E9D41}%3B&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}>. Acesso em 07.09.2014.

BRASIL. Ministério da Justiça. Cooperação Jurídica Internacional em matéria penal. Fonte: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D6765F39-FE1C-4810-A6EF-60E071C1DF02}&BrowserType=IE&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D{8E1A378D-9C65-4FE8-9993-AC1F9C96B948}%3B&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}>. Acesso em 01.09.2014.

BRASIL. Ministério da Justiça. Dados sobre a autoridade central. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/autoridade-central-1>. Acesso em 13.10.2014.

BRASIL. Ministério da Justiça. Tratados extradição. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7B0428DBCE%2D69A9%2D4197%2DB4FF%2D849D177F9B7E%7D¶ms=itemID=%7B6D340A2D%2DB21B%2D44BD%2D8F31%2D57EF320A7185%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C%2D1C72%2D4347%2DBE11%2DA26F70F4CB26%7D>. Acesso em: 23.06.2013.

BRASIL. Ministério da Justiça. Tratados de transferência de apenados. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={CD90C52D-0AC3-45BD-9B2D-17F5803D00B3}&BrowserType=NN&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D{BB5A4444->

1AE4-4354-A783-57A4901F9CC0}%3B&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26} . Acesso em 21.06.2014.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Tratados assinados com os Estados Unidos. http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1897/b_79. Acesso em: 15.12.2014.

BRASIL. Senado Federal. Mensagem 1.437 de 1997. <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=12/12/2000&paginaDireta=24670>. Acesso em 13.08.2014.

BRASIL. Senado Federal. Parecer nº 1.276, de 2000 – CRE. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=15/12/2000&paginaDireta=25217>. Acesso em 13.08.2014.

BRASIL. Ministério da Justiça. Orientações por país. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D6765F39-FE1C-4810-A6EF-60E071C1DF02}&BrowserType=IE&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D{0D69B6F8-967E-4EE4-8034-22C92D623A33}%3B&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}>. Acesso em 15.10.2014.

BRASIL. Ministério da Justiça. Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA). Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/enccla>. Acesso em 15.12.2014.

BRASIL. Ministério da Justiça. Documento comemorativo dos 10 anos do DRCI. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes>. Acesso em 15.12.2014.

ESTADOS UNIDOS. Congresso. Disponível em: <http://uscode.house.gov/>. Acesso em 15.12.2014.

ESTADOS UNIDOS. Departamento de Justiça. *Criminal Resource Manual*. Disponível em: http://www.justice.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/title9/crm00000.htm. Acesso em 15.12.2014.

ESTADOS UNIDOS. American Law Institute. *Restatement of the Law Third, The Foreign Relations Law of the United States*. Disponível em: http://www.ali.org/index.cfm?fuseaction=publications.ppage&node_id=33. Acesso em 15.12.2014.

ESTADOS UNIDOS. Federal Judicial Center. *Mutual legal assistance treaties and letters rogatory: a guide for judges*. Disponível em: [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/mlat-lr-guide-funk-fjc-2014.pdf/\\$file/mlat-lr-guide-funk-fjc-2014.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/mlat-lr-guide-funk-fjc-2014.pdf/$file/mlat-lr-guide-funk-fjc-2014.pdf). Acesso em: 15.12.2014.

ESTADOS UNIDOS. Congresso. *Senate Executive Report n° 105-22. 105th Congress, 2nd Session*. Disponível em <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CRPT-105erpt22/html/CRPT-105erpt22.htm>. Acesso em 13.08.2014.

INTERPOL. Disponível em: <http://www.interpol.int/>. Acesso em 15.12.2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Documentos oficiais relacionados à Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/EMIInternationalCooperation/9-10October2014/V1406834e.pdf>. Acesso em 15.12.2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Res. 45;119, U.N. Doc. A/RES/45/119). Disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/45/119&Lang=E&Area=RESOLUTION. Acesso em 01.09.2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Mutual legal Assistance Tool*. Disponível em: <http://www.unodc.org/mla/en/index.html>. Acesso em 15.12.2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção da ONU contra o Tráfico de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/commissions/CND/Int_Drug_Control_Conventions/Ebook/The_International_Drug_Control_Conventions_E.pdf. Acesso em: 15.12.2014.

b) Periódicos

Folha de São Paulo, 28 dez. 2006. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u88086.shtml>. Acesso em 18.06.2014.

Gazeta do Povo, 02 nov. 2007. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?id=709517&tit=Justica-dos-EUA-autoriza-repatciar-dinheiro-do-Banestado>. Acesso em 10.11.2014.

Paraná Online, 19 jan. 2013. Disponível em: <http://www.parana-online.com.br/editoria/mundo/news/268706/?noticia=JUSTICA+SUICA+VETA+ACORDO+DE+COOPERACAO+COM+O+BRASIL>. Acesso em 01.09.2014.

The New York Times, 17 jun. 2010. Disponível em:
<http://dealbook.nytimes.com/2010/06/17/ubs-deal-passes-without-referendum-clause/?ref=global>. Acesso em 01.08.2014.

Última instância, 03 jun. 2014. Disponível em:
<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/71249/suica+suspende+colaboracao+judicial+com+brasil+apos+vazamentos+do+caso+alstom.shtml>. Acesso em 18.06.2014.

ANEXO A – Mutual Legal Assistance Treaty – Decreto nº 3.810, de 2 de maio de 2001.

DECRETO Nº 3.810, DE 2 DE MAIO DE 2001.

Promulga o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América, celebrado em Brasília, em 14 de outubro de 1997, corrigido em sua versão em português, por troca de Notas, em 15 de fevereiro de 2001.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VIII, da Constituição,

Considerando que o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América celebraram, em Brasília, em 14 de outubro de 1997, um Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal;

Considerando que o Congresso Nacional aprovou esse Acordo por meio do Decreto Legislativo nº 262, de 18 de dezembro de 2000;

Considerando que o texto em português do Acordo foi corrigido, por troca de Notas, em 15 de fevereiro de 2001, para adequar-se ao disposto no art. 1º do mencionado Decreto Legislativo;

Considerando que o Acordo entrou em vigor em 21 de fevereiro de 2001, nos termos do parágrafo 2, de seu artigo 20,

DECRETA:

Art.1º O Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América, celebrado em Brasília, em 14 de outubro de 1997, e corrigido por troca de Notas em 15 de fevereiro de 2001, apenso por cópia ao presente Decreto, será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém.

Art. 2º São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão do referido Acordo, assim como quaisquer ajustes complementares que, nos termos do art. 49, inciso I, da Constituição Federal, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Art. 3º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 2 de maio de 2001; 180º da Independência e 113º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
Celso Lafer

Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do
Brasil
e o Governo dos Estados Unidos da América

O Governo da República Federativa do Brasil e O Governo dos Estados Unidos da América,

Desejosos de facilitar a execução das tarefas das autoridades responsáveis pelo cumprimento da lei de ambos os países, na investigação, inquérito, ação penal e prevenção do crime por meio de cooperação e assistência judiciária mútua em matéria penal,

Acordam o seguinte:

Artigo I

Alcance da Assistência

1. As Partes se obrigam a prestar assistência mútua, nos termos do presente Acordo, em matéria de investigação, inquérito, ação penal, prevenção de crimes e processos relacionados a delitos de natureza criminal.
2. A assistência incluirá:
 - a) tomada de depoimentos ou declarações de pessoas;
 - b) fornecimento de documentos, registros e bens;
 - c) localização ou identificação de pessoas (físicas ou jurídicas) ou bens;
 - d) entrega de documentos;
 - e) transferência de pessoas sob custódia para prestar depoimento ou outros fins;
 - f) execução de pedidos de busca e apreensão;
 - g) assistência em procedimentos relacionados a imobilização e confisco de bens, restituição, cobrança de multas; e
 - h) qualquer outra forma de assistência não proibida pelas leis do Estado Requerido.
3. A assistência será prestada ainda que o fato sujeito a investigação, inquérito ou ação penal não seja punível na legislação de ambos os Estados.
4. As Partes reconhecem a especial importância de combater graves atividades criminais, incluindo lavagem de dinheiro e tráfico ilícito de armas de fogo, munições e explosivos. Sem limitar o alcance da assistência prevista neste Artigo, as Partes devem prestar assistência mútua sobre essas atividades, nos termos deste Acordo.
5. O presente Acordo destina-se tão-somente à assistência judiciária mútua entre as Partes. Seus dispositivos não darão direito a qualquer indivíduo de obter, suprimir ou excluir qualquer prova ou impedir que uma solicitação seja atendida.

Artigo II

Autoridades Centrais

1. Cada Parte designará uma Autoridade Central para enviar e receber solicitações em observância ao presente Acordo.
2. Para a República Federativa do Brasil, a Autoridade Central será o Ministério da Justiça. No caso dos Estados Unidos da América, a Autoridade Central será o Procurador-Geral ou pessoa por ele designada
3. As Autoridades Centrais se comunicarão diretamente para as finalidades estipuladas neste Acordo.

Artigo III

Restrições à Assistência

1. A Autoridade Central do Estado Requerido poderá negar assistência se:
 - a) a solicitação referir-se a delito previsto na legislação militar, sem contudo constituir crime comum;
 - b) o atendimento à solicitação prejudicar a segurança ou interesses essenciais semelhantes do Estado Requerido; ou
 - c) a solicitação não for feita de conformidade com o Acordo.
2. Antes de negar a assistência com base no disposto neste Artigo, a Autoridade Central do Estado Requerido deverá consultar a Autoridade Central do Estado Requerente para avaliar se a assistência pode ser prestada sob as condições consideradas necessárias. Caso o Estado Requerente aceite essa assistência condicionada, tais condições deverão ser respeitadas.
3. Caso a Autoridade Central do Estado Requerido negue a assistência, deverá informar a Autoridade Central do Estado Requerente das razões dessa denegação.

Artigo IV

Forma e Conteúdo das Solicitações

1. A solicitação de assistência deverá ser feita por escrito, a menos que a Autoridade Central do Estado Requerido acate solicitação sob outra forma, em situações de urgência. Nesse caso, se a solicitação não tiver sido feita por escrito, deverá ser a mesma confirmada, por escrito, no prazo de trinta dias, a menos que a Autoridade Central do Estado Requerido concorde que seja feita de outra forma. A solicitação será redigida no idioma do Estado Requerido, caso não haja disposição em contrário.
2. A solicitação deverá conter as seguintes informações:
 - a) o nome da autoridade que conduz a investigação, o inquérito, a ação penal ou o procedimento relacionado com a solicitação;

- b) descrição da matéria e da natureza da investigação, do inquérito, da ação penal ou do procedimento, incluindo, até onde for possível determiná-lo, o delito específico em questão;
- c) descrição da prova, informações ou outra assistência pretendida; e
- d) declaração da finalidade para a qual a prova, as informações ou outra assistência são necessárias.

3. Quando necessário e possível, a solicitação deverá também conter:

- a) informação sobre a identidade e a localização de qualquer pessoa (física ou jurídica) de quem se busca uma prova;
- b) informação sobre a identidade e a localização de uma pessoa (física ou jurídica) a ser intimada, o seu envolvimento com o processo e a forma de intimação cabível;
- c) informação sobre a identidade e a localização de uma pessoa (física ou jurídica) a ser encontrada;
- d) descrição precisa do local ou pessoa a serem revistados e dos bens a serem apreendidos;
- e) descrição da forma sob a qual qualquer depoimento ou declaração deva ser tomado e registrado;
- f) lista das perguntas a serem feitas à testemunha;
- g) descrição de qualquer procedimento especial a ser seguido no cumprimento da solicitação;
- h) informações quanto à ajuda de custo e ao ressarcimento de despesas a que a pessoa tem direito quando convocada a comparecer perante o Estado Requerente; e
- i) qualquer outra informação que possa ser levada ao conhecimento do Estado Requerido, para facilitar o cumprimento da solicitação.

Artigo V

Cumprimento das Solicitações

1. A Autoridade Central do Estado Requerido atenderá imediatamente à solicitação ou a transmitirá, quando oportuno, à autoridade que tenha jurisdição para fazê-lo. As autoridades competentes do Estado Requerido envidarão todos os esforços no sentido de atender à solicitação. A justiça do Estado Requerido deverá emitir intimações, mandados de busca e apreensão ou outras ordens necessárias ao cumprimento da solicitação.
2. A Autoridade Central do Estado Requerido providenciará tudo o que for necessário e arcará com as despesas de representação do Estado Requerente no Estado Requerido, em quaisquer procedimentos originados de uma solicitação de assistência, nos termos deste Acordo.
3. As solicitações serão executadas de acordo com as leis do Estado Requerido, a menos que os termos deste Acordo disponham de outra forma. O método de execução especificado na solicitação deverá, contudo, ser seguido, exceto no que tange às proibições previstas nas leis do Estado Requerido.
4. Caso a Autoridade Central do Estado Requerido conclua que o atendimento a uma solicitação interferirá no curso de uma investigação, inquérito, ação penal ou procedimento em curso naquele

Estado, poderá determinar que se adie o atendimento àquela solicitação, ou optar por atendê-la sob as condições julgadas necessárias após consultas com a Autoridade Central do Estado Requerente. Caso o Estado Requerente aceite essa assistência condicionada, deverá respeitar as condições estipuladas.

5. Quando solicitado pela Autoridade Central do Estado Requerente, o Estado Requerido se empenhará ao máximo no sentido de manter o caráter confidencial da solicitação e de seu conteúdo. Se a solicitação não puder ser atendida sem a quebra dessa confidencialidade, a Autoridade Central do Estado Requerido disso informará a Autoridade Central do Estado Requerente, que então decidirá se ainda assim deve ou não ser executada a solicitação.

6. A Autoridade Central do Estado Requerido responderá a indagações razoáveis efetuadas pela Autoridade Central do Estado Requerente com relação ao andamento de uma assistência solicitada.

7. A Autoridade Central do Estado Requerido deverá informar imediatamente a Autoridade Central do Estado Requerente sobre o resultado do atendimento à solicitação. Caso a solicitação seja negada, retardada ou adiada, a Autoridade Central do Estado Requerido informará a Autoridade Central do Estado Requerente das razões da denegação, do atraso ou do adiamento.

Artigo VI

Custos

O Estado Requerido arcará com todos os custos relacionados ao atendimento da solicitação, com exceção dos honorários devidos ao perito, as despesas de tradução, interpretação e transcrição, bem como ajudas de custo e despesas resultantes do transporte de pessoas, de acordo com os Artigos X e XI, caso em que custos, honorários, ajudas de custo e despesas caberão ao Estado Requerente.

Artigo VII

Restrições ao Uso

1. A Autoridade Central do Estado Requerido pode solicitar que o Estado Requerente deixe de usar qualquer informação ou prova obtida por força deste Acordo em investigação, inquérito, ação penal ou procedimentos outros que não aqueles descritos na solicitação, sem o prévio consentimento da Autoridade Central do Estado Requerido. Nesses casos, o Estado Requerente deverá respeitar as condições estabelecidas.

2. A Autoridade Central do Estado Requerido poderá requerer que as informações ou provas produzidas por força do presente Acordo sejam mantidas confidenciais ou usadas apenas sob os termos e condições por ela especificadas. Caso o Estado Requerente aceite as informações ou provas sujeitas a essas condições, ele deverá respeitar tais condições.

3. Nenhum dos dispositivos contidos neste Artigo constituirá impedimento ao uso ou ao fornecimento das informações na medida em que haja obrigação constitucional nesse sentido do Estado Requerente, no âmbito de uma ação penal. O Estado Requerente deve notificar previamente o Estado Requerido de qualquer proposta de fornecimento de tais informações.

4. Informações ou provas que tenham sido tornadas públicas no Estado Requerente, nos termos do parágrafo 1 ou 2, podem, daí por diante, ser usadas para qualquer fim.

Artigo VIII

Depoimento ou Produção de Prova no Estado Requerido

1. Uma pessoa no Estado Requerido intimada a depor ou a apresentar prova, nos termos deste Acordo, será obrigada, quando necessário, a apresentar-se e testemunhar ou exhibir documentos, registros e bens.
2. Mediante solicitação, a Autoridade Central do Estado Requerido antecipará informações sobre data e local da tomada de depoimento ou produção de prova, de acordo com o disposto neste Artigo.
3. O Estado Requerido permitirá a presença de pessoas indicadas na solicitação, no decorrer do atendimento à solicitação, e permitirá que essas pessoas apresentem perguntas a serem feitas à pessoa que dará o testemunho ou apresentará prova.
4. Caso a pessoa mencionada no parágrafo 1 alegue condição de imunidade, incapacidade ou privilégio prevista nas leis do Estado Requerente, o depoimento ou prova deverá, não obstante, ser tomado, e a alegação levada ao conhecimento da Autoridade Central do Estado Requerente, para decisão das autoridades daquele Estado.
5. As provas produzidas no Estado Requerido conforme o presente Artigo ou que estejam sujeitas a depoimento tomado de acordo com o presente Artigo podem ser autenticadas por meio de atestado, incluindo, no caso de registros comerciais, autenticação conforme o Formulário A anexo a este Acordo. Os documentos autenticados pelo Formulário A serão admissíveis como prova no Estado Requerente.

Artigo IX

Registros Oficiais

1. O Estado Requerido fornecerá ao Estado Requerente cópias dos registros oficiais disponíveis, incluindo documentos ou informações de qualquer natureza, que se encontrem de posse das autoridades do Estado Requerido.
2. O Estado Requerido pode fornecer, mesmo que não disponíveis ao público, cópias de quaisquer registros, incluindo documentos ou informações que estejam sob a guarda de autoridades naquele Estado, na mesma medida e nas mesmas condições em que estariam disponíveis às suas próprias autoridades policiais, judiciais ou do Ministério Público. O Estado Requerido pode, a seu critério, negar, no todo ou em parte, uma solicitação baseada neste parágrafo.
3. Os registros oficiais produzidos por força deste Artigo podem ser autenticados pelo funcionário responsável por meio do Formulário B anexo ao presente Acordo. Não será necessária qualquer outra autenticação. Os documentos autenticados conforme o disposto neste parágrafo serão admissíveis como prova no Estado Requerente.

Artigo X

Depoimento no Estado Requerente

1. Quando o Estado Requerente solicita o comparecimento de uma pessoa naquele Estado, o Estado Requerido deverá convidar essa pessoa para comparecer perante a autoridade competente no Estado Requerente. O Estado Requerente determinará o montante das despesas a ser coberto. A

Autoridade Central do Estado Requerido informará imediatamente a Autoridade Central do Estado Requerente da resposta da pessoa.

2. A Autoridade Central do Estado Requerente poderá, a seu critério, determinar que a pessoa convidada a comparecer perante o Estado Requerente, de acordo com o estabelecido neste Artigo, não estará sujeita a intimação, detenção ou qualquer restrição de liberdade pessoal, resultante de quaisquer atos ou condenações anteriores à sua partida do Estado Requerido. A Autoridade Central do Estado Requerente informará imediatamente à Autoridade Central do Estado Requerido se tal salvo-conduto deve ser estendido.

3. O salvo-conduto fornecido com base neste Artigo perderá a validade sete dias após a notificação, pela Autoridade Central do Estado Requerente à Autoridade Central do Estado Requerido, de que a presença da pessoa não é mais necessária, ou quando a pessoa, já tendo deixado o Estado Requerente, a ele retorne voluntariamente. A Autoridade Central do Estado Requerente poderá, a seu critério, prorrogar esse período por até quinze dias.

Artigo XI

Traslado de Pessoas sob Custódia

1. Uma pessoa sob custódia do Estado Requerido, cuja presença no Estado Requerente seja solicitada para fins de assistência, nos termos do presente Acordo, será trasladada do Estado Requerido ao Estado Requerente para aquele fim, caso a pessoa consinta, e se as Autoridades Centrais de ambos os Estados também concordarem.

2. Uma pessoa sob custódia do Estado Requerente, cuja presença no Estado Requerido seja solicitada para fins de assistência, nos termos do presente Acordo, poderá ser trasladada do Estado Requerente para o Estado Requerido, caso a pessoa consinta, e se as Autoridades Centrais de ambos os Estados também concordarem.

3. Para fins deste Artigo:

- a) o Estado receptor terá competência e obrigação de manter a pessoa trasladada sob custódia, salvo autorização em contrário pelo Estado remetente;
- b) o Estado receptor devolverá a pessoa trasladada à custódia do Estado remetente tão logo as circunstâncias assim o permitam, ou conforme entendimento contrário acordado entre as Autoridades Centrais de ambos os Estados;
- c) o Estado receptor não requererá ao Estado remetente a abertura de processo de extradição para o regresso da pessoa trasladada; e
- d) o tempo em que a pessoa for mantida sob custódia no Estado receptor será computado no cumprimento da sentença a ela imposta no Estado remetente.

Artigo XII

Localização ou Identificação de Pessoas ou Bens

O Estado Requerido se empenhará ao máximo no sentido de precisar a localização ou a identidade de pessoas (físicas ou jurídicas) ou bens discriminados na solicitação.

Artigo XIII

Entrega de Documentos

1. O Estado Requerido se empenhará ao máximo para providenciar a entrega de documentos relativos, no todo ou em parte, a qualquer solicitação de assistência pelo Estado Requerente, de conformidade com os dispositivos deste Acordo.
2. Qualquer documento solicitando o comparecimento de uma pessoa perante autoridade do Estado Requerente deverá ser emitido com a devida antecedência em relação à data prevista para o comparecimento.
3. O Estado Requerido deverá apresentar o comprovante da entrega dos documentos na forma especificada na solicitação.

Artigo XIV

Busca e Apreensão

1. O Estado Requerido executará o mandado de busca, apreensão e entrega de qualquer bem ao Estado Requerente, desde que o pedido contenha informação que justifique tal ação, segundo as leis do Estado Requerido.
2. Mediante requerimento, qualquer autoridade que tenha sob sua custódia bens apreendidos autenticará, por meio do Formulário C, anexo a este Acordo, a continuação da custódia, a identificação dos bens e a integridade desses. Nenhum outro tipo de autenticação será exigido. O Formulário C será admissível como prova no Estado Requerente.
3. A Autoridade Central do Estado Requerido poderá requerer que o Estado Requerente aceite termos e condições julgados necessários à proteção de interesses de terceiros quando da transferência de um bem.

Artigo XV

Devolução de Bens

A Autoridade Central do Estado Requerido pode solicitar à Autoridade Central do Estado Requerente a devolução, com a urgência possível, de quaisquer documentos, registros ou bens, a ela entregues em decorrência do atendimento à solicitação objeto deste Acordo.

Artigo XVI

Assistência em Processos de Perda de Bens

1. Caso a Autoridade Central de uma das Partes tome conhecimento da existência de produtos ou instrumentos de crime localizados no território da outra Parte e passíveis de confisco ou apreensão sob as leis daquela Parte, poderá informar à Autoridade Central da outra Parte a respeito dessa circunstância. Se esta Parte tiver jurisdição sobre a matéria, poderá repassar essa informação às suas autoridades para que se avalie a providência mais adequada a tomar. Essas autoridades basearão sua decisão nas leis de seus respectivos países e incumbirão sua Autoridade Central de informar a outra Parte quanto à providência tomada.

2. As Partes prestarão assistência mútua na medida em que seja permitida pelas respectivas leis que regulam o procedimento para os casos de apreensão de produtos e instrumentos de crime, de restituição às vítimas do crime, e de cobrança de multas impostas por sentenças penais. Inclui-se entre as ações previstas neste parágrafo o congelamento temporário desses produtos ou instrumentos de crime, enquanto se aguarda julgamento de outro processo.

3. A Parte que tem custódia dos produtos ou instrumentos de crime deles disporá de acordo com sua lei. Qualquer Parte pode transferir esses bens, total ou parcialmente, ou o produto de sua venda para a outra Parte, de acordo com a lei da Parte que transferir e nos termos que julgar adequados.

Artigo XVII

Compatibilidade com Outros Acordos

Os termos de assistência e demais procedimentos contidos neste Acordo não constituirão impedimento a que uma Parte preste assistência à outra com base em dispositivos de outros acordos internacionais aplicáveis, ou de conformidade com suas leis nacionais. As Partes podem também prestar-se assistência nos termos de qualquer acordo, ajuste ou outra prática bilateral cabível.

Artigo XVIII

Consultas

As Autoridades Centrais das Partes realizarão consultas, a intervalos de tempo acertados mutuamente, no sentido de promover o uso mais eficaz deste Acordo. As Autoridades Centrais podem também estabelecer acordo quanto a medidas práticas que se tornem necessárias com vistas a facilitar a implementação deste Acordo.

Artigo XIX

Aplicação

Este Acordo será aplicado a qualquer solicitação apresentada após a data de sua entrada em vigor, ainda que os atos ou omissões que constituam o delito tenham ocorrido antes daquela data.

Artigo XX

Ratificação, Vigência e Denúncia

1. O presente Acordo estará sujeito a ratificação e os seus instrumentos de ratificação serão trocados o mais brevemente possível.

2. O presente Acordo entrará em vigor na data da troca dos instrumentos de ratificação.

3. As Partes poderão modificar o presente Acordo por consentimento mútuo e tais emendas entrarão em vigor por meio da troca de notas, por escrito, entre as Partes, através dos canais diplomáticos, informando que as formalidades internas para sua entrada em vigor foram completadas.

4. Cada uma das Partes poderá denunciar este Acordo por meio de notificação, por escrito, através dos canais diplomáticos, à outra Parte. A denúncia produzirá efeito 6 (seis) meses da data da notificação.

Em fé do que, os abaixo-assinados, devidamente autorizados por seus respectivos Governos, assinaram o presente Acordo.

Feito em Brasília, em 14 de outubro de 1997, em dois exemplares originais, nos idiomas português e inglês, sendo ambos os textos igualmente autênticos.

Pelo Governo da República Pelo Governo dos Estados

Federativa do Brasil Unidos da América

Luiz Felipe Lampreia Madeleine Albright

Ministro de Estado das Secretária de Estado

Relações Exteriores

Formulário A

(Referente ao Artigo VIII)

Certificado de Autenticidade de Registros Comerciais

Eu, _____ (nome), atesto, sujeito às penas da lei por falso
testemunho ou falsa perícia, ser empregado da _____ (nome da empresa da qual
se requisitam os documentos) no cargo oficial de _____.

Declaro ainda que cada um dos documentos anexos é original ou cópia de documentos originais sob a custódia de _____ (nome da empresa da qual se requisitam os documentos).

Declaro, ainda, que:

- a) tais registros foram feitos à época ou próximo à época em que ocorreram os fatos descritos por (ou originários da informação prestada por) alguém com conhecimento desses fatos;
- b) esses registros foram mantidos no curso de uma atividade comercial regularmente exercida;
- c) esses registros representam uma rotina imposta pelo exercício da atividade comercial; e
- d) o registro em questão é original ou uma cópia do original.

Assinatura	Data
------------	------

Juramentado ou afirmado perante mim. _____

(nome), _____ (Tabelião, Juiz, funcionário do Poder Judiciário, etc.),
aos _____ dias do mês de _____ de 19____.

Formulário B

(Referente ao Artigo IX)

Certificado de Autenticidade de Documentos Públicos Estrangeiros

Eu, _____ (nome), atesto, sob as penas da lei por falso testemunho ou falsa perícia, que meu cargo no Governo do _____ (país) é _____ (título oficial) e que, neste cargo, estou autorizado pela lei do _____ (país) a atestar que os documentos anexos e abaixo descritos são legítimos e cópias autênticas dos registros oficiais originais, transcritos ou arquivados em _____ (nome do órgão governamental ou entidade pública), que é um órgão governamental ou entidade pública do _____ (país).

Discriminação dos Documentos:

Assinatura

Título

Data

Formulário C

(Referente ao Artigo XIV)

Certificado de Apreensão de Bens

Eu, _____ (nome), atesto, sob as penas da lei por falso testemunho ou falsa perícia, que o meu cargo no Governo do _____ (país) é _____ (título oficial). Recebi os bens abaixo discriminados de _____ (nome da pessoa), em _____ (data), em _____ (local), nas seguintes condições:

Descrição do bem:

Alterações nas condições, enquanto sob minha custódia:

Chancela Oficial

Assinatura

Título

Data