

FÁBIO RAMAZZINI BECHARA

**COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL:
EFICÁCIA DA PROVA PRODUZIDA NO EXTERIOR**

TESE DE DOUTORADO

ORIENTADOR: PROF. TITULAR ANTONIO SCARANCA FERNANDES

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO

2009

FÁBIO RAMAZZINI BECHARA

**COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL:
EFICÁCIA DA PROVA PRODUZIDA NO EXTERIOR**

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para obter o título de Doutor, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, Área de Concentração em Direito Processual

Orientador: Prof. Dr. Antonio Scarance Fernandes

SÃO PAULO

2009

Bechara , Fábio Ramazzini

Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior / Fábio Ramazzini Bechara; orientador Antonio Scarance Fernandes. – São Paulo, 2009. 198 f. : fig. ; tab..

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito. Area de Concentração: Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

1. Cooperação jurídica internacional. 2. Prova.
3. Eficiência e garantismo . I. Fernandes, Antonio Scarance.
II. Título

FÁBIO RAMAZZINI BECHARA

**COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL:
EFICÁCIA DA PROVA PRODUZIDA NO EXTERIOR**

Tese apresentada à Banca Examinadora da Universidade de São Paulo, para a obtenção do título de Doutor em Direito Processual.

Banca Examinadora:

1) PROF. DR. _____

TITULAÇÃO: _____

JULGAMENTO: _____ ASSINATURA _____

2) PROF. DR. _____

TITULAÇÃO: _____

JULGAMENTO: _____ ASSINATURA _____

3) PROF. DR. _____

TITULAÇÃO: _____

JULGAMENTO: _____ ASSINATURA _____

4) PROF. DR. _____

TITULAÇÃO: _____

JULGAMENTO: _____ ASSINATURA _____

5) PROF. DR. _____

TITULAÇÃO: _____

JULGAMENTO: _____ ASSINATURA _____

São Paulo, de de 2009.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, gostaria de manifestar a minha mais profunda gratidão ao Professor Antonio Scarance Fernandes, meu orientador, que me deu a oportunidade de frequentar o curso de pós-graduação na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e confiou no projeto de tese então apresentado em meados de 2005. O convívio com o Professor Scarance permitiu-me não somente admirá-lo pelo compromisso com a atividade científica e acadêmica, mas principalmente pelo seu valor humano, sempre respeitoso e disponível aos seus alunos, em reuniões semanais, e com a preocupação e o cuidado de adequar o projeto de tese.

Não poderia deixar de registrar o início do projeto em 2005, de janeiro a março, período em que permaneci na Europa realizando a pesquisa e contei com o apoio e colaboração de diversos profissionais, professores e magistrados, hoje meus amigos. Assim, gostaria de agradecer aos Professores Fernando Gascon Inchausti e Lorena Bach-Mayer Winter, bem como aos funcionários da biblioteca do Departamento de Direito Processual da Universidade Complutense de Madri; aos magistrados do Tribunal Supremo Perfecto, Andrez Ibañes e Enrique Bacigalupo, na Espanha; ao Professor Andrea Castaldi da Universidade de Salerno; ao colega magistrado Giovanni Salvi, do Conselho Superior da Magistratura Italiana; ao Professor Jan Michael Simon e aos funcionários da biblioteca, do Instituto Max-Planck em Freiburg, na Alemanha; ao Professor Vladimiro Zagrebelsky, juiz do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em Estrasburgo, na França; aos amigos Isabel Vicente Carbajosa e Joaquin Gonzales da OLAF (Unidade Européia de Combate à Fraude) de Bruxelas, na Bélgica; aos magistrados da EUROJUST, José Luis Lopes da Mota e Antonio José Santos Alves (*in memoriam*), de Haia, na Holanda.

Quero também agradecer ao amigo e colega Edilson Mougnot Bonfim, grande incentivador da realização do projeto de pesquisa na Europa. Aos Professores Pedro Franco de Campos, Luis Fernando de Moraes Manzano e Luis Geraldo Lanfredi, pela leitura atenta e crítica da tese, permitindo-me a correção e o aprimoramento do texto.

Agradeço ao Ministério Público do Estado de São Paulo, que mantém em mim vivo o orgulho de ser promotor de justiça e acreditar que o mundo e as pessoas podem mudar.

Agradeço, enfim, à minha família, minha esposa Andréa, meu filho Fábio e a minha filha recém-chegada Francesca, pela compreensão em razão das inúmeras horas de convívio que lhes foram tiradas, e pelo apoio, o qual foi determinante para o desenvolvimento e conclusão do estudo.

RESUMO

O objetivo desta tese é demonstrar que a maior eficácia da prova produzida no exterior e a maior eficiência da cooperação jurídica internacional estão associadas ao padrão normativo universal dos direitos humanos, que possibilita a superação do principal entrave que é a diversidade entre os sistemas jurídicos nacionais. A Declaração Universal de 1948 constitui o grande referencial histórico na construção do padrão normativo universal dos direitos humanos. O movimento de difusão e consolidação do padrão normativo universal dos direitos humanos deu-se através dos processos de internacionalização e constitucionalização, traduzido num esforço de harmonização, em que se buscou estabelecer uma relação de equivalência e semelhança entre os sistemas, respeitada a diversidade que particulariza cada um destes. A aceitação do modelo normativo universal dos direitos humanos repercute no processo penal, seja na atividade probatória como no instrumento processual da assistência jurídica internacional. Na atividade probatória, o padrão dos direitos humanos manifesta-se pelo modelo de processo justo, que representa o marco comum entre os sistemas jurídicos nacionais que o incorporaram, inclusive o brasileiro, sendo suficiente a sua observância para que a eficácia da prova seja idoneamente alcançada. Na cooperação jurídica internacional, o padrão dos direitos humanos qualifica-se como o pressuposto para a maior confiança entre os Estados que o adotam, possibilitando a revisão do modelo tradicional e a adoção de formas mais ágeis e diretas de assistência. Nesse contexto, o ordenamento jurídico brasileiro impõe um novo tratamento normativo do instituto da cooperação jurídica internacional para a produção de prova, levando-se em consideração a tendência internacionalista assumida a partir da Constituição Federal de 1988, seja por reconhecer a ordem internacional como um dos fundamentos do Estado Democrático brasileiro, seja por eleger os direitos humanos e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade como princípios a reger as suas relações internacionais.

Palavras-chave: Cooperação jurídica internacional em matéria penal; Prova; Eficiência e garantismo.

ABSTRACT

The aim of the thesis is demonstrate that the effectiveness of the evidence obtained abroad and the efficiency of the international legal assistance are related to the universal legal standard of human rights, which allows a response for the diversity between national legal systems. The Universal Charter of 1948 is the main marc in the process of building the universal legal standard of human rights. The movement of diffusion and consolidation of the universal legal standard of human rights is related to the process of internationalization, either in the constitutional level, which work was an effort of harmonization, in a way of introducing the same values, not the same rules, in the national legal systems, considering the diversity of each one. The acceptance of the universal legal model of human rights affects the procedural criminal law, even the evidence and the international legal assistance. Regarding the evidence the universal legal standard of human rights means the fair trial model, a connection between the national legal systems that introduced this model, either the Brazilian legal order, which is enough to guarantee the effectiveness of the evidence. Regarding the international legal assistance the universal legal standard of human rights means the basis for more confidence between the states that adopt this one, and which allows a revision of the traditional model and the use of different ways of cooperation, faster and direct. In this sense, the Brazilian legal system obeys a new legal model of international assistance to obtain evidence abroad, considering the international tendency affirmed by Federal Constitution of 1988, which recognizes the international order in the basis of the Brazilian Democratic State, and the human rights and the cooperation for the progress of humanity as principles to guide its international relationship.

Key-words: International legal assistance in criminal matters; Evidence; Efficiency and guarantees.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
PARTE I – PREMISSAS CONCEITUAIS	15
INTRODUÇÃO	16
1 EFICIÊNCIA E GARANTISMO	17
1.1 Eficiência, eficácia e efetividade	17
1.2 Garantismo	19
1.3 Processo penal justo: eficiência e garantismo	20
1.3.1 Relação entre eficiência, eficácia, efetividade e garantismo	20
1.3.2 Processo penal: eficiência, eficácia e efetividade	22
2 PROVA PENAL, EFICÁCIA E GARANTISMO NA ATIVIDADE PROBATÓRIA	24
2.1 Prova penal	24
2.2 Prova e eficácia	26
2.3 Prova e garantismo	27
2.4 Eficácia da prova e procedimento probatório	28
3 COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL	30
3.1 Noções	30
3.2 Natureza jurídica	31
3.3 Classificação da cooperação jurídica internacional	32
3.4 Fontes da cooperação jurídica internacional	34
3.4.1 Fontes no Direito Internacional	35
3.4.2 Fontes no Direito Brasileiro	36
3.5 Procedimentos da cooperação jurídica internacional para fins de produção de prova	39
3.5.1 Carta rogatória	40
3.5.2 Pedido de auxílio direto	42
3.6 Principais dificuldades no processamento da cooperação jurídica internacional	45
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS DO CAPÍTULO	47

PARTE II – PADRÃO NORMATIVO UNIVERSAL, PROVA PENAL E COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL	48
INTRODUÇÃO	49
CAPÍTULO I – PADRÃO NORMATIVO UNIVERSAL: PROCESSO DE HARMONIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	51
1 Padrão normativo: unificação e harmonização	51
1.1 Padrão normativo e tipo	51
1.2 Processo de reconhecimento do padrão normativo: unificação e harmonização	52
2 Direitos humanos: padrão normativo universal	54
2.1 Universalismo dos direitos humanos: aparente dicotomia com o multiculturalismo	55
2.2 Processo de internacionalização dos direitos humanos	57
2.3 Processo de constitucionalização dos direitos humanos	60
2.3.1 Constitucionalização dos direitos humanos no Direito Brasileiro	62
2.3.2 Constitucionalização dos direitos humanos no Direito Estrangeiro	63
3 Considerações finais do Capítulo I	66
CAPÍTULO II – PADRÃO NORMATIVO UNIVERSAL E MAIOR EFICÁCIA DA PROVA PRODUZIDA NO EXTERIOR	67
1 Diversidade entre os sistemas probatórios e a superação das eventuais incompatibilidades	67
1.1 Sistemas probatórios e sistemas processuais	68
1.2 Sistema europeu continental	69
1.3 Sistema anglo americano	72
2 Processo de internacionalização e constitucionalização da garantia do processo justo	74
3 Processo justo e prova penal: marco de garantias na atividade probatória no exterior	78
3.1 Marco de garantias	80
3.1.1 Direito à prova	81
3.1.1.1 Direito à prova e participação do juiz na produção da prova no exterior	83
3.1.1.2 Titularidade do direito à prova	84
3.1.2 Presunção de inocência	85
3.1.3 Contraditório	87
3.1.4 Igualdade de armas	89
3.1.5 Direito de defesa	91
3.1.6 Duração razoável do processo	92
3.1.7 Assistência gratuita de um intérprete	93
3.1.8 Respeito à intimidade, vida privada e familiar, e inviolabilidade do domicílio	94

3.2 Aplicação do marco de garantias às provas em espécie	96
3.2.1 Prova testemunhal	96
3.2.2 Prova documental	101
3.2.3 Prova pericial	103
3.2.4 Meios de obtenção de prova e restrição à intimidade e à vida privada	104
3.2.4.1 Busca e apreensão domiciliar	105
3.2.4.2 Escuta telefônica, interceptação telefônica e gravação ambiental	106
4 Segue: aplicação do marco de garantias à prova emprestada, prova atípica, prova não ritual, prova anômala e a prova proibida	109
4.1 Prova emprestada	109
4.2 Prova atípica, prova não ritual e prova anômala	112
4.3 Prova proibida	113
5 Considerações finais do capítulo	115
 CAPÍTULO III – PADRÃO NORMATIVO UNIVERSAL E MAIS EFICIÊNCIA NA COOPERA- ÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL	 116
1 Solução das principais dificuldades enfrentadas no processamento da coopera- ção jurídica internacional	116
1.1 Nova configuração da soberania nacional	116
1.2 Nova configuração da ordem pública nacional	120
1.3 Conclusão	123
2 Confiança mútua como princípio orientador da cooperação entre os Estados	125
2.1 Noção de confiança segundo Luhman	126
2.2 Tolerância: pressuposto para a construção da confiança	127
2.3 Confiança como princípio jurídico: sentido e alcance	129
2.3.1 Origem do princípio da confiança	131
2.3.2 Fundamento constitucional do princípio jurídico da confiança	133
2.4 Princípio jurídico da confiança e cooperação jurídica internacional em matéria penal	135
3 Fatores de eficiência da cooperação jurídica internacional em matéria penal: aplicação do princípio da confiança	136
3.1 Definição do direito aplicável: lei do Estado do processo ou lei do Estado requerido	137
3.2 Excepcionalidade da exigência de dupla incriminação	139
3.3 Especialidade na destinação do ato praticado	140
3.4 Procedimentos da cooperação jurídica internacionais: novas formas de comunicação e atuação	142
3.4.1 Novas formas de atuação na carta rogatória e no pedido de auxílio direto: rogatória participativa; produção direta da prova; videoconferência	143
3.4.2 Comunicação direta	146
3.4.2.1 Comunicação direta entre autoridades não judiciais	147
3.4.2.2 Comunicação direta entre autoridades judiciais	148
3.4.3 Comunicação espontânea	149

3.5 Existência de acordo bilateral ou de tratado multilateral: consentimento do Estado requerido e desnecessidade de promessa de reciprocidade	149
4 Considerações finais da Parte II	153
PARTE III – SISTEMATIZAÇÃO DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL NO BRASIL: PROPOSTA DE <i>LEGE FERENDA</i>	154
INTRODUÇÃO	155
CAPÍTULO I – MODELOS NORMATIVOS DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL: INFLUÊNCIA DO PADRÃO NORMATIVO DOS DIREITOS HUMANOS	157
1 Modelo da União Européia	157
1.1 Princípio do reconhecimento mútuo e direitos humanos	157
1.2 Aplicação do princípio do reconhecimento mútuo: alcance e parâmetros	158
1.3 Marco de garantias processuais	160
1.4 Mandado de produção de prova europeu	160
2 Modelo da Organização das Nações Unidas	162
3 MERCOSUL: Protocolo de Assistência Jurídica em Matéria Penal	164
4 Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para a Iberoamerica	166
5 Considerações finais do capítulo	169
CAPÍTULO II – PROPOSTA DE <i>LEGE FERENDA</i>	170
1 Ausência de sistematização	170
2 Proposta de emenda à Constituição Federal	171
3 Proposta de lei infraconstitucional: ideias centrais	172
4 Considerações finais da Parte III	180
CONCLUSÃO	181
REFERÊNCIAS	185
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA	195

INTRODUÇÃO

O objetivo desta tese consiste na demonstração de que a maior eficácia da prova produzida no exterior e a maior eficiência da cooperação jurídica internacional pressupõem o reconhecimento da existência de um padrão normativo universal em matéria de garantias processuais.

As razões para a escolha do tema e a definição do objeto da tese foram:

- superar problemas como:
 - ✓ o recurso à soberania nacional e à ordem pública a impedir ou ao menos dificultar o processamento da cooperação jurídica internacional;
 - ✓ b) a diversidade dos sistemas jurídicos;
- tornar o instituto da cooperação jurídica internacional em matéria penal mais dinâmico.

Propõe-se para o enfrentamento destas questões a identificação da existência do padrão normativo universal¹ dos direitos humanos, reconhecido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e pelos diversos documentos internacionais que a sucederam, os quais interferem de forma significativa no processamento dos pedidos de assistência jurídica internacional, notadamente quando o objetivo é a produção da prova.

Para Annalisa Ciampi, a atividade de cooperação impõe um esforço bastante expressivo na tentativa de compatibilizar as soberanias nacionais e a diversidade dos sistemas jurídicos². O método para a análise e a solução desta situação, segundo a autora, pode ser construído a partir de três perspectivas distintas: a) dimensão do processo; b) comparação entre sistemas; c) relacionamento internacional entre os Estados³.

Sob a perspectiva processual, a prova conserva a sua função instrumental em relação ao processo penal no Estado de origem, o que impõe o respeito às normas estabelecidas pelo direito interno como condição de validade para as provas produzidas no exterior. A preponderância absoluta das regras do Estado de origem se não inviabilizam, ao menos dificultam substancialmente a possibilidade de se resguardar a eficácia da prova.

Sob a perspectiva comparatista, a produção de prova no exterior contempla uma mistura dos dois ou mais sistemas envolvidos, com a preocupação em se identificar os

¹ O padrão normativo universal constitui um conjunto de valores respeitados universalmente na sua forma essencial, todos os quais expressam o ideal dos direitos humanos e se qualificam como legítima manifestação da dignidade da pessoa humana, inclusive, em matéria de garantias processuais.

² CIAMPI, Annalisa. **L'assunzione di prove all'estero in matéria penale**. Verona: CEDAM, 2003. p. 1.

³ Idem., p. 3.

pontos de contato ou as características de homogeneidade⁴. Tal qual na perspectiva processualística, as limitações de soberania constituem o principal obstáculo, na medida em que no esforço comparatista há o inegável instinto de preservação daquilo que é essencial aos sistemas jurídicos nacionais.

Já sob a perspectiva internacionalista, a questão pode ser vista sob dois ângulos. No primeiro plano, a questão é tratada no âmbito das relações entre os Estados soberanos, os quais assumem obrigações recíprocas por meio de acordos ou tratados. Através desses instrumentos, os Estados, no exercício da sua soberania, assumem o compromisso de cooperação entre si, cujos termos representam o instrumental jurídico a prevalecer nesta relação. No segundo aspecto, a questão é colocada no contexto das normas internacionais de proteção aos direitos humanos, de cumprimento obrigatório por parte dos Estados soberanos, independentemente do vínculo obrigacional assumido entre si e que se materializa, em termos processuais, na garantia do *due process of law* ou do justo processo.

A tese será orientada pela perspectiva internacionalista, uma vez que o ideal universalista dos direitos humanos, que resulta na ideia de um padrão normativo universal, tem como ponto de partida a citada Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

A associação dos tratados bilaterais ou multilaterais firmados no âmbito das relações entre os Estados ou no contexto das organizações internacionais, com as normas internacionais de direitos humanos, qualifica-se, segundo Annalisa Ciampi, como o método mais idôneo a proporcionar uma unidade sistemática aos diversos aspectos em que se articula o fenômeno da produção da prova no exterior⁵.

O ideal universalista dos direitos humanos, base para a concepção de um padrão normativo universal em matéria de garantias processuais, impõe uma nova configuração da soberania nacional, assim como constitui a base para a confiança mútua entre os Estados, e é determinante para assegurar a eficácia da prova e a eficiência na assistência. A prova é, sem dúvida alguma, um dos institutos que mais sofrem a influência das garantias que integram o *fairness procedural*, principalmente no âmbito da Justiça Penal, enquanto método analítico mais adequado para reconstruir uma situação passada e assegurar um resultado final mais justo.

Assim, o estudo estará dividido em três partes:

⁴ CIAMPI, Annalisa. *L'assunzione di prove all'estero in matéria penale*. Verona: CEDAM, 2003. p. 6.

⁵ *Ibid.*, p. 11.

Na **Parte I** serão expostas as premissas conceituais do tema da tese. Em primeiro lugar, considerando o objeto da tese, que é a eficácia da prova produzida no exterior, fundamental à determinação do que se deve entender pela expressão “eficácia da prova”.

O conceito será obtido a partir da distinção entre os conceitos de eficiência, eficácia e efetividade, bem como sua correlação com o garantismo, como modelo normativo, que desempenha uma função cognitiva e outra de promoção das liberdades individuais.

No campo da prova, o modelo normativo de interesse coincide com o procedimento probatório, o qual é determinante para que a prova assegure a sua capacidade demonstrativa.

Por outro lado, quando a prova deve ser produzida no exterior, em que é necessário o recurso à cooperação jurídica internacional, a discussão quanto ao procedimento probatório é de fundamental relevância, dado o tratamento diferenciado deferido por cada ordenamento jurídico nacional.

Nesse sentido, aliás, a eficácia da prova depende não somente do procedimento probatório, mas também do dinamismo que deve caracterizar o instituto da cooperação jurídica internacional, superando os principais obstáculos ao seu processamento.

A **Parte II** estará subdividida em três capítulos e o objetivo consiste na demonstração da efetiva existência de um padrão normativo universal em matéria de direitos humanos, compreendidas as garantias processuais, com a função de harmonizar e não unificar os ordenamentos jurídicos nacionais e os seus reflexos na atividade probatória e no processamento da cooperação jurídica internacional.

No Capítulo I será demonstrada a existência do padrão normativo universal, fundado no ideal universalista dos direitos humanos, construído a partir do processo de internacionalização dos direitos humanos, e confirmado pelo seu processo de constitucionalização.

No Capítulo II será identificado o padrão normativo universal em matéria de garantias processuais, representado pela garantia do processo justo ou equitativo, com particular destaque para as garantias que incidem sobre a atividade probatória, cuja observância representa a maior eficácia da prova e a solução para a superação da diversidade entre os sistemas probatórios. Esta constatação estará respaldada pelos principais tratados internacionais de direitos humanos, tanto no plano universal como regional, bem como pela jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

No Capítulo III serão examinados os reflexos do padrão normativo universal dos direitos humanos no processamento da cooperação jurídica internacional, notadamente: a superação das principais dificuldades no atendimento dos pedidos de assistência; a definição do princípio da confiança mútua como princípio orientador das relações entre os Estados; a identificação dos fatores que podem proporcionar mais eficiência à cooperação jurídica internacional.

Na **Parte III**, o objetivo é a sistematização do instituto da cooperação jurídica internacional em matéria penal no Direito Brasileiro, para o fim de produzir provas, a partir dos reflexos gerados pelo padrão normativo universal dos direitos humanos. Assim, estará dividida em dois capítulos.

No Capítulo I será analisada a influência do padrão normativo universal dos direitos humanos na conformação dos modelos normativos de assistência jurídica internacional, adotados na União Européia, nas Nações Unidas, no Mercosul e no Instituto Iberoamericano de Direito Processual.

No Capítulo II, finalmente, será apresentada proposta, de lege ferenda, de reorganização do instituto da cooperação jurídica internacional em matéria penal no Direito brasileiro, tanto no plano constitucional como infraconstitucional, tendo como premissa o marco de garantias estudado na Parte II. O objetivo da proposta é tornar o instrumento da assistência mais dinâmico, e estará restrita à cooperação jurídica internacional que tem como objeto a produção da prova, levando-se em consideração a vocação internacionalista assumida a partir da Constituição Federal de 1988, que dispõe no art. 4º., dentre outros, a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade como um dos princípios que rege a atuação do Brasil nas suas relações internacionais,

Na conclusão do trabalho, pretende-se alinhar de forma tópica e racional as principais ideias desenvolvidas ao longo do estudo, que confirmam o objetivo da tese e a contribuição científica proposta.

A linha de pesquisa que balizou o desenvolvimento do estudo é a eficiência e o garantismo.

PARTE I
PREMISSAS CONCEITUAIS

INTRODUÇÃO

O objetivo da tese é demonstrar que a maior eficácia da prova produzida no exterior e a maior eficiência da cooperação jurídica internacional têm como fundamento o reconhecimento da existência de um padrão ético universal em matéria de garantias processuais.

Para que o tema da tese seja adequadamente compreendido, propõe-se a análise dos conceitos de:

- a) eficiência e garantismo e a relação com o conceito de eficácia;
- b) prova penal;
- c) cooperação jurídica internacional.

Não se trata de um esforço meramente descritivo, mas crítico, do ponto de vista da delimitação do âmbito de discussão.

O que se entende por eficácia? A determinação conceitual de eficácia pressupõe a sua distinção terminológica com os conceitos de eficiência e efetividade, assim como a sua projeção para o âmbito do processo penal, sua correlação com as garantias processuais e com a prova penal. A prova penal deve ser estudada tanto sob o aspecto da sua função como do procedimento, em que a observância do modelo garantista constitui o método mais adequado para que este fim seja atingido.

A dispersão da prova, citada por Annalisa Ciampi, justifica a necessidade da cooperação interna, e, principalmente, a internacional entre Estados ou entre Estados e Tribunais Internacionais. Impõe, assim, qualificar o instituto da cooperação jurídica internacional como instrumento processual para a produção da prova no exterior, cuja maior eficiência está associada à existência de um padrão normativo universal. A maior eficiência na cooperação está associada à superação dos principais obstáculos no desenvolvimento da atividade probatória e no processamento da assistência, quais sejam: a diversidade dos sistemas jurídicos; a necessidade de preservação da soberania e da ordem pública interna.

1 EFICIÊNCIA E GARANTISMO

1.1 Eficiência, eficácia e efetividade

Os termos eficiência, eficácia e efetividade não são expressões sinônimas, assim como a sua distinção não é meramente semântica. A distinção entre os três conceitos pode ser extraída das Ciências Econômicas e da Administração, assim como do Direito Administrativo. Para o presente estudo, todavia, mais do que diferenciar os referidos termos, é fundamental identificar a sua conformação com o processo penal e com o instituto da prova.

Nas *Ciências Econômicas e na Administração*, a eficiência é a virtude e a faculdade para atingir um efeito determinado, em que a ênfase está menos no resultado ou no efeito, mas na qualidade para produzi-lo e a ação necessária para alcançá-lo¹. Consiste na capacidade ou qualidade de atuação de um sistema ou sujeito econômico para obter o cumprimento de um objetivo determinado, minimizando o emprego de recursos.

A eficácia, por sua vez, traduz-se na produção intencionada de uma realidade, como resultado da ação de um agente idôneo para agir, medindo o resultado obtido com os objetivos pretendidos. É o grau ou a medida através da qual se alcançam os objetivos propostos.

A eficiência é fazer bem as coisas, e a eficácia é fazer as coisas².

Já a efetividade consiste “na qualidade daquilo que se manifesta por um efeito real, positivo, seguro, firme, que mereça confiança”³, cujos efeitos projetam-se para além do próprio resultado.

Na *Teoria da Organização*, a eficiência constitui o critério que determina a estrutura específica de uma organização, e a eficácia é a produtividade, o rendimento da organização na realização dos seus fins.

A eficiência compreende tanto a eficiência técnica como a eficiência econômica, sendo que essa última abrange a eficiência na distribuição dos recursos

¹ ALFONSO, Luciano Parejo. Eficácia y administracion: tres estudios. **Boletín Oficial Del Estado**. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas, 1995. p. 92.

² Ibid., p. 94.

³ FERNANDES, Antonio Scarance Fernandes. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAIS, Mauricio Zanóide de (Coord.). **Sigilo no processo penal**. Eficiência e garantismo. São Paulo: RT, 2008. p. 17.

disponíveis e a eficiência produtiva, enquanto rendimento na utilização dos recursos disponíveis⁴.

A organização eficaz é aquela que se adapta ao seu entorno⁵, e a sua evolução da eficácia deve ser compreendida em três níveis:

- a) o entorno da organização;
- b) a organização em si mesma;
- c) os elementos que dela fazem parte.

No *Direito Administrativo*, segundo Fábio Medina Osório, a eficiência engloba a eficácia e traduz as exigências funcionais aos agentes públicos, relacionando-se não apenas com a legitimidade dos seus gastos, mas com a economicidade dos resultados, a qualidade do agir administrativo, o comprometimento com metas e soluções de problemas⁶. Prossegue, afirmando que os paradigmas da eficiência proporcionam a reconstrução dos pilares da impessoalidade administrativa⁷.

Na *Teoria Geral do Direito*, não se faz distinção entre eficiência, eficácia e efetividade da norma jurídica, na medida em que o termo eficácia engloba os conceitos de eficiência e efetividade. O termo eficácia da norma jurídica é utilizado para designar o cumprimento efetivo da norma por parte de uma sociedade, os seus efeitos sociais, correspondentes ao querer coletivo⁸. Para Tércio Sampaio Ferraz, a eficácia constitui uma qualidade da norma no sentido da sua adequação em vista da produção concreta de efeitos⁹. No mesmo sentido, tem-se a definição de Ricardo Guastini, segundo o qual a eficácia de uma norma depende da medida com que obrigado a todos os seus destinatários¹⁰.

No *Direito Constitucional*, Luís Roberto Barroso define a efetividade como a realização do Direito, o desempenho concreto da sua função social, simbolizando a aproximação entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social. Conclui, afirmando

⁴ ALFONSO, Luciano Parejo. Luciano Parejo. Eficácia y administracion: tres estudios. **Boletín Oficial Del Estado**. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas, 1995. p. 96-97.

⁵ Ibid., p. 95.

⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**. São Paulo: RT, 2007. p. 164.

⁷ Ibid., p. 167.

⁸ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à Ciência do Direito**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 393.

⁹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. ICM sobre bens importados: constitucionalidade da lei. **Revista Jurídica da Faculdade de Direito de Curitiba**, n. 4, p. 180, 1985.

¹⁰ GUASTINI, Ricardo. **Distinguendo**. Estudos de teoría y metateoría del derecho. Barcelona: Gedisa, 1999. p. 87.

que a efetividade pressupõe a eficácia jurídica da norma, no sentido da sua aptidão formal para incidir e reger as situações da vida, operando os efeitos que lhes são próprios¹¹.

A partir do que foi exposto, cumpre assinalar a importância para o desenvolvimento do estudo, a distinção entre as expressões eficiência, eficácia e efetividade, as quais não devem ser tomadas como sinônimas.

Com efeito, ainda, as três expressões serão empregadas segundo o sentido adotado na Ciência Econômica e na Administração, em que o resultado constitui o critério de diferenciação. Na realidade, tanto a Teoria Geral do Direito, como o Direito Administrativo e o Direito Constitucional, não diferenciam as expressões, ora tratando-as como sinônimas, ora associando-as com a validade formal das normas, o que não é suficiente para o objetivo do estudo.

Assim, por eficiência entender-se-á a aptidão para um resultado; por eficácia entender-se-á a obtenção do resultado; por efetividade entender-se-á a qualidade externa que se projeta para além do resultado.

1.2 Garantismo

O estudo do garantismo tem como um dos grandes referenciais, Luigi Ferrajoli. O autor trabalha com três significados de garantismo, extraídos do modelo penal garantista, que constitui o parâmetro de racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva¹².

O primeiro designa um modelo normativo de direito, relacionado com o Direito Penal, um modelo de estreita legalidade, que sob o plano epistemológico caracteriza-se

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 84.

¹² FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**. Bari: Laterza, 1990. p. 891. O garantismo, segundo Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, é fruto da evolução da história da humanidade, a partir do momento em que o delinquente passa a ser considerado sujeito de direitos, tutelado pelo Estado, garantindo a ele o respeito devido, seja na fase pré-processual, durante o julgamento e a execução (STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. **A Convenção Americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 1999. p. 96). No mesmo sentido, Salvador José Barbosa Junior (O novo tratamento legal ao uso compartilhado da droga. **Revista Jurídica**, ano 55, n. 355, p.115, mai. 2007) define o garantismo como o conjunto de normas que impõe ao Estado o respeito aos direitos do indivíduo, assegurando-lhes garantias jurídicas para a apuração da responsabilidade penal e da aplicação da justa pena. Ainda, de acordo com Geraldo Prado, o garantismo está fundado nos ideais do Iluminismo e da Modernidade, desenvolvidos ao longo do tempo e há mais de quatro séculos na Europa Ocidental, expandindo-se para todos os ramos do Direito, evidenciando a natureza política dos direitos penal e processual penal, e buscando não somente a regulação da vida social, como a cooperação com o funcionamento do ordenamento jurídico em geral como instrumento de transformação positiva da sociedade (PRADO, Geraldo. Prisão e liberdade. **Revista Jurídica**, v. 48, n. 278, p. 67, dez. 2000).

como um sistema cognitivo. Sob o plano político, o modelo normativo caracteriza-se como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade. E sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos ao poder punitivo do Estado para garantia dos direitos dos cidadãos¹³.

O segundo significado de garantismo designa uma teoria jurídica da validade e da efetividade como categorias distintas entre si, mas também entre a existência ou vigência das normas. O garantismo opera como doutrina jurídica de legitimação interna do direito penal, que demanda do jurista uma constante revisão crítica acerca das leis vigentes, tanto do ponto de vista do direito válido como efetivo¹⁴.

O terceiro e último significado de garantismo designa uma filosofia política, que pressupõe a separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ser e dever ser¹⁵.

Segundo Luigi Ferrajoli, a teoria do garantismo é aplicável ao direito civil, administrativo, internacional, processual, dentre outros¹⁶.

A concepção defendida por Luigi Ferrajoli mostra-se adequada e aplicável ao objetivo da tese. Com efeito, interessa ao estudo o primeiro significado de garantismo citado pelo autor, que reconhece no modelo garantista um modelo normativo de proteção ao indivíduo, de imposição de limites à atuação estatal, e um modelo cognitivo, ou seja, de conhecimento ou apreensão da realidade. Nesse sentido, o modelo garantista qualifica-se como fator de legitimação da atuação do Estado, racional do ponto de vista cognitivo, e justo sob o aspecto das liberdades individuais.

Como se verá mais adiante, o padrão normativo universal dos direitos humanos atende ao primeiro significado do garantismo proposto.

1.3 Processo penal justo: eficiência, eficácia e efetividade e garantismo

1.3.1 Relação entre eficiência, eficácia, efetividade e garantismo

Qual a relação que se estabelece entre os conceitos de eficiência, eficácia e

¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**. Bari: Laterza, 1990. p. 891.

¹⁴ Ibid., p. 892.

¹⁵ Ibid., p. 893.

¹⁶ Ibid., p. 894.

efetividade, e garantismo?

O resultado representa o foco de toda a construção doutrinária dos conceitos de eficiência, eficácia e efetividade. A proteção representa, por sua vez, o foco da construção doutrinária do conceito de garantismo. A preocupação incisiva com o resultado pode provocar um sentimento de falta de proteção, da mesma forma que o excesso de proteção pode acarretar uma atuação ineficiente, ineficaz e não efetiva.

Não é verdadeira nem razoável a assertiva de que a busca pela eficiência implica a negação do garantismo, assim como não é verdadeira nem razoável a afirmação de que a afirmação do garantismo implica a ineficiência. Não se trata de conceitos contrapostos, mas complementares.

O objetivo do resultado e o objetivo da proteção estão alinhados e no mesmo plano de importância, de modo que o esforço na busca pelo resultado deve ser pautado pelo respeito aos limites de proteção.

O valor da eficiência não se deve pôr em contraste com a salvaguarda das garantias individuais, que correm risco para assegurar a eficiência do processo.

Por outro lado, é preciso reconhecer uma relação de complementaridade entre as garantias e a eficiência, configurando dentro da esfera dos direitos processuais¹⁷, em que o ideal garantista qualifica-se como fator de legitimação da atuação estatal¹⁸.

Tal perspectiva de equilíbrio faz com que a técnica processual necessite ser redimensionada, a fim de evitar que se atribua às exigências do método de solução das controvérsias importância incompatível com a sua natureza instrumental¹⁹.

A tarefa do legislador é essencialmente a de tutelar as liberdades fundamentais das pessoas envolvidas no processo, excluindo-se qualquer limitação da liberdade que não seja rigorosamente funcional às exigências que justifique o sacrifício mínimo²⁰.

O papel das garantias não é exaurir a função do processo, mas definir os modos e os instrumentos para a obtenção dos fins institucionais do processo através de um método regular e concreto²¹ e, assim, legitimar a ação estatal.

¹⁷ GREVI, Vittorio. **Allá ricerca di um processo penale “giusto”**. Milano: Giuffrè, 2000. p. 12-14.

¹⁸ ZAPPALÁ, Enzo. Presunzione d’innocenza e tutela del testimone. In: SEMINARIO GIURIDICO. 1999-2000. Milano **Annali del...** Milano: Giuffrè, 2001. v.1, p. 289 e 295.

¹⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 87.

²⁰ GREVI, Vittorio. Op. cit., p. 14-16.

²¹ Ibid., p. 305-307.

1.3.2 Processo penal

Os conceitos de eficiência, eficácia e efetividade são aplicáveis ao processo penal²² e para tanto se recorre ao pensamento de Antonio Scarance Fernandes a respeito.

O autor distingue a eficiência *do* processo penal da eficiência *no* processo penal. A eficiência do processo penal abrange o processo como entidade, que engloba tanto a relação jurídica e a atuação dos sujeitos processuais, como o procedimento, do ponto de vista dos atos que o integram²³.

Em primeiro lugar, a eficiência *do* processo penal.

Todavia, é fundamental o reconhecimento da finalidade perseguida no processo, a fim de que seja possível fazer a associação dos conceitos de eficiência, eficácia e efetividade.

Nesse sentido, Antonio Scarance Fernandes cita três correntes que discutem a finalidade do processo²⁴:

- a) assegurar a defesa ao acusado e, nessa hipótese, a eficiência seria colocar à disposição deste todas as oportunidades de se defender; já a eficácia seria a resistência à pretensão acusatória de modo a legitimar a decisão final e evitar o risco de condenações injustas;
- b) apuração da verdade e punição dos autores das infrações penais e, nesse caso, a eficiência seria a oportunização dos meios para que esse objetivo seja atingido; quanto à eficácia traduzir-se-ia na própria obtenção da condenação;
- c) obtenção de um resultado justo, em que a eficiência seria equilibrar a posição das partes para que exerçam adequadamente os seus direitos e em respeito às garantias constitucionais que as protegem; e a eficácia consistiria na concreção e no respeito ao procedimento adequado a permitir o equilíbrio de forças e oportunidades perseguidos.

²² Das noções apresentadas, foram adotados os seguintes conceitos: a eficiência é a aptidão ou capacidade para produção de um resultado; a eficácia é a produção do resultado; e a efetividade é o efeito transformador que advém do resultado como uma qualidade desse efeito obtido.

²³ FERNANDES, Antonio Scarance Fernandes. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAIS, Mauricio Zanóide de (Coord.). **Sigilo no processo penal**. Eficiência e Garantismo. São Paulo: RT, 2008. p. 24.

²⁴ Ibid., p. 24.

Nas três hipóteses analisadas, a efetividade do processo penal consiste nos efeitos positivos produzidos para fora do próprio processo, entendidas a transformação social, a manutenção da paz pública, o respeito às liberdades, dentre outros.

No que se refere ao exame da eficiência *no* processo penal, tal análise fica adstrita ao procedimento propriamente dito, assim como aos atos que o compõem, cuja finalidade, aliás, embora cumpra sempre um fim imediato, mediamente estará associada à finalidade do processo que foi apresentada nos parágrafos anteriores. Evidente que a análise da eficiência no processo deve ser feita sob a ótica do fim imediato.

Do que foi exposto, interessa ao estudo, no exame da eficiência *do* processo penal, a obtenção do resultado justo como finalidade²⁵.

²⁵ Importante anotar que o conceito de eficácia da prova para o fim deste estudo, tem como pressuposto a observância de um marco de garantias, representativo do modelo de processo justo.

2 PROVA PENAL, EFICÁCIA E GARANTISMO NA ATIVIDADE PROBATÓRIA

2.1 Prova penal

Para Antonio Magalhães Gomes Filho, a prova pode ser entendida como demonstração, como experimentação e como desafio. A prova é entendida como demonstração quando serve para estabelecer a verdade sobre determinado fato. A prova é entendida como experimentação quando indica uma atividade ou procedimento destinado a verificar a correção de uma afirmação. E, por fim, a prova é entendida como desafio quando indica um obstáculo a ser superado como condição para se obter o reconhecimento de certas qualidades²⁶.

Mas o termo “prova” também pode se referir a diferentes aspectos da atividade probatória, como, por exemplo, as fontes de prova, os meios de prova, os meios de pesquisa ou obtenção de prova, o procedimento probatório, os elementos de prova.

O ciclo da prova compreende a descoberta da fonte de prova (pessoa ou coisa), a sua instrumentação através do meio de prova, a sua produção através do procedimento probatório, a coleta do elemento de prova e, finalmente, a valoração do dado probatório²⁷.

As *fontes de prova* são as pessoas ou coisas a partir das quais pode se extrair o dado probatório²⁸.

O *meio de prova* é a atividade por meio da qual os dados probatórios são fixados no processo²⁹. Já Marina Gascón Abellán define os meios de prova como tudo aquilo que permite conhecer os fatos relevantes da causa³⁰.

Os *meios de pesquisa, de obtenção ou investigação de prova* são atividades desenvolvidas com o objetivo de identificar fontes de prova, sejam coisas materiais ou declarações dotadas de força probante. Na realidade, os meios de pesquisa de prova, diferentemente dos meios de prova, não constituem por si só fonte de convencimento³¹.

²⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanóide de. (Org.). **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo, DPJ, 2005. p. 305.

²⁷ TELLES JUNIOR, Goffredo. **Tratado da consequência**. Curso de lógica formal. 6. ed. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira. 2003, p. 1. Para o autor *provar* significa conhecer, que é a representação de uma coisa, e o conhecimento, aquilo que resulta dessa operação.

²⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. cit., p. 308.

²⁹ Ibid., p. 308.

³⁰ ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos em el derecho**. Bases argumentales de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 1999. p. 85.

³¹ SIRACUSANO, Delfino et al. **Diritto Processuale Penale**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001. v.1, p. 314.

O *procedimento probatório* constitui a atividade a partir da qual o meio de prova desenvolve-se com o objetivo de fixar os dados probatórios no processo. José Frederico Marques define o procedimento probatório como o conjunto de todas as atividades levadas a efeito, no processo, para a prática das provas³². A par do caráter polissêmico do conceito de prova, entendida como experimento, demonstração ou resultado³³, o fato é que a prova guarda uma relação de meio e fim com a descoberta da verdade, sua função lógico-jurídica, e que tem no procedimento probatório a forma com que tal relação se estabelece.

Por fim, os *elementos de prova* constituem os dados objetivos que confirmam ou negam uma afirmação, como, por exemplo, a declaração de uma testemunha, o conteúdo de um documento³⁴.

Interessa ao estudo também, a distinção entre *prova* e *elementos de informação*, e o conceito de *prova transnacional*.

A relevância da distinção entre *prova* e *elemento de informação* decorre da constatação de que a intensidade exigida no procedimento para a produção da prova não é a mesma que se verifica no procedimento para obtenção de um elemento de informação, o que poderá gerar reflexos nos procedimentos de cooperação, mais ágeis e menos burocráticos.

O artigo 155 do Código de Processo Penal Brasileiro prescreve que o juiz deverá formar a sua convicção com base na prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar a sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, salvo a hipótese da prova cautelar, não repetível e antecipada³⁵.

A redação impõe uma distinção entre prova e elemento informativo. Essa distinção pode ser analisada a partir de dois critérios. O primeiro em relação ao momento

³² MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2, p. 280.

³³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanóide de. (Org.). **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo, DPJ, 2005. p. 305. p. 308.

³⁴ Ibid., p. 307.

³⁵ A distinção entre provas cautelares, não repetíveis e provas antecipadas é pouco difundida doutrinariamente. Contudo, a ressalva formulada na parte final do art. 155 do CPP, permite alguns comentários. Em primeiro lugar, parte-se da premissa de que a prova cautelar, a prova antecipada e a prova não repetível são produzidas antes do processo judicial e se qualificam como “provas” em razão da preclusão do contraditório, seja na hipótese da prova não repetível, do fundado receio de perecimento da fonte de prova ou a indispensabilidade para o resultado da atividade de persecução, no caso da prova cautelar. Nesse sentido, ainda, a resolução adotada no âmbito do XV Congresso Internacional de Direito Penal da International Association of Penal Law, segundo a qual, os elementos colhidos na investigação não são suficientes para servir de base para a condenação, assim como que qualquer violação de direito fundamental gera a invalidação da prova, tornando-a inadmissível.

do procedimento: enquanto a prova é produzida judicialmente e durante o processo, o elemento informativo é colhido durante a investigação. O segundo critério refere-se ao método de produção: enquanto a prova é produzida de forma dialética, com incidência do contraditório na prova ou sobre a prova, o elemento informativo não observa tal procedimento.

Tanto a prova como o elemento de informação possui função persuasiva e cognitiva. A prova exerce uma função persuasiva em relação à formação da convicção do julgador, e uma função cognitiva em relação à demonstração de veracidade de uma afirmação³⁶. O elemento informativo possui função persuasiva em relação à convicção das partes, da autoridade que preside a investigação e até mesmo do julgador nas hipóteses de mero juízo de admissibilidade. A função cognitiva do elemento informativo está relacionada à demonstração da verossimilhança ou probabilidade de uma determinada afirmação.

Por fim, a expressão *prova transnacional*, que é aquela cujo meio de prova se encontra num Estado distinto ao da autoridade judicial competente, ou ainda quando os meios de prova de um mesmo fato se encontram em Estados diversos³⁷. Na realidade, trata-se de uma fonte de prova transnacional.

Em outras palavras, a prova transnacional é aquela cuja fonte de prova encontra-se dentro dos limites da soberania de outro Estado, e que, portanto, requer a cooperação e o auxílio deste para a obtenção do dado ou elemento probatório. Em razão desta limitação funcional é que se impõe o recurso ao instrumento da cooperação jurídica internacional para a produção da prova.

2.2 Prova e eficácia

Para a determinação dos conceitos de eficiência, eficácia e efetividade na atividade probatória, impõe-se a verificação das funções da prova.

São duas as funções da prova: ^{1ª}) servir de instrumento para reconstrução de uma situação passada enquanto fator de probabilidade; ^{2ª}) servir de instrumento para fundamentar racionalmente a escolha da versão de um fato que se possa definir como

³⁶ TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici**. Nozioni generali. Milano: Giuffrè, 1992. p. 323.

³⁷ VOGEL, Joachim R. La prueba transnacional en el proceso penal: um marco para la teoria y praxis. In: FLUJA, Vicente C. Guzmán. **La prueba em el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia penal**. Navarra: Thomson Aranzadi, 2006. Colección Centro de Estudios Jurídicos, p. 46.

verdadeira, possibilitando a seleção racional dentre diversas hipóteses apresentadas sobre o que foi debatido no processo³⁸.

Assim, a eficiência da prova consiste na sua aptidão em demonstrar algo, e nesse caso, tal aptidão pode ser extraída a partir da consideração da relevância e pertinência do elemento de prova que se pretende extrair da fonte de prova.

Já a eficácia da prova confunde-se com a sua função, demonstrar a veracidade de uma afirmação, em que a observância do procedimento adequado para a sua produção é determinante para que este objetivo seja atingido³⁹.

E, por fim, a efetividade da prova coincide com a formação do convencimento do juiz, que tem na prova produzida o lastro racional que legitima a sua decisão. Mas a efetividade da prova também coincide com a própria efetividade do processo, no sentido da sua função social, que o legitima, e que igualmente permeia a prova judiciária, na medida em que se trata de atividade derivada de um grupo social determinado, que interfere no intelecto do juiz na formação do seu convencimento⁴⁰.

2.3 Prova e garantismo

A partir da premissa de que o garantismo tem o significado de padrão para o exercício de uma determinada atividade ou prática de determinado ato, segundo o modelo proposto por Luigi Ferrajoli, há que se identificar como este modelo manifesta-se na prova.

Do ponto de vista da atividade estatal, como limite e fator de legitimação, o modelo garantista representa o parâmetro para a não admissão das provas ilícitas.

Do ponto de vista cognitivo, o modelo garantista representa o parâmetro para a atividade de produção de provas, enquanto modelo mais adequado para o conhecimento de uma realidade.

Do ponto de vista da promoção das liberdades individuais, o modelo garantista assegura o direito à prova, assim compreendido o direito a buscar e postular a produção de provas, a participar da formação da prova, a produzir a contraprova e também o direito à valoração da prova produzida. Mas o modelo garantista que incide sobre o instituto da

³⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003. p. 161.

³⁹ PETRUS, Christian Herrera. **La obtención internacional de pruebas**. Asistencia jurisdiccional em Europa. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2005. p. 117. Para o autor a eficácia da prova identifica-se com a sua utilidade, e, no caso da prova extraterritorial as diferenças procedimentais devem ser minimizadas por uma atitude tolerante.

⁴⁰ LEVY-BRUHL, Henri. **La preuve judiciaire**. Etude de sociologie juridique. Paris: Librairie Marcel Rivière et Cie, 1964. p. 29.

prova também implica a igualdade de oportunidades e a publicidade na atividade probatória⁴¹.

O modelo garantista é, enfim, o método idôneo para que a prova seja eficiente, eficaz e efetiva.

2.4 Eficácia da prova e procedimento probatório

A eficácia da prova penal traduz-se no cumprimento da sua dupla função, de demonstrar algo, bem como ser capaz de influenciar a convicção do julgador. Para que tal função seja atendida idoneamente, é necessária observância do modelo garantista, que por sua vez implica o respeito ao procedimento.

O procedimento constitui o modelo cognitivo proposto por Luigi Ferrajoli (item 1.2.), enquanto modelo normativo de cognição ou apreensão de uma realidade.

De acordo com Antonio Scarance Fernandes, “todo procedimento forma um modelo unitário composto por atos sucessivos, ou seja, constitui uma realidade, uma unidade de formação sucessiva”⁴². O procedimento revela a gestão funcional do processo, seja do ponto de vista da segurança jurídica, do respeito às liberdades e da correta compreensão da lógica racional do processo. Contudo, ao mesmo tempo em que o procedimento possui uma dimensão unitária e sucessiva, de interdependência entre os atos com vistas à obtenção de determinado objetivo, há que se ter o cuidado necessário no sentido de evitar que a forma assuma um papel preponderante, negando-se a natureza instrumental do processo.

Assim, prossegue Antonio Scarance Fernandes,

O direito a um sistema de regras e princípios que conjuguem eficiência e garantia não representa direito a um procedimento certo, determinado, delineado, com todos os seus atos e fases, em sequência predeterminada, mas o direito a um procedimento assentado em alguns paradigmas extraídos de normas constitucionais do devido processo legal⁴³.

É correto afirmar que o procedimento não possui uma conotação meramente organizacional do processo, mas de garantia deste. Mas também é correto afirmar que nem

⁴¹ A análise do modelo garantista na prova penal estará circunscrita ao aspecto cognitivo e de respeito às liberdades, no sentido de assegurar a eficácia da prova penal e dinamizar o processamento da cooperação jurídica internacional.

⁴² FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e procedimento no processo penal**. São Paulo: RT, 2005. p. 32.

⁴³ *Ibid.*, p. 43.

todo ato do procedimento constitui expressão das garantias processuais, da mesma forma que nem toda diferença de procedimento revela uma incompatibilidade insuperável.

Já o procedimento probatório, Giulio Ubertis define-o como a atividade destinada a apresentar os elementos de prova que se reputam úteis à decisão final, a qual se desenvolve em dois estágios consecutivos: a admissão da fonte de prova e/ou do meio de prova e a concreta introdução do elemento de prova⁴⁴.

Em regra, todo meio de prova possui um procedimento específico para a coleta do elemento probatório e, segundo Antonio Laronga, somente é possível se falar em prova como meio idôneo à demonstração de algo, se o rito estabelecido houver sido respeitado⁴⁵.

As funções da prova – cognitiva e persuasiva – somente serão cumpridas se o procedimento probatório for respeitado. A prova somente será eficaz se o procedimento probatório for observado. No entanto, a concepção do procedimento probatório não deve ser construída segundo um modelo rígido de regras, mas a partir da identificação de parâmetros ou padrões, cuja observância basta para que o procedimento atinja o seu fim.

Ou seja, o procedimento probatório qualifica-se como método idôneo a assegurar a eficácia da prova em razão da observância de parâmetros ou modelo normativo e não pela sequência e quantidade de atos por meios dos quais se desenvolve.

No caso da prova produzida no exterior, o enfrentamento dessa questão é de fundamental relevância, justamente porque a diversidade dos sistemas é colocada como um dos grandes obstáculos a resguardar a eficácia da prova. Tal diversidade na realidade está refletida tanto na tipicidade dos meios de prova como no procedimento probatório. Não rara é a situação em que o meio de prova a ser produzido não possui previsão legal no Estado requerido, ou o procedimento probatório previsto é diverso daquele estipulado no Estado requerente ou do processo⁴⁶, mas nem por isso haverá uma incompatibilidade, se os parâmetros forem equivalentes.

⁴⁴ UBERTIS, Giulio. **La conoscenza del fatto nel processo penale**. Milano: Giuffrè, 1992. p. 317.

⁴⁵ LARONGA, Antonio. **Le prove atipiche nel processo penale**. Padova: CEDAM, 2002. p. 129.

⁴⁶ Nesse quadro de diversidade entre os sistemas nacionais, inclusive, ganham importância o conceito e a distinção entre prova atípica, prova anômala e prova não ritual. A prova atípica é aquela cujo meio de prova está previsto em lei, mas o seu respectivo procedimento não, ou ainda, quando o meio de prova e o procedimento não possuem previsão legal (DEZEM, Guilherme Madeira. **Da prova penal**. Tipo processual, provas típicas e atípicas. Campinas: Millenium, 2008. p. 147). A prova não ritual é aquela produzida através de meio de prova típico, porém, sem a observância do procedimento probatório legalmente estabelecido (LARONGA, Antonio. Op. cit. p. 13). A prova anômala é uma prova típica utilizada com finalidade diversa da que lhe é própria, mas com características de outra prova típica, como no caso da prova testemunhal em que ocorre a juntada de uma declaração escrita, quando se pretende que a essa declaração escrita seja pretendida a finalidade da prova testemunhal, e sem que exista qualquer relação de fungibilidade (GOMES FILHO, Antonio Magalhães; BADARO, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prova e sucedâneos da prova no processo penal brasileiro. In: JORNADAS IBERO AMERICANAS DE DIREITO PROCESSUAL PENAL, 20., 2006, Málaga. **Relatório brasileiro...** Málaga, 2006. p. 10).

3 COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL

3.1 Noções

A cooperação jurídica internacional pode ser definida como o conjunto de atos que regulamenta o relacionamento entre dois Estados ou mais, ou ainda entre Estados e Tribunais Internacionais, tendo em vista a necessidade gerada a partir das limitações territoriais de soberania. Como já salientado na introdução da tese, o estudo estará circunscrito à cooperação entre os Estados, de caráter horizontal e baseada no consenso, não abrangendo a cooperação entre os Estados e os Tribunais Penais Internacionais, de caráter vertical e obrigatório.

Nadia de Araújo define a cooperação jurídica internacional como o intercâmbio internacional para o cumprimento extraterritorial de medidas processuais do Poder Judiciário dum outro Estado⁴⁷. Trata-se de um conceito bastante restritivo, porquanto não considera a cooperação entre autoridades administrativas, que igualmente se qualifica como jurídica.

Já Raul Cervini define o instituto da cooperação como:

o conjunto de atividades processuais (cuja projeção não se esgota nas simples formas), regulares (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 intrínseca do auxílio requerido⁴⁸.

A expressão “cooperação jurídica internacional” abrange outros termos como assistência, ajuda ou auxílio mútuo internacional, todas equivalentes entre si. A amplitude da expressão abrange o intercâmbio não somente entre órgãos judiciais, mas também entre

⁴⁷ ARAUJO, Nadia. 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. Cooperação em matéria penal. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2008. p. 40.

⁴⁸ CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez. **Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do MERCOSUL**. São Paulo: RT, 2000. p. 51.

órgãos judiciais e administrativos de Estados distintos⁴⁹.

A expressão “cooperação jurídica” tem um significado particular, porquanto não abrange tão somente a cooperação jurisdicional ou judicial, mas também a cooperação administrativa, entre órgãos investigatórios, que igualmente produzem efeitos jurídicos. A qualificação da cooperação como jurídica está muito mais associada aos efeitos que dessa podem advir, do que propriamente à natureza do objeto da cooperação ou a qualidade de quem coopera.

A expressão “cooperação internacional” explica-se pela ausência de jurisdição e competência no território de outro Estado, pouco importando se a hipótese envolve ou não um crime internacional ou mesmo transnacional⁵⁰. Basta que o ato que deva ser praticado, no caso a prova, seja transnacional. A relação que se estabelece entre os Estados é regida pelo Direito Internacional e no contexto das relações internacionais.

3.2 Natureza jurídica

A natureza jurídica da cooperação jurídica internacional pode ser analisada sob diferentes aspectos.

Num primeiro sentido, a cooperação jurídica internacional constitui expressão do valor solidariedade, que constitui fundamento dos direitos, e que significa uma relação entre pessoas, que participam com o mesmo interesse em certa coisa, e que expressa a atitude de uma pessoa com respeito a outras quando coloca esforço num determinado tema delas⁵¹.

Segundo Gregório Pécés-Barba Martinez, a solidariedade incide sobre a organização jurídica da sociedade, cujo ponto de partida é o reconhecimento da realidade do outro e consideração dos seus problemas como suscetíveis de resolução pela intervenção dos poderes públicos. Para o autor, o uso adequado do valor solidariedade conduz a comportamentos positivos por parte dos poderes públicos, no sentido de remover

⁴⁹ DA SILVA, Ricardo Perlingiero Mendes. Cooperação jurídica internacional e auxílio direto. **Revista CEJ**, Brasília, n. 32, p. 76, jan./mar. 2006.

⁵⁰ Crime transnacional é aquele que viola o bem jurídico de dois ou mais países. Crime internacional, por sua vez, é aquele que viola bens jurídicos universais e que se caracteriza pela ação generalizada ou sistemática.

⁵¹ CORTINA, Adela. **Ética sin moral**. Madrid: Tecnos, 1990. p. 288.

os obstáculos e promover as condições que impeçam ou dificultem a realidade da igualdade e da liberdade⁵².

A correlação da cooperação jurídica internacional com o valor solidariedade é fundamental para o desenvolvimento do estudo, principalmente para a superação dos problemas que afetam o processamento da assistência. Na Constituição brasileira de 1988, por exemplo, o valor solidariedade representa um dos objetivos fundamentais do Estado, e a cooperação para o progresso da humanidade um dos princípios que rege as suas relações internacionais.

Num segundo sentido, levando em consideração a atividade desenvolvida no Estado requerido, Raul Cervini descreve três teorias para explicar a natureza jurídica da cooperação jurídica internacional. De acordo com o autor, para a primeira teoria fala-se em jurisdição própria, em razão da vinculação do juízo requerido com o processo principal. Para a segunda teoria, haveria delegação de jurisdição, em razão da atuação do juízo requerido de forma comissionada pelo juízo requerente. A terceira teoria sustenta a existência de uma interação processual-funcional internacional, cujo fundamento assentasse no Direito Internacional, no sentido de que os Estados, enquanto parte de uma ordem jurídica internacional, sofrem influência determinante dos tratados internacionais, multilaterais e bilaterais, de modo que a cooperação se apresenta como mecanismo subsunção a esta ordem jurídica comum⁵³.

A terceira teoria é a que se mostra mais adequada ao objetivo da tese, porquanto a cooperação deve se processar segundo o ideal de solidariedade e de compartilhamento dos problemas e na construção das respectivas soluções, em que o indivíduo é valor a ser tutelado. Assim, a cooperação jurídica internacional em matéria penal não se trata de uma mera questão entre Estados, mas sim entre Estado requerente, Estado requerido e a pessoa cujos direitos e garantias possam ser afetados pela diligência solicitada⁵⁴.

3.3 Classificação da cooperação jurídica internacional

A classificação da cooperação jurídica internacional é relevante para o

⁵² MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. **Curso de derechos fundamentales**. Teoria General. Universidade Carlos III de Madrid. Madrid: Boletín Oficial Del Estado, 1999. p. 279-282.

⁵³ CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez. **Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do MERCOSUL**. São Paulo: RT, 2000. p. 54-55.

⁵⁴ Ibid., p. 81-82.

estudo sistematizado da matéria, e também para a proposta *de lege ferenda* que será apresenta na Parte III do estudo.

Para tanto serão utilizados os seguintes critérios: iniciativa da solicitação; qualidade de quem coopera; finalidade e procedimento.

O primeiro critério é o da iniciativa na solicitação. A cooperação é ativa quando se referir a quem solicita a assistência e passiva quando se referir a quem é solicitado⁵⁵. Para o estudo do objeto da tese, que é a eficácia da prova produzida no exterior, interessa a hipótese de cooperação ativa, em que o Brasil figura como Estado solicitante⁵⁶.

O segundo critério é a qualidade de quem coopera, se entre autoridades judiciais ou se entre autoridades não judiciais. No primeiro caso, tem-se a cooperação jurídica judicial, que, segundo Irineu Strenger, compreende três capítulos tradicionais: 1) a atribuição ou distribuição da competência internacional entre as judicaturas dos distintos Estados; 2) o cumprimento extraterritorial de medidas processuais ditadas pela judicatura de um Estado; 3) O reconhecimento e a execução extraterritorial da sentença proferida pelos juízes de um Estado estrangeiro⁵⁷. No segundo caso, tem-se a cooperação jurídica administrativa.

O terceiro critério é o da finalidade da cooperação jurídica internacional, que, segundo Raúl Cervini⁵⁸, distribui-se em três níveis: primeiro grau ou assistência simples, destinada às notificações em Estado estrangeiro, assim como a produção de provas; segundo grau ou medidas suscetíveis de causar gravames irreparáveis ao patrimônio, tais como os embargos e sequestro de bens; terceiro grau ou medidas suscetíveis de causar gravames irreparáveis aos direitos e liberdades, com o traslado forçado de pessoas, como ocorre nos processos de extradição⁵⁹.

⁵⁵ MACHADO, Maíra Rocha. Cooperação penal internacional no Brasil: as cartas rogatórias passivas, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: RT, n. 53, p. 102, mar./abr. 2005. As cartas rogatórias passivas são encaminhadas ao Brasil por autoridades estrangeiras, recebidas pela via diplomática no Ministério das Relações Exteriores e de lá remetidas ao Superior Tribunal de Justiça, desde a promulgação da reforma constitucional, para a concessão do exequatur.

⁵⁶ Será considerada também a hipótese de comunicação espontânea, em que a própria autoridade estrangeira toma a iniciativa de comunicar a autoridade brasileira, que não se qualifica como ativa, nem mesmo passiva.

⁵⁷ STRENGER, Irineu. Fatores impeditivos de “exequatur” a cartas rogatórias estrangeiras. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, v. 6, n. 24, p. 248, out./dez. 1981.

⁵⁸ CERVINI, Raul; TAVARES, Juarez. Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do MERCOSUL. São Paulo: RT, 2000. p. 67-68.

⁵⁹ A finalidade desta classificação proposta não parece muito clara, isso porque em determinadas situações é possível que o objeto da solicitação envolva liberdades pessoais e patrimônio. A interceptação telefônica, por exemplo, que se qualifica como meio de obtenção de provas, restritiva à intimidade, poderia ser inserida simultaneamente no primeiro e no terceiro grau. Da mesma forma, a busca e apreensão domiciliar, que igualmente poderia ser inserida no primeiro e no segundo grau. Assim sendo, tal classificação não será utilizada ao longo do estudo.

Além dos três critérios citados pela doutrina, propõe-se um quarto critério de classificação, que é o procedimento através do qual o pedido de cooperação processa-se. Assim, tem-se: a) procedimento de extradição, em que o fim confunde-se com a própria forma do ponto de vista terminológico; a extradição é ao mesmo tempo um ato de entrega de pessoas processadas ou condenadas por um Estado a outro, como também é um procedimento para que este objetivo seja atingido; b) procedimento de pedido de homologação de sentença estrangeira: trata-se de procedimento que se destina à nacionalização de decisões estrangeiras, com o objetivo de lhes reconhecer eficácia executiva; c) procedimento de carta rogatória: trata-se de procedimento que se destina à prática de atos diversos daqueles que constituem objeto da extradição e da homologação de sentença estrangeira, tais como a produção de provas, a execução de meios de obtenção de provas, a comunicação de atos processuais, dentre outros; d) procedimento de pedido de auxílio direto: trata-se de procedimento cujo objeto confunde-se com o objeto da carta rogatória, contudo, diferencia-se no procedimento, sendo dotado de maior agilidade e menor burocracia, como será visto adiante.

3.4 Fontes da cooperação jurídica internacional

As fontes do Direito dividem-se em fontes materiais e fontes formais ou de produção.

As fontes materiais são os acontecimentos históricos, políticos, sociais e econômicos que desencadeiam um processo de normatização. As fontes formais constituem o instrumental jurídico propriamente dito.

As fontes materiais do instituto da cooperação jurídica internacional, que geraram a sua necessidade e que têm conduzido à sua evolução e aperfeiçoamento, coincidem com a criação da Cruz Vermelha no final do Século XIX e com as duas guerras mundiais no Século XX. Todos esses momentos históricos desencadearam esforços de mobilização pela comunidade internacional não somente com o propósito de promover a paz mundial, mas principalmente promover o respeito aos direitos humanos.

Já as fontes formais ou de produção da cooperação jurídica internacional situam-se tanto no âmbito do Direito Internacional Público e Privado, como do Direito Interno, em nível constitucional e infraconstitucional.

No Direito Internacional Público, as fontes formais são os costumes e os tratados internacionais multilaterais. No Direito Internacional Privado, as fontes formais são os acordos firmados entre os Estados soberanos, bilaterais ou multilaterais.

No Direito Interno, as fontes formais são, além dos tratados internacionais e acordos bilaterais ratificados, a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional vigente, como o Código de Processo Penal e a Lei de Introdução ao Código Civil, no caso brasileiro.

3.4.1 Fontes no Direito Internacional

A cooperação jurídica internacional em matéria penal pode decorrer tanto da promessa de reciprocidade por um Estado a outro, qualificando-se verdadeira cortesia, como também pode decorrer de um acordo formal ou de um costume internacional.

A convenção de Viena de 1969, cujo objeto é o direito dos tratados, define o tratado como “um acordo internacional concluído entre Estados em forma escrita e regulado pelo Direito Internacional, consubstanciado em um único instrumento ou em dois ou mais instrumentos conexos qualquer que seja a designação específica”.

Já o costume internacional é definido como uma prática geral que reflete uma obrigação jurídica, fruto da correspondência diplomática, das declarações de política externa, da prática de órgãos internacionais, dentre outros⁶⁰.

No estudo será utilizada a definição de tratado em sentido lato, como todo acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos⁶¹. O acordo formal recebe outras denominações, como ajuste, convênio, convenção, protocolo, carta, memorando, pacto, dentre outros, de modo que todas as designações citadas serão tratadas de forma sinônima.

A propósito, na noção de acordo formal está abrangido tanto o que se denomina *hard law* e *soft law*. Entende-se por *soft law* os instrumentos elaborados por Estados e atores não estatais, não vinculantes juridicamente, mas que influenciam a conduta dos Estados, das organizações internacionais e dos indivíduos. Já o *hard law*

⁶⁰ BROWNLIE, Ian. **Princípios de Direito Internacional Público**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 16-17.

⁶¹ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. Curso Elementar. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 14. No mesmo sentido, Celso de Albuquerque Mello (**Curso de Direito Internacional Público**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v.1, p. 212).

distingue-se do *soft law* não somente pelo processo mais burocrático e lento de elaboração e aprovação, como pela possibilidade de ser vinculante juridicamente⁶².

No âmbito do Direito Internacional Público tem-se, como principais fontes da cooperação jurídica internacional, a Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias de 1975 e o Protocolo Adicional de 1979, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional de 2000, a Convenção das Nações Unidas de Mérida, de 2003 e o Tratado Interamericano de 1947.

No âmbito do Direito Internacional Privado tem-se o Código de Bustamante de 1928 e os acordos bilaterais firmados entre os Estados soberanos.

No âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, os principais documentos internacionais de interesses ao estudo em curso são: Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948; Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos de 1966; Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984; Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica).

Importante destacar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que inspirou os demais instrumentos, dispõe no seu preâmbulo, que o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais da pessoa e a observância desses direitos e liberdades têm como base a cooperação dos Estados.

3.4.2 Fontes no Direito Brasileiro

As fontes formais do instituto da cooperação jurídica internacional no Direito Brasileiro correspondem aos tratados internacionais assinados e ratificados pelo Brasil, tanto no plano universal como regional, assim como a Constituição Federal, e a legislação infraconstitucional, notadamente o Código de Processo Penal e a Lei de Introdução ao Código Civil.

- **Direito Internacional**

Em matéria de extradição, o Brasil ratificou, por exemplo, os tratados firmados

⁶² MACHADO, Máira Rocha. **Internacionalização do Direito Penal**. A gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 45-47.

com Uruguai, Peru, Equador, Portugal, Argentina, Bolívia, Paraguai, Espanha, Portugal, Itália, Grã-Bretanha, Bélgica, Alemanha e Chile.

Em matéria de provas, os tratados multilaterais assinados e ratificados pelo Brasil são as Convenções da OEA (Organização dos Estados Americanos), através dos Decretos n. 1899, de 09/05/1996, e 2022, de 07/10/1996.

Outros tratados multilaterais ratificados pelo Brasil e que tratam em seus dispositivos do tema da cooperação são a Convenção das Nações Unidas contra corrupção (Decreto 5687, de 31/01/2006), a Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas (Decreto 154, de 26/07/1991), a Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional (Decreto n. 5015, de 12/03/2004).

O Brasil também ratificou o Código de Bustamante (Direito dos Tratados) através do Decreto n. 18871, de 13/08/1929.

No que se refere aos acordos bilaterais sobre cooperação jurídica internacional em matéria penal, o Brasil assinou e ratificou-os, dentre outros, com Cuba (Decreto n. 6462, de 21/05/2008), Espanha (Decreto n. 6681, de 08/12/2008), China (Decreto n. 6282, de 03/12/2007), Estados Unidos da América (Decreto n. 3810, de 02/05/2001), Colômbia (Decreto n. 3895, de 23/08/2001), França (Decreto n. 3324, de 30/12/1999), Itália (Decreto n. 862, de 09/07/1993), Peru (Decreto n. 3988, de 29/10/2001), Portugal (Decreto n. 1320, de 30/11/1994), Paraguai (Decreto n. 139, de 29/11/1995) e Coréia (Decreto n. 5721, de 13/03/2006).

Finalmente, no âmbito do MERCOSUL o Brasil ratificou o protocolo sobre assistência mútua em matéria penal, por meio do Decreto n. 3468, de 17 de maio de 2000.

▪ **Constituição Federal**

A Constituição Federal trata do instituto da cooperação jurídica internacional em diversos dispositivos.

Estabelece no preâmbulo que o Brasil, enquanto Estado Democrático, reconhece a ordem interna e a ordem internacional como base para a solução pacífica das controvérsias e a plena realização dos direitos sociais e individuais⁶³.

⁶³ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias ...

No art. 3º, I, reconhece a solidariedade como um dos objetivos da República Federativa do Brasil. No art. 4º, IX, reconhece a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade como um dos princípios regentes das relações internacionais do país.

No que se refere aos procedimentos da cooperação jurídica internacional, a Constituição Federal trata basicamente da competência jurisdicional. Estabelece a competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento da extradição solicitada por Estado estrangeiro no art. 102, I, “g”, a competência do Superior Tribunal de Justiça para o conhecimento e execução das cartas rogatórias passivas, ou seja, aquelas encaminhadas pelo Estado estrangeiro, nos artigos 105, I, “i”, e a competência da Justiça Federal para sua efetiva execução, nos termos do art. 109, X⁶⁴.

▪ **Legislação infraconstitucional**

Os principais diplomas legais que tratam da cooperação jurídica internacional são: a Lei de Introdução ao Código Civil, o Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 6815/1980), o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal.

A *Lei de Introdução ao Código Civil* (Decreto-lei n. 4657/1942) estabelece as regras relacionadas à aplicação da lei estrangeira, que refletem na interpretação do instituto da cooperação jurídica internacional.

Dispõe o art. 13 que a prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro rege-se pela lei que nele vigorar, quanto ao ônus e aos meios de produzir-se, não admitindo os tribunais brasileiros provas que a lei brasileira desconheça. Elegeu-se o critério da *lex diligentia* e ao mesmo tempo a taxatividade em matéria de prova.

Mais adiante, o art. 17 estabelece limitações, ao prescrever que as leis, os atos e as sentenças de outro país, bem como quaisquer outras declarações de vontade, somente terão eficácia no Brasil se não ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

O *Estatuto do Estrangeiro* (Lei n. 6815/80) estabelece, dentre outros, o procedimento da extradição.

O *Código de Processo Civil*, no artigo 210, ao tratar da admissibilidade e cumprimento da carta rogatória, estabelece a observância do disposto na convenção

⁶⁴ A Resolução n. 9 do STJ regulamentou o procedimento para a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias.

internacional. Segundo Nádia Araújo, Carlos Alberto de Salles e Ricardo Ramalho Almeida, ao analisarem as normas aplicáveis, podem ocorrer as seguintes situações: vigência de regras internacionais compartilhadas pelo Brasil em âmbito multilateral; vigência de tratado ou convenção bilateral sobre cooperação jurisdicional; no âmbito do MERCOSUL estão em vigor tanto a Convenção Interamericana, como o Protocolo de Las Lemas; a última hipótese é a de países com os quais o Brasil não celebrou nenhum tratado ou convenção internacional, em que a legislação ordinária nacional tem aplicação⁶⁵.

O Código de Processo Penal regulamenta as relações jurisdicionais com as autoridades estrangeiras nos artigos 780 e seguintes. Especificamente no que se refere ao tema da cooperação jurídica internacional em matéria penal, para fins de atos de comunicação e realização de diligência por meio de carta rogatória, o CPP prescreve o respectivo procedimento.

De acordo com o art. 783, as cartas rogatórias ativas serão remetidas pelo juiz brasileiro competente para a ação penal ao Ministro da Justiça e, posteriormente, por via diplomática, à autoridade estrangeira. Quanto às cartas rogatórias passivas, as mesmas deverão respeitar a ordem pública e os bons costumes.

O CPP, diferentemente da Lei de Introdução ao Código Civil, não estipula qualquer regra em relação à lei aplicável no atendimento do pedido de assistência jurídica internacional.

A Portaria n. 26, de 14 de agosto de 1990, expedida pelo Ministério das Relações Exteriores e pelo Ministério da Justiça, dispõe sobre as condições para a transmissão de cartas rogatórias aos Estados destinatários, as quais versam sobre a forma do requerimento, o pagamento de custas, dentre outros.

3.5 Procedimentos da cooperação jurídica internacional para fins de produção de prova

Segundo a classificação desenvolvida nos tópicos anteriores, a cooperação jurídica internacional processa-se segundo procedimentos diversos, dependendo do objeto

⁶⁵ ARAÚJO, Nádia de; SALLES, Carlos Alberto de; ALMEIDA, Ricardo Ramalho. Medidas de cooperação interjurisdicional no MERCOSUL. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, v. 30, n. 123, p. 84, mai. 2005.

a ser executado. Na hipótese da produção da prova, em matéria penal ou em matéria civil, os procedimentos são: a carta rogatória e o pedido de auxílio direto.

3.5.1 Carta rogatória

A carta rogatória⁶⁶ é o instrumento pelo qual se solicita a prática de diligência à autoridade judicial estrangeira, utilizado principalmente para a comunicação de atos processuais. Ou ainda, o instrumento de ordem necessário à comunicação de que atos processuais precisam ser realizados fora do território de um Estado⁶⁷.

Surge no cenário jurídico, quando se faz necessário, o acionamento da autoridade judiciária estrangeira a praticar diligências, solicitadas por autoridades judiciárias domésticas, no sentido de auxiliar a instrução processual, angariando provas ou efetuando outros termos processuais⁶⁸.

As cartas rogatórias visam garantir não somente a rapidez e a eficiência do trânsito de atos processuais, mas também assegurar os direitos fundamentais protegidos no âmbito da Constituição Federal e dos Tratados Internacionais de direitos humanos⁶⁹.

Trata-se de veículo de transmissão de qualquer pedido judicial e que possui tratamento normativo no plano internacional não muito uniforme.

No caso do Brasil, há regras internacionais definidas, como na hipótese do Mercosul, ou ainda, acordos bilaterais que versam sobre cooperação e, finalmente, situações em que não há qualquer tratado ou convenção, em que se observa a legislação ordinária⁷⁰, como o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal.

Quanto às espécies de carta rogatória, há dois critérios de classificação.

⁶⁶ Outras terminologias: *exhortos, commissions rogatoires, lettres rogatoires, letters rogatory, letter of request, rechtshilfeersuchen.*

⁶⁷ FINKELSTEIN, Claudia; Carvalho, Marina Amaral Egydio de. Homologação de sentença estrangeira e execução de carta rogatória no Brasil. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: RT, v. 13, n. 50, p. 281, jan./mar. 2005.

⁶⁸ PEREIRA, Luis Cezar Ramos. Carta rogatória. **Revista de Processo**, v. 11, n. 34, p. 291-298, abr.-jun. 1984. Segundo o autor, a carta rogatória data dos processos romanos e canônico sendo, no Século XIX, ignorada pelo Código de Processo Civil francês e dos Estados que o seguiram, mantendo-se ali e nos diversos países, principalmente como uso contínuo, contudo, reguladas nos Códigos de Processo Civil da Prússia e da Baviera. Alguns Códigos de Processo Civil, todavia, a previram, tais como: Itália; Alemanha; Áustria; México; Bélgica.

⁶⁹ NOGUEIRA JUNIOR, 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.

⁷⁰ ARAÚJO, Nádida de; SALLES, Carlos Alberto de; ALMEIDA, Ricardo Ramalho. Medidas de cooperação interjurisdicional no MERCOSUL. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, v. 30, n. 123, p. 43, mai. 2005.

Levando-se em consideração o objeto, há as cartas rogatórias *ordinatórias*, *instrutórias* ou *executórias*. A carta rogatória ordinatória é aquela que tem por finalidade a produção de atos processuais, como a citação, a notificação, a intimação. A carta rogatória instrutória é aquela que tem por finalidade os atos de coleta de provas. E a carta rogatória executória é aquela que visa à prática de atos processuais constritivos⁷¹.

Levando-se em consideração a iniciativa, há a *carta rogatória ativa* e a *carta rogatória passiva*.

No caso da carta rogatória ativa, o pedido judicial brasileiro deve ser encaminhado por intermédio do Ministério das Relações Exteriores, ou por intermédio do Ministério da Justiça, que constitui a autoridade central indicada nas hipóteses em que o Brasil possui acordo bilateral para fins de cooperação. Tanto o Ministério das Relações Exteriores como o Ministério da Justiça, ambos não emitem qualquer juízo de valor sobre o pedido de cooperação, apenas verificam a observância das formalidades exigidas pelo acordo internacional ou pela legislação do Estado requerido, salvo disposição em contrário.

No caso da carta rogatória passiva, esta tem a sua execução prevista no Brasil desde o século XIX, e com uma peculiaridade, os juízes recebiam diretamente da parte interessada a solicitação de cooperação, e sem maiores formalidades⁷².

Somente a partir da edição do Aviso Circular n. 1, de 1847, estipulou-se o recebimento das cartas rogatórias pela via diplomática ou consular, por apresentação do interessado ou a partir da comunicação direta entre juízes. Segundo Nadia Araújo⁷³, o surgimento do *exequatur* veio com a edição da Lei n. 221, de 10/11/1894, que instituiu um procedimento prévio de admissibilidade, na alçada do Poder Executivo, que dentre outros dispositivos, proibia a concessão do *exequatur* às medidas de caráter executório.

Em 1934, com a Constituição Federal, é que o juízo de admissibilidade passou a ser exercido pelo Poder Judiciário, através do Supremo Tribunal Federal, que por sua vez, embora revogada a Lei n 221, de 1894, manteve o entendimento de não admitir as medidas que tivessem caráter executório.

⁷¹ BRAZ, Mário Sérgio A. Imunidade de jurisdição e negativa de exequatur a cartas rogatórias passivas. **Revista Forense**, v. 100, n. 376, p. 431, Nov./dez. 2004.

⁷² TIBURCIO, Carmen. O Direito Constitucional Internacional no Brasil pós-EC n. 45/2004. **Revista Forense**, v. 102, n. 384, p. 23, mar./abr. 2006.

⁷³ ARAÚJO, Nádía de; SALLES, Carlos Alberto de; ALMEIDA, Ricardo Ramalho. Medidas de cooperação interjurisdicional no MERCOSUL. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, v. 30, n. 123, p. 44, mai. 2005.

Com o advento da Emenda Constitucional n. 45 à Constituição Federal de 1988, a competência para a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias passivas passou para o Superior Tribunal de Justiça.

O Superior Tribunal de Justiça regulamentou o procedimento para a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias através da Resolução n. 9⁷⁴, impondo uma nova dinâmica. Em primeiro lugar, prescreveu no artigo 7º que as cartas rogatórias podem ter como objeto atos decisórios ou não decisórios emitidos pelo Estado requerente e que ensejem juízo de delibação pelo Estado Brasileiro, como a quebra de sigilo bancário⁷⁵.

Historicamente, o Supremo Tribunal Federal, antes da Emenda Constitucional n. 45, raramente concedia o *exequatur* às cartas rogatórias cujo objeto era ato decisório, por entender que havia violação à ordem pública nacional.

A intervenção do STJ pressupõe que o ato objeto da carta rogatória exija juízo de delibação, seja decisório ou não, o que se denominou carta rogatória *stricto sensu*⁷⁶, a qual se insere no alcance do art. 105, I, “a”, da Constituição Brasileira.

Existem atos que emanam do Estado Estrangeiro que não exigem juízo de delibação, hipótese em que é desnecessária a intervenção do STJ. Como, por exemplo, na cooperação jurídica administrativa para o acesso às informações disponíveis ao público no Brasil, como informações constantes de processos judiciais, desde que não acobertadas por sigilo. Nesses casos a cooperação processa-se diretamente com os juízes de 1ª instância.

3.5.2 Pedido de auxílio direto

O auxílio direto pode ser definido como a cooperação realizada entre Autoridades Centrais dos Estados-parte de convenções internacionais que preveem esse

⁷⁴ 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.

Art. 8º A parte interessada será citada para, no prazo de 15 (quinze) dias, contestar o pedido de homologação de sentença estrangeira ou intimada para impugnar a carta rogatória.

Parágrafo único. A medida solicitada por carta rogatória poderá ser realizada sem ouvir a parte interessada quando sua intimação prévia puder resultar na ineficácia da cooperação internacional.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Carta Rogatória** n. 438. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 24/09/2007.

⁷⁶ DIPP, Gilson Langaro. Carta rogatória e cooperação internacional. In: BRASIL. **Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos**. Cooperação em matéria penal. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2008. p. 31.

mecanismo de assistência mútua, ou ainda, de acordos ou tratados bilaterais que tratam especificamente do tema⁷⁷.

Mas o auxílio direto não se particulariza somente pelo fato de que o seu processamento é gerenciado pelas autoridades centrais. O que a singulariza na realidade, é o fato de que o Estado estrangeiro não se apresenta na condição de juiz, mas de administrador, porquanto não encaminha um pedido judicial de assistência, mas sim uma solicitação para que a autoridade judicial do outro Estado tome as providências e as medidas requeridas no âmbito nacional⁷⁸.

Na carta rogatória, o que se tem é o processamento do pedido formulado pela autoridade judicial estrangeira, em que a intervenção da autoridade judicial do Estado requerido limita-se a uma cognição restrita à admissibilidade da solicitação. Já na assistência direta, é a própria autoridade do Estado requerido que toma a decisão, por provocação da autoridade estrangeira, analisando não somente as formalidades, mas o próprio mérito da solicitação. E mais, enquanto na carta rogatória tem-se um pedido judicial estrangeiro, na assistência direta, a provocação pode ser feita pelas partes interessadas ou pela autoridade policial, e não necessariamente pelo juiz.

Tal qual na carta rogatória, o pedido de auxílio direto pode ser ativo ou passivo. No caso do pedido de auxílio direto ativo, não somente os juízes brasileiros podem recorrer a esse instrumento, mas também o Ministério Público, a defesa e a autoridade policial. No caso dos acordos bilaterais para fins de cooperação em matéria penal, a autoridade central brasileira eleita é o Ministério da Justiça. O mesmo deve ocorrer no tocante à assistência direta prevista em tratados internacionais como a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e a Convenção contra a Corrupção.

Na hipótese do pedido de auxílio direto passivo, em que o Brasil é o Estado requerido, a função da autoridade central é encaminhar a solicitação para a autoridade brasileira competente, seja ela judicial ou administrativa, para que tome a providência solicitada.

A gênese do instrumento do auxílio direto está evidentemente associada à ineficiência das cartas rogatórias, notadamente pelo fato de que as medidas de caráter

⁷⁷ ARAÚJO, Nádía de; SALLES, Carlos Alberto de; ALMEIDA, Ricardo Ramalho. Medidas de cooperação interjurisdicional no MERCOSUL. Revista de Processo, São Paulo: RT, v. 30, n. 123, p. 45, mai. 2005.

⁷⁸ DIPP, Gilson Langaro. Carta rogatória e cooperação internacional. In: BRASIL. **Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos**. Cooperação em matéria penal. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2008. p. 32.

executivo solicitadas sempre foram consideradas atentatórias à soberania nacional. A partir do instante em que a autoridade nacional passa a agir por provocação da autoridade estrangeira tendo plena autonomia e controle sobre o mérito e formalidades do pedido, escusa-se do recurso à soberania como argumento de autoridade a impedir a cooperação.

No Brasil, o pedido de auxílio direto não possui previsão constitucional, mas vigência infraconstitucional, a partir da ratificação dos tratados internacionais e acordos bilaterais que o preveem expressamente.

A propósito da ausência de previsão constitucional, o Ministro Marco Aurélio, no julgamento do HC 85588/Rio de Janeiro (STF – julgado em 05/03/2005), considerou que

o empréstimo do rótulo de procedimento de cooperação internacional a certo instrumento não pode desaguar na prática de atos somente passíveis de serem alcançados por meio de carta rogatória, como são aqueles ligados à audiência de instrução, visando à persecução criminal. A cooperação há de se fazer com respeito irrestrito à organicidade de Direito nacional, reafirmando-se a República como revelada por um Estado Democrático de Direito, para tanto se mostrando indispensável que se homenageie a máxima segundo a qual o meio justifica o fim (BRASIL, 2006).

O argumento em sentido contrário, a admitir a utilização do pedido de auxílio direto pelo Direito brasileiro, parte da premissa de que na carta rogatória, o que há é a nacionalização de um pedido judicial estrangeiro deliberado, diferentemente do que ocorre no pedido de auxílio direto em que a iniciativa judicial ou não, é da própria autoridade nacional, por provocação da autoridade estrangeira. Com efeito, ainda, a admissão do pedido de auxílio direto e de outras formas de cooperação previstas em acordos e nos tratados internacionais fundamenta-se na tendência internacionalista consolidada na Constituição Federal de 1988.

A questão que se coloca, todavia, e que, tanto na hipótese da carta rogatória como no pedido de auxílio direto, quando o objeto é a produção da prova, há uma clara necessidade de padronização e simplificação dos procedimentos no âmbito interno, de modo a tornar o instrumento da cooperação mais eficiente, principalmente do ponto de vista dos interesses tutelados. Isso se aplica não somente às diversas terminologias utilizadas para designar o procedimento da assistência, como ao tratamento legislativo fragmentado dado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

3.6 Principais dificuldades no processamento da cooperação jurídica internacional

O processamento da cooperação jurídica internacional não tem se mostrado eficiente.

As principais dificuldades enfrentadas abrangem, inicialmente, as questões de ordem burocrática, como, por exemplo, os problemas de instrução do pedido de auxílio ou mesmo de tradução.

Tomando-se, por exemplo, o caso brasileiro, têm-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, importantes precedentes que confirmam a postura restritiva à cooperação, através dos argumentos utilizados para a denegação do pedido de cooperação por meio de cartas rogatórias⁷⁹. São eles: caráter executório do pedido, necessidade de homologação de sentença estrangeira, necessidade de procedimento judicial, atentado à soberania, atentado à ordem pública, ausência ou insuficiência de provas⁸⁰.

Aliás, especificamente no que se refere às cartas rogatórias cujo objeto tenha caráter executório, o entendimento predominante do Supremo Tribunal Federal foi sempre no sentido da sua não admissão, uma vez que se trata de atos de constrição judicial inerentes à execução forçada⁸¹, atentatórios à ordem pública, e que exigem sentença transitada em julgado⁸².

Na realidade, todos esses argumentos têm como ponto comum o fato de que os Estados envolvidos não pertencem à mesma tradição jurídica.

Segundo Christian Herrera Petrus, na hipótese da atividade probatória, a visão de soberania sobre a prova, própria do sistema *civil law* não convive bem com a concepção privada e exploratória do sistema *common law*, em especial a versão norte americana⁸³.

⁷⁹ A Emenda Constitucional n. 45 transferiu a competência do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal de Justiça, para a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias e para a homologação de sentença estrangeira.

⁸⁰ MACHADO, Maíra Rocha. Cooperação penal internacional e o intercâmbio de informações bancárias: as decisões do STF sobre quebra de sigilo bancário em cartas rogatórias. In: MACHADO, Maíra Rocha; REFINETTI, Domingos (Org.). **Lavagem de dinheiro e recuperação de ativos: Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suíça**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 105.

⁸¹ SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Processo de Execução. In: TIBURCIO, Carmen. **As cartas rogatórias executórias no Direito Brasileiro no âmbito do MERCOSUL**. São Paulo: RT, 2001. (Série Processo de Execução e Assuntos Afins, v. 2, p. 93).

⁸² ARAÚJO, Nádia de; SALLES, Carlos Alberto de; ALMEIDA, Ricardo Ramalho. Medidas de cooperação interjurisdicional no MERCOSUL. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, v. 30, n. 123, p. 88-89, mai. 2005.

⁸³ PETRUS, Christian Herrera. **La obtención internacional de pruebas**. Asistencia jurisdiccional em Europa. Bolonha : Real Colegio de España, 2005. p. 85.

Conclui o autor afirmando que um sistema de assistência internacional somente pode funcionar adequadamente se houver um esforço de reinterpretação das normas locais e internacionais sobre a matéria, orientado a procurar a máxima eficácia e versatilidade, para tornar possível a compatibilidade entre as diversas concepções sobre a prova⁸⁴.

A cooperação jurídica internacional perseguida e almejada é aquela que se mostra inovadora e eficaz, a partir do reconhecimento recíproco das deliberações das autoridades dos outros Estados, sem mediação governamental e sem tantos filtros e verificações de legitimidade⁸⁵.

⁸⁴ PETRUS, Christian Herrera. **La obtención internacional de pruebas**. Asistencia jurisdiccional em Europa. Bolonha : Real Colegio de España, 2005. p. 90.

⁸⁵ DE AMICIS, Gaetano. **Problemi e prospettive della cooperazione giudiziaria penale in ambito Europeo**: forme e modelli di collaborazione allá luce dell Titolo VI del Trattato di Amsterdam. Palestra proferida em 06 de dezembro de 2001, em Aquila, durante o seminário promovido pelo Conselho Superior da Magistratura Italiana, sobre: Il trattato di Amsterdam e l'evoluzione del diritto dell' Unione Europea, p. 292.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS DA PARTE I

Para Ada Pellegrini Grinover

dois valores relevantes, de certo modo antagônicos, ou pelo menos dialeticamente opostos, têm emergido recentemente em sede de cooperação internacional em matéria penal: de um lado, a necessidade de intensificar a referida cooperação na luta contra o crime; de outro, a consciência cada vez mais profunda de que os direitos fundamentais devem colocar-se como termo de referência nessa matéria e, conseqüentemente, como limite à cooperação internacional em matéria penal⁸⁶.

Na realidade, o maior dinamismo no processamento da cooperação jurídica internacional em matéria penal e a melhora da eficácia da prova têm por base o respeito aos direitos humanos, a partir da perspectiva de que o ideal universalista dos direitos humanos conduz à existência de um padrão ético normativo, inclusive, em relação às garantias processuais. O padrão normativo universal é o ponto de intersecção entre os sistemas jurídicos nacionais, e, portanto, o lugar comum no qual a assistência mútua deve se desenvolver de modo a assegurar a maior eficácia na prova.

Assim, no Capítulo II será analisado o padrão normativo universal em matéria de direitos humanos e garantias processuais, assim como os reflexos que este padrão acarreta na atividade probatória e no processamento da cooperação jurídica internacional em matéria penal.

⁸⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 156.

PARTE II

PADRÃO NORMATIVO UNIVERSAL, PROVA PENAL E

COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL.

INTRODUÇÃO

Padrão significa modelo, cuja noção pode ser analisada em diferentes sentidos, como algo único ou equivalente. A noção de padrão a ser considerada nesse estudo é no sentido do reconhecimento do que é comum e não do que é único.

O conceito de padrão como algo comum também se projeta para o campo dos direitos humanos¹. O movimento de internacionalização dos direitos humanos, iniciado com o fim da 2ª Guerra Mundial, teve como grande bandeira a proteção aos direitos humanos como um valor universal, a ser tutelado em qualquer parte do mundo, independentemente das diferenças que singularizam o indivíduo, em razão da influência de fatores históricos, culturais, políticos, étnicos, econômicos.

O caráter universal dos direitos humanos foi inaugurado com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, sucedida por outros inúmeros documentos internacionais, todos os quais exerceram um papel determinante no processo de constitucionalização dos direitos humanos no âmbito nacional.

Nesta Parte II, pretende-se demonstrar a efetiva existência de um padrão normativo universal em matéria de direitos humanos, inclusive, em relação às garantias processuais, notadamente aquelas incidentes sobre a atividade probatória e os reflexos no processamento da cooperação jurídica internacional.

Assim, no Capítulo I é identificado o padrão normativo universal dos direitos humanos através dos processos de internacionalização e constitucionalização.

No Capítulo II, tem-se como objetivo explicar a forma de assegurar a eficácia da prova produzida no exterior, superando o problema da diversidade entre os sistemas probatórios a partir do padrão normativo universal em matéria de garantias processuais, incidente sobre a atividade probatória. Busca-se, também, identificar, nos meios de prova e meios de obtenção de prova, o modelo de manifestação ideal do marco de garantias.

¹ A expressão direitos humanos será utilizada para designar tanto os direitos propriamente ditos como as garantias respectivas. Importante ressaltar a diferença entre direitos e garantias apontada por Jorge Miranda (**Manual de direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 88-89), para quem os direitos representam por si só certos bens, e as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens. No mesmo sentido Rui Barbosa (**Comentários à Constituição Federal Brasileira**. Coligidos por Homero Pires. São Paulo: Saraiva, 1932, v. I), afirma que os direitos são disposições meramente declaratórias, imprimindo a existência legal aos bens e valores por elas reconhecidos, enquanto as garantias são disposições assecuratórias que têm como finalidade proteger os direitos.

Por fim, no Capítulo III, o objetivo é demonstrar como assegurar a maior eficiência na cooperação jurídica internacional, a partir da demonstração de que a reorganização da ordem mundial está associada ao processo de harmonização dos direitos humanos iniciado após a 2ª Guerra Mundial. Assim, estabelecem-se condições mais adequadas para um relacionamento entre os Estados mais fluido, dinâmico e solidário, permitindo a superação das dificuldades enfrentadas no processamento da assistência jurídica internacional, notadamente a recusa à cooperação com fundamento na defesa da soberania e da ordem pública nacional. E mais, o processo de harmonização dos direitos humanos possibilita a orientação do relacionamento entre os Estados segundo o princípio da confiança mútua, que justifica a identificação de fatores que podem tornar a assistência mais eficiente.

CAPÍTULO I

PADRÃO NORMATIVO UNIVERSAL: PROCESSO DE HARMONIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

1 Padrão normativo: unificação e harmonização

1.1 Padrão normativo e tipo

De acordo com Karl Larenz², na formação de um sistema, os conceitos gerais e abstratos são insuficientes para apreender os fenômenos da vida, razão pela qual se recorre ao *tipo* como forma de pensamento. O autor reconhece o recurso a essa forma de pensamento por diversas ciências, inclusive, a ciência jurídica, como os tipos da teoria geral do Estado, os tipos jurídicos gerais, como os penais e os fiscais, por exemplo.

No entanto, interessa ao estudo o que Karl Larenz denominou tipo ideal normativo, que indica um modelo perfeito a ser aspirado, dada a necessidade que o homem possui para orientar as suas ações. Esse modelo consiste, na realidade, em formas de comportamento social típico, que no âmbito do Direito têm o significado de *standards*. Os *standards* são pautas de comportamento social correto, aceitos na realidade social e não simplesmente regras configuradas em que se possa efetuar a subsunção³.

A técnica dos *standards*, segundo José Joaquim Gomes Canotilho⁴, é originária do direito norte-americano e relacionada com a responsabilidade civil e atos ilícitos.

No campo dos direitos humanos, os *standards* são entendidos como um complexo de normas juridicamente vinculativas, de caráter cogente, indicador de fins e

² LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997. p. 656. Ver também DEZEM, Guilherme Madeira. (**Da prova penal**. Tipo processual, provas típicas e atípicas. Campinas: Millennium, 2008) e DERZI, Misabel Abreu Machado (**Direito tributário, direito penal e tipo**. São Paulo: RT, 1988). Misabel Abreu Machado Derzi, às fls. 32, sustenta a existência de três usos distintos de tipo no Direito, como metodologia para o Direito, como conceito rígido e delimitado, e, finalmente, como parâmetros para facilitar a aplicação da lei.

³ LARENZ, Karl. ob. cit. p. 661.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Métodos de proteção de direitos, liberdades e garantias. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antônio Marques da. (Coord.). **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais**. Visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 141.

com grande força ética, e por seu intermédio a forma que o sistema de direitos, liberdades e garantias pode ser concretizado⁵.

O processo de reconhecimento dos *standards* ou padrões normativos em matéria de direitos humanos, tanto no âmbito internacional como nacional, opera-se através do processo de harmonização ou unificação.

1.2 Processo de reconhecimento do padrão normativo: unificação e harmonização

O reconhecimento dos direitos humanos como standard universal no sentido normativo está associado à forma como interagem o sistema internacional e o sistema nacional. Essa interação desenvolve-se no contexto de uma ordem jurídica pluralista e segundo dois processos distintos: a unificação e a harmonização⁶.

A unificação significa a substituição de um corpo de normas por outro, em que se verifica uma modificação estrutural ou orgânica. Tem-se um processo autoritário, verticalizado, de imposição de um novo modelo a partir da fusão e sem a preservação da diversidade que caracteriza cada sistema⁷.

Já a harmonização pressupõe a incorporação das normas internacionais ao direito interno, a fim de garantir-lhes a aplicabilidade, de modo a se estabelecer uma relação de equivalência entre a primeira e a segunda⁸ e sem que ocorra a supressão das diferenças⁹. A harmonização consiste no processo de determinação do relacionamento entre diversos elementos a partir de um padrão pré-fixado, evitando ou mesmo eliminando conflitos.

Enquanto o processo de unificação conduz à adoção de um modelo único e idêntico, o processo de harmonização conduz à adoção de um modelo semelhante, em que

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Métodos de proteção de direitos, liberdades e garantias. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antônio Marques da. (Coord.). **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais**. Visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 142-143.

⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. **Le pluralisme ordonné**. 2. ed. Paris: Éditions Du Seuil, 2005. p. 30-31.

⁷ Ibid., p. 36.

⁸ MACHADO, Maíra Rocha. **Internacionalização do direito penal**. A gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 211.

⁹ DELMAS-MARTY, Mireille. Op. cit., p. 36.

a relação de equivalência exigida se manifesta com o reconhecimento dos mesmos valores ou dos mesmos parâmetros¹⁰.

A rigidez observada no processo de unificação é contraposta por uma maior flexibilidade que caracteriza o processo de harmonização.

Por estas razões, é que o processo de harmonização goza de um potencial de aplicabilidade muito maior que o processo de unificação¹¹.

Nesse sentido, os direitos humanos qualificam-se como *standard* normativo universal, incorporados pelos sistemas jurídicos nacionais segundo o processo de harmonização e não de unificação, não acarretando a incorporação de regras ou procedimentos, mas de um modelo ideal ou desejado no sentido axiológico, ou seja, de valores¹², que devem ser preservados, independentemente das tradições jurídicas de cada Estado¹³.

¹⁰ LIMA, Jose Antonio Farah Lopes de. **Trans-border evidence matters and joint investigation teams within the European Union**. Dissertação (Mestrado em Estudos Jurídicos) - Universidade de Cambridge, Reino Unido, 2007. p. 40.

¹¹ Um dos aspectos a ser destacado, é o fato de que o esforço de negociação entre os Estados no processo de harmonização é mais fluído e encontra menos resistência que o processo de unificação.

¹² LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997. p. 661.

¹³ RUBIO, Carlos Ramos. Comisiones Rogatorias para la obtención de pruebas. Problemas de validez de las pruebas obtenidas en el extranjero: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español. **Estudios Jurídicos**, Madrid: Ministerio Fiscal, n. 3, p. 367, 2003.

2 Direitos humanos: padrão normativo universal

O conceito de direitos humanos possui três importantes características gerais:

1. It identifies a logical template of questions to be addressed; 2. It provides for an intensive review by the courts as to the way in which those questions are to be asked and answered; 3. It involves placing upon the public authority an important onus, of satisfying itself and the Court that there are proper answers¹⁴.

A humanidade constitui o fundamento ontológico da moral e do direito, os quais se qualificam como poderes que ordenam a vontade e os atos humanos, e delimitam o espaço em que o homem se realiza em si mesmo¹⁵.

Tal realização do homem faz-se na comunidade e com a comunidade, estando associada ao progresso do mundo e à relação com os demais seres humanos¹⁶, exigindo, para tanto, uma postura ética¹⁷, independentemente da diversidade religiosa, política, social.

Eis o caráter universal dos direitos humanos, que segundo Mireille Delmas-Marty representa algo que transcende as definições jurídicas, tendo em vista a diversidade cultural própria de todos os sistemas, cujas proibições estabelecidas pelas regras de direito exigem um fundamento de legitimidade consistente na adesão de toda a sociedade a valores universais, metaéticos, que representam o fundo comum de valores chamado de humanidade¹⁸.

¹⁴ FORDHAM, Michael; DE LA MARE, Thomas. Identifying the principles of proportionality. In: JOWELL, Jeffrey; COOPER, Jonathan (Editors). **Understanding human rights principles**. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2001, p. 27.

¹⁵ KAUFMANN, Arthur. **Derecho, moral e historicidad**. Madri: Marcial Pons, 2000. (Ediciones Jurídicas y Sociales) p. 51. Segundo o autor, o critério decisivo da personalidade é a autodeterminação e o auto-aperfeiçoamento. Ser pessoa implica possuir a capacidade para uma consciência espiritual própria e a correspondente disposição própria; é estar na posse de si mesmo (p. 53).

¹⁶ Ibid., p. 56.

¹⁷ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos** - um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 184-185.

¹⁸ DELMAS-MARTY, Mireille. Os crimes internacionais podem contribuir para o debate entre universalismo e relativismo de valores? In: CASSESSE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille. **Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e Justiça penal internacional?** São Paulo: Manole, 2004. p. 67-71.

Este fundo de valores comuns compreende a dignidade do homem, as liberdades, a ordem do bem-estar, o nível de vida, o nível de benefícios, o acesso aos benefícios, na expressão da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948¹⁹.

No entanto, a consolidação dos direitos humanos como padrão normativo universal opera-se através dos processos de internacionalização e constitucionalização, em que o objetivo, segundo a técnica dos *standards*, é fomentar a equivalência e a semelhança entre os sistemas e não a substituição por um novo e único modelo.

2.1 Universalismo dos direitos humanos: aparente dicotomia com o multiculturalismo

O reconhecimento do caráter universal dos direitos humanos é bastante discutido e questionado. Isso porque o ser humano e as sociedades se particularizam por razões de ordem política, religiosa, econômica, social, o que se denomina multiculturalismo. O multiculturalismo é colocado como a grande barreira à aceitação dos direitos humanos como valor universal.

O multiculturalismo pauta-se pelo reconhecimento da individualidade de “cada cultura e cada história, por seus próprios valores e concepções”, acentuando uma tendência relativista²⁰ frente ao universalismo. No entanto, os intentos de assimilação e integração devem ser realizados a partir da aceitação de comunidades pluriculturais²¹.

Para superação dessa aparente dicotomia, parte-se da premissa de que o ideal universalista dos direitos humanos não implica a unificação de todos os sistemas, mas a harmonização. A harmonização não acarreta a revogação das diferenças, na medida em que a base de formação da qual se originam os direitos humanos é de natureza plural, e marcada pela diversidade étnica, política, social, econômica e religiosa e, principalmente, jurídica.

O que significa dizer que o multiculturalismo integra o processo de formação, desenvolvimento e consolidação dos direitos humanos. O ideal universalista dos direitos

¹⁹ LARGEAULT, Anne Fagot. Sobre o que basear filosoficamente um universalismo jurídico? In: CASSESSE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille. **Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e Justiça penal internacional?** São Paulo: Manole, 2004. p. 100. É na ideia de uma ofensa aos direitos humanos há ao mesmo tempo a ideia de ofensa ao bem estar (a pobreza crônica, a fome, a miséria).

²⁰ DELMAS-MARTY, Mireille. Os crimes internacionais podem contribuir para o debate entre universalismo e relativismo de valores? In: CASSESSE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille. **Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e Justiça penal internacional?** São Paulo: Manole, 2004. p. 334.

²¹ FETSCHER, Iring. **La tolerância.** Uma pequena virtud imprescindible para la democracia. Barcelona: Gedisa, 1999. p. 157-158.

humanos não é a negação do multiculturalismo, mas provavelmente o caminho para que a diversidade seja preservada. O reconhecimento e a não negação do caráter multicultural da sociedade global conferem aos direitos humanos não a sua conformação ideal, mas a sua conformação possível, a partir do esforço de identificação dos valores comuns à humanidade.

Com efeito, não existe um ser humano hipotético e abstrato, mas sim, um ser humano que está sempre inserido numa concreta realidade histórico-social²², que torna impensável a sustentação de que o ideal universalista dos direitos humanos pode ser construído em descompasso com o multiculturalismo. Tal relação de complementaridade entre o universalismo e o multiculturalismo conduz a um universalismo minimalista, que acarreta o reconhecimento de um núcleo restrito de valores universalmente aceitos, que segundo Antonio Cassese, é composto pelos seguintes direitos: vida, segurança, trabalho, moradia decente, alimentação, saúde, direitos políticos e civis, como a liberdade de manifestação do pensamento, de associação, de participação política²³.

Para Mireille Delmas-Marty,

falar de valores comuns da humanidade pode parecer provocador ou ingênuo. Provocador em face do relativismo que permanece profundamente inscrito nos sistemas de direito. O direito é identificado ao Estado, e cada sistema penal define e hierarquiza seus valores, exprimindo assim a identidade cultural da nação. Além disso, o direito internacional clássico repousa no princípio de igualdade entre todos os Estados, qualquer que seja o sistema de valores escolhido²⁴.

Contudo, acentua que “a busca de valores comuns é a única resposta realista, pois é a única que permite escapar à vingança em cadeia e de fundar uma paz durável. Essa busca passa por uma internacionalização do direito e da justiça penal”²⁵.

A necessidade de preservação do gênero humano coincide com a busca pela paz. Não depende do lugar no qual o povo se instala, mas sim de uma postura ética na atuação dos homens, capaz de assegurar a diversidade e a pluralidade²⁶.

²² CASSESSE, Antonio. **I diritti umani oggi**. Roma: GF Laterza, 2005. p. 70.

²³ Idem. p. 72.

²⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. Os crimes internacionais podem contribuir para o debate entre universalismo e relativismo de valores? In: CASSESSE, Antonio; DELMAS-MARTY. **Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e Justiça penal internacional?** São Paulo: Manole, 2004. p. 61-62. Tal tendência universalista é confirmada pela proteção reconhecida à humanidade no âmbito do direito internacional, em que no reconhecimento dos comportamentos considerados mais graves, a identidade da vítima marca a especificidade do crime contra a humanidade (p. 63/66).

²⁵ Ibid., p. 62.

²⁶ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 185.

2.2 Processo de internacionalização dos direitos humanos: afirmação dos direitos humanos como valores universais

A posição dos direitos humanos como valor universal é uma decorrência do seu processo de internacionalização, que sucedeu à positivação, à generalização e à especificação²⁷, tendo como referencial histórico a 2ª Guerra Mundial, em que as atrocidades cometidas contra o ser humano geraram a necessidade de uma resposta por parte da comunidade internacional, inicialmente através da Declaração Universal de 1948.

A resposta a esta situação deu-se com o reconhecimento do ser humano como sujeito de direitos no plano internacional, mas principalmente por meio da mobilização dos Estados, com a criação da Organização das Nações Unidas, com a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e de outros inúmeros documentos internacionais que a sucederam. Por exemplo, a Convenção Européia de Direitos Humanos de 1950, a Convenção Internacional de Direitos Cívicos e Políticos de 1966, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1969.

Interessa ao estudo o processo de internacionalização dos direitos humanos no plano jurídico-normativo.

Nesse sentido, o movimento de internacionalização dos direitos humanos qualifica-se como um processo de harmonização e não de unificação normativa. Isso porque a definição dos direitos humanos como valor universal teve por objetivo influenciar os sistemas nacionais à incorporação de determinados valores como padrão ou modelo, cuja equivalência entre o direito interno e o direito internacional independe do aspecto plural que caracteriza a sociedade mundial²⁸.

²⁷ O processo de evolução dos direitos humanos compreende quatro fases: positivação, generalização, internacionalização e especialização. A positivação caracterizou-se pela desconcentração do poder e o reconhecimento das liberdades cívicas, políticas e econômicas. A generalização compreendeu a tutela jurídica do ser humano. A especificação compreendeu a passagem do tratamento do ser humano do plano abstrato para o situacional. E a internacionalização compreendeu o processo de positivação no plano internacional.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004. p. 128-129. A sociedade internacional de Estados nacionais (concebidos como sujeitos jurídicos independentes entre si, e igualmente soberanos), está subordinada a um único direito das gentes, que os Estados adotam nas suas relações externas não somente como *jus dispositivum*, mas também como *ius cogens*, com a força da lei. O direito das gentes compreende os direitos fundamentais, que são todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados do status de pessoas, de cidadãos ou pessoas com capacidade de agir; entendendo por direito subjetivo qualquer expectativa positiva ou negativa adstrita a um sujeito por norma jurídica; e por status a condição de um sujeito, prevista por uma norma jurídica, como pressuposto da sua idoneidade para ser titular de situações jurídica e/ou autor dos atos que são exercício destas. Na medida em que os direitos fundamentais correspondem aos interesses e expectativas de todos formam o fundamento e o parâmetro da igualdade jurídica, que constitui a dimensão substancial da democracia, anterior à dimensão política ou formal desta, fundada nos poderes da maioria.

O processo de internacionalização dos direitos humanos, segundo Gregório Peces-Barba Martinez, produz-se através de diversas dimensões complementares. A primeira supõe a utilização de formas técnico-jurídicas do Direito Internacional clássico pelos Estados, sem ruptura da soberania estatal e como cooperação interestatal. A segunda parte da tomada de consciência quanto à insuficiência da proteção estatal, que sempre pode encontrar seu limite na razão do Estado, o que põe em questão o princípio da soberania, converte a pessoa individual em sujeito de Direito Internacional e propõe a existência de uma autoridade supranacional, que se impõe à estatal. Uma terceira dimensão refere-se às transformações suportadas pelo Direito Internacional, a partir do processo de humanização, socialização e moralização que fez com que ao Direito Internacional se agregasse à função e à competência quanto ao desenvolvimento integral dos indivíduos e dos povos. A última dimensão se refere ao valor que induz todo esse processo que é a luta pela paz e o repúdio a todas as guerras²⁹.

O processo de internacionalização dos direitos humanos define a dignidade, o respeito e o desenvolvimento livre da personalidade como pilares da ordem política e da paz social. Para tanto, é indispensável o exercício da tolerância, que gera efetividade às liberdades e aos direitos da Constituição. A tolerância significa flexibilidade frente à rigidez, dinamismo frente à passividade, progresso frente ao conservadorismo, dialética frente ao dogmatismo. A tolerância aporta convencimento à ação e efetividade ao resultado. A estrutura organizacional do Estado, baseada em princípio de unidade, autonomia e solidariedade, tem a sua efetividade autêntica sobre a base da tolerância. A Constituição está preparada para o conflito, disposta a responder com eficácia às transformações, sendo suficientemente rígida para ser molde de uma sociedade e

²⁹ MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. **Curso de derechos fundamentales**. Teoria General. Universidade Carlos III de Madrid. Madrid: Boletín Oficial Del Estado, 1999. p. 175-176. O autor associa o processo de internacionalização dos direitos humanos à cooperação internacional, que se iniciou com a luta contra a escravidão, até alcançar mais de cinquenta tratados entre 1815 e 1880, dentre os quais se destacam o Tratado de Londres de 1841 e a Ata Geral de Bruxelas de 1890, revisada pela Convenção de Saint-Germain-em-Laye. Depois da 1ª Guerra Mundial, merece destaque o Convênio Internacional sobre a abolição da escravidão e o comércio de escravos, liderado pela Sociedade das Nações, de 25 de setembro de 1926. Depois da 2ª Guerra Mundial, como desdobramento do art. 14 da Declaração de 1948, foi firmado um Convênio suplementar sobre a abolição da escravidão, sobre o comércio de escravos e sobre práticas e situações semelhantes em 1956, que entrou em vigor em 29 de abril de 1957. Uma evolução similar de cooperação internacional produziu-se em relação ao Direito Humanitário, com a criação da Cruz Vermelha, depois da Batalha de Solferino, através da Convenção de Genebra de 1864 e das Convenções de Genebra de 1929, sobre a proteção dos feridos e dos enfermos em tempos de guerra. No Direito Internacional contemporâneo deve-se destacar as Convenções de Direito Humanitário de agosto de 1949 e os protocolos de 1977, que estabelecem limites à atividade dos Estados em caso de conflitos armados, ainda quando se considere que sejam de caráter interno e que obriguem não somente aqueles que se obrigaram convencionalmente, mas também como princípios gerais de Direito Humanitário.

suficientemente flexível para não solidificar seus elementos perfeccionistas³⁰.

É necessário, enfim, compreender que o movimento de internacionalização compreende um esforço de positividade dos direitos humanos, de efetivo reconhecimento do seu caráter universal. A Carta de São Francisco, de 1945 (tratado internacional que criou a Organização das Nações Unidas), seguida da Declaração Universal de 1948, dos Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos, de Direitos Econômicos, Culturais e Sociais, de 1966, constituem a Carta Internacional de Direitos Humanos³¹.

A ampla e irrestrita adesão dos Estados aos tratados internacionais de direitos humanos, analisados enquanto esforço de mobilização, revela certo consentimento em respeitar os direitos humanos, consentimento este, que na opinião de Flavia Piovesan, é reforçado pela possibilidade de controle da comunidade internacional na hipótese de sua violação³², seja por meio das organizações internacionais ou mesmo por meio da jurisdição internacional.

Os instrumentos internacionais de direitos humanos são universalistas por excelência, na medida em que o ideal de proteção aos direitos fundamentais representa um esforço universal a ser incansavelmente perseguido³³.

Celso Lafer, ao citar a concepção de um Direito Internacional Penal a partir de Nuremberg, parte do pressuposto de que existem certas exigências fundamentais de vida na sociedade internacional e estas exigências configuram-se como sendo as da ordem pública internacional³⁴, como, por exemplo, a repressão ao genocídio. Nenhum povo da terra pode sentir-se razoavelmente seguro de sua existência e, portanto, à vontade e em casa no mundo, na medida em que se admita o genocídio como probabilidade futura³⁵.

³⁰ BALLEL, Tereza Rodriguez de las Heras. **La tolerância exigente**. Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2002. p. 88-90.

³¹ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 52.

³² PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 149-151.

³³ *Ibid.*, p. 149-151.

³⁴ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 169.

³⁵ *Ibid.*, p. 182-183. Isso implica afirmar que a validade das normas não é um atributo puramente formal, que depende tão somente das suas formas de produção. Constitui, sim, um elemento substantivo que condiciona os conteúdos das decisões, que resultaram inválidas naqueles casos em que conflitaram com os novos princípios positivos do direito internacional. Assim, é possível afirmar que o positivismo constitucional desempenha em relação ao direito vigente essa mesma função crítica e normativa que no passado correspondeu ao jusnaturalismo. Se uma verdadeira universalização dos direitos fundamentais como a que traria, por exemplo, a abertura das fronteiras, o que pode parecer irreal atualmente, muito mais ilusória e irreal é a ideia de que a sua violação em tantas partes do planeta possa coexistir durante muito mais tempo com essa utopia conservadora de uma fortaleza fechada, que não coloca em perigo a paz e a própria segurança (FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004. p. 156-157).

Por fim, os tratados internacionais de direitos humanos definem-se como um código de condutas, que expressa o padrão da civilização, que por sua vez compreende os direitos básicos para as pessoas, um governo bem organizado e com capacidade para assumir as relações internacionais, um sistema jurídico no estilo ocidental e a conformidade com o direito internacional. Em outras palavras, o padrão foi concebido para designar se um Estado está ou não suficientemente estável para assumir compromissos segundo o direito internacional, e ao mesmo tempo, hábil para proteger adequadamente a vida, a liberdade e a propriedade³⁶.

2.3 Processo de constitucionalização dos direitos humanos

O processo de constitucionalização dos direitos humanos consiste na positivação dos direitos humanos reconhecidos no âmbito do Direito Internacional, no âmbito nacional, seja no plano normativo, mas principalmente axiológico, enquanto valores que fundamentam e legitimam o sistema jurídico.

Trata-se de desdobramento do processo de internacionalização dos direitos humanos iniciado após a 2ª Guerra Mundial de maneira mais consistente e global, visando à positivação destes no plano normativo nacional, muito embora seja possível identificar manifestações anteriores, como no caso do Reino Unido e dos Estados Unidos por meio das respectivas declarações de direitos.

Um reflexo imediato do processo de internacionalização no âmbito nacional verifica-se nas noções de soberania e jurisdição doméstica, porquanto procura estabelecer um *standard* internacional no tocante à proteção aos direitos humanos e que deve ser observado pelos Estados³⁷.

Importante ressaltar, que no plano da proteção aos direitos humanos, interagem o Direito Internacional e o Direito interno, movidos pelas mesmas necessidades de proteção e prevalecendo sempre as normas que melhor tutelam o ser humano, tendo em vista que a primazia é a pessoa humana³⁸.

³⁶ GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. **The limits of international law**. New York: Oxford University Press, 2005. p. 128-130.

³⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 101. Segundo a autora, no caso da Europa, por exemplo, é inquestionável a influência dos tratados internacionais na intensificação de novas formas de cooperação, fazendo que muitos Estados europeus introduzam, em seus sistemas jurídicos internos, uma legislação específica destinada a conferir-lhe maior organicidade, tratando a matéria numa visão de conjunto (p. 101).

³⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 101.

De acordo com José Gomes Canotilho, as Constituições

devem abrir-se progressivamente a uma rede cooperativa de metanormas (estratégias internacionais, pressões concertadas) e de normas oriundas de outros centros transnacionais e infranacionais (regionais e locais) ou de ordens institucionais intermediárias (associações internacionais, programas internacionais). A globalização internacional dos problemas (direitos humanos, 'proteção de recursos', ambiente) aí está a demonstrar que, se a Constituição jurídica do centro estadual, territorialmente delimitado, continua a ser uma carta de identidade política e cultural e uma mediação normativa necessária de estruturas básicas de justiça de um Estado-Nação, cada vez mais ela se deve articular com outros direitos, mais ou menos vinculantes preceptivos (*hard law*), ou mais ou menos flexíveis (*soft law*), progressivamente forjados por novas unidades políticas (cidade mundo, Europa comunitária, casa europeia, unidade africana)³⁹.

Acrescenta o autor português:

Os direitos humanos articulados com o relevante papel das organizações internacionais fornecem um enquadramento razoável para o constitucionalismo global. O constitucionalismo global compreende não apenas o clássico paradigma das relações horizontais entre Estados, mas no novo paradigma centrado: nas relações Estado/povo, na emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e na tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto indeclinável de todos os constitucionalismos. Por isso, o poder Constituinte dos Estados e, conseqüentemente, das respectivas Constituições nacionais, está hoje cada vez mais vinculado a princípios e regras de direito internacional. É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas *jus cogens* internacional). O Poder Constituinte soberano criador de Constituições está hoje longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado. A abertura ao Direito Internacional exige a observância de princípios materiais de política e direito internacional tendencialmente informador do Direito interno⁴⁰.

A constitucionalização dos direitos humanos no plano nacional opera-se tanto por meio do processo legislativo interno, a partir da incorporação das normas internacionais, como através da aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelos poderes constituídos, independentemente de qualquer processo legislativo. Por exemplo, a decisão de um juiz nacional baseada num tratado internacional de direitos humanos.

³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 18.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 1217.

Interessa ao estudo compreender o processo de constitucionalização, mas também visualizar no Direito brasileiro e estrangeiro a sua manifestação.

2.3.1 Constitucionalização dos direitos humanos no Direito Brasileiro

No Direito Brasileiro, a Constituição Federal de 1988 inova ao realçar uma orientação internacionalista jamais vista na história constitucional brasileira. A orientação internacionalista se traduz nos princípios da prevalência dos direitos humanos, da autodeterminação dos povos, do repúdio ao terrorismo e ao racismo da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, nos termos do art. 4º, incisos II, III, VIII e IX⁴¹.

A partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações com base na prevalência dos direitos humanos, está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal. Com efeito, ainda, a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade reforça a vocação internacionalista assumida pelo Estado brasileiro.

Para Flávia Piovesan,

a reprodução de disposições de tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira não apenas reflete o fato de o legislador nacional buscar orientação e inspiração nesse instrumental, mas ainda revela a preocupação do legislador em equacionar o Direito interno, de modo a ajustá-lo, com harmonia e consonância, às obrigações internacionalmente assumidas pelo Estado brasileiro⁴².

Com efeito, ainda, segundo a autora, o alargamento do universo de direitos nacionalmente garantidos é uma decorrência da incorporação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o qual se qualifica, inclusive, como instrumento de integração das lacunas apresentadas pelo Direito brasileiro⁴³.

É evidente que as Constituições anteriores a 1988 também reconheciam direitos e garantias individuais, contudo, os direitos humanos não estavam posicionados

⁴¹ Embora nas Constituições anteriores seja possível identificar o reconhecimento de direitos e garantias individuais, a Constituição de 1988 assume expressamente uma vocação internacionalista e aberta, em que a legitimação do Estado Brasileiro se pauta pela ideologia dos direitos humanos.

⁴² PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 94.

⁴³ Ibid., p. 94-96.

como alicerce do Estado brasileiro, em que o indivíduo representa a razão de ser do sistema.

As alterações legislativas, constitucionais e infraconstitucionais, promovidas após a Constituição de 1988, como, por exemplo, a Emenda Constitucional n. 45 e as recentes alterações do Código de Processo Penal, confirmam o movimento de constante aperfeiçoamento da normativa interna, em que o respeito aos direitos humanos representa umas das principais diretrizes.

2.3.2 Constitucionalização dos direitos humanos no Direito estrangeiro⁴⁴

A análise do processo de constitucionalização dos direitos humanos no Direito estrangeiro será feita de maneira ilustrativa e restrita à Alemanha, Argentina, Colômbia, Espanha, Estados Unidos, França, Itália, Portugal, Turquia e Reino Unido, bem como levará em consideração os princípios em matéria de processo penal.

No Reino Unido, o processo de constitucionalização dos princípios em matéria processual penal tem o seu primeiro momento na Carta de Direitos de 1628, que reconheceu o direito a um processo regular a todas as pessoas submetidas a julgamento e o Ato do Habeas Corpus de 1679, que protegia a liberdade das pessoas. Todavia, a efetiva incorporação dos direitos humanos reconhecidos na Convenção Européia de 1950, deu-se através do *Human Rights Act* de 1998, em vigor desde 02 de outubro de 2000⁴⁵.

Nos Estados Unidos, o processo de constitucionalização dos direitos humanos e também dos princípios em matéria processual penal está estampado na Constituição Americana, ratificada em 1787, que protege o indivíduo contra qualquer arbitrariedade, posteriormente emendada pela *Bill of Rights* de 1791. Os artigos ou emendas da Constituição Americana protege as pessoas contra perseguições e abusos, garante o direito a um julgamento rápido e público, perante um juiz imparcial; o direito de ser informado sobre a acusação, o direito de confrontar as testemunhas e de estar assistido por um advogado.

⁴⁴ MARTIN-CHENUT, Kathia; SILVA, Fábila de Melo e. La constitutionalisation/conventionalization du droit de la preuve. In: GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève (Coord.). **Les Transformations de l'administration de la preuve pénale**. Perspectives comparées. Paris: Société de Législation Comparée, 2006. v. 12, p. 33.

⁴⁵ http://www.direct.gov.uk/en/Governmentcitizensandrights/Yourrightsandresponsibilities/DG_4002951.

Em Portugal, a Constituição de 1976 e as posteriores modificações ocorridas em 1982, 1989, 1992 e 1997, assegura o direito a uma tutela jurisdicional efetiva, à integridade pessoal, o direito à imagem, intimidade, vida privada e familiar, à inviolabilidade do domicílio, à presunção de inocência, assistência de advogado, dentre outros.

Na Espanha, a Constituição de 1978 assegura que os atos judiciais serão públicos e que o procedimento será preferencialmente oral e as sentenças serão motivadas. A Constituição também garante o direito de se defender, de ser assistido por advogado, de ser informado da acusação, de não se auto-incriminar, à honra, intimidade pessoal e familiar, à inviolabilidade do domicílio.

A Lei Fundamental Alemã de 1949 proíbe os tribunais de exceção, assegura o controle judicial sobre a privação da liberdade, a inviolabilidade do domicílio, o direito de defesa, a presunção de inocência, dentre outros. Com efeito, ainda, o artigo 25 dispõe que os tratados internacionais de direitos humanos, em especial a Convenção Européia de Direitos Humanos e Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, são aplicados como lei federal.

A Constituição Italiana de 1948, somente incorporou o conceito de processo justo a partir da reforma de 1999, que prescreve as garantias do processo equitativo previstas no artigo 6º da Convenção Européia de Direitos Humanos. São assegurados o contraditório e a presunção de inocência, de interrogar as pessoas, o direito ao silêncio, dentre outros.

A Constituição Francesa de 1946 não possui uma descrição detalhada dos direitos fundamentais, contudo, há uma clara influência da jurisprudência constitucional no sistema normativo ordinário, na formulação dos princípios diretivos, como a garantia da presunção de inocência, o contraditório e os direitos das vítimas.

A Constituição da Turquia, no seu artigo 90, estabelece que os tratados internacionais possuem força de lei, assim como a prevalência dos tratados internacionais que versem sobre liberdades fundamentais, na hipótese de conflito com as leis nacionais. A Constituição foi modificada em 2001 pela Lei n. 4079, no sentido de prescrever que as limitações aos direitos e liberdades fundamentais devem observar os standards europeus. Os artigos 36, 37 e 38 da Constituição reconhecem a garantia do processo equitativo, da presunção de inocência, de não produzir prova contra si mesmo, o direito ao silêncio, a livre apreciação da prova pelo juiz.

Na Colômbia, os tratados internacionais sobre Direitos Humanos qualificam-se como standards normativos no ordenamento jurídico nacional. O Código de Processo Penal (Lei 906 de 31 de agosto de 2004, art. 3º) estabelece explicitamente que os operadores devem, ao interpretar as suas disposições, considerar como pauta hermenêutica o Direito Internacional dos Direitos Humanos. O artigo 94 da Constituição estabelece que as garantias previstas no texto constitucional e nos tratados internacionais não devem ser entendidas como a negação de um ou de outro, posto que inerentes à pessoa humana. As garantias decorrem dos tratados internacionais de direitos humanos, da Constituição Colombiana e da Lei Processual Penal. As relativas ao procedimento são a legalidade, a investigação oficial, o juiz natural, o princípio acusatório. As garantias que incidem sobre o processamento do procedimento são a publicidade, a oralidade, a concentração e a celeridade. Por fim, as garantias que regem a produção e a formação da prova, como a contraditória e a imediação.

A Constituição Argentina de 1994 dispõe no artigo 75, inciso 22, que os tratados internacionais de direitos humanos constituem a lei suprema da nação e possuem hierarquia constitucional. E mais, expressamente consigna quais os tratados internacionais de direitos humanos que possuem esse status⁴⁶. As garantias reconhecidas são: a legalidade processual, que abrange a garantia do juízo prévio, a presunção de inocência, a garantia de defesa (direito de ser ouvido; de oferecer prova; congruência e sentença fundada em fatos e direito), igualdade, de interrogar as testemunhas e controlar a prova.

⁴⁶ A Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem; a Declaração Universal de Direitos Humanos; A Convenção Americana sobre Direitos Humanos; o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e seu protocolo facultativo; a Convenção sobre a Prevenção e Sanção do Delito de Genocídio; a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial; a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a mulher; a Convenção contra a Tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, inumadas ou degradantes; a Convenção sobre os Direitos da Criança. Com relação aos demais tratados e convenções sobre direitos humanos, uma vez aprovados pelo Congresso Argentino pelo voto de dois terços da totalidade dos membros de cada Câmara, passam a gozar da mesma hierarquia constitucional.

3 Considerações finais do Capítulo I

A articulação da comunidade internacional e a ampla adesão dos Estados aos tratados internacionais de direitos humanos confirmam a existência de um padrão normativo-formal dos direitos humanos no plano universal, no sentido da harmonização e não da unificação dos sistemas.

O processo de constitucionalização do padrão normativo, segundo a técnica dos *Standards*, também foi confirmado, o que indica um claro movimento de adaptação ao modelo de promoção e proteção aos direitos humanos, concebidos pelos principais tratados internacionais.

O passo seguinte consiste na verificação e detalhamento do padrão normativo universal em relação às garantias processuais igualmente no plano universal e regional, com o objetivo de estabelecer os parâmetros que devem nortear a atividade probatória, no âmbito interno e no exterior.

CAPÍTULO II

PADRÃO NORMATIVO UNIVERSAL E MAIOR EFICÁCIA DA PROVA PRODUZIDA NO EXTERIOR

1 Diversidade entre os sistemas probatórios e a superação das eventuais incompatibilidades

A diversidade entre os sistemas probatórios é um dos principais problemas que afetam a eficácia da prova produzida no exterior, uma vez que a diversidade do procedimento probatório pode comprometer a sua capacidade de demonstração.

No entanto, tomando-se como referência a noção de procedimento segundo parâmetros que devem nortear a atividade probatória, e não como um conjunto de regras rígidas, reduz-se significativamente a possível incompatibilidade em razão da diversidade dos sistemas.

Na realidade, a concepção do procedimento como parâmetro, é pautada pelo padrão normativo universal dos direitos humanos, no sentido das garantias que incidem sobre a atividade probatória.

Preliminarmente à identificação dos parâmetros que norteiam a atividade probatória, é fundamental o exame dos principais sistemas probatórios contemporâneos, o europeu-continental e o anglo-americano, com a preocupação em distinguir igualmente o sistema processual inquisitivo e acusatório e confirmar a convergência para um marco comum.

Para Antonio Magalhães Gomes Filho,

É imprescindível sublinhar que as concepções sobre o papel do processo – e, especialmente, da prova – estão diretamente relacionadas aos escopos do próprio Estado: assim, num Estado que se pretenda organizar a vida dos indivíduos e conduzir a sociedade, o procedimento probatório tenderá a exercer uma função de maior investigação dos fatos; ao contrário, para uma organização estatal preocupada somente em manter o equilíbrio social, preservando a autodeterminação dos indivíduos, o modelo certamente se limitará a disciplinar o encontro entre os interessados e, como consequência, a atividade probatória estará menos afetada pelos interesses do próprio Estado⁴⁷.

⁴⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997. p. 19.

1.1 Sistemas probatórios e sistemas processuais

Os sistemas probatórios contemporâneos desenvolveram-se simultaneamente à evolução dos sistemas processuais, notadamente o inquisitório e o acusatório. Embora a evolução dos sistemas processuais não constitua o foco do estudo, a sua consideração mostra-se relevante pelo fato de que ambos convergem para o modelo de processo justo.

Giulio Ubertis sintetiza as características dos sistemas inquisitivo e acusatório⁴⁸.

Para o autor, as características do sistema acusatório são: liberdade de acusação reconhecida à vítima do crime, cujo exercício é fundamental para que o juiz possa intervir; exclusão de qualquer liberdade do juiz na coleta das provas, que devem ser oferecidas pelas partes; publicidade de todo o processo, cujos atos, para serem adequadamente seguidos pelas partes, devem ser praticados oralmente e perante o juiz e as partes, de maneira concentrada em uma audiência; paridade entre as partes, enquanto ao juiz resta o papel de moderador; liberdade do acusado até a decisão condenatória definitiva.

Já as características típicas do sistema inquisitório são: intervenção de ofício do juiz, que inicia o processo, e sem que tenha vínculo com o objeto do juízo; liberdade do juiz de colher as provas, independentemente da solicitação das partes; segredo de todo o processo, tanto externa como internamente; evidente disparidade de poderes entre o juiz acusador e o imputado, que não tem o direito de promover a aquisição de provas, mas tão somente de solicitá-las; previsão da prisão preventiva do acusado durante o processo⁴⁹.

O autor, todavia, dissocia do modelo de processo justo a diferenciação entre os sistemas processuais acima descritos. Isso porque o modelo de processo justo, não obstante essa diversidade demonstrada caracteriza-se pelos princípios da imparcialidade do juiz, do respeito à pessoa do imputado, da publicidade como regra, da audiência e da inviolabilidade da defesa. A violação destes princípios, segundo o autor, apoiando-se na

⁴⁸ UBERTIS, Giulio. **Principi di procedura penale europea**. Le regole del giusto processo. 2. ed. Milano: Raffaello Cortina, 2009. p. 9-14.

⁴⁹ Ver, ainda, CASSESSE, Antonio. **International Criminal Law**. New York: Oxford University Press, 2003. p. 365/367, segundo o qual o sistema inquisitorial emergiu na Roma Antiga, no tempo do Imperador, e vigorou da Idade Média até o Século XIII, quando os reis e os príncipes adotaram gradualmente o sistema utilizado pela Igreja Católica. Segundo este modelo, as investigações eram conduzidas em segredo por um agente oficial, que interrogava o suspeito ou acusado, a vítima e as testemunhas, registrava por escrito as suas afirmações e depois decidia se o réu era culpado ou inocente. A mesma pessoa que investigava era a pessoa que julgava. Ao longo do tempo, principalmente após a Revolução Francesa, foram incorporados elementos do sistema *adversarial*, com ênfase aos direitos do acusado.

jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos, compromete gravemente a equidade do processo⁵⁰, pouco importando se o sistema processual adotado é de origem inquisitória ou acusatória⁵¹.

Com efeito, a título de ilustração tão somente, convém descrever o modelo adotado no âmbito do Tribunal Penal Internacional, criado pelo Estatuto de Roma, que revela a preocupação em assegurar as garantias do processo justo: a presunção de inocência; ônus probatório exclusivo sobre a acusação; exigência de certeza para a condenação; julgamento público, equitativo e imparcial; direito à informação e à perfeita compreensão dos atos e termos do processo; ampla defesa; paridade de armas e direito à prova; direito do acusado não ser compelido a depor contra si próprio ou de declarar-se culpado; direito ao silêncio; direito do acusado em prestar declarações não juramentadas e julgamento sem dilações excessivas⁵².

1.2 Sistema probatório europeu-continental

A origem do sistema probatório europeu-continental remonta ao período da

⁵⁰ UBERTIS, Giulio. **Principi di procedura penale europea**. Le regole del giusto processo. 2. ed. Milano: Raffaello Cortina, 2009. p. 15.

⁵¹ É evidente que estes princípios, que representam a garantia do processo justo, se confrontados com as características do sistema processual acusatório e inquisitório, certamente conduzem a uma leitura crítica quanto à efetiva manutenção destes modelos na sua forma original. Contudo, não constitui objeto do estudo este confronto, mas simplesmente o reconhecimento das características do modelo de processo justo, derivado do processo de internacionalização dos direitos humanos, com vistas à construção de um padrão normativo universal no sentido da harmonização. O que significa dizer, que a adesão dos Estados a estes documentos e o conseqüente processo de constitucionalização deste modelo normativo, induz à adequação do sistema acusatório e inquisitório a este modelo.

⁵² ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A prova ilícita e o Tribunal Penal Internacional**: regras de admissibilidade. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 102. O TPI é inspirado no modelo *adversarial*, embora contemple elementos de natureza *inquisitorial*. O promotor tem ampla discricionariedade na seleção dos casos a serem investigados, como também na formulação de acordos com os acusados. O Conselho de Segurança das Nações Unidas pode suspender uma investigação por um período de doze meses, e a Sala das Questões Preliminares intervém quando o Ministério Público decide se existe ou não fundamento razoável para iniciar o procedimento (AMBOS, Kai. **Temas de Derecho Pena Internacional y Europeo**. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 382). As provas somente poderão ser admitidas no Tribunal se houver confrontação entre a acusação e a defesa perante o juiz da fase pré-processual. O órgão judicial que julgará o caso é uma terceira parte, que a princípio, não tem qualquer conhecimento das provas que serão apresentadas no julgamento. Trata-se de um modelo equilibrado com vistas a um julgamento justo. Verifica-se, ainda, o aperfeiçoamento em relação à posição da vítima, que goza de proteção segundo o Estatuto de Roma, principalmente no que se refere à consideração dos seus interesses contra os direitos dos acusados. A flexibilização do sistema *adversarial* vem igualmente manifestada na hipótese em que a Câmara de Apelação tem a possibilidade de invalidar o procedimento adotado para a assunção de culpa pelo acusado, quando este não tiver sido corretamente informado (ZAPPALÁ, Salvatore, ZAPPALÁ, Salvatore. **Human rights in international criminal proceedings**. Oxford: University Press, 2005. p. 24-27).

inquisição⁵³, em que a revelação da verdade fazia-se por métodos irracionais, posteriormente substituídos pelo inquérito, segundo uma nova racionalidade probatória de reconstrução do fato passado. Trata-se do método inquisitivo, caracterizado pelo segredo e pelo caráter ilimitado da pesquisa da verdade, em que a atividade probatória constituía uma busca pela confissão⁵⁴.

A legitimação do método inquisitivo, segundo Antonio Magalhães Gomes Filho, veio com a teoria das provas legais, em que as provas tinham um valor pré-determinado e que surgiu com o objetivo de afastar a ilimitada e arbitrária liberdade de convencimento. O valor pré-determinado da prova estava condicionado a uma excessiva e detalhada regulamentação do procedimento probatório⁵⁵.

A reação ao modelo inquisitivo veio com o movimento iluminista do século XVIII, mais especificamente com a Revolução Francesa e a Revolução Industrial, em que a relação entre o Estado e o indivíduo passa a ter uma nova concepção, não mais *ex parte principii*, mas *ex parte populi*. O processo penal também sofreu a influência iluminista, com o reconhecimento da presunção de inocência como valor fundamental. E no que se refere às provas, não foi diferente, e o sistema das provas legais foi substituído pelo sistema da íntima convicção do julgador, baseado num processo dedutivo, de confiança na capacidade técnica do julgador⁵⁶. Antonio Magalhães Gomes Filho aponta uma contradição entre o repúdio às provas legais e a afirmação do princípio da livre convicção, porquanto o juiz estava desvinculado das regras probatórias, mas restrito às prescrições legais no tocante à aplicação da pena⁵⁷.

A ruptura com o sistema inquisitivo, segundo Antonio Magalhães Gomes Filho, veio com a lei francesa de 16 de setembro de 1791, cuja grande inovação foi a regulamentação do procedimento para o julgamento pelos jurados, a adoção irrestrita da oralidade no procedimento probatório e o abandono por completo da teoria da prova legal.

⁵³ DENTI, Vittorio. L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei. **Rivista di Diritto Procedurali**, p. 31, 1965. A disciplina legal da prova nos Estados que adotaram o sistema inquisitivo, de influência romano-germânica, da Idade Média até a Idade Moderna, nunca foi considerada somente um produto de uma situação cultural, mas uma consequência inevitável do modo como era administrada a justiça na Europa até a Revolução Francesa.

⁵⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997. p. 20-22.

⁵⁵ Ibid., p. 22-24.

⁵⁶ DENTI, Vittorio, op. cit., p. 32-33. O formalismo tradicional da doutrina jurídica européia passou a considerar o problema da prova somente nos seus aspectos lógicos ou técnicos, superando, assim, o método da prova legal. Essa superação, contudo, não se justificou em razão de um problema de conhecimento, mas principalmente por razões de natureza política e social.

⁵⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. cit., p. 26-27.

A transição, todavia, do modelo inquisitivo para o modelo acusatório consolidou-se com o Code d'Instruction Criminelle, de 1808, cuja característica básica era a divisão do procedimento em duas fases: a primeira, secreta, escrita, sem a participação da defesa, e perante o juiz de instrução; a segunda, pública, oral, com a participação da defesa, e perante o júri, que se orientava pela íntima convicção⁵⁸.

A crítica à teoria das provas legais parte da premissa de que não é razoável a determinação prévia do valor do conhecimento obtido através da prova. Por outro lado, não é menos verdade que a teoria das provas legais possui uma função garantista, de repúdio ao risco de abuso que o livre convencimento irracional representava a partir da definição de um modelo de prova⁵⁹.

Mesmo com a transição do sistema das provas legais para o sistema da íntima convicção, que coincide com a transição do modelo inquisitivo para o modelo acusatório – ao menos no tempo –, o sentido da teoria das provas legais não se perdeu totalmente. É verdade que as provas não possuem mais um valor pré-determinado. No entanto, com a transição do modelo inquisitivo para o modelo acusatório, em que se consagram a oralidade e a participação das partes no procedimento, evidencia-se uma clara preocupação com o método, inclusive, no que se refere ao método probatório.

Na estrutura do sistema europeu-continental não há uma fase destinada à livre iniciativa das provas pelas partes. Toda a atividade processual se desenvolve segundo um controle jurisdicional⁶⁰.

Assim, na hipótese da prova produzida no exterior, considerando que a atividade probatória é dotada de oficialidade na sua formação, a prova produzida em outro país tem na intervenção das autoridades estatais locais a condição para resguardar a sua eficácia⁶¹. No entanto, a intervenção da autoridade estatal, com exceção feita à prova pessoal, cumpre a função de controlar a legalidade do ato praticado.

⁵⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997. p. 29-31. No mesmo sentido Vittorio Denti (L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei. **Rivista di Diritto Procedurali**, p. 31, 1965), segundo o qual os movimentos de reforma verificados nos países de *civil law* se notabilizaram pelos seguintes efeitos: a) atenuação do regime da prova legal e a restituição ao juiz do livre convencimento; b) reconhecimento do processo como de tipo dispositivo, em que o juiz detém o poder de iniciativa de buscar a verdade com vistas à verificação dos fatos relevantes da causa; c) atenuação do vínculo do juiz à iniciativa probatória das partes; d) a adoção do princípio do contraditório (p. 42/46).

⁵⁹ Ibid., p. 33.

⁶⁰ PETRUS, Christian Herrera. **La obtención internacional de pruebas**. Asistencia jurisdiccional em Europa. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2005. p. 79.

⁶¹ Idem. p. 73.

1.3 Sistema probatório anglo-americano

Enquanto no sistema europeu-continental a irracionalidade dos juízos de Deus deu lugar ao procedimento inquisitório, no sistema anglo-americano afirmou-se a instituição do júri, presente até os dias de hoje, em que a função dos jurados era de recolher informações e prestar testemunhos sobre os fatos investigados, e não julgar propriamente, o que somente apareceu após o Concílio de Latrão, em 1251⁶².

O júri como sistema de julgamento repercute significativamente no campo probatório⁶³, principalmente no que se refere ao procedimento, voltado à seleção do material a ser apresentado ao jurado para julgamento, tendo em vista o fundado receio de que por se tratar de um juiz não profissional, o risco de manipulação é muito maior, o que poderia comprometer o resultado justo perseguido.

A *law of evidence* impõe um conjunto de regras de exclusão das provas, cujo objetivo é controlar a qualidade do material que será apresentado aos jurados, como, por exemplo, a testemunha de “ouvir dizer” ou *hearsay*. A forma de apresentação das provas aos jurados impõe a concentração e a oralidade dos atos, assim como o diálogo entre as partes⁶⁴.

O desenvolvimento do processo no sistema anglo-americano, de tradição *common law*, caracteriza-se pela competitividade, principalmente no que se refere à atividade de busca por provas⁶⁵, em que as partes decidem as questões de fato que serão submetidas a julgamento, cabendo ao juiz assegurar a correção da disputa. Isso significa dizer que o resultado do julgamento pressupõe a lisura no procedimento⁶⁶, quanto mais respeitado o encontro dialético entre as partes, maior a probabilidade de um resultado mais justo.

⁶² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997. p. 36-37.

⁶³ *Ibid.*, p. 37.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 38. Segundo Ilias Bantekas e Suzan Nash, enquanto os sistemas de civil Law tendem a focar as questões procedimentais, os sistemas de common Law estão mais focados em questões de confiabilidade, notadamente o valor probatório da prova (BANTEKAS, Ilias; NASH, Susan. **International Criminal Law**. 2nd ed. London: Cavendish Publishing, 2003. pp. 313-314).

⁶⁵ PETRUS, Christian Herrera, **La obtención internacional de pruebas. Asistencia jurisdiccional em Europa**. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2005. p. 84. A delimitação dos fatos a serem debatidos é somente indicativa, na medida em que o resultado da *discovery* se destina à seleção do material probatório apresentado e do contraste dialético das partes, assumindo o juiz um papel consideravelmente passivo, de garantidor do regular desenvolvimento da atividade probatória e do confronto entre as partes.

⁶⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 39-40.

As principais características do sistema anglo-americano são: indispensabilidade da seleção do material probatório a ser valorado segundo uma norma de exclusão; existência do contraditório na investigação do fato, que é de responsabilidade das partes; preponderância da prova oral sobre a prova escrita, de modo que somente é considerada prova válida a testemunha colhida oralmente perante o julgador e submetida ao confronto (*cross-examination*)⁶⁷.

Na hipótese da prova produzida no exterior, considerando que a prova é concebida como atividade de natureza prevalentemente privada, a ausência de intervenção das autoridades do Estado estrangeiro, em princípio, não compromete a eficácia do ato⁶⁸.

⁶⁷ DENTI, Vittorio. L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei. **Rivista di Diritto Procedurali**, p. 51, 1965.

⁶⁸ PETRUS, Christian Herrera. **La obtención internacional de pruebas**. Asistencia jurisdiccional em Europa. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2005. p. 73.

2 Processo de internacionalização e constitucionalização da garantia do processo justo

O processo de internacionalização e constitucionalização dos direitos humanos, definidos no Capítulo I da Parte II, estende-se às garantias processuais.

As garantias do processo justo compreendem os direitos fundamentais processuais, cujo reconhecimento por um Estado constitui um dos critérios para medir o caráter autoritário ou liberal de uma sociedade⁶⁹ e atuam para assegurar a efetivação dos direitos⁷⁰.

Segundo André de Carvalho Ramos, o Direito Internacional dos Direitos Humanos é um sistema de princípios e normas, que regulam a cooperação internacional dos Estados, cujo objetivo é a promoção do respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais universalmente reconhecidas, assim como o estabelecimento de mecanismos de *garantia e proteção de tais direitos*⁷¹ (grifo nosso).

Tais mecanismos de garantias e proteção dos direitos materializam-se na garantia do processo justo, e são extraídos do texto de documentos elaborados tanto no plano universal como regional (europeu; interamericano; africano). As garantias nascem com o objetivo de promover e proteger os direitos humanos, em que o modelo de processo justo está configurado com vistas a atingir tal finalidade.

No plano universal, os principais documentos internacionais e as respectivas garantias reconhecidas são:

1. Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que prescreve: que ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento cruel, desumano ou degradante; que ninguém poderá ser preso arbitrariamente; a presunção de inocência e a garantia do contraditório e da ampla defesa; julgamento por juiz imparcial e independente; igualdade de armas;
2. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966): as pessoas são iguais perante os Tribunais e as Cortes de Justiça; toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com o respeito às garantias, por tribunal

⁶⁹ BACIGALUPO, Enrique. **Justicia penal y derechos fundamentales**. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y sociales, 2002. p.133.

⁷⁰ Ver nota inserida na introdução da Parte II quanto à distinção entre direitos e garantias.

⁷¹ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 50.

competente, independente, imparcial e estabelecido por lei; a imprensa e o público poderão ser excluídos de parte ou da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das partes o exija, quer na medida em que isto seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a ser informada, sem demora, no idioma que lhe permita compreender tanto a natureza como os motivos da acusação contra ela formulada; a dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com o defensor de sua escolha; a ser julgada sem dilações indevidas; a estar presente no julgamento e a defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; a ser informada, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo, e sempre que o interesse da justiça assim exija, a ter um defensor designado *ex officio* gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo; a interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e a obter comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação; a ser assistida gratuitamente por um intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua empregada durante o julgamento; a não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

No plano regional, os principais documentos internacionais são:

1. Convenção Européia de Direitos Humanos⁷² (1950): qualquer pessoa tem o direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável e por tribunal independente, imparcial e estabelecido por lei; o julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser

⁷² BACIGALUPO, Enrique. **Justicia penal y derechos fundamentales**. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y sociales, 2002. p.283. Segundo o autor, a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, ao interpretar o art. 6º da Convenção Européia de Direitos Humanos, impôs uma série de princípios que configuram um marco básico para o Direito processual penal europeu, como: a compatibilidade do Direito à presunção de inocência com certas limitações razoáveis; o silêncio do suspeito ou acusado no interrogatório não pode ter como consequência qualquer sanção; o acusado e o defensor devem ter em alguma etapa do processo o direito de ouvir testemunhas.

proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça; qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente, enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada; o acusado tem no mínimo o direito de ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza da causa da acusação contra ele formulada; de dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa; de se defender a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, pode ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem; de interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação; ser assistido gratuitamente por intérprete, se não compreender ou falar a língua usada no processo.

2. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, prescreve: garantia de julgamento no prazo razoável; garantia de julgamento no prazo razoável; garantia do habeas corpus; garantia de julgamento independente e imparcial; presunção de inocência; ciência prévia da acusação; contraditória e ampla defesa; assistência jurídica; direito à prova; direito de não produzir prova contra si mesmo; *ne bis in idem*; publicidade dos atos processuais; direito à honra, intimidade e vida privada contra violações arbitrárias.
3. Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia (1999): direito à ação e a um tribunal imparcial; acesso à justiça; toda pessoa tem o direito a um julgamento equitativo, público e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei; toda a pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo; é concedida assistência judiciária a quem não disponha de recursos suficientes, na medida em que essa assistência seja necessária para garantir

a efetividade do acesso à justiça; presunção de inocência e direitos de defesa.

4. Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos de 1981 (Carta de BANJUL): direito de recorrer aos órgãos nacionais contra atos que violem direitos fundamentais reconhecidos e garantidos em convenções, leis e costumes vigentes; direito de ser considerado inocente; direito de defesa, inclusive, o direito de ser defendido por um advogado de sua preferência; direito de ser julgado num prazo razoável e por um tribunal imparcial.

Todas as garantias reconhecidas nos tratados internacionais acima indicados integram o conteúdo da garantia do processo justo ou equitativo, em que os direitos humanos constituem ao mesmo tempo o seu objeto e o fator de legitimação da atuação estatal⁷³.

Ao estudo, todavia, interessam as garantias universais que incidem sobre a prova, como parâmetros a nortear a atividade probatória, da descoberta da fonte até a efetiva valoração do dado probatório. As garantias que incidem sobre a atividade probatória coincidem com o modelo garantista sustentado por Luigi Ferrajoli, examinado na Parte I, e que cumpre dupla função: cognitiva e de proteção às liberdades. O modelo garantista do ponto de vista cognitivo expressa o parâmetro para a atividade de produção de provas, enquanto método mais adequado para a apreensão de uma realidade. Do ponto de vista das liberdades individuais na atividade probatória, o modelo garantista está associado à promoção e à proteção do indivíduo, assegurando, por exemplo, a participação das partes e o direito ao silêncio.

Nesse sentido, o modelo de processo justo, de natureza garantista, representa muito mais do que o direito a uma boa administração da justiça, como atestado pela Corte Européia de Direitos Humanos⁷⁴, significa, na realidade, o padrão normativo de garantias a assegurar, dentre outros, a maior eficácia da prova.

⁷³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: RT, 2001. p. 34-35. O autor propõe a sistematização das garantias do processo, dividindo-as em garantias associadas ao juiz e as do contraditório. À garantia do juiz é pressuposta a imparcialidade, independência, o juiz natural, e em certa medida o duplo grau de jurisdição. Da garantia do contraditório resulta a igualdade processual, a defesa, o direito à prova, a presunção de inocência, e o duplo grau de jurisdição.

⁷⁴ MARTIN-CHENUT, Kathia; SILVA, Fábila de Melo e. La constitutionalisation/conventionalization du droit de la preuve. In: GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève (Coord.). **Les Transformations de l'administration de la preuve pénale**. Perspectives comparées. Paris: Société de Législation Comparée, 2006. v. 12, p. 33.

3 Processo justo e prova penal: marco de garantias na atividade probatória no exterior

O processo justo ou equitativo, segundo Ireneu Cabral Barreto,

exige, como elemento co-natural, que cada uma das partes tenha possibilidades razoáveis de defender os seus interesses numa posição não inferior à da parte contrária; ou, de outro modo, a parte deve deter a garantia de apresentar o seu caso perante o tribunal em condições que a não coloquem em substancial desvantagem face ao seu oponente⁷⁵.

As garantias são concebidas como instrumentos de promoção e proteção dos direitos humanos e no processo penal, no interesse do próprio processo, assim compreendido, o acusado, a vítima, a coletividade, a atividade jurisdicional e o Estado. Tais garantias qualificam-se como parâmetros a nortear o relacionamento e a convivência entre todos esses interesses e ao mesmo tempo promover o resultado mais justo possível.

No que se refere à prova penal, o reconhecimento do marco de garantias, como padrão normativo – e não simplesmente como conjunto de regras –, proporciona que a prova seja mais eficaz. A gestão da prova no sentido de assegurar que as suas funções sejam cumpridas, implica a observância do modelo garantista na atividade probatória.

A garantia do processo justo na atividade probatória manifesta-se através de outras garantias: a presunção de inocência, a duração razoável do processo, o contraditório, a assistência gratuita de intérprete e, principalmente, o direito à prova⁷⁶.

A observância das garantias que integram o processo justo constitui o modelo garantista na atividade probatória, ou seja, o padrão ou standard obrigatório que deve ser respeitado na definição do procedimento probatório no plano abstrato e normativo, assim como na atividade dos sujeitos processuais.

⁷⁵ BARRETO, Ireneu Cabral. **A Convenção Europeia dos direitos do homem anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2005. p. 133. É de extrema importância que o modo como os elementos de prova foram obtidos e produzidos seja equitativo na sua globalidade, o que implica a não exclusão, por princípio e em abstrato, da admissibilidade de uma prova colhida de forma ilegal (p. 135). O autor assenta a sua afirmação nos seguintes julgamentos da Corte Europeia de Direitos Humanos: acórdão Ludi, de 16 de junho de 1992, A 238, p. 20, parágrafo 3º; Schuler-Zraggen, A 263, pág. 21, parágrafo 66; Dombo Behr B.V., A 274, pág. 18, parágrafo 31; Bernard, de 23 de abril de 1998, R97-II, pág. 879, parágrafo 37.

⁷⁶ UBERTIS, Giulio. Diritto alla prova nel processo penale e Corte Europea de Diritto del uomo. **Revista de Diritto Processuale**, v. 49, n. 2, p. 489, 1994. Trata-se do direito de se defender provando.

Na hipótese da prova produzida no exterior, a diversidade entre os sistemas é superada pelo reconhecimento do padrão normativo universal das garantias processuais, as quais se posicionam como *standard* universal e demandam dos Estados solicitados um esforço de verificação quanto à equivalência e compatibilidade da regulação interna com estes valores, resguardando, assim, a eficácia da prova a ser produzida.

Convém reforçar a tendência universalista das garantias processuais incidentes sobre a atividade probatória, a partir da análise das resoluções adotadas no âmbito da International Association of Penal Law (AIDP/IAPL⁷⁷).

No XIII Congresso Internacional de Direito Penal, realizado no Cairo, em outubro de 1984, ficou estabelecida a necessidade de observância na assistência jurídica internacional das garantias reconhecidas no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 e na Convenção Européia de Direitos Humanos de 1950. Estabeleceu-se a possibilidade dos Estados reconhecerem, da forma mais ampla possível, a validade das decisões judiciais proferidas no Estado estrangeiro. Finalmente, foi ressaltada a importância de respeitar os interesses da pessoa investigada, os direitos do acusado e a legitimidade dos interesses da vítima a fim de facilitar o auxílio mútuo⁷⁸.

No XV Congresso Internacional de Direito Penal, realizado no Rio de Janeiro, em setembro de 1994, merece destaque as resoluções referentes aos movimentos de reforma do processo penal e a proteção aos direitos humanos, bem como as resoluções referentes à regionalização do direito penal internacional e a proteção dos direitos humanos nos procedimentos de cooperação internacional em matéria penal.

Nesse sentido, restou ressaltada a importância da imparcialidade do juiz, que implica a separação das funções do acusador e do julgador, como fundamental para o respeito à presunção de inocência. No que se refere à intervenção do juiz, ficou estabelecida a necessidade de autorização judicial ou confirmação judicial em vinte e quatro horas, na hipótese das medidas que afetam direitos fundamentais⁷⁹.

⁷⁷ A AIDP foi fundada em Paris, aos 24 de março de 1924, em substituição à *Union Internationale de Droit Penal*. A entidade sempre teve uma atuação destacada na discussão dos assuntos relacionados à justiça criminal, principalmente após as duas guerras mundiais, difundindo experiências e revelando tendências (Cherif Bassiouni: AIDP: International Association of Penal Law: over a century of dedication to criminal justice and human rights) (<http://www.penal.org/pdf/histoire%20de%20l'AIDP%20version%20anglaise%20Tabita.pdf>)

⁷⁸ RESOLUTION of the Congresses of the International Association of Penal Law (1926-2004). **Nouvelles Études Pénales**, n. 21, p. 126-127, 2009.

⁷⁹ Ibid., p.165-172.

3.1 Marco de garantias

Os sistemas probatórios descritos no item “1” guardam particularidades que os diferenciam substancialmente, contudo, verifica-se a ocorrência de uma aproximação das regras probatórias relativas ao processo penal, fruto do modelo de processo justo ou equitativo construído a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

De um lado, o modelo ocidental, de tradição francesa, e do outro lado o modelo da *common law*.

O modelo de processo justo não implica a revogação das diferenças que sempre qualificaram os sistemas citados, mas simplesmente impõe o reconhecimento de um ponto de intersecção ou marco comum entre todos os sistemas, a permitir uma melhor interação e assegurar a eficácia do ato.

Mireille Delmas-Marty e outros⁸⁰, em estudo comparado sobre o processo penal da Bélgica, França, Alemanha, Inglaterra e Itália, identificaram os sinais de aproximação na atividade probatória entre os respectivos sistemas, os quais constituem elementos essenciais do processo justo: ciência prévia das provas às partes a fim de evitar alguma surpresa na fase decisória; esta é uma ideia fundamental da tradição francesa; concessão ao juiz competente para o processo e julgamento, a fim de que extraia suas impressões quanto à sinceridade das testemunhas e correção dos seus depoimentos, que o obriga a ouvi-las oralmente, sem se limitar a ler os registros das suas declarações anteriores; concessão à defesa da faculdade de confrontar as testemunhas pelo menos em uma fase do processo, interrogando-as ou fazendo-as interrogar; reconhecimento do princípio da liberdade prova; limitação à possibilidade de utilização de certas espécies de prova, com particular referência à forma das provas indiretas, denominadas na Inglaterra de *hearsay evidence*; definição do escopo probatório como sendo a descoberta da verdade; definição do papel equidistante do juiz, atuando como árbitro, porquanto a melhor forma de descoberta da verdade é a partir de robustas argumentações por parte dos dois lados do problema.

Os parâmetros ou *standards*, universalmente reconhecidos pelos textos internacionais e incorporados no plano nacional, confirmados no plano jurídico-formal, com apoio na doutrina e na jurisprudência e que incidem sobre a atividade probatória, são:

⁸⁰ DELMAS-MARTY, Mireille; CHIAVARIO, Mario et al. **Procedure penali d'Europa**. 2. ed. Padova: Cedam, 2001. p. 615-617.

direito à prova; presunção de inocência; contraditório; defesa; duração razoável do processo; assistência gratuita de intérprete; respeito à intimidade, vida privada e familiar e inviolabilidade do domicílio.

O respeito aos parâmetros universalmente aceitos refletem os princípios fundamentais de justiça e *fair play*, na atividade probatória. Assim, por exemplo, segundo precedente jurisprudencial do Reino Unido, a corte excluiu uma prova por ofensa a estes princípios e não pela falta ou não correspondência com o direito estrangeiro⁸¹.

O padrão normativo universal das garantias processuais qualifica-se como marco de garantias na atividade probatória, assegura a maior eficácia da prova, e apresenta-se como a solução para a superação das diferenças entre os sistemas probatórios.

Necessário o detalhamento do padrão normativo, a partir da descrição de cada garantia naquilo que é essencial.

3.1.1 Direito à prova

Segundo Antonio Magalhães Gomes Filho, o direito à prova compreende: um direito à investigação do material probatório, tanto pela acusação como pela defesa, com vistas a sustentar as respectivas teses; um poder de iniciativa em relação à introdução do material probatório, o qual estará sujeito a um controle de admissibilidade, pertinência e relevância; um direito sobre o meio de prova, associado ao procedimento de produção, ou seja, de participação dos interessados nos atos de produção da prova; finalmente, um direito à valoração das provas, na medida em que a prova visa à formação e à justificação do convencimento do juiz⁸².

⁸¹ BANTEKAS, Ilias; NASH, Susan. **International criminal law**. 2nd ed. London: Cavendish Publishing, 2003, p. 248. “*In Torres v HM Advocate, the court reaffirmed that it would exclude evidence obtained by means which offended fundamental principles of justice and fair play, irrespective of what was legal according to foreign law.*”

⁸² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997. p.85-89. O direito à introdução do material probatório abrange igualmente o direito à exclusão das provas inadmissíveis, impertinentes ou irrelevantes. Flávio Luiz Yarshell faz importante distinção entre direito de provas e direito à prova. O direito de provar consiste no direito de empregar todos os meios disponíveis para demonstração da verdade de uma situação em que se funda uma pretensão, no contexto de um dado processo cujo objetivo é a declaração do direito. Considera-se compreendido nos direitos de ação e de defesa. Já o direito à prova consiste no direito de busca, de obtenção e pré-constituição da prova, não estando necessariamente vinculado à declaração do direito dirigida a uma dada relação de direito material (YARSHEL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. 2008. Tese (Concurso de Professor de Titular de Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. p. 202 e 225).

Para Antonio Scarance Fernandes, o direito à prova compreende:

direito de requerer a produção de provas; direito a que o juiz decida sobre o pedido de produção de provas; direito a que, deferida a prova, esta seja realizada, tomando-se todas as providências necessárias para sua produção; direito a participar da formação da prova; direito a que a produção da prova seja feita em contraditório; direito a que a prova seja produzida com a participação do juiz; direito a que, realizada a prova, possa manifestar-se a seu respeito; direito a que a prova seja objeto de avaliação do julgador⁸³.

Em síntese, o direito à prova abrange o direito de buscar suas fontes, de postular a produção da mesma, de participar da formação dessa prova, de postular ou produzir a contraprova, de se manifestar sobre as provas produzidas, de questioná-las e valorá-las.

O direito à prova está previsto nos textos internacionais já mencionados em tópicos anteriores, de forma direta ou indireta.

A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 reconhece a presunção de inocência até que se prove a culpabilidade. O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 reconhece o direito de interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação. A Convenção Européia de Direitos Humanos de 1950 reconhece o direito de inquirir ou fazer inquirir as testemunhas de acusação e obter o comparecimento e inquirição das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as de acusação. A Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 reconhece o direito de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam fornecer alguma informação sobre o fato a ser provado. A Carta Africana de Direitos Humanos de 1981 reconhece a presunção de inocência até que se prove a culpabilidade. A Carta de Direitos Humanos da União Européia de 1999 reconhece a presunção de inocência até que se prove a culpabilidade.

Antonio Magalhães Gomes Filho observa que embora os textos internacionais façam referência a testemunhas, a garantia em questão é aplicável a qualquer tipo de prova⁸⁴, segundo a jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos⁸⁵. O autor cita os seguintes casos que foram objeto de julgamento pela Corte Européia de Direitos

⁸³ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 73-74.

⁸⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997. p. 74.

⁸⁵ UBERTIS, Giulio. Diritto alla prova nel processo penale e Corte Europea de Diritto del'uomo. **Revista de Diritto Processuale**, v. 49, n. 2, p. 490, 1994.

Humanos, nos quais se confirma a existência do direito à prova⁸⁶: a) caso Vidal v. Bélgica (julgado em 22 de abril de 1992), em que o acusado fora condenado pela Corte de Apelação de Bruxelas sem que pudesse ter ouvido quatro testemunhas de defesa, cujo pedido nem sequer foi analisado; b) caso Kostovski (julgado em 20 de novembro de 1989), em que o acusado foi condenado com base em declarações prestadas na polícia por duas testemunhas que permaneceram no anonimato e sem que este tivesse a oportunidade de contestar o depoimento desfavorável e inquirir o seu autor; caso Ludi v. Suíça (julgado em 15 de junho de 1992), em que o acusado foi condenado com base em interceptações telefônicas e no depoimento de um policial infiltrado, cuja identidade não foi revelada. A Corte entendeu haver ofensa ao direito à prova, por ausência de contraditório na produção da prova, com a participação do acusado.

3.1.1.1 Direito à prova e participação do juiz na produção da prova no exterior

O direito à prova, segundo a afirmação de Antonio Scarance Fernandes, compreende, dentre outros, a participação do juiz na produção da prova⁸⁷.

Esta participação do juiz na produção da prova deve ser analisada sob diferentes ângulos.

Em primeiro lugar, considerando que o direito à prova implica o direito à valoração ou avaliação da prova pelo julgador, assim como uma das funções da prova é justificar as decisões judiciais, é fundamental a participação do juiz na produção da prova. Esta participação confunde-se com o princípio da imediação, que assegura ao juiz o contato com a prova, no sentido de quanto mais intensa for esta proximidade, maior a compreensão e o senso crítico do julgador em relação às provas, e maior a probabilidade de um resultado mais justo.

Em segundo lugar, há que se distinguir a participação do juiz *na* prova da participação do juiz *sobre* a prova. Isso porque a participação do juiz na prova, ou seja, na

⁸⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. . **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997. p. 75-77.

⁸⁷ No mesmo sentido Christian Herrera Petrus (**La obtención internacional de pruebas**. Asistencia jurisdiccional em Europa. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2005. p. 73), ao analisar a oficialidade na atividade probatória como uma das características essenciais do sistema europeu continental. Tal observação é de extrema relevância para o estudo, uma vez que o objeto da tese é exatamente definir o critério ou as condições para a transposição de forma eficaz da prova produzida no exterior.

formação ou produção da prova somente se verifica na prova testemunhal, compreendida a testemunha, as vítimas e os peritos, como também na prova pericial determinada no curso do processo judicial. Nesses casos, o juiz não somente faz a mediação quanto à participação das partes, como também controla o respeito às garantias e complementa a atuação das partes.

Já a participação do juiz *sobre* a prova verifica-se quando a prova já foi produzida, como na prova documental, ou ainda a prova pericial realizada na fase investigatória. Nesses casos, o juiz decide sobre a admissão da prova produzida, seja do ponto de vista da licitude, como da pertinência e relevância.

A importância dessa distinção na prova produzida no exterior decorre do fato de que a cooperação prestada pelo Estado requerido, nem sempre terá como protagonista uma autoridade judiciária. E o critério para se determinar a necessidade ou não de uma autoridade judiciária é a natureza do ato a ser produzido, se prova ou elemento de informação, ou ainda a natureza da prova a ser produzida, se documental ou pessoal, por exemplo.

Com efeito, no Reino Unido é imperativa a intervenção do juiz nos pedidos de cooperação, tendo em vista a necessidade de verificar se a solicitação está de acordo tanto com o direito interno como com o direito internacional. E mais, a intervenção judicial possibilita a manutenção do equilíbrio necessário entre os interesses e as garantias concorrentes, evitando, assim, o uso abusivo do processo de cooperação jurídica internacional pelos governos⁸⁸.

Assim sendo, nos pedidos de cooperação formulados pelo Brasil, que tenham por objeto a produção de prova e não de elemento de informação, é necessária como regra a intervenção do juiz, como juiz de garantias ou como protagonista na coleta do dado probatório.

3.1.1.2 Titularidade do direito à prova

O direito à prova assiste aos titulares do direito de ação e de defesa.

Assim, seja a acusação pública ou privada, ao acusador assiste o direito à prova na dimensão mencionada no tópico anterior⁸⁹. Da mesma forma, o acusado ou mesmo o

⁸⁸ BANTEKAS, Ilias, NASH, Susan, **International Criminal Law**, 2.nd ed. London: Cavendish Publishing, 2003. p. 232.

⁸⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997. p. 84.

investigado. É de se ter em conta que o direito à prova permeia todos os momentos da atividade da persecutória.

A importância do reconhecimento da titularidade do direito à prova recai na iniciativa da cooperação, uma vez que tanto a acusação como a defesa pode solicitar o pedido de assistência jurídica internacional, com a cautela de sempre se verificar a pertinência e relevância da prova que se pretende produzir.

3.1.2 Presunção de inocência⁹⁰

A garantia de que ninguém pode ser considerado culpado senão após o trânsito em julgado de uma condenação ou reconhecimento definitivo da responsabilidade penal, possui diferentes conotações e importantes reflexos na atividade probatória. A presunção de inocência tem previsão expressa nos tratados internacionais, destacados no Capítulo I da Parte II⁹¹.

A expressão presunção de inocência não parece adequada, porquanto não se trata de uma presunção, mas simplesmente o caminho para estabelecer a regra de que a acusação tem o ônus de provar a culpa do acusado acima de qualquer dúvida.

Como regra de julgamento, a garantia de presunção de inocência manifesta-se na regra do *in dubio pro reo*. Como garantia política impõe que a quebra do estado geral de inocência pressupõe a observância do devido processo legal. Como regra de tratamento do acusado ao longo do processo, a garantia não autoriza a antecipação dos efeitos de uma condenação, ou seja, que o acusado seja tratado como se culpado fosse⁹².

A incidência da garantia na atividade probatória, segundo Pedro Carballo Armas, está constituída sobre um esquema que gira em torno dos seguintes elementos essenciais: princípio da livre valoração da prova pelos juízes; observância nos meios de prova das garantias que permitam o exercício da defesa, mesmo quando produzidos no juízo oral⁹³.

⁹⁰ BROUN, Kenneth S. **McCormick on evidence**. 6. ed. [s.l.]: Thomson West, 2006. p. 584.

⁹¹ O Código de Processo Penal Tipo para a Iberoamerica, elaborado no âmbito do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, prevê a garantia da presunção de inocência no Livro Primeiro, Título I, n. 3.

⁹² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi I. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003. p. 286.

⁹³ ARMAS, Pedro Carballo. **La presunción de inocencia en la jurisprudencia del tribunal constitucional**. Madrid: Ministério de Justicia. 2004. p. 21-22. Segundo GONZÁLEZ, José Calvo (La verdad de la verdad judicial – Construcción y régimen narrativo. **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**, Milano: Dott. A. Giuffrè, serie IV, anno LXXVI, p. 31, 1999) *la presunción de inocencia funciona narrativamente como un instituto que nivela y enrasa la postulación entre las versiones, de acuerdo también con el principio de igualdad procesal según el cual la «verdad judicial en proceso», como dialógica verdad aún no concluida.*

E mais, a garantia da presunção de inocência impõe a quem acusa uma mínima atividade probatória para a quebra do estado geral de inocência. Trata-se da regra do ônus da prova, que cabe à acusação. Segundo precedente da Corte Européia de Direitos Humanos, o juiz, no momento da decisão, deve basear-se em provas diretas ou indiretas, jamais partindo da suposição de que o acusado é culpado⁹⁴.

O direito ao silêncio, no sentido de quem ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, também constitui uma manifestação da garantia da presunção de inocência no direito à prova, porquanto impõe uma limitação à atividade probatória, é uma garantia contra pressões indevidas e reforça o ônus de provar por quem acusa⁹⁵.

Com efeito, ainda, a garantia do direito ao silêncio, no sentido de que não pode implicar assunção de culpa, revela uma desconfiança quanto ao método de demonstração de uma verdade, em que o silêncio mostra-se totalmente inadequado. Além do mais, o direito ao silêncio há que ser reconhecido não somente àquele que se encontra na condição de acusado ou investigado formalmente, mas a qualquer pessoa contra quem possa se iniciar uma investigação ou mesmo formalizar uma acusação, como a testemunha⁹⁶.

No mesmo sentido, a vedação à tortura como método de interrogatório, uma vez que sob tortura a pessoa é capaz de confessar qualquer coisa, donde se concluir a ausência de credibilidade das suas palavras em razão da inidoneidade do método aplicado. A tortura atenta contra a dignidade da pessoa humana, epicentro dos sistemas democráticos⁹⁷.

No caso da prova produzida no exterior, a manifestação da presunção de inocência na atividade probatória está circunscrita ao reconhecimento do direito ao silêncio a qualquer pessoa que se pretenda ouvir, seja acusado, investigado, vítima, testemunha ou perito, a vedação à tortura, como também a observância das garantias que possibilitem o exercício da defesa e à impossibilidade do silêncio ser tomado como admissão de culpa.

⁹⁴ Decisão de 5 de maio de 1981, queixa n. 9037/80, citada por Irineu Cabral Barreto (**A Convenção Européia dos direitos do homem anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2005. p. 162.

⁹⁵ BROUN, Kenneth S. **McCormick on evidence**. 6. ed. [s.l.]: Thomson West, 2006. p. 130. O autor aponta que os motivos que justificam o direito ao silêncio, assim como outras imunidades, como a confidencialidade na relação entre marido e mulher, cliente e advogado, é a elucidação da verdade, cujas regras procuram excluir as provas que não são confiáveis ou são produzidas para prejudicar ou mal conduzir à verdade.

⁹⁶ BRASIL. Tribunal Pleno. HC 79.812/SP. Relator Ministro Celso de Mello. **DJ**, p. 21, 16 fev. 2001. Ement v. 2019-01, p. 196

⁹⁷ BLAKESLEY, Cristopher L. Ruminations on Terrorism & Anto-Terrorism Law Literature. **Law Review**, University of Miami, v. 57, n. 4, p. 1132, July 2003.

3.1.3 Contraditório

O contraditório significa oportunidade de participação, característica essencial de um Estado democrático⁹⁸, legitima as decisões adotadas e representa o método mais adequado para a construção de uma solução mais justa, porquanto amplia o universo de conhecimento e reduz o risco do erro judiciário⁹⁹. É um valor com clara ascendência iluminista e que possui uma forte afirmação no plano constitucional e internacional¹⁰⁰.

Se o contraditório induz à participação ativa das partes interessadas, tal participação somente ocorrerá se houver a garantia da informação, que consiste no direito de ter ciência, pressuposto básico para uma participação adequada e justa.

Já o contraditório como atividade proporciona o confronto entre as partes e o juiz, a troca de propostas, de respostas e réplicas, o cruzamento de ações e reações, de estímulos e contra-estímulos, de ataques e contra-ataques, e constitui, portanto, o melhor método para o exercício da função jurisdicional¹⁰¹. Possui um valor preventivo no sentido de que as partes têm o direito de intervir preventivamente em tudo aquilo que possa influir na decisão da controvérsia¹⁰². A contradição, segundo Antonio Magalhães Gomes Filho, é a garantia da imparcialidade do juiz e da legitimidade das decisões judiciais¹⁰³.

Por fim, o contraditório como método de cognição, na demonstração de um determinado fato por meio da prova, faz com que a prova esteja mais próxima da verdade e seja processualmente mais útil, quanto mais seja formada no contraditório entre os mesmos sujeitos em cujo confronto se pretende utilizá-la¹⁰⁴.

Na atividade probatória, a garantia do contraditório constitui um princípio reconhecido universalmente e se traduz no direito de cada parte produzir as provas em seu

⁹⁸ UBERTIS, Giulio. Diritto alla prova nel processo penale e Corte Europea de Diritto del'uomo. **Revista de Diritto Processuale**, v. 49, n. 2, p. 496, 1994.

⁹⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: RT, 2001. p. 39.

¹⁰⁰ NOBILI, Massimo. Associazioni mafiose, criminalità organizzata. In: MOCCIA, Sérgio. **Criminalità Organizzata e Risposta Ordinamentale**: tra efficienza e garanzia. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiana, 1999. p. 225.

¹⁰¹ UBERTIS, Giulio. La ricerca della verità giudiziale. In: _____. **La conoscenza del fatto nel processo penale**. Milano: Giuffrè, 1992. p. 13.

¹⁰² FLUJA, Vicente C. Guzmán. **Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006. p. 108. Para o autor é possível, ainda, reconhecer no contraditório a existência de duas almas, uma objetiva e outra subjetiva. A objetiva compreende o contraditório enquanto método de conhecimento baseado na confrontação dialética. A subjetiva compreende o direito do acusado de se confrontar com o seu acusador, com as testemunhas e com qualquer pessoa que tenha declarado a sua culpa (p. 112).

¹⁰³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997. p. 135-136.

¹⁰⁴ APRILE, Ercole; SILVESTRE, Pietro. **La formazione del la prova penale**. Dopo le leggi sulle indagini difensive e sul "giusto processo". Milano: Giffre, 2002. p. 361.

favor, de se manifestar sobre todos os elementos de prova apresentados ao juiz, assim como implica a garantia de que os elementos de prova devem ser produzidos perante o acusado numa audiência pública de modo a possibilitar um debate contraditório¹⁰⁵.

Ainda, segundo Ada Pellegrini Grinover, a exigência do contraditório na formação e produção das provas implica: a) a proibição de utilização de fatos que não tenham sido previamente introduzidos pelo juiz no processo e submetidos a debate pelas partes; b) a proibição de utilizar provas formadas fora do processo ou de qualquer modo colhidas na ausência das partes; c) a obrigação do juiz, que disponha de poderes de ofício para a admissão de um meio de prova, de permitir às partes, antes da sua produção, apresentar os meios de prova que pareçam necessários em relação aos primeiros; d) a obrigação de permitir a participação dos interessados na produção das provas¹⁰⁶.

A confrontação dialética ou contraditória na atividade probatória pode ser vista sob duas óticas distintas: externa e interna. A dialética probatória sob a ótica externa, segundo Giulio Ubertis, revela a máxima do *processus est actus trium personarum*, reconhecendo-se como essencial, a denominada prova de garantia, fruto da intervenção das partes na formação dos elementos cognitivos. Já a dialética probatória sob a ótica interna, compreende o procedimento cognitivo empregado pelo órgão jurisdicional, que determina o próprio convencimento, a partir de sistematizações intermediárias até a sistematização final¹⁰⁷.

A partir da confrontação dialética é possível o exercício de um triplo controle sobre as provas: o controle de identificação do material probatório, o controle da formação das provas e o controle prévio para influir na valoração das provas do juiz¹⁰⁸. No controle da identificação do material probatório e da formação das provas, há um contraditório *para* a prova, na medida em que a confrontação dialética se manifesta no momento da formação da prova, da obtenção dos elementos de prova. Já o controle prévio que visa influir na

¹⁰⁵ MARTIN-CHENUT, Kathia; SILVA, Fábila de Melo e. La constitutionalisation/conventionalization du droit de la preuve. In: GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève (Coord.). **Les Transformations de l'administration de la preuve pénale**. Perspectives comparées. Paris: Société de Législation Comparée, 2006. v. 12, p. 34.

¹⁰⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 333.

¹⁰⁷ UBERTIS, Giulio. La ricerca della verità giudiziale. In: _____. **La conoscenza del fatto nel processo penale**. Milano: Giuffrè, 1992. p. 13-14. No mesmo sentido, Antonio Laronga (**Le prove atipiche nel processo penale**. Padova: CEDAM. 2002. p. 84), segundo o qual, a exigência do contraditório, portanto, na formação da prova, implica o reconhecimento de que a confrontação dialética constitui o método menos imperfeito para a verificação de um fato, uma vez que consente que as inevitáveis influências das partes sejam balanceadas com as influências das outras e tudo sobre o controle do juiz.

¹⁰⁸ FLUJA, Vicente C, Guzmán. **Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006. p. 110.

valoração das provas do juiz, tem um caráter eminentemente argumentativo e se qualifica como um contraditório *sobre* a prova, na medida em que busca assegurar às partes a elaboração de observações pertinentes e adequadas acerca das provas que serão valoradas pelo juiz¹⁰⁹.

Os textos das convenções reconhecem expressamente o contraditório *na* prova e *sobre* a prova e notadamente na prova testemunhal, através da expressão “interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação”. É evidente que este contraditório não se limita à testemunha, mas se estende por óbvio às vítimas e peritos¹¹⁰, assim como não se limita à prova pessoal, abrangendo qualquer meio de prova. A produção da prova, nomeadamente a testemunhal, deve se revestir de um caráter contraditório, concedendo-se à defesa a possibilidade de contestar todo o elemento de prova produzido perante o tribunal e invocado por este para fundamentar a sua decisão, de modo a poder combater eficazmente as acusações que lhe são feitas¹¹¹.

A Corte Européia de Direitos Humanos, no caso *Bricmont v. Bélgica* (julgamento em 7 de julho de 1989), considerou que o acusado tem o direito de contestar todos os aspectos da acusação a partir de um confronto ou em audiência pública¹¹².

Na prova produzida no exterior, a manifestação do contraditório deve ser analisada em diferentes momentos: em primeiro lugar, a garantia da ciência acerca do ato a ser realizado, tanto no Estado requerente como no Estado requerido; em segundo lugar, a garantia de participação, que no caso da prova documental será sempre posterior, e no caso da prova pessoal, a participação será simultânea.

3.1.4 Igualdade de armas

O princípio fundamental e estrutural do processo com todas as garantias, segundo a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos é o da igualdade de

¹⁰⁹ FLUJA, Vicente C, Guzmán. **Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006. p. 115.

¹¹⁰ BARRETO, Irineo Cabral. **A Convenção Européia dos direitos do homem anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2005. p. 173.

¹¹¹ Acórdãos Windisch, de 27 de setembro de 1990, A 186, pág. 10, parágrafos 27-29, Unterperntinger, A 110, pág. 15, parágrafo 33. Decisões citadas por Irineo Cabral Barreto (**A Convenção Européia dos direitos do homem anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2005).

¹¹² MARTIN-CHENUT, Kathia; SILVA, Fábria de Melo e. La constitutionalisation/conventionalization du droit de la preuve. In: GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève (Coord.). **Les Transformations de l'administration de la preuve pénale**. Perspectives comparées. Paris: Société de Législation Comparée, 2006. v. 12, p. 35.

armas, segundo o qual tanto a acusação como a defesa e o acusado devem contar com igualdade de possibilidades. De tal maneira que o acusado não seja prejudicado em relação à acusação em relação a tudo o que se refere à notificação das testemunhas e dos peritos, ao oferecimento da prova e à oitiva de testemunhas¹¹³.

Ainda, a igualdade de armas compreende o direito de estar representado, o acesso a documentos sigilosos juntados no processo, a vedação da “*reformatio in pejus*”, o direito de examinar diretamente as testemunhas, a restrição às testemunhas indiretas (*hearsay*)¹¹⁴.

De maneira objetiva e pragmática, o princípio da igualdade de armas significa que a defesa deve estar numa posição de equilíbrio vis-à-vis com o Ministério Público ou acusação no processo. Por outro lado, não significa dizer que o juiz está obrigado a aceitar todos os argumentos e meios de prova que uma parte propõe, pelo contrário, pode rejeitar certas provas, por exemplo, as que não forem pertinentes¹¹⁵.

A igualdade de armas, todavia, busca assegurar às partes a igualdade jurídica, não somente sob o aspecto formal, mas principalmente material, a partir da previsão de instrumentos e mecanismos que permitam a manutenção de uma relação de equilíbrio. É esse o sentido que se extrai da Declaração Universal dos Direitos Humanos e de todos os tratados internacionais citados ao longo do estudo.

No tocante ao momento em que se manifesta a garantia da igualdade de armas, não há dúvidas quanto à sua incidência na fase judicial. Já com relação à sua observância na fase investigatória, a Comissão Européia propôs uma reflexão acerca da possibilidade de outorgar a todas as partes igual poder de investigação, recorrendo, inclusive, a peritos e investigadores privados, sob a condição de que estes apresentem todas as garantias e de moralidade e estejam submetidas a regras legais estritas¹¹⁶.

No caso da prova produzida no exterior, o respeito à igualdade de armas implica assegurar a iniciativa em recorrer à cooperação jurídica internacional tanto à

¹¹³ BACIGALUPO, Enrique. **Justicia penal y derechos fundamentales**. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y sociales, 2002. p. 136.

¹¹⁴ WASEK-WIADEREK, Malgorzata. **The principle of “equality of arms” in criminal procedure under Article 6 of the European Convention on Human Rights and its functions in criminal justice of selected European countries**. A comparative view. [s.l.]: Leuven University Press, 2000. p. 23-27.

¹¹⁵ MARTIN-CHENUT, Kathia; SILVA, Fábila de Melo e. La constitutionalisation/conventionalization du droit de la preuve. In: GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève (Coord.). **Les Transformations de l’administration de la preuve pénale**. Perspectives comparées. Paris: Société de Législation Comparée, 2006. v. 12, p. 33.

¹¹⁶ COMMISSION Justice Péénale et Droits de l’homme. La mise en état des affaires pénales. **Rapports** (La documentation française), Paris, p. 99 y ss, 1991.

acusação como à defesa. Já na produção da prova, a igualdade de armas compreende a igualdade de oportunidades, de intenção de justiça, na medida em que as condições singulares dos indivíduos exigem tratamentos diversos¹¹⁷.

3.1.5 Direito de defesa

O direito de defesa constitui outro elemento essencial do processo justo e compreende o direito de defender-se de maneira adequada, não meramente teórica ou ilusória, mas concreta e efetiva. Compreende o direito de se defender a si próprio ou autodefesa, de ter a assistência de um defensor da sua escolha, e se não tiver meios, de poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficial¹¹⁸.

Para Antonio Scarance Fernandes, a defesa constitui ao mesmo tempo o direito que o indivíduo tem de reagir à ação contra si proposta, mas também uma garantia fundamental da própria sociedade, pois é essencial ao Estado de Direito, ao qual só interessa a sentença justa, colhida em consonância com as garantias do devido processo legal¹¹⁹.

Trata-se de manifestação inequívoca da igualdade de armas, não somente no sentido formal, mas material da expressão, na medida em que são disponibilizados instrumentos e oportunidades com vistas a estabelecer uma relação de equilíbrio entre acusado e acusador.

O direito à autodefesa compreende o direito do acusado à audiência, de participar dos atos processuais e de neles intervir, bem como o direito de estar diante do julgador, de conhecer as testemunhas e todas as demais provas que sustentam a imputação. Compreende também o direito ao silêncio, que além do direito de não produzir prova contra si mesmo, impõe uma limitação cognitiva ao julgador, porquanto não pode ser interpretado como assunção de culpa.

O direito à defesa técnica implica o direito de estar assistido por um defensor legalmente habilitado, ou à nomeação de um defensor na hipótese de não possuir condições financeiras para custear um profissional.

¹¹⁷ BARRETO, Irineo Cabral. **A Convenção Européia dos direitos do homem anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2005. p. 136.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 169.

¹¹⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: RT. 2002. p. 25-26.

No que se refere à prova produzida no exterior, a observância do direito de defesa manifesta-se fundamentalmente pela oportunidade de acompanhamento do ato a ser realizado no Estado requerido, como também pelo direito do acusado ver-se assistido por um profissional habilitado, constituído ou nomeado oficialmente para o ato. O acusado tem direito a uma defesa efetiva, incumbindo às autoridades competentes o dever de atuar de modo a assegurar ao interessado o gozo efetivo desse direito¹²⁰.

Nesse sentido, Carlos Ramos Rubio afirma:

*las declaraciones y diligencias efectuadas ante organismos jurisdiccionales extranjeros vulneran las garantías procesales si “no están presentes ni los procesados ni sus defensas”, tanto más si después no pudieron ser interrogados, o careados, debido a su ausencia en el juicio oral, y vulneran la presunción de inocencia [...]*¹²¹.

3.1.6 Duração razoável do processo

O reconhecimento da garantia da duração razoável do processo, sem dilações indevidas, é objeto das declarações internacionais de direitos humanos citadas. Seus fundamentos são o respeito à dignidade do acusado, o interesse probatório, o interesse coletivo no correto funcionamento das instituições e a confiança na capacidade da justiça de resolver os assuntos que a ela são levados, no prazo legalmente considerado como adequado e razoável¹²².

Segundo Giulio Ubertis, o prazo razoável não pode ser fixado de forma genérica em relação a todas as possíveis questões discutidas perante o juiz e deve ser justificado na sua dilação de modo a não comprometer no caso concreto o direito à jurisdição ou mesmo acarretar às partes sofrimentos psicológicos ou danos econômicos¹²³.

A garantia da duração razoável do processo, segundo se extrai da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), do Pacto Internacional de Direitos Civis e

¹²⁰ BARRETO, Irineo Cabral. **A Convenção Européia dos direitos do homem anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2005. p. 171. O autor faz alusão à decisão da Corte Européia de Direitos Humanos caso Daud, de 21 de abril de 1998, R97-II, págs. 749/750, parágrafos 35 e 40.

¹²¹ RUBIO, Carlos Ramos. Comisiones Rogatorias para la obtención de pruebas. Problemas de validez de las pruebas obtenidas en el extranjero: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español. **Estudios Jurídicos**, Madrid: Ministerio Fiscal, n. 3, p. 357, 2003.

¹²² LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 14.

¹²³ UBERTIS, Giulio. **Principi di procedura penale europea**. Le regole del giusto processo. 2. ed. Milano: Raffaello Cortina, 2009. p. 25.

Políticos (1966), da Convenção Européia de Direitos Humanos (1950) e da Convenção Interamericana de Direitos Civis e Políticos (1969), assume um duplo sentido: garantia de ser julgado num prazo razoável e sem dilações indevidas e, quando preso, de ser julgado num prazo razoável ou ser posto em liberdade durante a instrução.

A Corte Européia de Direitos Humanos apresenta critérios gerais para a apreciação do prazo razoável, que são: a natureza do processo, o comportamento do requerente e o das autoridades competentes¹²⁴. No que se refere à natureza do processo, a sua complexidade é sempre colocada como um dos principais argumentos, a qual é evidenciada pelo número de pessoas envolvidas, pelas questões de fato ou de direito, ou ainda pelo seu volume¹²⁵.

No que se refere à prova produzida no exterior, a observância da garantia do prazo razoável impede, por exemplo, a produção de provas impertinentes e irrelevantes. Da mesma forma, a garantia do prazo razoável pode impor em determinadas situações maior agilidade no processamento dos pedidos de assistência jurídica internacional, na comunicação entre autoridades estrangeiras, na participação mais ativa da autoridade do Estado requerente, como, por exemplo, quando se tratar de acusado preso.

Com efeito, a Corte da Escócia utilizou-se do princípio da urgência para justificar a admissão de uma prova produzida no exterior¹²⁶.

3.1.7 Assistência gratuita de intérprete

O processo justo pressupõe que as partes não somente tenham acesso à informação, mas principalmente que compreendam adequadamente o sentido e o alcance dessas informações e, assim, exercer as suas faculdades processuais de maneira adequada,

¹²⁴ BARRETO, Irineo Cabral. **A Convenção Européia dos direitos do homem anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2005. p. 147.

¹²⁵ Acórdão Neumeister, A6, págs. 42-43, parágrafo 21, citado por Irineo Cabral Barreto (**A Convenção Européia dos direitos do homem anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2005. p. 148).

¹²⁶ BANTEKAS, Ilias; NASH, Susan. **International Criminal Law**. 2nd ed. London: Cavendish Publishing, 2003. p. 248. O autor prossegue afirmando que: *“Proceeding on the basis that the items were irregularly obtained, the court held that the sheer urgency of the situation excused any potential irregularity and that, in the circumstances, the trial judge was correct in holding that the items should be admitted as evidence. It is unfortunate that the court did not deliver its opinion on the legality of the search before proceeding to consider the issue of admissibility. In cases involving evidence obtained outside the jurisdiction, it is important to distinguish between rules regulating the gathering of evidence and rules relating to the admissibility of evidence. In this case, if evidence was obtained unlawfully in Liverpool it could not be rendered lawful by the application of the principle of urgency, since this is not a principle recognised in English law.”*

resguardando a possibilidade de um resultando mais justo. A compreensão deve ser vista sob a ótica da acusação ou de quem investiga, como do acusado ou investigado.

Conforme se extrai dos documentos internacionais citados nos tópicos anteriores, e de maneira mais explícita o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos de 1966 e a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, é assegurada ao acusado a assistência gratuita de um intérprete, quando não falar ou não compreender o idioma.

Por assim dizer, é fundamental para que a participação das partes seja adequadamente exercida, que tenham assistência de um intérprete. A partir da nomeação de um intérprete, as partes podem definir a melhor forma de participação na execução do ato, os seus deveres, os seus direitos, dentre outros.

Tal garantia tende a impedir a desigualdade entre um acusado que não conhece a língua empregada no processo e o acusado que a fala e compreende. Estende-se não somente à audiência de discussão e julgamento, mas a todos os atos do processo que o acusado tenha necessidade de compreender para assegurar um processo equitativo. Soma-se à assistência por um intérprete, a sua gratuidade¹²⁷.

No caso da prova produzida no exterior, tem-se não somente a barreira linguística, mas também terminológica ou técnica, que por vezes acarreta sérios problemas de compreensão em relação ao conteúdo do procedimento no Estado requerente e também em relação à finalidade do ato a ser praticado. Por isso que o Estado solicitado deve disponibilizar a assistência do intérprete, e à custa do Estado solicitante ou do próprio Estado solicitado, dependendo do que dispuser o entendimento entre os Estados interessados.

3.1.8 Respeito à vida privada, intimidade e inviolabilidade do domicílio.

Os tratados internacionais de direitos humanos reconhecem o direito ao respeito à vida privada e familiar, do domicílio e correspondência, aplicável em qualquer atividade, inclusive, à atividade processual probatória.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos, no artigo 8º., alínea 2, consigna que a ingerência da autoridade pública no exercício destes direitos pressupõe: previsão legal, englobando o direito escrito e o não escrito, assim como que esteja justificada a

¹²⁷ BARRETO, Irineo Cabral. **A Convenção Europeia dos direitos do homem anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2005. p. 177.

partir da necessidade em proteger a segurança nacional, a segurança pública, o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção de infrações penais, a proteção da saúde, da moral ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

No mesmo sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos no artigo 12, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos no artigo 17, Convenção Interamericana no artigo 11, a Carta Africana no artigo 18 e a Carta da União Européia nos artigos 7º. e 8º.

A jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos, inclusive, prescreve que a lei que prevê a restrição deve ser clara e precisa, pois o cidadão deve dispor de informações suficientes, nas circunstâncias do caso, sobre as normas jurídicas aplicáveis para assim prever as consequências que podem decorrer de determinado ato¹²⁸. O Tribunal decidiu pelo não atendimento do requisito da previsão legal, mesmo existindo norma legal, por se tratar de norma excessivamente genérica¹²⁹.

A reserva legal constitui um pressuposto formal do princípio da proporcionalidade e é consequência necessária da concepção do princípio da legalidade num Estado Democrático de Direito, que consagra o princípio da supremacia da lei¹³⁰.

Giulio Ubertis afirma que o termo “lei” deve ser tomado no sentido material e não formal, incluindo no vocábulo não somente o direito interno escrito, mas também jurisprudencialmente criado nos sistemas de *common law* e, em particular, pelos sistemas de *civil law*, a interpretação e a aplicação das disposições normativas feitas pelos órgãos jurisdicionais¹³¹.

Com efeito, ainda, além da previsão legal da restrição à intimidade, vida privada e familiar, outra exigência é o controle judicial das medidas, seja antes do seu deferimento, ou após, através de revisão judicial. Nesse sentido, a resolução adotada no XV Congresso Internacional de Direito Penal, realizado no Rio de Janeiro, em 1994, promovido pela AIDP/IAPL¹³².

¹²⁸ BARRETO, Irineo Cabral. **A Convenção Européia dos direitos do homem anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2005. p. 193. O autor cita os acórdãos Kruslin, A 176ª, pág. 20, parágrafos 20-27, Huvig, A 176-B, pág. 52, parágrafos 25-26, dentre outros.

¹²⁹ Caso Huvig v. França, de 24/04/1990.

¹³⁰ CUELLAR-SERRANO, Nicolas. **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal**. Madrid: Colex, 1990. p. 69-70.

¹³¹ UBERTIS, Giulio. **Principi di procedura penale europea**. Le regole del giusto processo. 2. ed. Milano: Raffaello Cortina, 2009. p. 127.

¹³² RESOLUTION of the Congresses of the International Association of Penal Law (1926-2004). **Nouvelles Études Pénales**, n. 21, p. 166, 2009.

3.2 Aplicação do marco de garantias às provas em espécie

O reconhecimento do marco de garantias na produção da prova no exterior qualifica-se como modelo normativo ou *standard* universalmente aceito e diretriz ou parâmetro a nortear a atividade probatória no Estado requerido, de modo a assegurar a maior eficácia da prova no Estado requerente. O respeito ao marco de garantias implica o respeito ao modelo de processo justo.

Propõe-se, assim, validar tal solução a partir da análise dos meios de prova e dos meios de obtenção de prova que podem constituir objeto da cooperação jurídica internacional.

O exame estará restrito à produção da prova testemunhal, da prova documental, da prova pericial, da escuta teletônica e da busca e apreensão domiciliar.

3.2.1 Prova testemunhal¹³³

Claus Roxin define a testemunha como quem deve dar a conhecer o que sabe sobre os fatos perante o juiz por meio de uma declaração¹³⁴. O valor da prova testemunhal está associado à credibilidade da fonte e à confiabilidade do conteúdo, no sentido da verossimilhança em relação ao objeto da prova.

A produção da prova testemunhal no exterior impõe o exame das seguintes questões: os deveres e as imunidades da testemunha; o procedimento probatório; o testemunho indireto e o testemunho anônimo.

▪ Deveres da testemunha e imunidades

Os deveres da testemunha, segundo Claus Roxin, são: comparecer, prestar o depoimento e prestar juramento¹³⁵.

O dever de comparecer sujeita a testemunha à condução coercitiva na hipótese de não atendimento injustificado à ordem judicial, assim como outras sanções, dependendo

¹³³ O procedimento probatório a ser destacado na prova testemunhal estende-se às declarações do ofendido, dos peritos e dos assistentes técnicos. No tocante ao interrogatório, que se qualifica, prevalentemente, como meio de defesa, a idoneidade do procedimento está muito mais associada à idoneidade e legitimidade do exercício da autodefesa, do que à idoneidade do seu conteúdo em relação à atividade probatória. Daí porque na aplicação do marco de garantias à atividade probatória, não será analisado o interrogatório, porquanto se trata, como afirmado, de um meio de defesa prevalentemente, a despeito das diversas opiniões quanto à sua natureza híbrida de meio de defesa e meio de prova.

¹³⁴ ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000. p. 219.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 221.

de cada ordenamento. No Direito brasileiro, o não atendimento à ordem de comparecimento sujeita a testemunha ao pagamento da diligência do oficial de justiça e de uma multa, além do crime de desobediência. No Direito Alemão, à testemunha pode ser imposta uma pena de multa e uma pena de prisão de até seis semanas.

O dever de prestar depoimento abrange igualmente o dever de dizer a verdade, cujo não cumprimento pode configurar o crime de falso testemunho, segundo o Direito Brasileiro. No Direito Alemão, por exemplo, é cabível, também, uma pena disciplinar em dinheiro e uma pena de prisão.

O dever de prestar juramento, ou prestar o compromisso de dizer a verdade, manifesta-se de formas diversas segundo os distintos momentos processuais.

As imunidades, por sua vez, constituem, na realidade, as exceções a estes deveres e são estabelecidas por razões diversas, como, por exemplo, o parentesco com o acusado, a relação de confiança em determinadas atividades profissionais, a proteção da testemunha. As imunidades compreendem os privilégios e as hipóteses de incapacidade.

As exceções ao cumprimento do dever de prestar depoimento: no Direito brasileiro, por exemplo, segundo os artigos 206 e 207 do CPP, as pessoas que possuem relação de parentesco com o réu ou suspeito, por vínculo sanguíneo ou por afinidade e as pessoas, que por dever funcional, devem guardar sigilo, não estão obrigadas a depor. No Direito alemão, segundo Claus Roxin, o cônjuge e determinados parentes do acusado têm o direito ilimitado de se abster de depor. As pessoas de confiança, como os eclesiásticos, o defensor, médicos e outros, possuem o direito limitado de se abster de depor¹³⁶. As testemunhas também podem se abster de depor quando o conteúdo da declaração puder incriminá-las.

Os deveres e as exceções estão previstos tanto no direito interno do Estado requerente como do Estado requerido. O problema surge quando não houver uma perfeita equivalência entre os ordenamentos jurídicos envolvidos. Os deveres e as imunidades da testemunha são aquelas previstas segundo a legislação do Estado requerente ou do Estado requerido?

O Protocolo do MERCOSUL sobre assistência em matéria penal, prescreve que a testemunha poderá invocar as imunidades previstas na legislação do Estado requerido como no do Estado requerente, cabendo às autoridades deste ou daquele deliberar sobre a alegação (art. 17, “4”).

¹³⁶ ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000. p. 222-229.

A Convenção Européia sobre Assistência Jurídica Internacional em Matéria Penal (1959) dispõe, no artigo 8º, que: a testemunha ou o perito que não conseguiu responder a uma intimação para comparecer ao serviço para o qual tenha sido solicitado, não estará sujeita, mesmo que a intimação contenha um aviso de sanção, a qualquer pena ou medida de contenção, a menos que, posteriormente, entre voluntariamente no território da Parte requerente e seja nova e devidamente convocado. No artigo 12, a Convenção prescreve que a testemunha ou perito, qualquer que seja a sua nacionalidade, constantes de uma citação perante as autoridades judiciárias da Parte requerente não será processada, detida ou submetida a qualquer outra restrição de sua liberdade pessoal no território da outra Parte em relação a atos ou condenações anteriores à sua saída do território da Parte requerida. Uma pessoa, independentemente da sua nacionalidade, convocada pelas autoridades judiciais da Parte requerente para responder por atos que são objeto de um processo contra ele, não será processada, detida ou submetida a qualquer outra restrição de sua liberdade pessoal por fatos ou condenações anteriores à sua saída do território da Parte requerida e não especificado na intimação.

O acordo bilateral sobre assistência jurídica internacional em matéria penal firmado entre o Brasil e os Estados Unidos prescreve no artigo VIII, “4”, que a testemunha poderá invocar as imunidades previstas na legislação do Estado requerente, cabendo à autoridade deste decidir sobre o alegado.

O Código de Bustamante, por sua vez, no artigo 405, trata especificamente do juramento, no sentido de que o mesmo se subordina à lei do Estado requerido, embora a sua eficácia deva ser avaliada pelas autoridades do Estado requerente.

Em vista ao exposto, pode-se afirmar que toda imunidade, privilégio ou incapacidade, esteja prevista na legislação do Estado requerido ou do Estado requerente, que possa comprometer a credibilidade da fonte ou a confiabilidade no depoimento, é razoável a sua alegação. Caberá, todavia, a verificação da sua pertinência à autoridade do Estado requerente, posto que no Estado do processo, poderá ocorrer a afetação da eficiência do ato.

▪ **Procedimento probatório**

A configuração do testemunho como prova pressupõe a observância do procedimento dialético ou contraditório, segundo o marco de garantias extraído das convenções internacionais de direitos humanos, que prevêem o direito das partes de fazer interrogar as testemunhas. Basta que seja respeitada a referida participação na formação da

prova, pouco importando a maior ou menor intensidade com que o direito interno regulamenta o respectivo procedimento. É irrelevante, por exemplo, se as perguntas das partes são formuladas diretamente à testemunha ou por intermédio do juiz.

Com efeito, ainda, para o Direito brasileiro, a qualificação do testemunho como prova também pressupõe a intervenção do juiz na sua produção. Trata-se da aplicação do princípio da imediatidade ou imediação¹³⁷. A intervenção judicial na produção da prova tem duas finalidades.

A primeira finalidade é cognitiva, no sentido de permitir uma maior intensidade no contato do destinatário da prova com os dados probatórios. Tal finalidade, todavia, na prova produzida no exterior, é atenuada, porquanto o juiz que colhe a prova não é o juiz do processo.

A segunda finalidade é de controle, na medida em que a intervenção judicial possibilita não somente um controle de legalidade sobre a prova, mas principalmente de pertinência e relevância, evitando, assim, abusos ou mesmo esforços desnecessários.

Por outro lado, se o objetivo for a configuração do testemunho como elemento de informação, tem-se desnecessária a formação do ato em contraditório, bem como a intervenção judicial. A exigência do contraditório na formação da prova é mais rígida se a finalidade for a sua utilização pela acusação, diferentemente se o objetivo é a sua utilização pela defesa¹³⁸.

▪ Testemunho indireto

A testemunha indireta ou de ouvir dizer é aquela que toma conhecimento do tema da prova através de outra pessoa, filtra uma experiência de outrem, reduzindo a possibilidade de contraditório e os possíveis espaços de contestação¹³⁹.

O grande problema que cerca a testemunha de ouvir dizer é o fato de que ela não constitui fonte de prova, porquanto simplesmente tem conhecimento quanto à existência de uma fonte de prova.

Os fatores, segundo o Direito Norte-Americano, para a exclusão do testemunho indireto (*hearsay*), são: a falta de percepção da pessoa quanto ao fato a ser provado; a falta de impressão precisa quanto ao fato a ser provado; a falta de capacidade da testemunha

¹³⁷ ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Tereza Arruda. **Manual de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: RT, 1994. v. 2, p. 247.

¹³⁸ McCLEAN, David. **International judicial assistance**. Oxford: Clarendon Press, 1992. p. 123.

¹³⁹ SIRACUSANO, Delfino et al. **Diritto Processuale Penale**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001. v.1, p. 353.

em descrever de forma precisa a sua impressão e, finalmente, a falta de sinceridade da testemunha em relação ao fato a ser provado¹⁴⁰.

Isso faz com que o exercício do contraditório na prova pelas partes seja potencialmente comprometido, na medida em que impede ou ao menos dificulta significativamente o processo dialético na formação da prova.

O enfrentamento dessa questão no Direito americano é bastante vasto, tendo em vista o fundado receio de que a apresentação de uma prova nessas circunstâncias no *grand jury* possa induzir ou mesmo permitir a manipulação dos jurados durante o julgamento, principalmente porque se tratam de jurados leigos. Ao mesmo tempo, o testemunho indireto é menos solene que o testemunho direto, frustra a intensidade do exame cruzado da testemunha (*cross examination*) e exibe uma grande probabilidade de desconfiança¹⁴¹.

Já no Direito italiano, para que o testemunho indireto possa ser validamente valorado pelo juiz por ocasião do julgamento, é indispensável que a testemunha indireta identifique a fonte do seu conhecimento, assim como, se houver requerimento de uma das partes, o juiz é obrigado a determinar a produção da prova¹⁴².

Constitui corolário lógico do princípio da presunção de inocência e do princípio do contraditório que as partes saibam quem é uma e outra, assim como saibam quais são os elementos de prova que sustentam as respectivas pretensões.

Nada impede, todavia, que o testemunho indireto seja objeto do pedido de assistência jurídica internacional, na medida em que os limites impostos não se referem à admissibilidade da prova, mas sim à sua utilidade¹⁴³, circunstância a ser valorada pelo juiz do processo. Na realidade, o testemunho indireto limita, mas não esvazia a possibilidade do confronto, cabendo ao juiz do processo atestar a sua aptidão em demonstrar o fato a ser provado.

▪ Testemunho anônimo

Na hipótese da testemunha anônima, a admissão desta modalidade de testemunho pressupõe autorização judicial e está fundada na necessidade de proteção

¹⁴⁰ BROUN, Kenneth S. **McCormick on evidence**. 6. ed. [s.l.]: Thomson West, 2006. p. 421. (Rule 801 of Federal Rules of Evidence).

¹⁴¹ Ibid., p. 423.

¹⁴² TONINI, Paolo. **A prova no processo pena italiano**. Tradução de Alexandre Martins e Daniel Mróz. São Paulo: RT, 2002. p. 117.

¹⁴³ SIRACUSANO, Delfino et al. **Diritto Processuale Penale**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001. v.1, p. 353.

contra ameaça de morte ou algum outro mal maior, como na hipótese de questões relacionadas à segurança nacional.

A questão que se coloca refere-se aos limites desse anonimato.

O testemunho anônimo limita o exercício pleno do contraditório na prova e sobre a prova, porquanto se trata de circunstância afeta à própria credibilidade da fonte de prova. É uma hipótese em que o contraditório sofre uma clara restrição, restando dificultada, por exemplo, a possibilidade da contradita, em que se questiona a credibilidade da fonte.

Para que este tipo de testemunho possa ser admitido é necessária uma verificação preliminar quanto à razoabilidade da medida e a verossimilhança das razões para tal proteção.

A defesa pode questionar em juízo, na fase investigatória ou durante o processo judicial, diretamente, a confiabilidade da prova e a credibilidade da testemunha.

Na hipótese da prova produzida no exterior, as razões para o testemunho anônimo podem ser invocadas tanto pelo juízo do processo como pelo juízo do Estado requerido. Tal como ocorre no testemunho indireto, o problema que afeta o testemunho anônimo não é a sua admissibilidade, mas sim a sua utilidade.

É o que se extrai da resolução adotada no âmbito da AIDP/IAPL, no colóquio preparatório para XVIII Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em Pula, na Croácia, em 2008¹⁴⁴, segundo a qual a admissão do testemunho anônimo pressupõe autorização judicial e fundadas razões visando à proteção da vítima ou da segurança nacional.

3.2.2 Prova documental

Claus Roxin define o documento em sentido estrito como instrumentos escritos de qualquer classe, que têm um conteúdo ideológico, manifestações representadas por caracteres¹⁴⁵.

Outra definição de documento, em sentido amplo, é fornecida por Alberto Cardino e outros, no sentido de que documento é qualquer coisa, representativa de um fato

¹⁴⁴ REVUE Internationale de Droit Pénal, v. 80, p. 190-191.

¹⁴⁵ ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000. p. 246.

juridicamente relevante, ou ainda, que inclui na sua estrutura qualquer meio idôneo a registrar a memória do fato representado¹⁴⁶.

Nesse sentido, é válida a consideração do documento informático, também denominado eletrônico ou digital, que se insere na definição de documento e cuja estrutura material é representada pelo tipo de suporte empregado no computador para sua memorização e cujo meio é constituído pelos elétrons que se sucedem¹⁴⁷.

Inserem-se igualmente no conceito de documento, as informações sobre processos judiciais em andamento, antecedentes criminais do investigado ou suspeito, as quais, embora não relacionadas com o fato a ser provado, têm relevância no Estado do processo.

A diferenciação sempre oportuna entre documento e documentação do testemunho recai na manifestação do contraditório, porquanto nesta última o contraditório é na formação da prova oral representativa, ao passo que no documento, o contraditório é sempre sobre a prova, na medida em que a prova é formada fora do processo¹⁴⁸.

Considerando a natureza pré-constituída da prova documental, o contraditório é sempre prorrogado ao momento em que o documento é juntado nos autos do processo.

A produção da prova documental ocorre com a juntada nos autos do procedimento, se investigação ou processo judicial.

Na hipótese da obtenção da prova documental por meio da cooperação jurídica internacional, a questão que se coloca refere-se ao momento da produção da prova e não da formação, porquanto, como observado, a prova é formada fora do processo e, portanto, o contraditório somente ocorre após a juntada do documento e no Estado do processo.

Na realidade, o objeto da cooperação é o acesso ao documento.

Se o objetivo da cooperação é a produção da prova para fins de valoração em futura decisão de mérito, é necessário que o acesso ao documento seja intermediado pela autoridade judicial do Estado requerido. Tal atuação consiste no controle de legalidade sobre o ato a ser executado e também, caso seja necessário, no deferimento de alguma medida coercitiva que possibilite a obtenção da prova.

Se, por outro lado, o objetivo da cooperação é a obtenção do documento como elemento de informação na investigação, desnecessária a intervenção judicial.

¹⁴⁶ CARDINO, Alberto; GUIDA, Riccardo; RANALDI, Alessandro. **Processo penale e prove documentali**. Padova: CEDAM, 2004. p. 16-17.

¹⁴⁷ Ibid., p. 25.

¹⁴⁸ SIRACUSANO, Delfino et al. **Diritto Processuale Penale**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001. v.1, p. 373-374.

O marco de garantias a resguardar a eficácia da prova documental produzida no exterior implica a possibilidade do contraditório por ocasião da juntada da prova e a necessidade de intervenção judicial no acesso do documento.

Uma questão que se coloca, todavia, refere-se aos documentos classificados em razão do sigilo. Assim são qualificados pelo fato de que seu conteúdo é representativo a alguma situação que interesse a segurança nacional, à ordem pública, ou mesmo quando diga respeito à intimidade, à vida privada e à honra das pessoas. O procedimento de classificação de documentos ocorre tanto na esfera pública como na esfera privada, como, por exemplo, na hipótese do segredo industrial. A utilização desse tipo de documento para o início de uma investigação ou mesmo de um processo criminal, pressupõe a sua abertura ou desclassificação, que na realidade implica a sua disponibilização à parte contrária. Trata-se de exigência do contraditório, de modo a permitir que a parte contrária impugne o conteúdo do documento ou ainda produza a contraprova.

Se o objeto da assistência internacional tratar-se de documento classificado pelo sigilo, a condição para o acesso é que haja decisão judicial determinando sua apresentação, por parte do Estado requerido. A decisão judicial deverá sopesar o interesse do processo e a necessidade do sigilo, para, assim, deliberar sobre a desclassificação ou não do documento. Nesse sentido, tem-se a resolução n. 18, adotada no colóquio preparatório para o XVIII Congresso Internacional de Direito Penal¹⁴⁹.

3.2.3 Prova pericial

A perícia consiste na atividade que se desenvolve sobre determinado fato, cuja verificação pressupõe uma cognição específica de natureza técnica, científica ou artística¹⁵⁰.

O perito é uma pessoa cuja declaração refere-se a fatos ou situações passadas e cuja observação foi necessária para um conhecimento específico¹⁵¹. A posição jurídica do perito no processo penal é de testemunha¹⁵².

Na hipótese em que a prova pericial é o objeto da cooperação jurídica internacional, são necessárias três considerações.

¹⁴⁹ REVUE Internationale de Droit Pénal, v. 80, p. 190-191.

¹⁵⁰ SIRACUSANO, Delfino et al. **Diritto Processuale Penale**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001. v.1, p. 365.

¹⁵¹ ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000. p. 240.

¹⁵² Ibid., p. 243.

A *primeira consideração* refere-se à tipicidade da prova pericial. Tomando-se como exemplo o Código de Processo Penal Brasileiro, tem-se que as modalidades de perícias expressamente previstas configuram mero rol exemplificativo, até porque não seria razoável excluir outras modalidades que constituem produto da evolução do saber humano, por óbvio, não previstas à época da edição da lei. Nesses casos, todavia, a admissão da nova modalidade de perícia pressupõe que o método empregado seja confiável e idôneo a demonstrar algo. A validação do método pode ser comprovada, por exemplo, a partir do reconhecimento por parte de organismos oficiais, nacionais ou internacionais, ou mesmo pela academia, através de projetos de pesquisa.

No caso da prova pericial produzida no exterior, se a modalidade empregada não possuir equivalência com as modalidades aceitas segundo o Direito Brasileiro, desde que o referido processo de validação seja comprovado, a prova poderá ser admitida.

A *segunda consideração* refere-se ao marco de garantias que incide sobre a prova pericial, mais especificamente o contraditório. Nesse sentido, considerando que a prova pericial introduz no processo informações muitas vezes inacessíveis ao homem médio, é fundamental que se assegure às partes a possibilidade de participação, com prévia intimação da realização dos exames¹⁵³. No caso da prova pericial a ser realizada no exterior é fundamental que se assegure no Estado do processo a possibilidade das partes oferecerem quesitos ou, ainda, a possibilidade de indicação de assistentes técnicos. Se não for permitida às partes a possibilidade de oferecimento de quesitos, sendo possível fazê-lo, resta desqualificada o valor do exame como prova, podendo, ao máximo, ser admitido como elemento informativo.

A *terceira consideração* refere-se à intervenção do juiz, necessária não somente do ponto do controle da legalidade do ato a ser realizado, mas também sob o ponto de vista da sua pertinência e relevância. No entanto, a falta de intervenção do juiz qualifica a atividade como elemento informativo e não como prova pericial.

3.2.4 Meios de obtenção de prova e restrição à intimidade e à vida privada: busca e apreensão domiciliar e interceptação telefônica

Conforme definição formulada na Parte I, os meios de obtenção de prova consistem em instrumentos de investigação, cuja finalidade é a identificação de fontes de

¹⁵³ GRINOVER, Ada Pallegri. **O processo em evolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 334.

prova. São os instrumentos indispensáveis para a investigação probatória, muito embora não se qualifiquem como instrumentos de convencimentos, como os meios de prova¹⁵⁴.

Interessa ao estudo, todavia, a aplicação do marco de garantias aos meios de obtenção ou pesquisa de prova que implicam restrição à intimidade e à vida privada, como a busca e apreensão domiciliar e a interceptação telefônica.

De acordo com o art. 8º, n. 2, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, a ingerência da autoridade pública na vida privada, familiar, no domicílio e na correspondência da pessoa deve: estar prevista na lei, ser necessária numa sociedade democrática para a segurança nacional, segurança pública, bem-estar econômico do país, defesa da ordem e prevenção de infrações penais, proteção da saúde ou da moral, proteção dos direitos e liberdades de terceiros.

3.2.4.1 Busca e apreensão domiciliar

A medida de busca e apreensão domiciliar tem como objeto pessoas ou coisas. As coisas passíveis de apreensão devem ser concebidas em sentido amplo, abrangidos os documentos e qualquer elemento útil para provar ou negar o fato a que se refere à imputação, à punibilidade ou à determinação da pena¹⁵⁵.

A jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, segundo Giulio Ubertis, refere-se ao termo domicílio não somente aos locais de habitação, mas a qualquer lugar em que se desenvolve uma atividade profissional ou comercial, uma vez que na casa pode ser desenvolvida atividade de trabalho, assim como na sede do trabalho podem ser desenvolvidas atividades pessoais¹⁵⁶.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos também decidiu que a inviolabilidade do domicílio estende-se aos espaços fechados, nos quais o ser humano desenvolve sua vida não somente privada, mas também de relação com o exterior¹⁵⁷.

O marco de garantias na busca e apreensão domiciliar compreende, em primeiro lugar, a exigência de previsão legal, segundo a interpretação da Corte Europeia de Direitos Humanos, em que o termo lei é considerado no sentido material e não formal,

¹⁵⁴ SIRACUSANO, Delfino et al. **Diritto Processuale Penale**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001. v.1, p. 377.

¹⁵⁵ Ibid., p. 377.

¹⁵⁶ UBERTIS, Giulio. **Principi di procedura penale europea**. Le regole del giusto processo. 2. ed. Milano: Raffaello Cortina, 2009. p. 129.

¹⁵⁷ Caso Niemietz v. Alemanha, de 16/12/1996.

abrangendo o direito escrito e o não escrito, assim como a interpretação jurisprudencial, que tem força normativa igualmente.

Em segundo lugar, é necessário controle judicial prévio ou posterior, a partir da comunicação ao juiz competente sobre a medida realizada. Se num Estado, por exemplo, o Ministério Público detém o poder de determinar a busca e apreensão domiciliar, basta que a medida seja submetida ao controle judicial, para que a atuação seja convalidada e legítima.

Em terceiro lugar, quanto à iniciativa, baseada na igualdade de armas e no direito à prova, tanto a acusação como a defesa poderá pleitear a diligência de busca e apreensão, porquanto a medida pode ser hábil tanto à demonstração da imputação como da inocência.

Em quarto lugar, a Corte Européia de Direitos Humanos afirmou que é assegurada ao interessado a possibilidade de recorrer a uma autoridade judicial, após a execução da medida, mesmo que não haja qualquer apreensão, para controlar a legalidade da busca¹⁵⁸.

3.2.4.2 Escuta telefônica, interceptação telefônica e gravação ambiental

Antonio Scarance Fernandes define as seguintes modalidades de captação de conversas:

a) a interceptação de conversa telefônica por terceiro, sem o conhecimento dos dois interessados; b) a interceptação da conversa telefônica por terceiro, com o conhecimento de um dos interlocutores; c) a interceptação da conversa entre presentes por terceiro, sem o conhecimento de nenhum dos interlocutores; d) a interceptação da conversa entre presentes por terceiro, com o conhecimento de um ou alguns dos interlocutores; e) a gravação clandestina da conversa telefônica por um dos sujeitos, sem o conhecimento do outro; f) a gravação clandestina da conversa pessoal e direta, entre presentes, por um dos interlocutores, sem o conhecimento do(s) outro(s)¹⁵⁹.

A interceptação telefônica abrange também a interceptação telemática, que abrange as conversas mantidas por meio da rede mundial de computadores (internet).

¹⁵⁸ UBERTIS, Giulio. **Principi di procedura penale europea**. Le regole del giusto processo. 2. ed. Milano: Raffaello Cortina, 2009. p. 130.

¹⁵⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 95.

Na Constituição Federal Brasileira, a hipótese legalmente autorizada é a interceptação telefônica por terceiro, sem conhecimento dos dois interlocutores ou com conhecimento de um deles. A gravação ambiental está prevista na Lei n. 9034/95 (Lei do Crime Organizado). O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, já decidiu que na escuta telefônica, em que um dos interlocutores faz a gravação da conversa, não há intimidade a ser tutelada, porquanto o compartilhamento de informações é feito de forma deliberada (Recurso em Habeas Corpus n. 5.944/Paraná; relator Ministro Fernando Gonçalves; julgado em 24/03/1997)¹⁶⁰.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, quando trata da escuta telefônica, emprega a expressão em sentido amplo, abrangendo todas as modalidades de registro de conversas. A Corte entende por correspondência as cartas, os envios postais e as telecomunicações, incluída as conversas telefônicas, ou seja, todo processo de transmissão de mensagens entre pessoas determinadas através de qualquer meio técnico. A liberdade de comunicação implica, assim, o direito de poder se comunicar e corresponder com outras pessoas, sem que ocorra qualquer interrupção ou suspensão no curso normal de uma correspondência ou de uma comunicação, de modo a não permitir que pessoas estranhas ao destinatário conheçam ilegitimamente o conteúdo de uma correspondência ou de uma comunicação¹⁶¹.

O marco de garantias exigido na escuta telefônica, segundo a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, necessário para evitar abusos e ao mesmo tempo assegurar a presteza do ato, compreende: a previsão em lei; a definição das categorias de pessoas suscetíveis de aplicação da medida; a natureza da infração que a admite; a fixação de um limite de duração; as condições de elaboração do relatório de síntese do registro das conversações, as precauções a adotar na transmissão dos registros para eventual controle pelo juiz e pela defesa e as circunstâncias em que se deve operar a destruição dos registros¹⁶².

¹⁶⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scaracnce; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 198. Os autores sustentam que a gravação em si é lícita, pois na realidade a vedação incide sobre a divulgação do conteúdo, ressalvada a hipótese de justa causa, por exemplo, quando há investida criminosa na conversa.

¹⁶¹ CATALÀ i BAS, Alexandre H. La problemática adecuación de la legislación española sobre escuchas telefónicas a las exigencias del Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus consecuencias. **Revista del Poder Judicial**, Consejo General del Poder Judicial, n. 66, p. 32, 2002.

¹⁶² BARRETO, Irene Cabral. **A Convenção Europeia dos direitos do homem anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2005. p. 194. O autor cita as seguintes decisões da corte: Acórdãos Kruslin e Huvig, ambos de 24 de abril de 1990; Valenzuela Contreras, de 30 de julho de 1998; Rotaru, de 04 de maio de 2000.

Nesse sentido, a Corte do Reino Unido admitiu a interceptação realizada na Holanda, de acordo com a lei local, porquanto era compatível com a Convenção Europeia de Direitos Humanos¹⁶³.

Cumpra observar que no tocante à exigência de previsão legal, é imperioso que a medida esteja prevista tanto no Direito Brasileiro como no Estado solicitado e desde que respeitados os pressupostos de proporcionalidade da medida, ainda que não coincidentes.

No que se refere à exigência de ordem judicial, basta que a autoridade judicial brasileira defira a medida e a autoridade judicial estrangeira intervenha no ato com o objetivo de assegurar a legalidade na execução. Deve ser assegurado o recurso à autoridade judicial ao interessado tanto no Estado requerente como no Estado requerido, de modo a coibir eventual abuso.

No tocante ao prazo de duração da interceptação, por se tratar de uma medida de exceção, sensível do ponto de vista das liberdades individuais, há que se observar a lei do Estado requerido.

Uma questão bastante tormentosa na interceptação telefônica ocorre nos casos de telefonia móvel, em que o mesmo número é utilizado no mundo inteiro, variando simplesmente a operadora. Do ponto de vista operacional, o registro das conversas somente poderá ser feito pela operadora que estiver gerando o sinal para o aparelho, de modo que o pedido de assistência jurídica deve ser direcionado ao estado em que se encontra exatamente o gestor do serviço¹⁶⁴.

¹⁶³ BANTEKAS, Ilias, NASH, Susan. **International Criminal Law**. 2nd ed. London: Cavendish Publishing, 2003. p. 250-251.

¹⁶⁴ RIVISTA di Diritto Internazionale, Milano: Dott. A. Giuffrè, v. 86, p. 252-3, 2003.

4 Segue: aplicação do marco de garantias à prova emprestada, atípica, não ritual, anômala e proibida

A eficácia da prova consiste na concreta demonstração de um fato, em que o procedimento probatório constitui o método idôneo para que tal objetivo seja atingido.

O procedimento probatório como método idôneo deve ser concebido segundo um modelo ou parâmetros e não segundo um conjunto de regras estáticas, principalmente no que se refere à atividade probatória no exterior.

Daí porque a concepção do procedimento probatório foi construída segundo o modelo de processo justo, a partir do marco de garantias que compõe esse modelo, com a segurança de que a sua observância é suficientemente adequada a assegurar a eficácia da prova.

Ocorre, todavia, que na hipótese da prova produzida no exterior podem ocorrer algumas situações, fruto da diversidade dos sistemas jurídicos, relacionadas à tipicidade dos meios de prova ou do procedimento probatório, em que a eficácia da prova pode ser ameaçada.

Trata-se das hipóteses da prova emprestada, da prova atípica, da prova anômala, da prova não ritual e da prova proibida. A aplicação do marco de garantias consiste na solução para garantir a eficácia da prova em tais hipóteses.

4.1 Prova emprestada

A prova emprestada consiste no meio de prova produzido em determinado procedimento e posteriormente transportado para outro procedimento, com o qual, guarde ou não conexão em relação ao fim perseguido.

Quanto à classificação ou natureza da prova emprestada, sustenta Ada Pellegrini Grinover, que a prova emprestada é sempre documental, citando como fundamento o art. 238 do CPP italiano¹⁶⁵, tendo em vista a forma como se reveste, quando da sua transposição de um procedimento para outro.

¹⁶⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 1, n. 4, p. 66, out./dez. 1993. O art. 238 do CPP Italiano foi alterado pela Lei n. 63, de 1º de março de 2001.

Há que se ponderar em relação a esta afirmação, a necessária distinção entre documento e documentação. Enquanto o documento constitui a fonte da prova, a documentação consiste a forma como a prova é registrada ou como se materializa.

Com efeito, ainda é salutar a distinção entre documento representativo de uma descrição ou de uma declaração. Por exemplo, a prova produzida num procedimento de natureza administrativa, somente poderá ser transportada se for representativa de uma descrição. Ela é o próprio fato, como a prova documental. Diferentemente da prova testemunhal que é representativa de um fato, a partir de uma declaração¹⁶⁶.

Em assim sendo, é de se reconhecer que a prova emprestada, embora documentada nas cópias que são transportadas para outro procedimento, não se divorcia da fonte originária, de tal forma que se a prova originária for testemunhal, a prova emprestada será da mesma natureza, o mesmo ocorrendo em relação à prova documental.

Tal distinção é de extrema importância, uma vez que o procedimento a ser observado na formação da prova originária constitui exigência para a sua consideração como prova e para a sua admissibilidade no procedimento para o qual é transportada.

Nesse sentido, como resguardar a eficácia da prova emprestada segundo o modelo de processo justo universalmente reconhecido na atividade probatória?

Em primeiro lugar, a observância do contraditório: contraditório na prova e sobre a prova

No que se refere à prova emprestada de natureza documental, que é pré-constituída por definição, produzida fora do processo judicial, o contraditório sempre será diferido ou prorrogado. De modo que somente a partir da sua juntada, é que as partes terão a oportunidade de se pronunciar. O contraditório é sobre a prova.

Já no que se refere à prova testemunhal, o contraditório é na prova, e a prova emprestada somente poderá ser admitida se houver sido produzida em contraditório, com a participação da parte contra quem se pretende utilizá-la, no exterior. A participação da partes no procedimento originário, na formação da prova testemunhal, de forma dialética, gera a segurança de que o método de conhecimento utilizado foi o mais aprofundado possível e o menos arriscado a gerar uma situação de injustiça.

O eventual desrespeito ao método dialético na formação da prova conduz num primeiro momento à sua inadmissibilidade. Porém, em que medida o desrespeito ao método compromete a credibilidade, a função e o resultado da prova, a ponto de impedir a

¹⁶⁶ LARONGA, Antonio. **Le prove atipiche nel processo penale**. Padova: CEDAM. 2002. p. 156.

sua valoração? A produção incorreta da prova e que afete o âmbito dos direitos do acusado, nem sempre conduz à não valoração da prova¹⁶⁷. Daí porque ser possível identificar três hipóteses preclusivas do contraditório e que, em tese, conduziriam à admissão da prova¹⁶⁸: fator dispersivo da prova de caráter objetivo-naturalístico, na presença do qual deve se admitir a formação da prova com método não dialético; fator dispersivo subjetivo, jurídico-lícito, na presença do qual a formação da prova está no todo inibida; fator dispersivo subjetivo, jurídico-ilícito sobre o declarante e do declarante que consente a recuperação da prova através de método alternativo.

É de se sublinhar que a formação da prova através do método não dialético não consente atribuir valor absoluto ao conteúdo das declarações, pelo contrário, exige rigorosa valoração que, inclusive, pode ser negada¹⁶⁹. A admissão da prova nessas três situações não faz com que a mesma deixe de cumprir a sua função epistemológica ou de conhecimento, não sendo razoável qualquer censura ética¹⁷⁰, podendo, inclusive, ser valorada como elemento informativo e não como prova.

Em segundo lugar, o direito à prova, no sentido da participação do juiz na formação da prova.

Caso se trate da prova documental, a intervenção do juiz cumpre a função de controle, no sentido da observância da legalidade na obtenção da prova.

Diferentemente, na prova testemunhal a participação do juiz é fundamental. Para Ada Pellegrini Grinover, há a necessidade de que a prova tenha sido produzida perante o mesmo juiz, em razão da garantia do juiz natural¹⁷¹. Isso porque a exigência do juiz natural está associada à intensidade na atuação do juiz que deve ser verificada por ocasião da formação da prova. E no entendimento da Professora Ada, este requisito somente estará plenamente satisfeito se o juiz de ambas as causas for o mesmo. Se o juiz do procedimento originário for o mesmo juiz do segundo procedimento, haverá uma melhor inter-relação com os elementos de prova e, portanto, uma cognição mais aprofundada, o que representa a preservação da garantia da imparcialidade e, portanto, de um julgamento justo.

¹⁶⁷ ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000. p. 192-193.

¹⁶⁸ APRILE, Ercole; SILVESTRE, Pietro. **La formazione della prova penale**. Dopo le leggi sulle indagini difensive e sul “giusto processo”. Milano: Giuffrè, 2002. p. 205.

¹⁶⁹ Ibid., p. 207.

¹⁷⁰ UBERTIS, Giulio. **La ricerca della verità giudiziale**. In: _____. **La conoscenza del fatto nel processo penale**. Milano: Giuffrè, 1992. p. 8.

¹⁷¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 1, n. 4, p. 67, out./dez. 1993. p. 67.

Esta exigência de participação do mesmo juiz, que se traduz no princípio da imediação, sofre limitações, como observa Nelson Nery Junior, como, por exemplo, na hipótese de carta precatória, carta rogatória e carta de ordem, em que juiz, perante o qual a prova se forma, não é o mesmo juiz da causa¹⁷². Em outras palavras, o princípio da imediação compreende o contato com os elementos de prova tanto de forma direta como indireta.

4.2 Prova atípica, prova não ritual e prova anômala

Conforme exposto na Parte I, a prova atípica é aquela cujo meio de prova está previsto em lei, mas o seu respectivo procedimento não, ou ainda, quando o meio de prova e o procedimento não possuem previsão legal¹⁷³. Já a prova não ritual é a produzida através de meio de prova típico, porém, sem a observância do procedimento probatório estabelecido legalmente¹⁷⁴. E, por fim, a prova anômala é uma prova típica utilizada com finalidade diversa da que lhe é própria, mas com características de outra prova típica. Como, por exemplo, no caso da prova testemunhal, em que ocorre a juntada de declaração escrita, em que o objetivo da declaração escrita é atingir a finalidade da prova testemunhal¹⁷⁵ e sem que exista qualquer relação de fungibilidade.

Como anota Antônio Laronga, a questão não reside em saber se o repertório de provas é aberto ou fechado, mas sim se os requisitos e condições previstos em lei possuem ou não o caráter essencial e não derogável¹⁷⁶.

Ao pretexto da sua idoneidade, a admissão da prova atípica não pode em momento algum ser produzida *contra legem*, ou seja, de forma contrária ao estipulado em lei.

Importante considerar que enquanto nas provas típicas o exame da sua idoneidade situa-se no plano normativo, no caso das provas atípicas este exercício é da responsabilidade do juiz e antes de determinar a produção da prova, assegurando a garantia

¹⁷² NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 2. ed. São Paulo: RT, 1995. p. 141.

¹⁷³ DEZEM, Guilherme Madeira. **Da prova penal**. Tipo processual, provas típicas e atípicas. Campinas: Millennium, 2008. p. 147.

¹⁷⁴ LARONGA, Antonio. **Le prove atipiche nel processo penale**. Padova: CEDAM. 2002. p. 13.

¹⁷⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prova e sucedâneos da prova no processo penal brasileiro. In: JORNADAS IBERO AMERICANAS DE DIREITO PROCESSUAL PENAL, 20., 2006, Málaga. **Relatório brasileiro...** Málaga, 2006. p. 10.

¹⁷⁶ LARONGA, Antonio. Op. cit., p. 13.

das partes quanto ao *modus operandi*, tendo em vista o risco de um procedimento não regulamentado pela lei¹⁷⁷.

No caso da prova produzida no exterior, se a prova solicitada for atípica no Estado requerido, seja porque o meio de prova não está previsto em lei, ou mesmo o respectivo procedimento, se respeitado o marco de garantias na produção da prova, a sua eficácia estará preservada.

Na hipótese da prova não ritual, em que o procedimento probatório previsto no Estado requerido é diferente daquele previsto no Estado requerente, a eficácia da prova estará preservada se na produção da prova for respeitado o marco de garantias. Ou seja, se o procedimento regulamentado pelo Estado requerido atender ao marco de garantias, a eficácia da prova está garantida.

Finalmente, na hipótese da prova anômala, se o procedimento previsto para a produção da prova no Estado requerente ou mesmo no Estado requerido, for substituído por outro procedimento, desde que o marco de garantias aplicável ao meio de prova seja respeitado, a eficácia da prova estará assegurada.

4.3 Prova proibida

A prova proibida é toda aquela que implica a violação de direitos fundamentais e cuja proibição encontra-se expressamente prevista na lei¹⁷⁸.

Se a prova for proibida no Estado requerente o pedido de assistência não poderá ser formulado, porquanto a sua valoração estaria expressamente vedada. Por exemplo, no caso do Código de Processo Penal Brasileiro, a vedação da interceptação das cartas particulares.

Da mesma forma, como caso se trate de comunicação espontânea, a prova proibida pelo Direito Brasileiro não poderá ser admitida.

Por outro lado, se a prova solicitada for proibida no Estado requerido, a solicitação será recusada, provavelmente sob o fundamento de que há violação da ordem pública nacional.

¹⁷⁷ SIRACUSANO, Delfino et al. **Diritto Processuale Penale**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001. v.1, p. 316.

¹⁷⁸ ESTRAMPES, Manuel Miranda de. **El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal**. 2. ed. Barcelona: Bosch Editor, 2004. p. 33.

Na hipótese da prova proibida, há violação ao marco de garantias, o que torna inadmissível a atividade probatória ou o seu resultado.

Segundo a resolução adotada no XV Congresso Internacional de Direito Penal, promovido pela AIDP/IAPL, no Rio de Janeiro, em 1994, os Estados, em que as regras legais sobre prova nos processos criminais restringem o uso da prova ilicitamente obtida, devem aplicar a mesma restrição com relação à prova obtida por meio da assistência internacional em matéria penal. Em todos os Estados, a prova que foi obtida com violação dos direitos humanos fundamentais deve ser excluída¹⁷⁹.

Na realidade, a rejeição à prova proibida deve ser motivada não somente em função da violação ao direito estrangeiro, mas principalmente em razão da violação dos padrões de direitos humanos internacionais¹⁸⁰, que lhe retira qualquer confiabilidade.

No entanto, há precedente jurisprudencial no Reino Unido, considerando como válida a interceptação telefônica realizada nos Estados Unidos, uma vez que o Ato 1985, que trata da interceptação das comunicações, não possui jurisdição extraterritorial¹⁸¹. No mesmo sentido a jurisprudência dos Estados Unidos¹⁸².

¹⁷⁹ NOUVELLES Études Pénales, n. 21, p. 166, 2009.

¹⁸⁰ BANTEKAS, Ilias; NASH, Susan. **International Criminal Law**. 2nd ed. London: Cavendish Publishing, 2003. p. 246.

¹⁸¹ Ibid., p. 214. O autor acrescenta às fls. 243, que a admissibilidade da prova produzida fora do Reino Unido é determinada pela observância da prática e da lei nacional estrangeira.

¹⁸² Ibid., p. 252. “*The courts in the US have consistently reaffirmed the principle that the actions of foreign law enforcement officials and evidence obtained outside the US by those actions are not subject to the usual constitutional protections afforded by the Bill of Rights.*”

5 Considerações finais do capítulo

A maior eficácia da prova produzida no exterior, no sentido da sua capacidade de demonstrar a veracidade ou a falsidade de uma afirmação, assim como a superação da diversidade entre os sistemas jurídicos, está associada ao cumprimento do marco de garantias (expressão do padrão normativo universal dos direitos humanos) incidente sobre a atividade probatória no Estado requerido.

No entanto, a maior eficácia da prova produzida no exterior, depende não somente do respeito ao modelo garantista para assegurar a capacidade demonstrativa da prova (cognitiva ou epistemológica), mas também de uma maior eficiência na cooperação jurídica internacional.

Não basta que na atividade probatória seja respeitado o marco de garantias, se a tramitação da assistência internacional mostrar-se burocrática, resistente e pouco operativa.

Assim, no próximo capítulo, que finaliza a Parte II do estudo, serão examinados os reflexos do padrão normativo universal dos direitos humanos no processamento da cooperação jurídica internacional.

CAPÍTULO III

PADRÃO NORMATIVO UNIVERSAL E MAIS EFICIÊNCIA NA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

1 Solução das principais dificuldades enfrentadas no processamento da cooperação jurídica internacional

As principais dificuldades na obtenção internacional de prova foram expostas na Parte I e estão associadas às diferentes tradições jurídicas dos Estados envolvidos.

No que se refere à eficácia da prova, a existência do marco de garantias possibilitou a superação da diversidade dos sistemas probatórios.

Já as dificuldades apuradas no processamento da cooperação jurídica internacional, estão relacionadas à recusa em prestar assistência, cujos fundamentos assentam-se na proteção da soberania e da ordem pública.

A superação das mencionadas dificuldades pauta-se também pelo padrão normativo universal dos direitos humanos, que conduziu a uma nova conformação da soberania e da ordem pública nacional diante da nova ordem mundial, fundada no Direito Internacional dos Direitos Humanos, de modo a tornar a assistência jurídica internacional muito mais fluida e dinâmica.

1.1 Nova configuração da soberania nacional

A evolução histórica da soberania partiu da negação de toda subordinação ou limitação do Estado por qualquer outro poder¹⁸³. É definida como a capacidade exclusiva do Estado de autodeterminação e autovinculação jurídica¹⁸⁴.

¹⁸³ JELLINEK, Georg. **Teoria general del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 432.

¹⁸⁴ FERRIS, Remédio Sanches. **El Estado Constitucional y su sistema de fuentes**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p. 261.

A aparição da expressão soberania data do século XIII, e num sentido amplo, refere-se àquele que pode, em sua esfera de dominação, decidir independentemente de qualquer outro¹⁸⁵.

A soberania é na sua origem histórica, uma concepção de índole política, que somente mais tarde assumiu uma índole jurídica¹⁸⁶. Segundo Georg Jellinek, Aristóteles somente exige para o Estado ideal a independência potencial e atual em relação ao exterior, independência que se funda não tanto na natureza do poder supremo, mas sim na própria condição do Estado de ser suficiente para satisfazer as suas necessidades. Estas necessidades sempre foram satisfeitas dentro do próprio Estado¹⁸⁷.

Tal concepção histórica de soberania, todavia, encontra-se em crise, segundo a lição de Luigi Ferrajoli. A primeira crise é uma crise de legalidade, ou seja, do valor vinculante associado às regras pelos titulares dos poderes públicos, expressa pela ausência ou ineficácia dos controles e, portanto, na variada e chamativa da ilegalidade do poder¹⁸⁸. O segundo aspecto da crise é a inadequação estrutural das formas do Estado de direito no cumprimento das funções do *welfare state*, frequentemente associada à contradição entre o paradigma clássico do Estado de direito e do Estado social, que exige prestações positivas. Um terceiro aspecto da crise do conceito de soberania está ligado à crise do Estado nacional, que implica a alteração do sistema de fontes¹⁸⁹ e, por consequência, na fragilização do constitucionalismo, em função do processo de integração mundial, que deslocou dos Estados nacionais os centros de decisão tradicionalmente reservados à sua soberania, em matéria militar, de política monetária e políticas sociais¹⁹⁰.

¹⁸⁵ GESTOSO, Noemi Garcia. **Soberania y Union Europea**. Algunas cuestiones criticas desde la teoria de la Constitución. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2004. p. 37.

¹⁸⁶ JELLINEK, Georg. **Teoria general del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 401.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 403. Luigi Ferrajoli (**Derechos y garantías: la ley del más débil**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004. p. 125-/126) reconhece no conceito de soberania três aporias. Na primeira, de natureza filosófica, a soberania é uma construção de matriz jusnaturalista que serviu de base para a concepção positiva do Estado e o paradigma do direito internacional moderno. A segunda aporia refere-se à história da ideia de soberania como poder absoluto, e afeta à evolução paralela de dois processos: o da soberania interna, de sua progressiva limitação e dissolução simultânea à formação dos Estados constitucionais e democráticos de direito; o da soberania externa, seu progressivo caráter absoluto, que alcança o seu apogeu na primeira metade do século passado com as duas guerras mundiais. Afirma que a soberania é ao mesmo tempo um conceito político e jurídico. A terceira aporia afeta a consistência e legitimidade conceitual da ideia de soberania desde o ponto de vista da teoria do direito.

¹⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004. p. 15.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 16.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 16. Segundo o autor, no Estado social, as prestações positivas nem sempre são predetermináveis de maneira geral abstrata e, portanto, discricionárias, contingentes, subtraídas aos princípios de certeza e estrita legalidade e confiadas à intermediação burocrática e partidária. Esta crise se manifesta através da inflação legislativa provocada pela pressão dos interesses setoriais e corporativos, à perda de generalidade e abstração das leis, à crescente produção de leis de efeitos concretos, ao processo de decodificação e ao desenvolvimento de uma legislação fragmentada, inclusive, em matéria penal, habitualmente orientada pelo sinal da emergência e da exceção.

Em suma, o isolamento do Estado e a expectativa de fortalecimento dos poderes internos com vistas ao resguardo da sua individualidade, transformaram-se ao longo do tempo, fruto da intensa inter-relação entre os Estados e da mobilização e articulação no plano internacional¹⁹¹. Se a soberania não se sustenta atualmente como sinônimo de autossuficiência por parte do Estado, mantém-se como liberdade de se obrigar por sua própria vontade.

A razão para toda a transformação descrita encontra-se na nova ordem mundial iniciada após a 2ª Guerra Mundial. A comunidade internacional arcaica, pautada pela não ingerência nos negócios internos de outros Estados, transformou-se numa comunidade internacional moderna. Esta comunidade internacional moderna é centrada na necessidade de implantar valores universais e autoriza os juízes nacionais a contornar, e talvez até bater, o escudo da soberania¹⁹².

A Carta das Nações Unidas de 1945 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos fizeram com que a soberania externa dos Estados deixasse de ter uma liberdade absoluta e passasse a estar subordinada a dois imperativos fundamentais: a paz e a tutela dos direitos humanos. E esta modificação deu-se em razão da existência de um sistema de normas internacionais que se caracterizam como *ius cogens*, vinculativo para todos os Estados¹⁹³, que são as normas internacionais de direitos humanos.

Na realidade, o Direito Internacional passou a oferecer uma perspectiva na mediação dos conflitos e a soberania, que sempre foi vista como a principal justificativa para a necessidade de defesa contra os inimigos, modificou-se em função do movimento de integração mundial baseada no direito. Esse movimento tem como premissa o interesse universal na preservação e promoção dos direitos humanos, através da proteção do meio ambiente, a redução da miséria e das desigualdades e a mediação dos conflitos étnicos e religiosos¹⁹⁴. E nesse novo ordenamento passam a ser sujeito de direito internacional não

¹⁹¹ JELLINEK, Georg. **Teoria general del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 449. Em outras palavras, a soberania, como capacidade para se determinar de um modo autônomo juridicamente, deve se fixar de acordo com cada tempo e momento histórico.

¹⁹² CASSESSE, Antonio. Crimes internacionais e jurisdições internacionais, In: CASSESSE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille. **Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e Justiça penal internacional?** São Paulo: Manole, 2004. p. 21.

¹⁹³ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004. p. 144-145.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 149. Segundo Hans Kelsen (**Teoria general del Estado**. Granada: Comares, S.L, 2002. p. 235-236), o Direito Internacional suprime o caráter exclusivista da vigência territorial do Direito, e passa a se qualificar como uma ordem superior a todas as ordens jurídicas parciais, coordenadas entre si e subordinadas ao Direito Internacional, que por sua vez delega a respectiva validade espacial.

somente os Estados, mas também os indivíduos e os povos¹⁹⁵.

Tanto os Tratados Internacionais aderidos pelos Estados, como as Constituições Nacionais refletem a nova configuração da soberania, qualificada como a medida necessária para se alcançar a paz e uma melhor ordenação da harmonia internacional¹⁹⁶. A soberania consiste no centro de emanação de força concreta que assegura a pluralidade, a paz e a unidade política estatal, e não como um projeto rigidamente ordenado ou centro de poder para o qual tudo se converge, mas sim como compromisso de possibilidades¹⁹⁷.

O respeito aos direitos humanos qualifica-se como obrigação internacional, de modo que os Estados não podem invocar sua legislação, nem mesmo constitucional, para se furtarem do seu cumprimento¹⁹⁸.

Isso significa dizer que os elementos do direito constitucional devem ser relativizados para coexistir, tornando-se dúcteis ou moderados, tanto no que se refere às relações entre os Estados (seu caráter aberto e cooperativo, a conexão entre direito interno e direito internacional), quanto no que diz respeito à disciplina da vida política interna destes¹⁹⁹.

Nesse contexto, o recurso à cooperação jurídica internacional materializa a concepção da ordem jurídica mundial inspirada na fraternidade universal, em que os direitos fundamentais implicam a autolimitação da soberania do Estado²⁰⁰.

Logo, na medida em que os Estados envolvidos reconhecem a existência do padrão normativo universal dos direitos humanos, aderindo aos mesmos tratados internacionais de direitos humanos, é razoável e provável que se estabeleça uma relação de solidariedade e compartilhamento mais intensa entre estes Estados.

Ao mesmo tempo em que o padrão normativo universal dos direitos humanos modificou a concepção da soberania nacional a partir do reconhecimento do valor solidariedade, não esvaziou o seu conteúdo, nem tampouco subtraiu de cada Estado a autonomia e a capacidade de autodeterminação. Tanto que na hipótese da assistência

¹⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004. p. 145.

¹⁹⁶ FERRIS, Remédio Sanches. **El Estado Constitucional y su sistema de fuentes**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p. 259.

¹⁹⁷ Ibid., p. 267.

¹⁹⁸ CASSESSE, Antonio. Crimes internacionais e jurisdições internacionais, In: CASSESSE, Antonio; DELMAS-MARTY. **Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e Justiça penal internacional?** São Paulo: Manole, 2004. p. 5-6.

¹⁹⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 5. ed. Madrid: Trotta, 2003. p. 18.

²⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 142.

jurídica internacional, o respeito à soberania implica a possibilidade de controle dos atos públicos estrangeiros de natureza jurisdicional pelos órgãos nacionais.

Haveria, assim, violação à soberania nacional, se não fosse possível o controle interno, assim como com a aplicação da lei estrangeira, sem previsão em regra nacional, ou com a atuação administrativa de agente estrangeiro, sem autorização e acompanhamento de agente público nacional. A soberania é respeitada enquanto as autoridades públicas nacionais detiverem o poder para autorizar e acompanhar a prática dos atos públicos estrangeiros no território nacional²⁰¹.

Finalmente, haveria igualmente violação à soberania nacional, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na hipótese do objeto do pedido de cooperação referir-se à competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira²⁰².

1.2 Nova configuração da ordem pública nacional

A ordem pública é definida como um conjunto de valorações de caráter político, social, econômico ou moral, próprias de uma comunidade determinada, que definem sua fisionomia em um dado momento histórico também determinado²⁰³. Ou ainda, como o conjunto de valores imperativos que se encontram permeados no ordenamento jurídico e que devem preponderar no exercício da jurisdição²⁰⁴.

No processo penal é sempre oportuna a definição de ordem pública formulada por Bento de Faria, que compreende o conjunto de regras legais que, tendo em vista as ideias particulares admitidas em um país determinado, são consideradas como respeitantes aos seus interesses essenciais²⁰⁵.

Esta noção tem por premissa o respeito às diretrizes ou parâmetros, que fundamentam o ordenamento jurídico de cada Estado.

É tratada como sinônimo de convivência ordenada, segura, pacífica e equilibrada, normal e própria dos princípios gerais de ordem expressados pelas eleições de

²⁰¹ SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. Auxílio direto, carta rogatória e homologação de sentença estrangeira. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, v. 30, n. 128, p. 289, out. 2005.

²⁰² BRAZ, Mario Sergio A. Imunidade de jurisdição e negativa de exequatur a cartas rogatórias passivas. **Revista Forense**, v. 100, n. 376, p. 233, nov./dez. 2004.

²⁰³ CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez. **Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do MERCOSUL**. São Paulo: RT, 2000. p. 121.

²⁰⁴ CASELLA, Paulo Borba. A ordem pública e a execução de cartas rogatórias no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, v. 98, p. 568, 2003.

²⁰⁵ FARIA, Bento de. **Código de Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Record Editora, 1960. v. III p. 114.

base que disciplinam a dinâmica de um objeto de regulamentação pública e, sobretudo, de tutela preventiva, contextual e sucessiva ou repressiva²⁰⁶.

Representa um anseio social de justiça, assim caracterizado por conta da preservação de valores fundamentais, proporcionando a construção de um ambiente e contexto absolutamente favoráveis ao pleno desenvolvimento humano²⁰⁷. A ordem pública é o estado social que resulta da relação que se estabelece entre os representantes dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como governantes, e os particulares, como governados, no sentido da realização dos interesses de ambos²⁰⁸.

As leis de ordem pública, por sua vez, são aquelas que, num Estado, estabelecem os princípios cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos de direito²⁰⁹.

Ocorre, todavia, que a variabilidade do conceito de ordem pública no tempo e no espaço acha-se sempre vinculada à noção de interesse público e de proteção à

²⁰⁶ TERRA, Nelson Freire. **Segurança, lei e ordem**. 1988. 346 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 32. Para o autor, a noção de ordem pública, que é mais fácil ser sentida do que definida, resulta de um conjunto de princípios de ordem superior, políticos, econômicos, morais e algumas vezes religiosos, aos quais uma sociedade considera estreitamente vinculada à existência e conservação da organização social estabelecida. A ordem pública se constitui de princípios jurídicos que, dadas certas ideias particulares admitidas em determinado país, consideram-se ligados a seus interesses essenciais (p. 37). Ver também DEL VECCHIO, Benedetto, *Brevi Osservazioni Sull’Ordine Pubblico Normativo*. In: SCRITTI DI DIRITTO PUBBLICO E DI DIRITTO SCOLASTICO IN MEMORIA DI SAVERIO DE SIMONE. A cura di Salvatore Mastropasqua. Università Deli Studo Di Cassino, Facoltà di Economia e Commercio, 1990, p. 105-106: *Questo giudizio di congruità postula un equilibrato coordinamento degli interessi individuali e degli interessi collettivi. L’uomo, come individuo e come soggetto della comunità civile, è portatore ed espressione di una giuridicità sua propria che nessuna legge ottriata è autorizzata e disattendere. (...)l’esigenza del senso dell’ordine pubblico e del buon costume, nella stessa misura in cui ordine pubblico e buon costume appartengono alla collettività come tale: in ciò v’è quella “coerenza intrinseca al processo di vita...”, che il diritto è chiamato a costituire ed a garantire”. (...)“con norma imperativa” ci si riferisce alle norme positivamente date, di natura inderogabili (jus ex scripto)”; “con “ordine pubblico” ci si riferisce ai principi generali dell’ordinamento iuridico, deducibili dia dal jus ex scripto sia dal jus ex non scripto; “con “buon costume” ci si riferisce al complesso dell regole etico-sociali costituenti i mores majorum.*

²⁰⁷ FUMAGALLI, Luigi Fumagalli. Considerazioni sulla unità del concetto di ordine pubblico. In: AGO, R.; GIULIANO, M.; ZICCARDI, P. (Diretori). **Comunizzazioni e Studi**. Università di Milano, Istituto di Diritto Internazionale e Straniero. Milano: Giuffrè, 1985. p. 607. O autor define a ordem pública: *Così questo è stato definto como “le condizioni minime cui è subordinata l’esistenza dell’ordinamento giuridico e la conservzione della comunità stataleterta dall’ordinamento”, nozione in cui si annullano, per astrazione, i vari “tipit” di ordine pubblico, senza peraltro escludere la possibilità di diversi atteggiamenti da parte delle svariate norme che a tale concetto fanno riferimento. Infatti rale carattere può essere riscontrato sai nelle norme amministrative di pubblica sicurezza (ordine pubblico ammnistrative), sia nelle norme penali (ordine pubblico penale), poiché entrambe le categorie sono volte ad assicurare l’ordinato e pacifico svolgersi delle attività umane, prevenendo e punendo quelle considerate particolarmente criminogene; e tale carattere può essere riscontrato anche nel diritto straniero o della autonomia privata di quei principi cui egli stesso s è ispirato nella posizione del suo ordinamento. L’ordinamento si difende dagli “attentati” alla sua coerenza, portati da attività umane materiali o da “produzione” normative esterne(p. 597/598)*

²⁰⁸ OLIVEIRA FILHO, J. de, **Do conceito da ordem pública**. Faculdade de Direito de São Paulo. Curso de Doutorado. Direito Internacional Privado, 1934 p. 54-56.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 8. Segundo o autor, a expressão *ordem pública*, porém, tomou consistência política, depois do período revolucionário da França, quando a Assembléia Constituinte “criou a guarda nacional com o fim especial de garantir os direitos do povo, a estabilidade de sua liberdade”, mantendo a *ordem pública*, isto é, a obediência às leis, o respeito às pessoas e à propriedade, bases fundamentais, sem as quais não se poderia conceber a existência de um Estado.

segurança, à propriedade, à saúde pública, aos bons costumes, ao bem-estar coletivo e individual, assim como à estabilidade das instituições. A proteção a esses bens assenta-se em dois elementos: a ausência de perturbação e a disposição harmoniosa das relações sociais²¹⁰.

No Direito Constitucional, a ordem pública coincide com o conjunto de princípios fundamentais de um ordenamento²¹¹. No âmbito do Direito Internacional, a cláusula de ordem pública sempre representou a autodefesa do ordenamento jurídico soberano e a sua função de tutelar os princípios que lhe conferiram a individualidade num dado momento histórico, e cuja eventual abdicação implicava a sua não existência. Sua função determinava o conteúdo normativo dos princípios fundamentais invocados na proteção contra a agressão externa²¹².

Contudo, não é razoável que a cláusula da ordem pública esteja reduzida a um elenco de princípios altamente abstratos²¹³, porquanto o que se pretende proteger são as disposições irrevogáveis somente²¹⁴.

O ponto central da discussão impõe separar dentre as normas internas aquelas que de fato são passíveis de sanções, por estarem incluídas na categoria de normas de ordem pública e que acabam por condicionar os atos de instrução estrangeiros²¹⁵.

O Código de Direito Internacional Privado (Código de Bustamante) refere-se à ordem pública em várias passagens, com destaque para o artigo 4o, que declara as normas constitucionais como de ordem pública²¹⁶.

Contudo, somente as normas constitucionais referentes à organização política do Estado, aos seus fundamentos, incluído o padrão normativo universal dos direitos humanos, constituem normas de ordem pública. Na hipótese da cooperação jurídica internacional para o fim de produzir provas, não integram as normas de ordem pública as disposições internas que não refletem diretamente o padrão normativo universal dos

²¹⁰ TERRA, Nelson Freire. **Segurança, lei e ordem**. 1988. 346 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 35.

²¹¹ Idem. p. 33.

²¹² VALENTINI, Cristiana. **L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione com autorità straniere**. Padova: CEDAM, 1998. p.199.

²¹³ Ibid., p. 204-205.

²¹⁴ Ibid., p. 207.

²¹⁵ Ibid., p. 208.

²¹⁶ SOUZA, Solange Mendes de. **Cooperação jurídica penal no Mercosul: novas possibilidades**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 74. A autora define a ordem pública como a imutabilidade de um valor político, moral ou legal, ainda que mediante norma nacional, internacional, seja esta clássica, de integração ou comunitária.

direitos humanos, havendo violação às normas de ordem pública, se não respeitado o marco de garantias incidente sobre a atividade probatória²¹⁷.

É importante salientar que os tratados internacionais, que estabelecem a harmonização das legislações nacionais, superam a concepção da ordem pública nacional enquanto alcançam a necessária equivalência ou homogeneidade de procedimentos²¹⁸.

Assim, não pode ser considerada violação à ordem pública nacional, a simples diversidade dos sistemas probatórios, ou ainda, a possibilidade que alguns sistemas reconhecem ao Ministério Público de acessar diretamente os dados bancários e fiscais, desde que validada a medida judicialmente.

Da mesma forma, não pode ser considerado atentatório à ordem pública nacional o pedido de assistência que tenha caráter executório. Nesse sentido, Carmen Tibúrcio conclui que o Protocolo de Las Lenãs e o Protocolo de Ouro Preto alteraram a posição do Direito Brasileiro nesse sentido²¹⁹. Na realidade, mesmo que não houvesse tratado internacional dispendo sobre a possibilidade do atendimento do pedido com caráter executório, o fundamento da admissão consiste na existência de uma relação de interdependência entre as ordens públicas nacionais e a ordem pública internacional na promoção e proteção dos direitos humanos.

1.3 Conclusão

Todas as considerações expostas têm como objetivo evitar o recurso desnecessário e arbitrário à proteção da soberania e da ordem pública nacional, como fundamento para a recusa à assistência jurídica internacional, devendo o intérprete considerar o contexto da nova ordem mundial e a posição que cada Estado se encontra. A legitimidade da recusa com base nesse fundamento pressupõe tal contextualização.

²¹⁷ MCCLEAN, David. **International judicial assistance**. Oxford: Clarendon Press, 1992, p. 94-95. *“Incompatible’ with internal law does not mean simply ‘different’ from such law, but that there must be some constitutional or statutory prohibition.”*

²¹⁸ RUBIO, Carlos Ramos. Comisiones Rogatorias para la obtención de pruebas. Problemas de validez de las pruebas obtenidas en el extranjero: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español. **Estudios Jurídicos**, Madrid: Ministerio Fiscal, n. 3, p. 364, 2003.

²¹⁹ TIBURCIO, Carmen. **As cartas rogatórias executórias no Direito Brasileiro no âmbito do MERCOSUL**. São Paulo: RT, 2001. (Série Processo de Execução e Assuntos Afins, v. 2, p. 107). No mesmo sentido, Nadia de Araújo, Carlos Alberto de Salles e Ricardo Ramalho Almeida (Medidas de cooperação interjurisdicional no MERCOSUL. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, v. 30, n. 123, p. 88-89, mai. 2005.).

Ao mesmo tempo em que o padrão normativo universal dos direitos humanos acarretou uma nova delimitação da soberania e da ordem pública nacional, induziu a um esforço cada vez mais intenso do valor solidariedade no relacionamento entre os Estados e com as organizações internacionais. Criou-se um ambiente em condições de aumentar a qualidade e a intensidade no referido relacionamento, ou seja, de maior confiança.

2 Confiança mútua como princípio orientador da cooperação entre os Estados

O ideal universalista dos direitos humanos demonstrado no Capítulo I, confirmado pelo processo de internacionalização e de constitucionalização, que estabeleceu uma equivalência de valores no âmbito internacional e nacional, acarretou reflexos na assistência internacional, no sentido de permitir a superação das principais dificuldades apuradas no processamento da cooperação jurídica internacional.

Em outras palavras, isso significa reconhecer que o padrão normativo universal dos direitos humanos partiu da concepção de uma nova ordem mundial, em que não somente a soberania e a ordem pública nacional passaram a se submeter a uma nova configuração, mas principalmente o relacionamento entre os Estados.

Essa relação entre os Estados é informada pelo objetivo comum de promoção e proteção dos direitos humanos, em que a confiança atua como pressuposto para que esse fim seja efetivamente alcançado.

No âmbito da cooperação jurídica internacional, por óbvio, a confiança constitui pressuposto indispensável ao auxílio mútuo e a sua maior intensidade no relacionamento entre os Estados na atualidade tem como fator determinante, do ponto de vista normativo, a ampla adesão dos Estados aos tratados internacionais de direitos humanos.

Se os Estados aderem aos mesmos tratados internacionais de direitos humanos, reconhecem o seu caráter universal e adaptam a ordem interna. Nesse sentido, é mais do que natural que os mesmos Estados possam confiar uns nos outros na solução de problemas, que interessam a um ou a todos.

Com efeito ainda, na Parte I, a natureza jurídica da cooperação jurídica internacional foi tratada como expressão do valor solidariedade. Isso indica não somente uma atitude de alguém em relação a outrem, mas incide sobre a organização jurídica da sociedade, cujo ponto de partida é o reconhecimento da realidade do outro e a consideração dos seus problemas como suscetíveis de resolução pela intervenção dos poderes públicos. O que permite a remoção dos obstáculos que impeçam ou dificultem a realidade da igualdade e da liberdade²²⁰.

²²⁰ MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. **Curso de derechos fundamentales**. Teoria General. Universidade Carlos III de Madrid. Madrid: Boletín Oficial Del Estado, 1999. p. 279-282.

Assim, a concreção da confiança pauta-se pelo esforço de solidariedade, que fundamenta e justifica o instituto da cooperação jurídica internacional. É por assim dizer, o padrão normativo universal dos direitos humanos que de fato sustenta tal concepção de solidariedade e induz à confiança entre os Estados, ao criar as condições ideais para a remoção dos obstáculos e promoção da igualdade e liberdade.

A questão consiste em definir a confiança e a forma para construí-la e qualificá-la como princípio jurídico informador da relação entre os Estados na cooperação jurídica internacional.

2.1 Noção de confiança segundo Luhman

A ideia de confiança é motivada pelas transformações sociais, que constituem a causa do seu surgimento. Sua necessidade é gerada pela complexidade social, fruto da intensa mutabilidade das relações humanas no tempo e no espaço. Nesse contexto, a confiança manifesta-se como um instrumento de redução desta complexidade social, na medida em que aumenta as possibilidades para experiências e para as ações²²¹.

Em outras palavras, a confiança é indispensável para o propósito de aumentar o potencial de um sistema social com vistas a ações que vão mais além das formas elementares. Através da confiança, um sistema ganha tempo e o tempo é a variável crítica na construção de estruturas de sistemas complexos²²². A confiança gera compromisso mútuo entre as partes e pressupõe o seu efetivo envolvimento, a partir da interação e do conhecimento recíproco²²³.

Para que haja confiança é indispensável o conhecimento e a absorção da complexidade do mundo, através da familiarização, que é a relação entre o sentido e o mundo, impondo a capacitação de outros seres humanos para experimentar a realidade corretamente²²⁴.

A partir desta apreensão da complexidade do mundo, que marca as relações sociais, a confiança se traduz numa ação cooperada e coordenada, com vistas a diversas possibilidades de ação para a redução desta complexidade²²⁵. Não se trata de um processo

²²¹ LUHMAN, Niklas. **Confianza**. Anthropos. México: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 20.

²²² Ibid., p. 154.

²²³ Ibid., p. 72-78.

²²⁴ Ibid., p. 35.

²²⁵ Ibid., p. 42.

automatizado, na medida em que impõe o aprendizado e a tolerância às diferentes formas de considerar o mundo, unindo a própria conduta às seleções dos outros²²⁶. Todo esse esforço gera o compromisso de uma ação mais significativa a problemas mais estreitamente definidos²²⁷.

Por assim dizer, a confiança é o instrumento para a redução da complexidade social, em que um dos seus elementos indispensáveis é a tolerância, tendo em vista a diversidade de características e interesses que singularizam a sociedade contemporânea e os conflitos que dessa diversidade advêm.

2.2 Tolerância: pressuposto para a construção da confiança

Tolerar é aceitar a diversidade de formas de vida, de características físicas e de comportamento. Tolerar é suportar o outro, com a intenção de entendê-lo melhor. Somente a partir desta melhor compreensão se ordenarão os conflitos de interesses. É vencer a tendência egoísta e impor os reclamos do próprio grupo. A tolerância tem como condição a convivência da própria identidade e um sentido realista do valor. Somente quem está seguro da sua identidade cultural, está em condições de aceitar como legítimo o estranho e diferente²²⁸.

O significado histórico da tolerância está associado ao problema da convivência de crenças diversas, ao passo que hoje abrange também o problema da convivência das minorias étnicas, linguísticas, raciais²²⁹.

Trata-se de uma virtude democrática indispensável nas sociedades modernas, com a sua pluralidade de minorias nacionais e grupos religiosos. E a condição para que a tolerância assim se qualifique é a formação de todos os indivíduos para que cheguem a ser cidadãos com igualdade de direitos, com critério político e ético independente²³⁰. Para tanto, o ponto essencial é a exigência de equiparação e equilíbrio do poder com os interesses, o que impõe a limitação das próprias exigências e interesses²³¹.

Há duas características que unem os homens, seja qual for a cultura: a capacidade de se comunicar através da linguagem e a consciência de que são finitos, e da

²²⁶ LUHMAN, Niklas. **Confianza**. Anthropos. México: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 83-84.

²²⁷ Ibid., p. 112.

²²⁸ FETSCHER, Iring. **La tolerância**. Uma pequena virtud imprescindible para la democracia. Barcelona: Gedisa, 1999. p. 14.

²²⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2004. p. 206.

²³⁰ FETSCHER, Iring. Op. cit., p. 25.

²³¹ Ibid., p. 150-151.

sua dependência da natureza, que faz possível toda a vida. Os homens são companheiros não somente na dor, mas também nos riscos, que eles mesmos produziram e cuja superação se faz por meio da apuração. A tolerância é, assim, expressão da solidariedade²³², fundamento da cooperação internacional.

O objetivo das novas sociedades está em aceitar as transformações e aproveitar suas consequências. Em uma situação de instabilidade, a tolerância supera com a flexibilidade a impossibilidade de distender as amarras rígidas. A tolerância confere ao pluralismo, as notas da cooperação e da solidariedade, que evitam o favorecimento emocional à variedade desconexa frente à unidade, a competência agressiva frente à colaboração, a historicidade ao caminho comum²³³.

Dinamismo e diversidade, mudança e pluralismo, incerteza, imprevisibilidade: estas são as notas que orientam o rumo da sociedade atual²³⁴, de modo que a diferença e a possibilidade do conflito devem conduzir à síntese, à superação, à aproximação e não à distância²³⁵.

A tolerância é uma atitude ativa de confiança, que se qualifica como método de persuasão, em que a consideração do próprio interesse é feita a partir da consideração do interesse do outro²³⁶.

Do ponto de vista da cooperação jurídica internacional, a tolerância qualifica-se como o mecanismo para a boa convivência e o justo equilíbrio entre os sistemas jurídicos envolvidos, cuja diversidade, em razão da influência do padrão normativo universal dos direitos humanos, não se torna um problema insuperável.

²³² FETSCHER, Iring. **La tolerância**. Uma pequena virtud imprescindible para la democracia. Barcelona: Gedisa, 1999. p. 160-161.

²³³ BALLEL, Tereza Rodriguez de las Heras. **La tolerância exigente**. Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2002. p. 12.

²³⁴ Ibid., p. 13-18.

²³⁵ Ibid., p. 82.

²³⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2004. p. 210/211.

2.3 Confiança como princípio jurídico:²³⁷ sentido e alcance

Na Teoria do Estado considera-se que a garantia da confiança dos cidadãos nas instituições constitui uma condição básica da ordem político-liberal e democrática. A inviolabilidade do ordenamento jurídico por parte do legislador e da Administração é considerada o pressuposto necessário para que os cidadãos afirmem e prestem seu apoio, a partir da confiança, ao ordenamento. Sob a ótica da teoria dos direitos fundamentais, a proteção da confiança significa a proteção da liberdade, na medida em que assegura o desenvolvimento da personalidade dos cidadãos²³⁸.

A adoção da confiança como princípio jurídico constitui uma exigência da segurança jurídica, que é uma derivação do Estado de Direito. Todo cidadão tem o direito de prever e ordenar sua trajetória de vida e o Direito deve assegurar o mínimo de estabilidade para construção de um projeto pessoal ou profissional, sem que as modificações do ordenamento acarretem transtornos nas relações jurídicas já estabelecidas. O valor que está por detrás da confiança legítima é suficientemente forte para ter uma extensão transnacional, tanto que reconhecido pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, apesar das diferenças na articulação concreta do princípio em cada ordenamento, cuja racionalidade interna é a mesma no contexto jurídico ocidental²³⁹.

Se o ordenamento protege as expectativas geradas pelos poderes públicos, gera-se uma maior confiança do cidadão numa administração que cumpre seus objetivos e promessas²⁴⁰.

²³⁷ O princípio jurídico consiste num enunciado amplo, que permite solucionar um problema e orienta um comportamento resolvido num esquema abstrato através de um procedimento de redução a uma unidade da multiplicidade de fatos que oferece a vida real. São normas que têm uma estrutura deontológica, uma vez que estabelecem juízos de dever-ser. Suas características são: a) ideias cardinais que constituem a origem ou o fundamento do Direito; b) estão dotadas de um alto grau de generalidade; c) gozam de grande compreensão no âmbito jurídico; d) pertencem às mais amplas formulações do Direito; e) não requerem necessariamente formulações, mas se estiverem formuladas, seu lugar mais lógico são as proposições normativas mais abstratas do ordenamento. Os princípios revelam as crenças e convicções da comunidade a respeito dos problemas fundamentais de sua organização; centra-se em construir a base ou o fundamento do Direito, dando-lhe solidez para que sirva à finalidade de regulamentar ordenadamente a comunidade. Constituem as ideias fundamentais e informadoras da organização jurídica de uma nação. (FLÓRES-VALDEZ, Joaquim Arce y. **Los principios generales del derecho e su formación constitucional**. Madrid: Civitas, 1990. p. 63)

²³⁸ SCHNEIDER, Jens-Peter. Seguridad Jurídica y protección de la confianza en el Derecho constitucional y administrativo alemán. **Documentación Administrativa**, INAP, n. 263-264, p. 251, mayo/dic. 2002.

²³⁹ RAMIREZ-ESCUADERO, Daniel Sarmiento. El principio de confianza legítima en el Derecho Inglés: la evolución que continúa. **Revista española de Derecho Administrativo**, n. 114, p. 241, abr./jun. 2002. p. 241.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 242. Essa expectativa projeta-se nas três funções que constituem expressão da soberania estatal: a legislativa, a executiva e a jurisdicional. Especificamente no que se refere à função jurisdicional no âmbito da Justiça Penal, a importância da cooperação jurídica internacional é mais do que destacada, na medida em que o processo é um instrumento de proteção coletiva e individual simultaneamente.

O princípio jurídico da proteção da confiança encontra-se estruturado em quatro planos:

1. O pressuposto necessário para sua aplicação é a frustração de uma expectativa derivada de uma situação de confiança criada pela conduta ou pelo comportamento dos órgãos dos poderes públicos;
2. É necessário que o cidadão tenha manifestado a sua confiança de alguma forma, ou seja, quem reclama a proteção da confiança tem que poder acreditar que confiou, como, por exemplo, através do voto;
3. O terceiro plano constitui o elemento decisivo para a proteção da confiança, ou seja, é necessário indagar se a confiança manifestada pelo cidadão é merecedora de proteção;
4. O quarto plano refere-se à consequência jurídica e a proteção da confiança pode consistir na manutenção do *status quo ante*, na regulação de regimes transitórios ou na reparação indenizatória do dano causado pela frustração da confiança²⁴¹.

A confiança legítima possui relevância em quatro situações²⁴²: quando a administração emite um ato favorável e individual e posteriormente o substitui por outro que deixa sem conteúdo o anterior; quando a administração emite um ato favorável e posteriormente, na execução de uma política determinada, deixa aquele sem conteúdo; quando a administração mantém uma política de alcance geral e a excepciona na aplicação de um ato individual a um ou vários cidadãos; quando a administração executa uma política geral, gera expectativas nos particulares afetados e posteriormente modifica a política frustrando as expectativas criadas.

É possível reconhecer o princípio jurídico da confiança no sentido material e processual.

No sentido material, a proteção da confiança tem lugar quando os tribunais, na defesa da boa fé processual e da equidade, evitam que as autoridades públicas modifiquem políticas públicas ou decisões administrativas legais que geraram uma confiança legítima

²⁴¹ SCHNEIDER, Jens-Peter. Seguridad Jurídica y protección de la confianza en el Derecho constitucional y administrativo alemán. **Documentación Administrativa**, INAP, n. 263-264, p. 251, mayo/dic. 2002. p. 255.

²⁴² RAMIREZ-ESCUADERO, Daniel Sarmiento. Op. cit., p. 244.

nos interessados em relação à produção de um resultado ou o recebimento de um benefício²⁴³.

No sentido processual, a concepção da confiança está centrada na correção do procedimento e nas garantias da justiça processual, no direito de ser ouvido²⁴⁴, por exemplo. A tutela dos direitos processuais traz a ideia do *procedural fairness*, que implica um tratamento individualizado e adequado das exigências de justiça e equidade, proibindo-se qualquer decisão que acarrete a indefesa do cidadão. A relevância da tutela processual tem por base a confiança por parte do cidadão de que a administração respeitará o ordenamento, posto que assegurado o direito de audiência, a motivação do ato revocatório; assim como habilita o cidadão a impugnar uma decisão que o prive de uma expectativa baseada em um fundamento razoável²⁴⁵.

2.3.1 Origem do princípio da confiança

A importância na identificação da origem do princípio da confiança decorre da necessidade de estabelecer a sua correlação com o instituto da cooperação jurídica internacional.

▪ Relação com o princípio da boa fé

O princípio da boa fé no âmbito do Direito Administrativo significa que é legítimo e juridicamente exigível, que o cidadão possa confiar na Administração e esta no cidadão. Trata-se da confiança legítima que delimita os direitos e obrigações de ambos em um sentido objetivo, segundo o que se pode esperar de acordo com as regras, e no sentido subjetivo segundo a crença das partes²⁴⁶.

Na doutrina italiana, a concepção de boa-fé objetiva, como obrigação de *correttezza* na atuação dos poderes públicos, que implica uma ponderação entre os

²⁴³ ANTHONY, Gordon. Procedimiento. Derecho Material y proporcionalidad: el principio de confianza legítima en el derecho administrativo del Reino Unido. **Documentación Administrativa**, INAP, n. 263-264, p. 331, mayo-dic 2002.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 333. Segundo o autor, o direito de ser ouvido como manifestação da confiança legítima em sua vertente processual foi reconhecido por diversas vezes pelos Tribunais do Reino Unido.

²⁴⁵ RAMIREZ-ESCUADERO, Daniel Sarmiento. El principio de confianza legítima en el Derecho Inglés: la evolución que continúa. **Revista española de Derecho Adisnitrativo**, n. 114, p. 244-246, abr./jun. 2002.

²⁴⁶ LUENGO, Javier García. **El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo**. Madrid: Civitas, 2002. p. 135.

interesses em jogo e do cidadão à manutenção da confiança gerada pelo comportamento precedente²⁴⁷.

▪ ***Relação com a cláusula do Estado Social***

Na hora de interpretar as garantias e os direitos fundamentais do indivíduo, deve-se ter em conta a forte dependência que a pessoa tem dos serviços públicos. Assim, a fundamentação constitucional da proteção da confiança na cláusula do Estado Social de Direito, parte da ideia de que a proteção da confiança não tem a mesma fundamentação em relação à Administração prestacional do que em relação à Administração intervencionista. A dependência do cidadão em relação à Administração traz como consequência o dever desta de proteger a estabilidade das suas resoluções adotadas no sentido de uma relação Administração/cidadão geradora de confiança para não prejudicar o cidadão no âmbito do seu desenvolvimento dependente da atividade daquela. A proteção da confiança não é somente uma garantia para o cidadão que confiou, mas também para o próprio poder público, que ao garantir a estabilidade das suas decisões, gera uma estima social das mesmas, segundo a ideia de estabilidade. O cidadão obedece com mais convicção quando sabe que a resolução tem certa estabilidade e que o comportamento da Administração é coerente²⁴⁸.

A fundamentação da proteção da confiança na cláusula do Estado Social não abrange somente as situações nas quais se procura se estender a proteção às pessoas cuja situação econômica não é desfavorável. Enquanto manifestação do Estado de Direito, não se restringe tão somente à proteção da legalidade, possível também num Estado autoritário. Implica, sim, a defesa do indivíduo em sua liberdade política e pessoal, e impõe a proporcionalidade e vinculação de todas as medidas estatais. A fórmula do Estado Social recorre à proteção da confiança²⁴⁹.

Quanto maior é a coação proveniente dos poderes públicos, quanto mais, por isto, se limita o comportamento do indivíduo, quanto mais dependente é o indivíduo das suas próprias decisões e disposições das resoluções dos poderes públicos, tanto mais se obriga a confiar na fiabilidade destas resoluções estatais. A proteção da confiança nada

²⁴⁷ LUENGO, Javier Garcia. **El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo**. Madrid: Civitas, 2002. p. 137.

²⁴⁸ Ibid., p. 153-154.

²⁴⁹ Ibid., p. 156. Segundo o autor, a proteção da confiança se enquadra dentro da exigência de tratar desigualmente aqueles que estejam em situações desiguais e igualmente aqueles que estão em situações iguais, o que muitas vezes poderia implicar a criação de uma regra *contra legem*, o que seria incoerente com o sentido da confiança (p.159-160).

mais é do que um método para possibilitar, frente à ação estatal que o afeta, a defesa de um bem jurídico através da ponderação de valores entre dito bem jurídico e o interesse público referente à medida estatal que o prejudica²⁵⁰.

▪ Relação com o princípio da segurança jurídica

A segurança jurídica implica previsibilidade e persistência, tanto do ordenamento jurídico, como das disposições da autoridade. E a confiança consiste no cálculo sociológico ou econômico, ou seja, a previsibilidade de uma determinada expectativa de comportamento²⁵¹.

O indivíduo tem necessidade de conhecer sua situação jurídica e saber a que se ater na hora de atuar. Este o objetivo primário de todo Estado de Direito, que se alcança através de uma série de princípios, como o princípio da legalidade e o da hierarquia e publicidade normativa, irretroatividade da lei desfavorável, interdição da arbitrariedade, visando à promoção de uma ordem jurídica, com justiça e igualdade²⁵².

A segurança jurídica é entendida como o princípio que assegura ao cidadão a certeza da sua situação jurídica e se divide em duas grandes manifestações: *ex ante*, possibilitando a interpretação e o conhecimento do Direito; *ex post*, assegurando a estabilidade do resultado do processo anterior. A garantia da segurança jurídica frente à atividade normativa deve centrar-se na asseguuração do processo de busca do Direito, sua clareza e possibilidade de conhecimento, e somente com grandes precauções, poder-se-ia entender como uma garantia de estabilidade²⁵³.

2.3.2 Fundamento constitucional do princípio jurídico da confiança

Durante um largo período de tempo, a jurisprudência alemã considerou que o princípio da proteção da confiança era deduzido da cláusula genérica do Estado de Direito, que compreende, em seu conteúdo, o princípio da segurança jurídica²⁵⁴.

²⁵⁰ LUENGO, Javier Garcia. **El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo**. Madrid: Civitas, 2002. p. 165-167.

²⁵¹ Ibid., p. 150.

²⁵² Ibid., p. 190.

²⁵³ Ibid., p. 193.

²⁵⁴ SCHNEIDER, Jens-Peter. Seguridad Jurídica y protección de la confianza en el Derecho constitucional y administrativo alemán. **Documentación Administrativa**, INAP, n. 263-264, p. 251, mayo/dic. 2002. p. 256.

Todavia, é cada vez mais influente o entendimento de que o princípio da proteção da confiança é, na realidade, uma derivação dos direitos fundamentais²⁵⁵.

A proteção da confiança frente ao legislador manifesta-se pela impossibilidade da retroatividade da lei, tendo em vista a confiança dos cidadãos na continuidade ou permanência de uma determinada situação jurídica, salvo quando o interesse geral justificar sua modificação. A proteção da confiança frente à Administração Pública possui inúmeras manifestações, como a revisão dos atos administrativos favoráveis inválidos. O merecimento da proteção da confiança depende da ponderação entre o interesse do particular na conservação do ato e o interesse público na sua revisão, ou no restabelecimento da legalidade²⁵⁶.

O que significa dizer que seu fundamento constitucional encontra-se no âmbito da proteção da liberdade que os distintos direitos fundamentais tomados em conjunto garantem e viriam a dotar a ideia de proteção da confiança e da segurança jurídica de um corpo, de uma estrutura jurídica e dos critérios de aplicação determinados, muito além de uma mera meta da atividade estatal²⁵⁷.

Assim, a proteção da confiança tem seu fundamento no direito ao livre desenvolvimento da personalidade, ou seja, numa cláusula geral de liberdade, que, segundo a doutrina alemã, tem aplicação às hipóteses não contempladas por outros direitos fundamentais, o que implica um campo geral de efetividade. Qualquer medida estatal que suponha a intromissão nas possibilidades de livre atuação do indivíduo deve ser conforme o interesse público legítimo e proporcional, isto é, deve guardar uma relação racional com este fim público e a limitação da liberdade de atuação do indivíduo assim justificada²⁵⁸.

²⁵⁵ SCHNEIDER, Jens-Peter. Seguridad Jurídica y protección de la confianza en el Derecho constitucional y administrativo alemán. **Documentación Administrativa**, INAP, n. 263-264, p. 251, mayo/dic. 2002. p. 257. A conexão do princípio da proteção da confiança com os direitos fundamentais tem a vantagem de que o princípio da proporcionalidade, próprio da aplicação destes direitos, contribui para flexibilizar e racionalizar a ponderação que resulta inevitável no momento de se estabelecer se a confiança cuja proteção se demanda é ou não merecedora de proteção.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 270. Descarta-se a proteção da confiança em três hipóteses: quando o ato administrativo foi obtido mediante erro, ameaça ou coação; quando o ato administrativo foi obtido com base em dados incorretos ou incompletos; quando o beneficiário conhecia a ilegalidade do ato ou a ignorou por negligencia grave (p. 271).

²⁵⁷ LÜENGO, Javier Garcia. **El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo**. Madrid: Civitas, 2002. p.168-169.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 173. O abuso do princípio da proporcionalidade e da ideia de *balancing test* ou ponderação de interesses na hora de limitar a atuação dos poderes públicos acarreta a adoção de resoluções carentes de uma justificação clara que permita no futuro a descrição da instituição assim aplicada, casuísta e pouco orientadora e que gera o risco de interpretações arbitrárias. É preferível delimitar claramente os conceitos, definindo-se quando se está diante de uma situação de proteção da confiança e quando a dita situação não existe, reduzindo a discricionariedade de quem julga ditas situações e oferecendo ao cidadão e à própria Administração, regras fixas para seu comportamento que não dependem de uma valoração contingente (p. 179).

2.4 Princípio jurídico da confiança e cooperação jurídica internacional em matéria penal

O princípio jurídico da confiança consiste na garantia da previsibilidade e estabilidade nas relações jurídicas.

No processo penal a manifestação do princípio da confiança está associada, em primeiro lugar, ao direito social à segurança, tendo em vista a expectativa que a coletividade possui em relação à manutenção da paz social e tranquilidade pública, e à atuação dos órgãos estatais. Em segundo lugar, a manifestação do princípio da confiança está associada à observância das liberdades individuais, notadamente as garantias processuais, que definem o modelo e os limites da atuação estatal.

Já no que se refere à aplicação do princípio da confiança à cooperação jurídica internacional em matéria penal, tem-se como reflexo a possibilidade de uma assistência mais eficiente. A assistência jurídica internacional é um instrumento de que se vale o Estado para atender às expectativas da coletividade no tocante à previsibilidade e estabilidade nas relações, de modo que quanto mais confiança recíproca houver no relacionamento entre os Estados, tanto maior as possibilidades de atendimento às mencionadas expectativas.

Isso porque quanto maior a confiança, maior a segurança quanto à preservação daquilo que é essencial para o relacionamento entre os Estados, ou mesmo entre os Estados e os organismos internacionais.

Assim, de que modo, a partir do princípio da confiança, pode a cooperação jurídica internacional tornar-se mais eficiente? O desafio consiste na demonstração de que a confiança representa o fundamento a partir do qual é possível identificar os fatores que podem contribuir para uma assistência mais eficiente.

3 Fatores de eficiência da cooperação jurídica internacional em matéria penal: aplicação do princípio da confiança

Em primeiro lugar, considerando os conceitos de eficiência, eficácia e efetividade adotados na Parte I, tem-se que a eficiência da cooperação jurídica internacional significa a sua aptidão em promover o auxílio mútuo, tanto do ponto de vista da execução do seu objeto – no caso a produção da prova -, como do ponto de vista da finalidade do processo no Estado requerente.

Solange Mendes de Souza afirma a existência de vetores da cooperação jurídica internacional em matéria penal, extraídos das características gerais do instituto, as quais são deduzidas da possibilidade ou não de cooperação: definição quanto ao direito aplicável; o procedimento a ser respeitado no atendimento da solicitação; o caráter executório do pedido; a reciprocidade no relacionamento entre os Estados; a exigência de dupla incriminação; a contrariedade ao ordenamento jurídico nacional²⁵⁹.

A denominação proposta não parece adequada, na medida em que as situações qualificadas como vetores pela citada autora, constituem na realidade fatores determinantes para assegurar a eficiência da cooperação, se houver confiança. Fator é tudo aquilo que interfere no processamento de algo, e na hipótese da eficiência da cooperação jurídica internacional, fator é tudo aquilo que possa contribuir ou dificultar o processamento da assistência jurídica internacional.

Dentre os fatores que são de extrema relevância para garantir que a cooperação seja eficiente, tem-se: a determinação do direito aplicável; a especialidade na destinação do ato praticado; a exigência de dupla incriminação; a existência de tratado ou acordo bilateral; a forma de comunicação e relacionamento entre as autoridades estrangeiras.

É de se ter presente na análise dos fatores de eficiência, todavia, que um dos objetivos da cooperação jurídica internacional é a tutela dos direitos individuais, que se qualificam como um limite à assistência e que constituem, ao mesmo ao mesmo tempo, a causa e o efeito do desenvolvimento de um clima de confiança entre os Estados²⁶⁰. O fundamento do princípio jurídico da confiança é a promoção dos direitos humanos.

A proteção dos direitos humanos não pode ser considerada um obstáculo para a

²⁵⁹ SOUZA, Solange Mendes de. **Cooperação jurídica penal no Mercosul: novas possibilidades**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 140.

²⁶⁰ CIAMPI, Annalisa. **L'assunzione di prove all'estero in matéria penale**. Verona: CEDAM, 2003. p.407.

cooperação jurídica internacional em matéria penal, mas o caminho para reforçar as normas jurídicas, de modo que os Estados devem fazer prevalecer as suas obrigações de respeito aos direitos humanos, recusando a assistência, impondo condições ao outro Estado envolvido, ou buscando entendimento quanto ao interesse das pessoas envolvidas. Isso significa dizer que no processo de elaboração de novos instrumentos de cooperação internacional em matéria penal, os Estados devem atentar para a definição e a proteção dos direitos e dos interesses dos indivíduos nos procedimentos para a aplicação destes instrumentos²⁶¹.

Em outras palavras, quanto maior o esforço de incorporação e concretização do padrão normativo universal dos direitos humanos, menor a resistência, maior a fluidez e a segurança no relacionamento, não cabendo fazer distinções sobre as garantias de imparcialidade de uns e outros juízes, nem mesmo o respectivo valor dos atos praticados segundo outra forma²⁶².

Quanto mais os Estados cumprirem o padrão normativo dos direitos humanos, como um verdadeiro código de conduta, maior a possibilidade de receberem benefícios e evitarem pressões de natureza diplomática, militar e econômica²⁶³.

Por outro lado, segundo Ilias Bantekas e Suzan Nash, a adoção de métodos mais informais e ágeis de cooperação pressupõe:

*memoranda of Understanding, which are non-legally binding written agreements setting out an undertaking to provide the assistance requested, indicating the procedures to be followed and the grounds for refusing a request for assistance; and mutual administrative assistance which allows for the delivery of information between investigating agencies on a voluntary basis.*²⁶⁴

3.1 Definição do direito aplicável: lei do Estado do processo ou lei do Estado requerido

O direito aplicável nos pedidos de assistência internacional pode ser analisado

²⁶¹ NOUVELLES Études Pénales, n. 21, p.171, 2009.

²⁶² RUBIO, Carlos Ramos. Comisiones Rogatorias para la obtención de pruebas. Problemas de validez de las pruebas obtenidas en el extranjero: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español. **Estudios Jurídicos**, Madrid: Ministerio Fiscal, n. 3, p. 362, 2003.

²⁶³ GOLDSMITH, Jack; POSNER, Eric A. **The limits of international law**. New York: Oxford University Press, 2005. p. 130.

²⁶⁴ BANTEKAS, Ilias; NASH, Susan. **International Criminal Law**, 2nd ed. London: Cavendish Publishing, 2003. p. 262-263.

sob duas perspectivas, da lei material e da lei processual. Do ponto de vista da lei material aplicável, não há grandes questionamentos, na medida em que prevalece a lei do Estado requerente, cuja atuação está circunscrita ao princípio da territorialidade.

No tocante à lei processual, é bem verdade que por força do Código de Bustamante, cujo conteúdo foi reproduzido pela legislação brasileira, como, por exemplo, na Lei de Introdução ao Código Civil, estabelece-se a aplicação da lei processual do Estado requerido.

Todavia, a normativa internacional em momento algum estipula como regra e obrigação internacional o respeito à lei do Estado requerido ou do Estado requerente no cumprimento do pedido de auxílio, franqueando aos Estados a possibilidade de estipularem o modelo que lhes seja mais adequado²⁶⁵.

Com efeito, ainda, a resolução n. 8 (Seção IV) adotada no XIII Congresso Internacional de Direito Penal (Cairo, 1984), reconhece o princípio “*locus regit actum*” como princípio básico da assistência mútua. Contudo, a mesma resolução propõe que a lei do Estado requerente deve ser considerada, assim como autorizada a participação ativa das autoridades judiciais estrangeiras, de investigação e de defesa²⁶⁶.

De um lado, estão as exigências de funcionalidade da assistência com relação ao processo, e do outro lado, está o respeito das prerrogativas soberanas no Estado no qual deve ser adquirida a prova.

Com vistas a resguardar a utilidade e presteza da prova, o pedido de assistência deveria ser orientado pela modalidade indicada na solicitação que segue a lei do Estado em que se desenvolve o processo, respeitados os princípios fundamentais do Estado requerido.

Esta solução pressupõe a disposição e a vontade dos Estados em estipular uma forma de tratamento diferenciado para os pedidos de assistência, cujas regras podem ser indicadas como *normas de designação*²⁶⁷, para não usar a expressão normas de conflito.

Quanto ao ordenamento de partida das normas de designação, suas fontes são as convenções internacionais e o direito nacional do Estado requerido. Trata-se de modelo idôneo para explicar a aplicação da lei do Estado requerente, ainda que a designação provenha de uma norma internacional ou do direito interno do Estado requerido.

²⁶⁵ CIAMPI, Annalisa. **L'assunzione di prove all'estero in matéria penale**. Verona: CEDAM, 2003. p. 542.

²⁶⁶ NOUVELLES Études Pénales, n. 21, p. 127, 2009.

²⁶⁷ CIAMPI, Annalisa. Op. cit., p. 411. A autora afirma que o funcionamento das normas de designação é análogo àquele verificado em qualquer norma de direito internacional privado.

Por exemplo, se considerado como objeto da assistência a produção da prova, a discussão quanto ao direito aplicável perde a força se respeitado o marco de garantias incidentes sobre a atividade probatória, cujo parâmetro normativo é o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Nesse sentido, aliás, a Justiça dos Estados Unidos da América reconheceu o uso de métodos estrangeiros não convencionais na produção da prova testemunhal, desde que respeitados os *fairness standards*, como a garantia de confrontação e a regra de exclusão do testemunho indireto²⁶⁸.

3.2 Excepcionalidade da exigência de dupla incriminação

A dupla incriminação significa a exigência de que o fato objeto da cooperação seja qualificado como infração penal na legislação dos Estados cooperantes, bastando a convergência dos elementos essenciais e pouco importando o *nomen iuris* e a presença de outros elementos.

A exigência da dupla incriminação coincide com a própria evolução do instituto da extradição. Sempre foi colocada como um parâmetro para a cooperação entre dois Estados ou mais, tendo em vista o fato de que a extradição, por implicar a transferência forçada de uma pessoa de um país a outro, e, portanto, de caráter excepcional, a dupla incriminação traduziu-se numa exigência de legalidade a legitimar que um Estado autorize a referida transferência.

Trata-se de uma garantia fundamental no âmbito da cooperação na hipótese dos pedidos em a liberdade individual é afetada²⁶⁹.

Todavia, no âmbito da União Européia, com a criação do mandado de prisão europeu, que substituiu a extradição, foi convencionada pelos Estados a abolição da exigência da dupla incriminação (Lei n. 2002/84, de 13/06/2002).

Já no que se refere à cooperação jurídica internacional para fins de produção de prova, a exigência da dupla incriminação não constitui uma prática comum. No caso do

²⁶⁸ McCLEAN, David. **International judicial assistance**. Oxford: Clarendon Press, 1992, p. 122. “*The Court recognized that in some cases the use of ‘unconventional foreign methods of examination may exceed the limits of accepted American standards of fairness and reliability, such as underlie the confrontation clause and the rule against hearsay’; but case-by-case analysis was required.*”

²⁶⁹ CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez. **Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do MERCOSUL**. São Paulo: RT, 2000. p.73.

acordo bilateral firmado pelo Brasil com a França²⁷⁰, exige-se a dupla incriminação em qualquer modalidade de solicitação de assistência. No caso do acordo bilateral com a Itália²⁷¹, exige-se a dupla incriminação nas revistas pessoais, apreensão e sequestro de bens.

Por outro lado, no acordo bilateral entre o Brasil e os Estados Unidos dispensou-se a exigência da dupla incriminação, como pressuposto de admissibilidade da assistência mútua (artigo I, inciso 3²⁷²). Neste acordo, a assistência destina-se à tomada de depoimentos, fornecimento de documentos e bens, localização e identificação de pessoas, transferência de pessoas sob custódia, execução de pedidos de busca e apreensão, imobilização e confisco de bens e qualquer outra forma de assistência não proibida.

Com efeito, ainda, a resolução n. 10 (Seção IV) adotada no XIII Congresso Internacional de Direito Penal, realizado no Cairo, em 1984, no sentido de que a dupla incriminação deve ser abandonada quando a cooperação jurídica internacional não implicar medidas coercitivas²⁷³.

Em suma, se a atividade probatória não implicar a restrição a direito fundamental, desnecessária a exigência de dupla incriminação.

3.3 Especialidade na destinação do ato praticado

Em regra, o Estado requerente deve estar restrito à finalidade que justificou a solicitação, sob pena de invalidação, salvo a hipótese em que o Estado requerente providenciar ou for autorizado pelo Estado requerido a dar destinação diversa à pleiteada. O descumprimento do compromisso pelo Estado requerente obstará os novos pedidos de auxílio mútuo.

²⁷⁰ O Decreto n. 3324/99 ratificou o acordo bilateral de cooperação jurídica internacional em matéria penal entre Brasil e França.

²⁷¹ O Decreto n. 862/93 ratificou o acordo bilateral de cooperação jurídica internacional em matéria penal entre Brasil e Itália. De acordo com o artigo 2, n. 1, “a cooperação será prestada ainda que os fatos que deram origem ao processo não constituam crime perante a lei da Parte requerida”. Já o n. 2 do mesmo artigo, prescreve que “para a execução de revistas pessoais, apreensão e sequestros de bens, a cooperação somente será prestada se o fato que originou o processo na Parte requerente for previsto como crime também na lei da Parte requerida”.

²⁷² O acordo bilateral entre Brasil e Estados Unidos foi ratificado pelo Decreto n. 3810, de 2 de maio de 2001. De acordo com o artigo I, n. 3, “a assistência será prestada ainda que o fato sujeito à investigação, inquérito ou ação penal não seja punível na legislação de ambos os Estados”.

²⁷³ RESOLUTION of the Congresses of the International Association of Penal Law (1926-2004). *Nouvelles Études Penales*, n. 21, p.127, 2009.

A origem do princípio da especialidade coincide com a própria evolução do instituto da extradição, sendo reconhecido, por exemplo, na Convenção Pan-Americana de Extradição, de 25 de fevereiro de 1981, e na Convenção Européia de Extradição, de 13 de dezembro de 1957.

Na hipótese da extradição, todavia, o princípio comporta exceções. De acordo com João Marcello de Araújo Junior, “a função limitadora do princípio pode ser superada através da chamada extradição supletiva ou complementar, ou seja, por um novo pedido de extradição em razão do fato não contido no pedido original ou pelo comportamento voluntário do extraditando”²⁷⁴.

O autor reconhece no princípio da especialidade dois efeitos: um no Direito Internacional, enquanto obrigação internacional assumida perante a comunidade internacional; outro no Direito Interno, tanto do Estado requerente como no Estado requerido²⁷⁵.

No entanto, a incidência do princípio da especialidade não se restringe à extradição e abrange igualmente outras modalidades de cooperação, como a atividade probatória. A exigência da especialidade tem sido prevista nos acordos bilaterais de assistência mútua em matéria penal, como, por exemplo, no acordo bilateral entre Brasil e Estados Unidos.

Na atividade probatória, a exigência da especialidade qualifica-se muito mais que uma condição para a cooperação futura, porquanto pode interferir diretamente na eficácia da prova, em razão da problemática que cerca o tema da prova emprestada²⁷⁶.

Melhor dizendo, se a prova é produzida com o fim de ser utilizada em determinado procedimento, no qual a prova cumpre a sua função de demonstrar a veracidade de uma afirmação sobre um fato, função esta que somente será cumprida se o método de produção for o adequado. Entenda-se por método adequado aquele em que é respeitado o marco de garantias estudado no Capítulo II.

Assim, a violação ao princípio da especialidade cria um problema insuperável se a prova for pessoal, cuja produção pressupõe a participação das partes. Eventual utilização da prova testemunhal, por exemplo, em outro procedimento, diverso daquele para o qual foi pleiteada a sua produção, e com outras partes, padeceria de um vício

²⁷⁴ ARAÚJO JUNIOR, João Marcello. Extradição. Alguns aspectos fundamentais. **Revista Forense**, v. 326, n. 90, p. 67 abr./maio/jun. 1994.

²⁷⁵ Ibid., p. 68.

²⁷⁶ CERVINI, Raúl. **Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do MERCOSUL**. São Paulo: RT, 2000. p. 151.

insanável por falta de contraditório, comprometendo, dessa forma, a capacidade ou aptidão demonstrativa do elemento probatório.

Por outro lado, a situação é diferente em relação à prova documental, na medida em que a prova é produzida fora do processo e a incidência do contraditório é sempre posterior.

Eventual anuência do Estado requerido em permitir que à prova seja dada utilidade diversa, mitiga o princípio da especialidade, mas não resolve o problema da inobservância do método, caso se trate da prova pessoal, em que a situação é mais grave.

Por fim, o descumprimento da especialidade, em se tratando de prova documental não desqualifica o dado como prova. Diferentemente da prova pessoal, o descumprimento da especialidade desqualifica o dado como prova, porém, o habilita como elemento de informação, segundo a distinção apresentada na Parte I do estudo.

3.4 Procedimentos da cooperação jurídica internacional em matéria penal: novas formas de comunicação e atuação

O fundamento a sustentar a revisão dos métodos tradicionais de comunicação entre autoridades estrangeiras é o padrão normativo universal dos direitos humanos. Isso porque o processo de harmonização ou de equivalência dos direitos humanos no plano universal habilita as mudanças pretendidas em função das condições ideais, a partir das quais os Estados podem perfeitamente confiar uns nos outros mais intensamente e adotar comportamentos mais pró-ativos.

O ambiente internacional mais propício à cooperação, gerado pelo processo de internacionalização dos direitos humanos, estimula e fortalece a confiança mútua entre os Estados. Se os Estados participam dos mesmos documentos internacionais de proteção aos direitos humanos; se constitucionalizaram os valores reconhecidos como universais; se os Estados cumprem e defendem sistematicamente a responsabilização daqueles que violam os direitos humanos: fica difícil qualquer argumentação razoável a impedir a melhor operacionalização da relação entre os Estados na atividade de assistência jurídica mútua.

Este maior dinamismo e funcionalidade na comunicação entre as autoridades estrangeiras verificam-se nas seguintes situações: a comunicação direta entre autoridades judiciais e a comunicação direta entre autoridades administrativas; a rogatória participativa

e a participação direta na produção da prova. Todas essas soluções tendem a agregar expressiva funcionalidade à tramitação dos pedidos de cooperação.

Ressalte-se que a forma de comunicação e a forma de atuação das autoridades interessadas estão diretamente associadas à aceitação do padrão normativo universal dos direitos humanos, que representa o marco de confiança no relacionamento entre os Estados.

3.4.1 Novas formas de atuação na carta rogatória e no pedido de auxílio direto: rogatória participativa; produção direta da prova; videoconferência.

Na Parte I do estudo ficou assentado que os procedimentos de cooperação jurídica internacional para a produção de prova são: a carta rogatória e o pedido de auxílio direto. Em ambos os casos, como regra, há a intervenção de um órgão estatal que atua como intermediário na formalização e articulação das solicitações.

No caso em que o Brasil figura como Estado requerente, a intervenção estatal ocorre no âmbito do Ministério das Relações Exteriores ou do Ministério da Justiça, por intermédio do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, designado como autoridade central nos acordos bilaterais de cooperação em matéria penal. Na hipótese em que o Brasil figura como Estado requerido, a intervenção estatal ocorre no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, da Justiça Federal de 1ª instância, ou da autoridade central designada nos acordos bilaterais, que é o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional.

Sem dúvida alguma, o pedido de auxílio direto constituiu um importante avanço na tentativa de evitar os inconvenientes burocráticos que qualificam a carta rogatória tradicional, na medida em que a iniciativa da solicitação no Estado requerido é da autoridade local, que encampa a necessidade manifestada pelo Estado requerente. No entanto, acredita-se que esse procedimento possa ser mais dinâmico, a partir da revisão da forma como as partes interessadas atuam no processamento e execução da assistência.

Há três formas de atuação ou participação mais direta das partes interessadas: a rogatória participativa, a produção direta da prova e o recurso à videoconferência.

A *rogatória participativa*²⁷⁷ consiste na hipótese em que a autoridade do

²⁷⁷ CIAMPI, Annalisa. *L'assunzione di prove all'estero in matéria penale*. Verona: CEDAM, 2003. p.257.

Estado requerente participa na atividade de aquisição da prova no Estado requerido. Essa participação pode se manifestar de forma passiva, simplesmente assistindo a execução do ato, ou de forma ativa, em que se intervém no ato, fazendo perguntas ou sugerindo perguntas, por exemplo.

Já a *produção direta da prova*²⁷⁸ consiste na hipótese em que a própria autoridade do Estado do processo produz a prova no Estado requerido, na presença ou com a participação de uma autoridade deste último.

Quando se fala em produção direta da prova pretende-se referir àquela forma de assistência, que pressupõe um papel meramente passivo por parte do Estado requerido, ainda que limitado a exprimir o consentimento. A obrigação de consentir a presença de uma autoridade do Estado requerente resulta de acordo entre os Estados envolvidos, em regra através de um instrumento jurídico formal ou mesmo por mera promessa de reciprocidade.

É importante considerar que a possibilidade de cumprimento da atividade de instrução em sentido estrito, em particular a oitiva de testemunha, por parte da autoridade procedente no território do Estado requerido, não encontra, em regra, uma disciplina expressa nas convenções internacionais de assistência jurídica. Também não está em contraste com a afirmação de que mesmo nessa hipótese as regras relativas à execução da solicitação poderão funcionar como normas de designação do direito aplicável²⁷⁹.

Do ponto de vista do Estado do processo, não há dúvida de que a assunção direta constitui uma hipótese de execução extraterritorial dos atos processuais por parte das próprias autoridades²⁸⁰.

A possibilidade de participação direta das autoridades do Estado do processo não altera a discussão quanto à lei a ser aplicada na execução do pedido de assistência, até

²⁷⁸ CIAMPI, Annalisa. *L'assunzione di prove all'estero in materia penale*. Verona: CEDAM, 2003. p. 514. A autora, ao analisar a rogatória participativa e a produção direta da prova, vale-se do argumento de que não há nenhuma vedação no Direito Internacional a impedir ambas as formas de atuação. Sustenta, ainda, que a mesma faculdade que autoriza a delegação a partir de um pedido de assistência, autoriza igualmente o poder de exercício direto da jurisdição. É evidente que o pressuposto básico sempre será o consentimento do Estado requerido.

²⁷⁹ RESOLUTION of the Congresses of the International Association of Penal Law (1926-2004). *Nouvelles Études Pénales*, n. 21, p.127, 2009. A possibilidade de participação direta foi sugerida no XIII Congresso Internacional de Direito Penal.

²⁸⁰ Nestas duas hipóteses o ganho é duplo, na medida em que não somente a cooperação mostra-se mais eficiente, como a própria eficácia da prova, no sentido do resultado, de demonstrar a veracidade ou a falsidade de uma afirmação. Importante consignar, que podem comparecer ao ato que será praticado no Estado requerido, também as pessoas que participam do procedimento e os seus respectivos defensores.

porque a presença da autoridade do Estado do processo visa exatamente resguardar a presteza do ato, tanto do ponto de vista do conteúdo como da legalidade.

Aliás, no caso da rogatória participativa e, sobretudo, na produção direta da prova, a aplicação da *lex loci* constitui uma questão de caráter residual. A razão principal do recurso a uma ou outra está na possibilidade de seguir, para o cumprimento dos atos solicitados, as formas previstas na lei do Estado do processo.

Por fim, o recurso à *videoconferência*. A produção de prova no exterior, notadamente a prova pessoal, pode ser realizada através do recurso à videoconferência. Trata-se rogatória de terceiro tipo, à distância²⁸¹.

O recurso à tecnologia não elimina, por óbvio, a necessidade de instrumentalização do pedido de cooperação.

As vantagens que decorrem do uso da tecnologia são a redução do tempo para o cumprimento da assistência, a possibilidade de efetiva participação na atividade probatória da autoridade judicial e principalmente das partes.

Inclusive, no que se refere à participação das partes, a defesa é a grande beneficiada, na medida em que o réu, em regra, não possui condições econômicas para suportar os custos do deslocamento ao exterior.

No entanto, para que seja possível o recurso à videoconferência, é fundamental que haja o entendimento entre os Estados interessados, por meio de um acordo bilateral ou multilateral, ou mesmo através da promessa de reciprocidade. Pressuposto indispensável para a utilização da tecnologia é a impossibilidade ou não oportunidade de comparecimento pessoal ao processo no Estado requerente, que deve ser demonstrada no pedido de assistência internacional²⁸².

Na hipótese do Brasil, o recurso à videoconferência será legítimo, se respeitados os requisitos exigidos no Código de Processo Penal tanto para o interrogatório do acusado como para a oitiva de testemunhas, vítimas e peritos à distância notadamente. Necessária a existência de decisão judicial fundamentada, a excepcionalidade da medida

²⁸¹ PISANI, Mario. Rogatorie internazionali e videoconferenze. **Rivista di Diritto Processuale**, CEDAM, v. 57, n. 4. ott.-dic. 2002. p. 983. O autor denomina esta modalidade como “videoconferência transnacional”.

²⁸² CIAMPI, Annalisa. **L’assunzione di prove all’estero in matéria penale**. Verona: CEDAM, 2003. p. 303.

diante da impossibilidade de comparecimento da testemunha ou perito, e a proporcionalidade, sem prejuízo de outras condições previstas em acordo internacional²⁸³.

Nesse sentido, a Corte Constitucional da Itália considera fundamental que a disciplina do uso da videoconferência seja compatível com as garantias previstas na Convenção Europeia de Direitos Humanos, e mais especificamente, desde que assegurada, a efetiva possibilidade do imputado e do seu defensor de exercerem os seus respectivos direitos²⁸⁴.

3.4.2 Comunicação direta

A cooperação pode ser entre autoridades judiciais e não judiciais, como a cooperação entre Ministérios Públicos e polícias, por exemplo. Tem-se, assim, a cooperação jurídica judicial e a cooperação jurídica administrativa.

A comunicação entre as autoridades envolvidas, como regra, tal como ocorre na carta rogatória e no pedido de auxílio direto, é feita a partir da intervenção de órgão estatal, que se responsabiliza pela intermediação dos pedidos.

No entanto, segundo o raciocínio exposto ao longo do estudo, pautado pela

²⁸³ Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.

§ 1º O interrogatório do réu preso será realizado em sala própria, no estabelecimento em que estiver recolhido, desde que estejam garantidas a segurança do juiz, do membro do Ministério Público e dos auxiliares, bem como a presença do defensor e a publicidade do Ato.

§ 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:

I - prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento; II - viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal;

III - impedir a influência do réu no ânimo da testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código;

IV - responder à gravíssima questão de ordem pública.

§ 3º Da decisão que determinar a realização de interrogatório por videoconferência, as partes Serão intimadas com 10 (dez) dias de antecedência.

Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.

Parágrafo único. A adoção de qualquer das medidas previstas no caput deste artigo deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram.

²⁸⁴ CIAMPI, Annalisa. *L'assunzione di prove all'estero in matéria penale*. Verona: CEDAM, 2003. p.504.

existência do padrão normativo universal dos direitos humanos, o objetivo é permitir a revisão dos métodos tradicionais de comunicação. Tal revisão implica a admissão da comunicação direta entre as autoridades envolvidas, assim como a possibilidade de comunicação sem provocação, como na hipótese da comunicação espontânea.

Há que se ter presente em todas as hipóteses de cooperação a utilidade que se pretende atribuir ao ato praticado no exterior. O que significa dizer que a definição do procedimento da cooperação no acordo bilateral ou multilateral qualifica-se como garantia de todos os interessados envolvidos quanto à eficácia do ato praticado. No caso da prova deve-se levar em conta o objetivo da assistência: a produção de prova ou a produção de elemento de informação.

É de se reconhecer que a eventual não observância do procedimento da cooperação estabelecido no acordo não acarreta a inutilidade do ato praticado, mas simplesmente limita a extensão dos seus efeitos.

3.4.2.1 Comunicação direta entre autoridades não judiciais

Os órgãos de investigação, seja a polícia ou o Ministério Público, podem perfeitamente necessitar de elementos probatórios que se encontram no Estado estrangeiro. Tal necessidade explica-se pelo objetivo de esclarecer uma situação de fato e ao mesmo tempo dar o suporte mínimo para que uma acusação possa ser formalizada ou mesmo arquivada.

O efetivo fornecimento dos elementos informativos pelo Estado requerido depende, por óbvio, do consentimento deste. Contudo, por força da finalidade perseguida, limitada aos objetivos da investigação, não haveria qualquer necessidade de jurisdicionalização do pedido, a menos no Estado requerente.

A forma de comunicação entre as autoridades não judiciais nesses casos, poderia ser feita através do pedido de auxílio direto, em que há a intervenção da autoridade central, ou de forma direta entre as autoridades interessadas, porém, com a ciência da autoridade central.

Como o objetivo da cooperação é simplesmente a coleta de dados ou informações que se prestem exclusivamente à investigação, a troca e o intercâmbio do conhecimento podem ser realizados de maneira direta e menos burocrática.

Mais agilidade e menos burocracia não significam falta de controle. Aliás, o

que ocorre, na realidade, é que nesses as instâncias de controle direto são as autoridades não judiciais interessadas, e as de controle indireto as autoridades judiciais dos Estados envolvidos. O investigado poderia perfeitamente questionar o objeto da cooperação solicitada pela autoridade policial à autoridade judicial do Estado requerido ou requerente, como, por exemplo, na hipótese da prova proibida.

A questão a ser ressaltada nessa hipótese de cooperação, é que se de um lado a sua funcionalidade é bastante evidente, de outro, há que se ter certa cautela no uso de tais informações, na medida em que se o objetivo for utilizá-las como prova futura, nem sempre essa finalidade poderá ser atendida.

Sobre a produção da prova, como exposto no Capítulo II, incide o marco de garantias, o qual representa o pressuposto para a maior eficácia do ato praticado. Dentre essas garantias, falta à cooperação entre autoridades não judiciais o contraditório das partes na realização do ato (essencial na prova pessoal) e a intervenção do juiz (mediação), o que impede, em princípio, a configuração do elemento obtido como prova²⁸⁵.

No entanto, caso se trate de uma prova documental, por exemplo, a situação é mais facilmente superável e não haveria problemas quanto à sua eficácia, desde que comprovada a sua obtenção de forma lícita na origem, mesmo que sem intervenção judicial.

Caso a autoridade não judicial pretenda a produção da prova propriamente dita, de modo a resguardar a sua eficácia, será necessária a jurisdicionalização do pedido, seja através do procedimento da carta rogatória ou do pedido de auxílio direto, respeitado o marco de garantias.

3.4.2.2 Comunicação direta entre autoridades judiciais

Na hipótese da cooperação jurídica judicial, como se não bastasse a não

²⁸⁵ RUBIO, Carlos Ramos. Comisiones Rogatorias para la obtención de pruebas. Problemas de validez de las pruebas obtenidas en el extranjero: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español. **Estudios Jurídicos**, Madrid: Ministerio Fiscal, n. 3, p. 373, 2003. Segundo o autor, o Tribunal Supremo “*estimó que el trámite de la comisión rogatoria fue correcto y que si la declaración de la testigo se hizo en Alemania ante la Policía y no ante una Autoridad Judicial, ello no le resta el valor propio de una diligencia de prueba hecha en el extranjero, razón que justifica el que no se cumplieran las exigencias propias de los principios de inmediación, publicidad y oralidad, aunque sí las concernientes al de contradicción por la posibilidad que tuvieron las partes de formular las preguntas correspondientes, y el que, debidamente incorporada a los autos, tras lo cual se produjo el nuevo señalamiento del juicio oral, adquiriera aptitud, como prueba así documentada, para que el Tribunal la pudiera valorar, como lo hizo, en unión de las demás existentes, como suficiente para contrarrestar la presunción de inocencia.*”

vedação da comunicação direta entre juízes nas normas internacionais de caráter geral, os Estados podem perfeitamente acordá-la como alternativa à comunicação feita por intermédio da autoridade diplomática ou por meio da autoridade central designada nos acordos bilaterais ou multilaterais sobre o tema.

Nesses casos, a comunicação entre as autoridades judiciais seria acompanhada de uma comunicação à autoridade diplomática ou central, dependendo da regulação de cada Estado, quanto ao ato a ser praticado.

Mesmo na hipótese em que o acordo bilateral ou multilateral estipule a comunicação por intermédio da autoridade diplomática ou central designada, a comunicação direta entre os juízes não acarretaria a inutilidade do ato, se, no caso da prova, for respeitado o marco de garantias incidente sobre a atividade probatória.

3.4.3 Comunicação espontânea

As autoridades de um determinado Estado podem perfeitamente se deparar com informações, documentos ou objetos que de alguma forma possam ser do interesse de outro Estado.

Nessas circunstâncias, caso exista algum instrumento formal de cooperação, a veiculação desse conhecimento deve ser feito através da autoridade central ou diplomática, que deverá providenciar o encaminhamento à autoridade competente para o seu processamento.

Do ponto de vista da eficácia do objeto da comunicação, uma investigação criminal pode ser iniciada. Enquanto prova, a sua eficácia dependerá da observância do marco de garantias incidente sobre a atividade probatória.

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, ambas ratificadas pelo Brasil, prevêm a possibilidade da comunicação espontânea, no sentido da troca de informações e conhecimentos, de modo a dinamizar e tornar mais eficiente a atuação estatal.

3.5 Existência de acordo bilateral ou de tratado multilateral: consentimento do Estado requerido e a desnecessidade da promessa de reciprocidade

Embora a ausência de acordos e tratados não seja impeditiva da cooperação, é

indiscutível que a sua existência constitui um grande facilitador, porquanto simplifica o procedimento e a comunicação entre os Estados interessados.

Toda vez que a possibilidade de assistência jurídica internacional for objeto de acordos bilaterais ou de tratados multilaterais, a cooperação tende a ser mais ágil. Isso porque todo entendimento verificado durante o processo de negociação dos acordos possibilita que os Estados, previamente, indiquem suas preocupações e reservas, o que do ponto de vista da cooperação propriamente dita, acaba por tornar previsíveis as dificuldades e os meios para solucioná-las.

A jurisprudência do *Supremo Tribunal Federal brasileiro* confirma a maior eficiência na cooperação quando há acordo bilateral entre os Estados.

No julgamento do agravo regimental da Carta Rogatória nº 9567, o STF deferiu o exequatur, porquanto a carta rogatória atendeu ao Protocolo de Assistência Jurídica Mutua em Assuntos Penais, a envolver o Brasil e a Argentina, sendo descabida qualquer conclusão pela insuficiência de peças.

No julgamento do agravo regimental da Carta Rogatória nº 9854, o STF entendeu que a inexistência de tratado entre o país no qual situada a Justiça rogante e o Brasil não obstaculiza o cumprimento de carta rogatória, implementando-se atos a partir do critério da cooperação internacional no combate ao crime. No tocante ao levantamento de dados constantes de processos em andamento no Brasil não implica a quebra do sigilo assegurado pela Carta da República, ante a publicidade que os reveste.

No julgamento da Carta Rogatória nº 11194-RF, que tinha por objeto a remessa à sede da justiça rogante de material relativo a gravações de conversas telefônicas, no âmbito do processo que tramitava na Vara Federal Criminal de Blumenau-SC, o STF concluiu pela procedência, porquanto a documentação referente à escuta telefônica no Brasil é válida na Alemanha, na medida em que o delito imputado aos acusados, a lavagem de dinheiro, é considerado um ‘delito catalogado’ conforme § 261 StPO // Código de Processo Penal alemão. De acordo com o STF, os documentos rogados se referem às interceptações telefônicas realizadas na ação penal, que tramita perante a Justiça Federal de Santa Catarina. Em regra, a ação penal tem caráter público. É o que dispõe o art. 792 do Código do Processo Penal. Contudo, nos casos em que contêm informações acobertadas pelo sigilo constitucionalmente assegurado, essa publicidade sofre restrição. É o que ocorre no presente caso. A ação penal acima referida tramita em segredo de justiça (fl. 149). As comunicações telefônicas encontram-se acobertadas por sigilo, nos termos do art. 3º da Lei nº 9.034/95 e dos artigos 1º e 8º da Lei nº 9.296/96. Essas informações estão restritas às

partes. Todavia, isso não impede que sejam encaminhadas à Promotoria de Hamburgo. O pedido encontra respaldo na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, que foi incorporado ao nosso ordenamento jurídico através do Decreto nº 5.015/04. A Convenção disciplinou, ainda, a possibilidade de assistência judiciária recíproca entre os Estados Partes. A Convenção prevê, ainda, a possibilidade de troca de informações entre os Estados Partes, com a ressalva de serem mantidas sob sigilo de justiça, também, naquele país. Ademais, o pedido não se enquadra em nenhuma das hipóteses de recusa, previstas no parágrafo 21 do artigo 18. Assim, concluiu-se que o objeto da carta rogatória não atentava contra a soberania nacional ou a ordem pública.

No julgamento do agravo regimental da Carta Rogatória nº 10925-AgR/IT, que tinha por objeto a obtenção de informações relativas a proprietários, sócios e/ou financiadores; e ao levantamento de documentos em cartórios, ao sequestro de documentação, bem como estabelecer o relacionamento das interessadas com empresas brasileiras e com as empresas italianas e as pessoas físicas mencionadas a fls., e a obtenção de documentos solicitados a fls. sobre a venda de válvulas cardíacas, e à obtenção de informações junto a companhias aéreas, à polícia federal e a hotéis de Belo Horizonte sobre a estadia das pessoas mencionadas a fls., e à obtenção junto determinada empresa ou junto aos órgãos brasileiros competentes, informações sobre o material usado na fabricação das válvulas e sobre os estudos científicos a respeito do projeto, à verificação junto ao Ministério da Saúde a ocorrência de investigação sobre as interessadas, à identificação e inquirição dos interessados acima citados, e à identificação e inquirição de funcionários de determinada empresa do setor de contabilidade e de relação com clientes estrangeiros e à obtenção de autorização para que oficiais estrangeiros participem das diligências, o STF deferiu o exequatur, invocando o disposto no parágrafo segundo, do art. 2º, do Tratado de Cooperação Judiciária em Matéria Penal firmado entre Brasil e Itália.

No mesmo sentido, o *Superior Tribunal de Justiça*.

No julgamento dos embargos de declaração da carta rogatória nº 2005/0015196-0 (relator Ministro Luiz Fux; Data de Julgamento 01/08/2008; Data de Publicação/Fonte DJE 20/10/2008), que versava sobre pedido de busca e apreensão, em que o juízo rogante pleiteou o contraditório diferido, a fim de evitar a frustração da cooperação internacional. O STJ deferiu o exequatur sob o fundamento de que no Direito Brasileiro as medidas cautelares podem ser determinadas inaudiatur et altera pars, em que o contraditório é diferido, da mesma forma que nas provas periciais. Nesse julgamento, o STJ invocou o decreto nº 5015, de 12 de março de 2004, que ratificou a Convenção das

Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, a qual expressamente prevê, em seu art. 18, a realização de diligências de busca ou apreensão e se perfaz suficiente a denotar a cooperação entre Brasil e Bélgica. Salientou-se a impossibilidade de se proceder a qualquer análise quanto ao mérito da causa. Concluiu-se pela não ofensa da soberania nacional ou da ordem pública, porquanto a nova ordem de cooperação jurídica internacional, encartada na Convenção de Palermo, prevê a possibilidade da concessão de exequatur em medidas de caráter executório, em seus artigos 12, partes 6 e 7; e 13, parte 2.

No julgamento da Carta Rogatória nº 2005/0015196-0 (Relator Min. LUIZ FUX; Data de Julgamento 15/08/2005; Data de Publicação DJ 24/09/2007), que tinha por objeto a quebra de sigilo bancário, o STJ invocou a Resolução 9/STJ, de 4 de maio de 2005, que dispõe no artigo que “as cartas rogatórias podem ter por objeto atos decisórios ou não decisórios”. Invocou a Lei 9.613/98, que prevê no art. 8º e parágrafo 1º, a necessidade de ampla cooperação com as autoridades estrangeiras e expressamente permite a apreensão ou sequestro de bens, direitos ou valores oriundos de crimes antecedentes de lavagem de dinheiro, cometidos no estrangeiro. O STJ invocou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Decreto 5.015/2004), que prevê como objeto da cooperação judiciária a realização de buscas, apreensões e embargos, o fornecimento de informações, elementos de prova e pareceres de peritos, dentre outros, assim como assinala que os Estados Partes não poderão invocar o sigilo bancário para recusar a cooperação judiciária. Ressaltou o princípio da efetividade do Poder Jurisdicional no novo cenário de cooperação internacional no combate ao crime organizado transnacional.

Por outro lado, mesmo que não haja acordo bilateral ou tratado multilateral regulamentando a cooperação entre os Estados, é desnecessária a promessa de reciprocidade.

Segundo o voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento da extradição 864, publicada no Informativo n. 313, se a promessa de reciprocidade basta para o mais, no caso a extradição do estrangeiro do território brasileiro, por que não poderia ser bastante para o menos, consistente na simples presença física dos procuradores do Estado estrangeiro em audiência criminal?²⁸⁶

²⁸⁶ No mesmo sentido a decisão proferida nos autos do Agravo de Instrumento n. 238.717, São Paulo, julgado pelo 1º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, em 09 de fevereiro de 1978.

4 Considerações finais da Parte II

O padrão normativo universal dos direitos humanos qualifica-se como o fundamento para assegurar a maior eficácia da prova produzida no exterior e a superação da diversidade entre os sistemas jurídicos.

Da mesma forma, o padrão normativo universal dos direitos humanos qualifica-se como o fundamento para assegurar mais eficiência à cooperação jurídica internacional, porquanto: acarreta uma nova configuração da soberania e da ordem pública nacional; afirma o princípio da confiança mútua enquanto expressão do valor solidariedade a nortear a relação entre os Estados cooperantes e justifica a adoção de medidas que tendem a tornar a assistência jurídica internacional mais dinâmica e ágil.

Nesse sentido, é fundamental analisar o impacto que todos estes reflexos do padrão normativo universal dos direitos humanos no Direito Brasileiro, de modo a tornar a cooperação jurídica internacional mais eficiente.

Assim, na Parte III será proposta *de lege ferenda*, a sistematização da cooperação jurídica internacional no Brasil.

PARTE III
SISTEMATIZAÇÃO DA COOPERAÇÃO JURÍDICA
INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL NO DIREITO
BRASILEIRO: PROPOSTA *DE LEGE FERENDA*

INTRODUÇÃO

A tese de que a maior eficácia da prova produzida no exterior e a maior eficiência no processamento da cooperação jurídica internacional, têm como fundamento o reconhecimento do padrão normativo universal dos direitos humanos, conduz, nesse momento do estudo, à necessidade de refletir quanto aos possíveis avanços no sistema jurídico brasileiro.

Isso porque o ordenamento jurídico brasileiro incorporou o padrão normativo universal dos direitos humanos, assumiu uma vocação internacionalista, orientada, dentre outros, pelo princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade¹, o que possibilita a revisão das formas de assistência jurídica internacional, principalmente quando a prova constituir o objeto da cooperação, e o Estado cooperar, reconhecer a vigência do mesmo modelo.

Assim, a Parte III estará dividida em dois capítulos.

No Capítulo I, serão expostos os modelos normativos de cooperação jurídica internacional, adotados no âmbito da União Européia, MERCOSUL, Nações Unidas e Instituto Iberoamericano, e a influência do padrão normativo universal dos direitos humanos na sua configuração. A análise pretendida não tem por finalidade a utilização dos modelos como referencial para a construção do projeto brasileiro. Na realidade, os modelos confirmam a identificação do padrão normativo dos direitos humanos como diretriz na definição de cada dispositivo adotado.

No Capítulo II, será apresentada a proposta de sistematização do Direito brasileiro, tanto no plano constitucional como infraconstitucional, a partir da exposição das ideias centrais que devem ser contempladas em projeto de lei sobre a cooperação jurídica internacional em matéria penal, para o fim de produzir provas, tendo como referencial o padrão normativo universal dos direitos humanos.

A tendência internacionalista do Direito Brasileiro foi formalmente assumida a partir da Constituição Federal de 1988, com a constitucionalização do padrão normativo universal dos direitos humanos construído segundo o processo de internacionalização. Todo o movimento desenvolveu-se com a preocupação de promover e proteger o indivíduo, modificando a relação entre direito e território, de modo a estabelecer, com uma intensidade cada vez maior, a interdependência e a solidariedade entre os Estados.

1 Art. 4o., IX, da CF.

A possibilidade da confiança entre os Estados aumenta diante da existência do padrão normativo universal dos direitos humanos, incidente sobre a atividade probatória, e que justifica a superação da recusa à assistência com fundamento no resguardo da soberania e da ordem pública nacional.

No âmbito interpretativo, a orientação da jurisprudência brasileira deve se adequar ao novo sentido de proteção da soberania e da ordem pública nacional, principalmente nas hipóteses em há uma clara equivalência normativa no âmbito da promoção e proteção aos direitos humanos entre o Brasil e o Estado assistido ou assistente.

Nesses casos, a possibilidade da recusa à assistência ou mesmo a não validação do ato praticado no exterior deve ser consideravelmente restrita, porquanto a soberania dos Estados é compartilhada em razão do ideal comum dos direitos humanos, havendo uma relação de complementariedade entre as ordens públicas nacionais e a ordem pública internacional.

No âmbito normativo é premente a necessidade de mudanças legislativas, com o objetivo de sistematizar o instrumento da cooperação jurídica internacional no Direito Brasileiro. Considerando que o objeto da tese é a cooperação jurídica internacional em matéria penal e a eficácia da prova produzida no exterior, a proposta estará limitada à assistência com finalidade probatória. A proposta estará restrita à indicação do conteúdo que deve constar do projeto, sem a preocupação de apresentar a redação do dispositivo normativo.

CAPÍTULO I

MODELOS NORMATIVOS DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL: INFLUÊNCIA DO PADRÃO NORMATIVO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

1 Modelo da União Européia

1.1 Princípio do reconhecimento mútuo e direitos humanos

No âmbito da União Européia, a cooperação judicial internacional sempre se mostrou pouco ativa, lenta e exclusivamente formalista. São muitos os fatores que dificultam a sua eficiência, tais como as implicações de soberania, as diferenças entre os sistemas penais e processuais dos distintos Estados, as barreiras idiomáticas e a lentidão dos tradicionais instrumentos de cooperação².

A solução para toda problemática repousa no princípio do reconhecimento mútuo, um dos princípios básicos para a construção do espaço judicial europeu.

O princípio foi contemplado no âmbito do Conselho da Europa, no Convênio relativo à lavagem, acompanhamento, embargo e perdas dos produtos do crime, firmado em 8 de novembro de 1990.

Já no âmbito do Espaço Judicial Europeu, o Tratado de Amsterdã, em 1998, e a Cúpula de Tampere, em outubro de 1999, identificaram o princípio do reconhecimento mútuo de sentenças e demais resoluções judiciais a pedra angular da cooperação no âmbito da União Européia.

A criação de um espaço comum depende de um maior grau de reconhecimento mútuo das decisões e resoluções judiciais, bem como a maior aproximação das legislações, a fim de facilitar a cooperação entre entidades e a proteção judicial dos direitos individuais³.

2 MARTINEZ, Rosa Ana Moran. El embargo preventivo y aseguramiento de pruebas. La ejecución de sanciones pecuniárias y el comiso: las decisiones marco in Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional. **Cuadernos de Derecho Judicial**, n. 13, p. 384, 2003.

3 Ibid., p. 387.

Busca-se, assim, atingir dois objetivos: assegurar que os criminosos não tenham refúgio seguro em outro Estado, bem como assegurar que as decisões ou resoluções adotadas num Estado membro surtam efeitos em toda a União Européia⁴.

O princípio do reconhecimento está fundado no princípio da confiança mútua entre os Estados, confiança baseada na ideia de comum vinculação dos Estados aos mesmos princípios de liberdade, democracia, Estado de Direito e respeito aos direitos e liberdades fundamentais, que coincidem com o padrão normativo universal dos direitos humanos.

1.2 Aplicação do princípio do reconhecimento mútuo: alcance e parâmetros

A aplicação do princípio do reconhecimento mútuo é bastante ampla, abrangendo a transferência de pessoas, a produção de provas.

O alcance do reconhecimento mútuo implica a aceitação da resolução adotada pelos órgãos judiciais competentes num Estado estrangeiro.

Com o reconhecimento mútuo se dão por satisfeitos os fatos declarados provados, que não podem se colocar em questão nem ser objeto de revisão pelos órgãos judiciais do Estado de execução. Tem por finalidade evitar a intervenção das autoridades governamentais, de forma que se supere o conceito de cooperação, que ainda mantém certos requisitos desta natureza, para converter os procedimentos em estritamente judiciais, reduzindo consideravelmente os trâmites⁵.

Com efeito, ainda, a comunicação direta entre autoridades judiciais competentes é extensa e generalizada, restringindo-se as razões de não reconhecimento ou não execução⁶.

As resoluções judiciais proferidas pela autoridade judicial de um Estado membro serão válidas conforme o que está previsto na sua legislação nacional e serão eficazes e executáveis em todos os Estados membros sem controle ou com um controle restrito das autoridades judiciais do Estado em que se executam.

4 MARTINEZ, Rosa Ana Moran. El embargo preventivo y seguramiento de pruebas. La ejecución de sanciones pecuniárias y el comiso: las decisiones marco in Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional. **Cuadernos de Derecho Judicial**, n. 13, p. 388, 2003.

5 FONSECA-HERRERO, Marta Gómez de Liaño. **Criminalidad organizada y médios extraordinários de investigación**. Madrid: Colex., 2004. p. 117.

6 MARTINEZ, Rosa Ana Moran. Op. cit., p. 389.

No entanto, a aplicação do princípio está sujeita a determinados parâmetros.

O Conselho da Europa aprovou um programa de medidas em Nice, na França, em 7 de dezembro de 2000, que são: a) a limitação do reconhecimento de determinadas resoluções a um número limitado referente a infrações graves e a manutenção da supressão do princípio da dupla incriminação como condição para o reconhecimento; b) estabelecimento de mecanismos de proteção dos direitos de terceiros, vítimas e suspeitos; c) definição de normas comuns para facilitar a aplicação do princípio, como, por exemplo, em matéria de competência jurisdicional; d) a execução direta ou indireta da decisão e o estabelecimento de, em cada caso, de procedimentos de validação; e) o estabelecimento de uma lista de motivos de recusa do reconhecimento ou execução, como a aplicação do princípio que veda o *bis in idem*; f) a determinação da responsabilidade dos Estados em caso de recusa ou em caso de prejuízos a terceiros, assumindo os gastos⁷.

A adoção do princípio do reconhecimento mútuo no contexto do Direito Comunitário Europeu está estreitamente relacionada com o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Tanto que as Constituições dos Estados que fazem parte da União Européia e os tratados que criaram Projeto de Constituição da União Européia, reconhecem não somente a vigência, mas principalmente a eficácia normativa da Convenção Européia de Direitos Humanos (1959), e da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Interessante sempre ressaltar o fato de que em todos os projetos e decisões relacionados ao princípio do reconhecimento mútuo, os direitos humanos são colocados como condicionantes para a confiança mútua entre os Estados. Nesse sentido, a União Européia aprovou o Programa de Medidas para a Implantação do Princípio do Reconhecimento Mútuo de Decisões em Matéria Penal⁸, que exige a observância, dentre outras disposições, do princípio do *ne bis in idem*, a reparação dos danos à vítima, o respeito aos direitos do acusado.

7 MARTINEZ, Rosa Ana Moran. El embargo preventivo y aseguramiento de pruebas. La ejecución de sanciones pecuniárias y el comiso: las decisiones marco in Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional. **Cuadernos de Derecho Judicial**, n. 13, p. 390-394, 2003.

8 JUDICIAL co-operation in criminal matters: mutual recognition of final decisions in criminal matters. Europa. Sumaries of EU legislation. Disponível em: < <http://europa.eu/scadplus/leg/en/lvb/133131.htm> >

1.3 Marco de garantias processuais

Tramita na União Européia⁹ projeto que define *standards* processuais em todos os processos criminais, quais sejam: o duplo grau de jurisdição; direito à informação dos suspeitos a ser respeitado pelas autoridades do Estado Membro de que é suspeito de ter cometido um crime; direito a um advogado tão logo seja possível e assim o deseje, e antes de responder ao interrogatório; obrigação do Estado Membro de providenciar um advogado para os suspeitos; obrigado do Estado Membro de assegurar a efetividade da defesa técnica; direito à assistência jurídica gratuita; direito à interpretação gratuita da suspeita e à tradução gratuita dos documentos relevantes, que devem ser precisas e realizadas por profissional habilitado; direito à documentação de todos os procedimentos através de áudio, vídeo ou transcrição; direito a um curador quando o suspeito não estiver no pleno gozo das suas faculdades mentais e obrigação do Estado Membro em providenciar tal assistência; direito do suspeito à comunicação da sua prisão à família ou pessoas que indicar; direito à comunicação com as autoridades consulares; obrigação do Estado Membro em informar o suspeito dos seus direitos por escrito.

1.4 Mandado de produção de prova europeu

Além do mandado de prisão europeu, que se encontra vigente, a União Européia aprovou o mandado de produção de prova europeu¹⁰, fundados no princípio do reconhecimento mútuo e no respeito aos direitos humanos¹¹.

A Decisão Quadro n. 978, de 18 de dezembro de 2008, que é a lei européia, aprovou a criação do mandado de produção de prova europeu, cuja aplicação restringe-se aos Estados que integram a União Européia¹².

Merece particular destaque os seguintes dispositivos legais: a) não aplicação da lei à produção da prova pessoal, à interceptação telefônica, assim como aos meios invasivos à integridade física, como a coleta de sangue para a realização de exame de

9 COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. **Proposal for a Council Framework Decision on certain procedural rights in criminal proceedings throughout the European Union**. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/criminal/procedural/doc/com328_28042004_en.pdf>

10 O mandado de produção de prova europeu consiste numa decisão judicial proferida por autoridade competente do Estado membro, com o objetivo de obter objetos, documentos e dados de outro Estado membro e, assim, utilizá-los em procedimentos criminais, administrativos e outros.

11 <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A6-2008-0408+0+DOC+PDF+V0//EM>

DNA, ou ainda o uso de especialistas ou tecnologia para identificação pessoal, mas tão somente à busca por objetos, documentos e dados¹³; b) a iniciativa é tanto do juiz, como do juiz de instrução e do Ministério Público, excluindo-se a polícia; c) observância pelo Estado requerido, sempre que possível, das formalidades e procedimentos previstos no Estado requerente; d) restrição à recusa ao cumprimento do mandado somente aos casos em que houver ofensa aos princípios fundamentais do Estado requerido; e) a flexibilização da exigência de dupla tipicidade, ressalvada a hipótese de busca e apreensão¹⁴; f) comunicação direta entre as autoridades judiciais; g) respeito à presunção de inocência e ao *ne bis in idem*.

12 <http://europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A6-2008-0408+0+DOC+PDF+V0//EM>

13 Article 7. *Conditions for issuing the EEW. Each Member State shall take the necessary measures to ensure that the EEW is issued only when the issuing authority is satisfied that the following conditions have been met: (a) obtaining the objects, documents or data sought is necessary and proportionate for the purpose of proceedings referred to in Article 5; (b) the objects, documents or data can be obtained under the law of the issuing State in a comparable case if they were available on the territory of the issuing State, even though different procedural measures might be used.*

14 *Double criminality. 1. The recognition or execution of the EEW shall not be subject to verification of double criminality unless it is necessary to carry out a search or seizure.*

2 Modelo da Organização das Nações Unidas¹⁵

O documento elaborado pelo Escritório das Nações Unidas de Drogas e Crime tem por objetivo uniformizar terminologias e conceitos, com vistas a uma melhor sistematização global dos tratados e acordos de cooperação jurídica internacional em matéria penal. O padrão normativo universal das garantias processuais, incidente sobre a atividade probatória, manifesta-se através da descrição do procedimento básico para a coleta do dado.

A parte inicial do projeto define o acordo como uma modalidade de tratado, o que é autoridade central, o alcance da cooperação, o que se entende por Tribunal Penal Internacional.

Mais adiante delimita o objeto da cooperação da forma mais ampla possível, incluindo a produção de prova como uma das possibilidades a justificar o recurso ao instrumento da cooperação. Dispõe expressamente acerca da possibilidade da autoridade competente em cooperar, fazendo uso dos mais variados meios de comunicação para enviar e receber pedidos. Esclarece, inclusive, que a função da autoridade central é a de facilitar a execução do pedido de cooperação, realizando o que se pode denominar de gestão de processos e de conhecimento. Fica claro, ainda, que a não solicitação por meio da autoridade central, não invalida o pedido de cooperação.

O documento também trata da comunicação espontânea da informação ao Estado estrangeiro através da autoridade central ou da autoridade competente.

Quanto à forma do pedido de assistência, devem ser aceitos todos os meios de comunicações que possibilitem o registro por escrito posteriormente, sendo possível, inclusive, em casos urgentes, que o pedido seja feito oralmente.

Quanto à lei aplicável, o documento indica a importância em se observar a lei do Estado Requerente, cujo procedimento deve estar especificado no pedido, salvo quando contrário aos princípios fundamentais do Estado Requerido. No caso da prova, o Estado Requerente deve indicar o procedimento e as condições para assegurar a efetividade do ato. Especificamente no que se refere à coleta de depoimento de testemunhas, peritos ou acusados, o Estado requerido deve permitir a presença de um representante legal do Estado Requerente e a sua participação no procedimento, fazendo perguntas à testemunha, assim como a qualquer pessoa a quem o procedimento se refira ou através do representante legal.

15 http://www.unodc.org/pdf/legal_advisory/Model%20Law%20on%20MLA%202007.pdf

A pessoa a ser ouvida poderá se recusar a depor com base nas imunidades reconhecidas no Estado requerido e no Estado requerente. Se o depoimento for colhido com violação à imunidade prevista no Estado Requerente, a autoridade que estiver produzindo a prova fará constar tal circunstância e prosseguirá a coleta do depoimento. Ao final do depoimento, este será submetido ao Estado Requerente, o qual, se entender infundada a objeção levantada, poderá solicitar um novo depoimento acerca do que não foi respondido.

Quanto à recusa do pedido de assistência, o documento sinaliza com duas alternativas: a primeira que não especifica as razões, e a segunda fundada na preservação da soberania, na ordem pública e outros interesses do Estado Requerido.

No que se refere ao uso da tecnologia da videoconferência, o documento exige uma ordem judicial, determinando a produção da prova pessoal nesses termos, assim como o respeito à lei do estado requerente.

3 MERCOSUL: Protocolo de Assistência Jurídica em Matéria Penal¹⁶

O Brasil é signatário do Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais no âmbito do MERCOSUL, juntamente com Argentina, Uruguai e Paraguai, num claro esforço de harmonização das legislações nacionais.

A observância do marco de garantias incidente sobre a atividade probatória verifica-se a partir da descrição do procedimento para a produção da prova.

Logo no início do texto, os países assumem o compromisso da cooperação mesmo quando as condutas não constituam delitos no Estado requerido, abandonando-se a exigência da dupla incriminação.

O objeto da assistência abrange: notificação de atos processuais; recepção e produção de provas, tais como testemunhos ou declarações, realização de perícias e exames de pessoas, bens e lugares; localização ou identificação de pessoas; notificação de testemunhas ou peritos para o comparecimento voluntário a fim de prestar testemunho no Estado requerente; o traslado de pessoas que estão sujeitas a um processo penal para comparecimento como testemunhas no Estado requerente ou com outros propósitos expressamente indicados na solicitação; medidas acautelatórias sobre bens; cumprimento de outras solicitações a respeito de bens, como, por exemplo, o sequestro; entrega de documentos e outros elementos de prova; apreensão, transferência de bens confiscados e outras medidas de natureza similar; retenção de bens para efeitos do cumprimento de sentenças judiciais que imponham indenizações ou multas impostas por sentença judicial; e qualquer outra forma de assistência em conformidade com os fins deste Protocolo que não seja incompatível com as leis do Estado requerido.

O gerenciamento dos pedidos de assistência jurídica mutua será realizado pela autoridade central, a ser designada por cada Estado Parte, que exercerá uma função de articulação e não de execução do objeto.

A iniciativa da solicitação é deferida às autoridades judiciais ou ao Ministério Público do Estado requerente, encarregado do julgamento ou investigação de delitos.

¹⁶ Decreto n. 3468/00.

Quanto à recusa em prestar a assistência, o Estado Parte requerido poderá denegá-la, dentre outras hipóteses já examinadas, quando a solicitação se referir a delito tributário.

Quanto à forma, a solicitação de assistência deverá formular-se pro escrito, admitindo-se, todavia, a transmissão por telex, fac-símile, correio eletrônico ou meio equivalente; deverá ser confirmada por documento original firmado pela autoridade requerente dentro dos 10 (dez) dias seguintes à sua formulação, de acordo com o estabelecido por este protocolo. Quanto ao conteúdo, o protocolo não difere dos demais instrumentos examinados, com o destaque para a hipótese em que o Estado requerente descreva as formas e os procedimentos especiais com que se deverá cumprir a solicitação, ou ainda indique a autoridade do Estado requerente que participará no processamento no Estado requerido.

Quanto à lei aplicável, o processamento das solicitações será regido pela lei do Estado requerido ressalvada a hipótese em que o Estado requerente requeira ao Estado requerido o cumprimento da assistência de acordo com as formas ou procedimentos especiais indicados na solicitação, desde que não incompatíveis com sua lei interna.

O Estado requerente poderá solicitar a manutenção do caráter confidencial da solicitação e de sua tramitação e caso a solicitação não possa ser cumprida sem esse caráter confidencial, o Estado requerido informará esse fato ao Estado requerente que decidirá se insiste na solicitação. O pedido de confidencialidade também poderá ser solicitado pelo Estado requerido ao Estado Requerente.

O protocolo aplica o princípio da especialidade, ao prescrever que salvo consentimento prévio do Estado requerido, o Estado requerente somente poderá empregar a informação ou a prova obtida na investigação ou no procedimento indicado na solicitação.

No tocante à prova testemunhal, toda pessoa que se encontre no Estado requerido à qual se solicite prestar testemunho, apresentar documentos, antecedentes ou elementos de prova, deverá comparecer, em conformidade com as leis do Estado requerido, ante a autoridade competente. O Estado requerido autorizará a presença das autoridades indicadas na solicitação durante o cumprimento das diligências de cooperação e lhes permitirá formular perguntas se tal estiver autorizado pelas leis do Estado requerido.

Caso a pessoa a ser ouvida alegue imunidade, privilégio ou incapacidade segundo as leis do Estado requerido, essa alegação será resolvida pela autoridade competente do Estado requerido antes do cumprimento da solicitação e comunicada ao

Estado requerente por intermédio da Autoridade Central. Caso a alegação se refira às leis do Estado requerente, a alegação será informada por intermédio das respectivas Autoridades Centrais, a fim de que as autoridades competentes do Estado requerente resolvam a respeito da alegação.

Na hipótese em que o Estado requerente solicitar o comparecimento de uma pessoa ao seu território para prestar testemunho ou oferecer informações, o Estado requerido convidará a testemunha ou perito a comparecer ante a autoridade competente do Estado requerente. O consentimento deverá ser registrado por escrito. O custo do traslado e estada é da responsabilidade do Estado requerente.

O comparecimento ou traslado da pessoa que consinta declarar ou dar testemunho estará condicionado a que o Estado receptor conceda um salvo-conduto sob o qual, enquanto se encontrar nesse Estado, este não poderá: deter ou julgar a pessoa por delitos anteriores à sua saída do território do Estado remetente; convocá-la para declarar ou dar testemunho em procedimento não especificado na solicitação. O salvo-conduto cessará quando a pessoa prolongar voluntariamente sua estada no território do Estado receptor por mais de 10 (dez) dias, a partir do momento em que sua presença não for necessária nesse Estado, de conformidade com a comunicação ao Estado remetente.

Quando o objeto da solicitação versar sobre medida cautelar, é necessário que exista informação suficiente que justifique a procedência da medida solicitada, e tal medida será efetivada de acordo com a lei processual e substantiva do Estado requerido.

4 Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para a Iberoamérica¹⁷

A proposta de um Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para Iberoamérica foi elaborada pelo Instituto Iberoamericano de Direito Processual, e não constitui um projeto de tratado internacional, mas uma proposta de normas nacionais, com o objetivo de sistematizar o instituto da cooperação interjurisdicional segundo determinados padrões internacionais, tanto em matéria civil como em matéria penal.

Especificamente no que concerne à produção da prova no exterior, o projeto expressamente consigna na exposição de motivos e seu embasamento em inúmeros tratados internacionais, notadamente os tratados de direitos humanos, assim como reconhece no art. 2º o respeito às garantias do devido processo legal em sentido amplo.

O projeto define a cooperação na investigação penal como aquela que as autoridades policiais e os órgãos de persecução penal de Estados diversos, contando com as autorizações prévias pertinentes, podem criar, de comum acordo, uma equipe de investigação conjunta para um objetivo específico e por prazo determinado, para efetuar investigações penais no território dos Estados que a criaram.

Quanto aos procedimentos para a cooperação, o projeto previu o auxílio mútuo e a carta rogatória para fins de produção de prova.

O auxílio mútuo foi definido como o procedimento destinado à cooperação entre órgãos administrativos e tribunais, ou entre tribunais, de Estados diversos, no intercâmbio de atos ou diligências que não reclamem jurisdição ou não detenham natureza jurisdicional no Estado requerido. Quanto à comunicação da solicitação de auxílio mútuo entre órgãos interessados, a mesma poderá ser encaminhada, pelo órgão ou tribunal interessado, diretamente àquele que for responsável pelo seu atendimento, sendo facultado o registro e o encaminhamento da solicitação ao órgão ou tribunal competente do Estado requerido através de uma autoridade central.

¹⁷ Revista Internauta de Prática Jurídica. Núm. 22, ano 2008, págs. 117-142. Trata-se de proposta elaborada no âmbito do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, cujo objetivo é adoção de um modelo normativo de cooperação no âmbito interno. Na exposição de motivos do projeto refuta-se a expressão “cooperação internacional” pelo fato de que esta expressão é mais apropriada às relações do Direito Internacional Público, razão pela qual optou-se pela expressão “cooperação interjurisdicional”. Ocorre, todavia, embora a cooperação desenvolva-se no âmbito do relacionamento entre os Estados, sobre a influência dos princípios e regras do Direito Internacional Público. E mais, a expressão “cooperação interjurisdicional” padece de um questionamento, em princípio de difícil superação, pelo fato de que a cooperação pode se desenvolver no plano meramente administrativo, como, por exemplo, na hipótese de troca de informações entre autoridades policiais. Nesse aspecto, aliás, o projeto é de certa forma contraditório, na medida em que utiliza a expressão “competência penal internacional”, restrita aos crimes internacionais, para designar a competência do tribunal do Estado.

O procedimento do auxílio mútuo, quando envolver unicamente tribunais, é denominado auxílio mútuo judicial e está sujeito ao procedimento de jurisdição voluntária, de acordo com as normas processuais do Estado requerido; os demais casos são denominados auxílio mútuo administrativo e estarão sujeitos a procedimentos da legislação administrativa.

Já carta rogatória consiste no pedido de cooperação entre tribunais de Estados diversos, no intercâmbio de atos de impulso processual e caráter executório, que reclamem jurisdição ou detenham natureza jurisdicional no Estado requerido, considerados essenciais à medida decretada, de ofício ou por provocação das partes, pelo Tribunal do Estado requerente, em incidente processual próprio.

Quanto aos sujeitos dessa relação, a carta rogatória poderá ser encaminhada pelo tribunal interessado diretamente àquele que for responsável pelo seu cumprimento, competindo-lhe, ainda, assegurar sua autenticidade e compreensão, no Estado requerido e no Estado requerente.

O Tribunal competente do Estado requerido será o mesmo para aferir a eficácia e executar o ato estrangeiro objeto da carta rogatória, observadas as regras de competência interna que seriam aplicáveis à questão de fundo, caso fosse o tribunal do Estado requerido originariamente competente.

Quanto à tramitação, o procedimento da carta rogatória perante o tribunal do Estado requerido é de jurisdição contenciosa e deve assegurar às partes as garantias do devido processo legal, podendo o contraditório ser deferido em razão da urgência. A defesa não pode questionar o mérito da decisão estrangeira.

O recurso à carta rogatória é admissível nas seguintes modalidades de cooperação: informação sobre processo administrativo ou judicial e realização de provas que reclamem atos jurisdicionais no Estado requerido; transferência temporária de pessoas; transferência de processo penal e de execução penal; execução de medidas judiciais de urgência, decretadas por tribunal do Estado requerente.

5 Considerações finais do capítulo

Importante ressaltar que os modelos normativos descritos fazem parte da história recente da comunidade internacional, evidenciando ao mesmo tempo a necessidade do relacionamento entre os Estados e a sua capacidade de articulação em torno de um objetivo comum.

A preservação da paz e do gênero humano, assim como a promoção do indivíduo constituem o objetivo comum a mover os Estados e os organismos internacionais, os quais se orientam segundo o padrão normativo universal dos direitos humanos.

CAPÍTULO II

PROPOSTA DE LEGE FERENDA

1 Da ausência de sistematização

Em primeiro lugar, é fundamental que se reconheça a imprecisão legislativa no Direito Brasileiro, quanto ao tratamento da cooperação jurídica internacional, seja em matéria civil ou criminal.

Nesse sentido, destaque-se a regulação de institutos próprios de cooperação, como a extradição, por exemplo, em dispositivos da Lei do Estrangeiro e do próprio Código Penal. O Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal prevêm o recurso à carta rogatória como instrumento de cooperação, contudo, sem que haja o detalhamento quanto à iniciativa, procedimento.

A Resolução n. 09 do Superior Tribunal de Justiça, que regulamentou o artigo 105 da Constituição Federal no tocante ao *exequatur* às cartas rogatórias e à homologação de sentença estrangeira, constitui o texto legislativo mais avançado no tratamento da assistência jurídica internacional na atualidade, embora restrito às hipóteses em que o Brasil é o Estado demandado. No mesmo sentido, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal no tocante à extradição.

Evidente, portanto, a necessidade de organização do sistema legislativo brasileiro quanto à cooperação jurídica internacional, através de lei própria e com remissão de outros diplomas legais, que se utilizam da assistência para a prática de atos no exterior, e vice-versa.

2 Proposta de emenda à Constituição Federal

Os dispositivos constitucionais que tratam da cooperação jurídica internacional restringem a possibilidade do legislador infraconstitucional incorporar novos mecanismos de assistência, o que conduz muitas vezes a discussões que se prolongam no tempo, ou mesmo à ineficiência na atuação estatal.

Mais do que isso, não parece razoável que o texto constitucional, ao restringir as possibilidades de incorporar outros instrumentos cooperação, acabe por limitar a própria promoção dos direitos humanos e a própria tendência internacionalista assumida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Situações como a possibilidade de cooperação direta entre juízes, o pedido de auxílio mútuo e a comunicação espontânea não encontram atualmente respaldo na Constituição Federal, o que leva em muitos casos à sua não admissão.

Por exemplo, no julgamento do HC 85588/Rio de Janeiro (STF – julgado em 05/03/2005), o Ministro Marco Aurélio considerou que

o empréstimo do rótulo de procedimento de cooperação internacional a certo instrumento não pode desaguar na prática de atos somente passíveis de serem alcançados por meio de carta rogatória, como são aqueles ligados à audiência de instrução, visando à persecução criminal. A cooperação há de se fazer com respeito irrestrito à organicidade de Direito nacional, reafirmando-se a República como revelada por um Estado Democrático de Direito, para tanto se mostrando indispensável que se homenageie a máxima segundo a qual o meio justifica o fim. (BRASIL, 2006)

A superação da orientação lançada no julgamento acima descrito pode estar assentada no reconhecimento de que os tratados internacionais integram o sistema de fontes do direito constitucional brasileiro, o que autorizaria a admissão de outras formas de cooperação diversas daquelas previstas na Constituição Federal. No entanto, isso implicaria um grande esforço argumentativo e sem garantia de sucesso.

Assim, propõe-se a introdução de dispositivo no capítulo referente aos tribunais superiores, delegando competência ao legislador ordinário para incorporar outros instrumentos de cooperação jurídica internacional e definir os respectivos procedimentos, atentando sempre para o respeito aos fundamentos do Estado Brasileiro, previstos no artigo 1º da Constituição Federal.

3 Proposta de lei infraconstitucional: ideias centrais

A orientação do projeto de lei a ser elaborado, deve se pautar pela mesma linha de argumentação exposta ao longo de todo o estudo, fundada no padrão normativo universal dos direitos humanos, que abrange o marco de garantias incidente sobre a atividade probatória.

O reconhecimento do marco de garantias, que incide sobre a atividade probatória, pelo Direito brasileiro, qualifica-se como o fundamento a legitimar todas as principais mudanças pretendidas, de modo a facilitar, em primeiro lugar, a recepção da prova que é produzida no exterior e, em segundo lugar, para simplificar e dinamizar o processamento da cooperação jurídica internacional.

Propõe-se, inicialmente, a unificação da terminologia e, portanto, a utilização da expressão “cooperação jurídica internacional” para designar o instrumento processual internacional de assistência entre Estados, ou entre Estados e Tribunais Internacionais, cujo procedimento variará de acordo com o objeto de cada solicitação.

As expressões “carta rogatória”, “pedido de auxílio direto”, passam a ser tratadas como expressões equivalentes, uma vez que o traço distintivo entre as mesmas deve ser de natureza meramente procedimental.

O projeto, para que seja inovador, parte da concepção do padrão normativo universal dos direitos humanos incidente sobre a atividade probatória e os seus reflexos no processamento da cooperação jurídica internacional em matéria penal.

▪ **Descrição do marco de garantias e a recepção da prova produzida no exterior: reflexos no processamento da cooperação jurídica internacional**

O marco de garantias incidente sobre a atividade probatória, exposto na Parte II, expressão do modelo de processo justo e equitativo universalmente difundido, segundo o processo de internacionalização e constitucionalização, e que deve ser obrigatoriamente respeitado, independentemente da variação que ocorra quanto à forma e intensidade no seu cumprimento, são:

- ✓ *direito à prova*, compreendida a necessidade de intervenção judicial na produção da prova, seja meio de prova ou meio de obtenção de prova e a faculdade na hipótese de obtenção de elemento de informação;

- ✓ *presunção de inocência*, compreendido o direito ao silêncio;
- ✓ *contraditório*, compreendida a participação das partes na formação da prova testemunhal;
- ✓ *igualdade de armas*, compreendida a iniciativa da cooperação tanto pela acusação como pela defesa;
- ✓ *exercício do direito de defesa*, compreendida a necessidade de nomeação de defensor na atividade probatória desenvolvida no exterior;
- ✓ *duração razoável do processo*;
- ✓ *nomeação gratuita de intérprete*;
- ✓ *exigência de previsão legal e controle judicial nas medidas restritivas à intimidade e à vida privada*, compreendida na expressão lei, tanto a lei em sentido formal como no sentido material e ainda os precedentes jurisprudenciais; entende-se por atendida a exigência do controle judicial, tanto a análise prévia como a revisão judicial posterior.

Propõe-se a inserção de dispositivo de recepção dos atos de instrução praticados no exterior, de modo que o juízo de delibação da autoridade judicial brasileira quanto à eficácia da prova produzida, esteja limitada à análise do efetivo respeito ao marco de garantias, sendo desnecessário o confronto de outros elementos.

No que se refere aos reflexos do marco de garantias no processamento da cooperação jurídica internacional, tem-se:

a) Definição quanto à base legal para a cooperação jurídica internacional e o direito aplicável

A base legal da cooperação jurídica internacional deve ser o acordo bilateral ou multilateral, em que se define o objeto, a iniciativa, a forma, as condições e o procedimento para o envio e recepção de cada solicitação de assistência internacional.

Com efeito, ainda, na ausência de instrumento jurídico formal a nortear a cooperação, o simples consentimento do Estado requerido é suficiente para justificar a cooperação, contanto que os Estados envolvidos reconheçam o padrão normativo universal dos direitos humanos.

Na ausência de entendimento formal ou informal, o processamento da cooperação jurídica internacional nos casos em que o Brasil figura como Estado requerente

ou como Estado requerido, dever-se-á se orientar de acordo com a normativa interna.

Quanto ao direito aplicável ao pedido de cooperação, propõe-se que a legislação brasileira adote a regra da lei do Estado requerente no atendimento do pedido de cooperação para o fim de produzir provas, respeitada a ordem pública e a soberania nacional. Ressalve-se a hipótese em que o acordo bilateral ou multilateral, ou mesmo o entendimento informal entre os Estados, disponha quanto à lei a ser observada no atendimento da assistência jurídica internacional, se a lei do Estado requerido ou do requerente.

De qualquer forma, a observância da lei do Estado requerente, quando o objeto da cooperação é a produção da prova, deve respeitar o marco de garantias, a assegurar a eficácia do ato de instrução, esteja o Brasil na condição de solicitante ou mesmo de solicitado.

b) Definição do objeto da cooperação

A cooperação jurídica internacional pode ter como objeto a comunicação de atos processuais, o intercâmbio de informações, a localização e a transferência de pessoas, a extradição, a eficácia de decisão estrangeira e a instrução.

Especificamente no que se refere à instrução, a cooperação jurídica internacional pode ter como objeto: a coleta de elementos de informação; a produção de meios de prova e a produção de meios de obtenção de prova.

Na hipótese da coleta de elementos de informação, sua destinação é a atividade de investigação primordialmente, muito embora no caso do Brasil os elementos de informação possam influenciar a formação da convicção do julgador, desde que corroborem a prova judicial.

Na hipótese da produção dos meios de prova, em que a fonte de prova é conhecida e se encontra sob a jurisdição de outro Estado, sua destinação é o processo judicial, muito embora, quando a sua produção for antecipada, sua utilidade possa gerar reflexos na própria investigação. Inserem-se nos meios de prova os documentos, as perícias e a oitiva de testemunhas, vítimas e peritos.

Na hipótese da produção de meios de obtenção de prova, a situação é diferente, principalmente nos casos em que há restrição a direito fundamental, como a vida privada e a intimidade, porquanto a atividade do juiz é cognitiva e decisória, como, por exemplo, na

busca e apreensão domiciliar e na interceptação telefônica. Os meios de obtenção de prova destinam-se tanto à investigação como ao processo judicial.

A importância da diferenciação do objetivo da cooperação repercute fundamentalmente na iniciativa e no procedimento da cooperação, como será analisado adiante.

c) Definição da iniciativa na atividade probatória

A iniciativa da cooperação jurídica internacional para fins probatórios deve ser analisada tanto do ponto de vista do direito à prova no processo penal, como dos poderes de instrução do juiz.

O direito à prova no processo penal assiste: a) ao Estado, representado pelo Ministério Público e pela autoridade policial; b) ao investigado e ao acusado, e respectivo defensor constituído ou não; c) à vítima, na qualidade de assistente de acusação ou não.

Os poderes de instrução do juiz qualificam-se como garantia para o resultado justo e não como manifestação do direito à prova, na medida em que o direito à prova é expressão do poder dispositivo das partes.

Em se tratando de *elementos de informação*, a iniciativa da cooperação cabe ao Estado, por meio da polícia ou do Ministério Público, ao investigado, à vítima, salvo disposição em sentido contrário no acordo bilateral ou no entendimento informal entre as partes na cooperação¹⁸.

Em se tratando de *meios de prova*, a iniciativa da cooperação cabe ao Estado, por meio do Ministério Público ou de quem lhe faça as vezes como na ação privada, ao acusado e respectivo defensor, ao assistente de acusação e ao próprio juiz.

Em se tratando de *meios de obtenção de prova*, a iniciativa da cooperação cabe ao Estado, por meio da polícia ou Ministério Público, ao acusado e respectivo defensor, à vítima ou assistente de acusação. Não parece razoável a iniciativa do juiz brasileiro de ofício, uma vez que os meios de obtenção de prova são meios de investigação¹⁹, e como

18 No acordo bilateral ou multilateral, ou mesmo no entendimento informal entre os Estados, pode-se restringir a iniciativa, na investigação, à autoridade policial ou ao Ministério Público.

19 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003. p. 119. O autor observa que o risco de perda da imparcialidade pelo juiz está na figura do juiz pesquisador, não se confundindo com a hipótese em que o juiz, diante da notícia de uma fonte de prova, determina a produção do meio de prova necessário.

tal, haveria quebra da inércia do juiz, ressalvados os sistemas que ainda adotam a figura do juiz de instrução, como a França e a Espanha.

d) Definição dos procedimentos da cooperação e formas de comunicação do ato

Os procedimentos da cooperação jurídica internacional em que o Brasil figura como Estado requerente, para fins de instrução, dependerá, fundamentalmente, da natureza do ato de instrução a ser praticado no exterior, se meio de prova, meio de obtenção ou investigação de prova, ou elemento de informação²⁰.

▪ **Quando o objeto for meio de obtenção de prova**

Se o objeto da assistência jurídica internacional é a produção de meios de obtenção de prova que implicam restrição a direito fundamental, é obrigatória, em primeiro lugar, a delibação judicial no Estado requerente, quanto à necessidade e efetiva possibilidade da medida, observado o requisito de proporcionalidade.

A comunicação nesses casos poderá ser direta entre autoridades judiciais, sem intermediário. A comunicação será indireta, quando realizada por intermédio da autoridade central. No Brasil, propõe-se que essa autoridade seja designada pelo Poder Executivo Federal e poderá ser tanto a autoridade diplomática como o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, órgão do Ministério da Justiça. Propõe-se, ainda, que mesmo na comunicação direta, a autoridade central seja informada do pedido de assistência em andamento. Nos mesmos moldes, a devolução do ato regularmente cumprido pelo Estado requerido.

De outro lado, quando o Brasil for o Estado requerido e se tratar de produção de meio de obtenção de prova, em que a delibação judicial é obrigatória, deverá ser respeitado o disposto no artigo 105 da Constituição Federal, que estabelece a competência do Superior Tribunal de Justiça para a concessão do *exequatur*. Tal disposição impede a execução da solicitação estrangeira de forma direta.

▪ **Quando o objeto for meio de prova**

Se o objeto da assistência jurídica internacional é a produção de meios de

20 Os três conceitos foram analisados na Parte I.

prova (oitiva de testemunha, juntada de documento), exige-se deliberação judicial no Estado requerente, porém, limitada à verificação da pertinência e relevância do objeto.

A comunicação nesses casos também pode ser direta ou indireta. A comunicação será direta, com ciência da autoridade central, como acima proposto, quando a autoridade policial ou o Ministério Público comunicarem-se diretamente com a autoridade do Estado requerido. Quando a iniciativa for da defesa, do acusador privado ou do assistente de acusação, a comunicação obrigatoriamente deverá ser feita por intermédio da autoridade judicial competente, que se comunicará de forma direta com a autoridade do Estado requerido.

A comunicação será indireta quando feita por intermédio da autoridade central, tal qual como proposto na hipótese do meio de obtenção de prova.

▪ **Quando o objeto for elemento de informação**

Uma questão importante a ser apontada: se o objeto da assistência é a produção de elementos de informação, desnecessária qualquer intervenção judicial no Estado requerido, assim como, na hipótese da oitiva de uma testemunha, desnecessária a participação das partes, de forma contraditória. O elemento de informação não se qualifica como prova judicial, de acordo com o Código de Processo Penal Brasileiro. Ou seja, a autoridade no Estado requerido pode ser tanto a policial, o Ministério Público ou quem lhes faça o respectivo papel, na coleta do elemento de informação.

Propõe-se, ainda, notadamente nos casos em que o Brasil figura como Estado requerido, ressalvada previsão em sentido contrário no acordo bilateral ou multilateral, a possibilidade da rogatória participativa, a produção direta da prova e a utilização da videoconferência, desde que a autoridade central, com o concurso ou não da autoridade judicial brasileira, acompanhem o ato a ser executado.

O concurso ou não da autoridade judicial brasileira dependerá da natureza do ato de instrução a ser realizado, como, por exemplo, a produção da prova testemunhal.

e) Regulamentação da comunicação espontânea

Propõe-se, finalmente, a regulamentação da comunicação espontânea, tanto na hipótese em que o Brasil encontra-se na condição de Estado requerente ou de Estado requerido. Caso se trate de prova produzida no exterior a condição para a sua eficácia no Brasil está associada à observância do marco de garantias incidente sobre a atividade

probatória. Caso não haja tal observância, em princípio, o ato não tem eficácia como prova, mas possivelmente como elemento de informação.

f) Definição dos fundamentos da recusa

Importante considerar o raciocínio exposto na Parte II, em que se estabeleceu a correlação entre o padrão normativo universal dos direitos humanos e a nova configuração da soberania e da ordem pública nacional.

Assim, propõe-se que a recusa para a assistência com base na defesa da ordem pública, esteja limitada às normas constitucionais que representam o fundamento do Estado Brasileiro, no caso os princípios expostos no artigo 1º da Constituição Federal²¹.

Não pode ser considerada violação da ordem pública, na hipótese do estudo, em princípio: a diversidade dos sistemas processuais ou probatórios; a discussão quanto à lei aplicável; a possibilidade da autoridade não judicial estrangeira em restringir direitos fundamentais, bastando que o ato praticado seja submetido ao controle judicial simplesmente; o caráter executório do pedido.

Por outro lado, no que se refere à recusa fundamentada na defesa da soberania nacional, propõe-se a interpretação, segundo a relação de interdependência entre os Estados, notadamente entre aqueles, dentre os quais Brasil, que aderiram ao padrão normativo universal dos direitos humanos.

g) Definição das forma do pedido e do pagamento das custas

Propõe-se que a formalização do pedido de assistência jurídica internacional seja feita através de qualquer meio idôneo a assegurar a integridade do conteúdo e a autenticidade da origem, admitida tradução livre.

Nesse sentido, basta que a solicitação seja escrita e enviada por qualquer meio, como fax, email, telex, via consular, dentre outros, devendo ser os originais encaminhados no prazo de trinta dias. Com efeito, ainda, no tocante à tradução livre, somente será

21 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

necessária a tradução juramentada se houver questionamento quanto à fidelidade do conteúdo do pedido.

Por outro lado, no que se refere ao pagamento das custas do pedido de assistência, ressalvada a hipótese em que o acordo bilateral, multilateral ou entendimento entre os Estados disponha de forma diversa, propõe-se que o Brasil, quando figurar como Estado requerente arque com o ônus. Desde que a iniciativa seja de autoridade, ou do particular (vítima, investigado, acusado), beneficiário da assistência jurídica gratuita. Caso contrário, o particular deve suportar o pagamento.

4 Considerações finais

A partir do que foi exposto, o objetivo da proposta não é simplesmente incorporar as experiências consolidadas na União Européia, no MERCOSUL, nas Nações Unidas ou no âmbito do Instituto Iberoamericano, mas tão somente considerar os respectivos modelos adotados para a fundamentação da proposta apresentada.

Com efeito, ainda, a proposta apresentada não pretendeu esgotar o tratamento normativo da cooperação jurídica internacional, mas simplesmente alinhar os principais aspectos que devem ser contemplados, de modo a adequar o instrumento à nova dinâmica que a sociedade contemporânea impõe.

CONCLUSÃO

1 Este estudo foi desenvolvido com o objetivo de demonstrar que a maior eficácia da prova produzida no exterior e a maior eficiência da cooperação jurídica internacional têm como fundamento a existência e a influência do padrão normativo universal dos direitos humanos.

1.1 A noção do padrão normativo utilizada no estudo orientou-se segundo a técnica do *standard*, definida por Karl Larenz, exposta na Parte I e restrita ao plano jurídico-formal, enquanto parâmetro ou diretriz.

1.2 O padrão normativo universal dos direitos humanos foi concebido segundo um processo de harmonização ou equivalência entre os sistemas, respeitada a diversidade e pluralismo cultural e difundido e concretizado através do processo de internacionalização e constitucionalização.

1.3 O reconhecimento do padrão normativo universal dos direitos humanos no âmbito internacional, seja no plano universal ou regional e no âmbito nacional, qualificou-se como o ponto de intersecção entre os sistemas, ou seja, o elo comum de aproximação entre os ordenamentos.

1.4 Não diferente, o padrão normativo universal dos direitos humanos, como elo comum entre os sistemas jurídicos nacionais, projetou-se no Direito Processual Penal, compreendido todo o ciclo da atividade estatal de persecução criminal, abrangidos os procedimentos, instrumentos e atos que o integram, dentre os quais, a atividade probatória e a cooperação jurídica internacional.

2 A influência do padrão normativo universal dos direitos humanos na atividade probatória no exterior e na cooperação jurídica internacional qualifica-se como o fundamento para a solução para a superação das dificuldades associadas à diversidade de tradições jurídicas dos Estados, notadamente: a diversidade de sistemas probatórios; a recusa à assistência motivada na preservação da soberania e da ordem pública nacional.

A influência do padrão normativo universal dos direitos humanos na atividade probatória no exterior representa a garantia da maior eficácia da prova e ao mesmo tempo a solução para a superação do problema da diversidade entre os sistemas probatórios.

3 Do ponto de vista da garantia da maior eficácia da prova, tem-se, inicialmente, que a expressão “eficácia da prova”³⁹⁹ utilizada ao longo do estudo foi tomada no sentido do atendimento da sua função em demonstrar um fato. Isso porque o padrão normativo universal dos direitos humanos representa o modelo de processo justo, cujas garantias que o informam, constituem o método mais adequado e idôneo para o conhecimento da verdade e para a promoção e proteção das liberdades.

As garantias incidentes sobre a atividade probatória, que asseguram a eficácia da prova e ao mesmo tempo preservam o modelo de processo justo são: direito à prova; presunção de inocência; igualdade de armas; contraditório; ampla defesa; duração razoável do processo; assistência gratuita de intérprete; exigência da reserva legal e reserva da jurisdição nas hipóteses de restrição a direito fundamental.

Do ponto de vista da superação da diversidade dos sistemas probatórios, o padrão normativo universal dos direitos humanos qualifica-se como o marco comum de garantias, representativo do modelo de processo justo, verificável tanto no sistema probatório europeu continental como no sistema probatório anglo-americano, os mais tradicionais e importantes.

O que significa dizer que as prováveis diferenças das regras estabelecidas no plano nacional para a observância do mencionado marco comum de garantias, não constituem, como regra, argumento hábil a impedir ou mesmo dificultar a assistência jurídica internacional.

4 Já a influência do padrão normativo universal dos direitos humanos na cooperação jurídica internacional possibilita a maior eficiência na assistência, no sentido da sua aptidão em atender adequadamente ao seu objeto.

Em outras palavras, a maior eficiência implica não somente a superação da constante recusa à assistência com fundamento na preservação da soberania nacional e da ordem pública nacional, como também a dinamização do instituto com fundamento na confiança mútua, a partir da identificação de fatores que contribuem para um resultado melhor.

Em primeiro lugar, o reconhecimento do padrão normativo universal dos direitos humanos como instrumento de promoção do bem-estar da humanidade, significou

³⁹⁹ Considerando os conceitos de eficiência, eficácia e efetividade na atividade probatória, tem-se: a prova eficiente é aquela que se mostra apta a demonstrar algo e a influência de alguém; prova efetiva é aquela que influencia o julgador na formação da sua convicção.

um avanço no sentido do alinhamento da ordem mundial, segundo o valor solidariedade, estabelecendo uma relação de interdependência entre os Estados, cada vez mais intensa.

Tal constatação acarretou a revisão do sentido e alcance da soberania e da ordem pública nacional. Isso porque o marco comum dos direitos humanos, expressão do valor solidariedade, acentuou a importância do compartilhamento da soberania entre os Estados, assim como restringiu a noção da ordem pública aos fundamentos do direito interno, principalmente ao quebrar o paradigma da exclusividade.

Em segundo lugar, o padrão normativo universal dos direitos humanos, ao difundir o valor solidariedade como meio para a manutenção da paz e a promoção das liberdades individuais, instaurou um ambiente mais favorável para a tolerância à diversidade e, conseqüentemente, para a confiança mútua entre os Estados. A noção da confiança no plano do sociológico, como mecanismo de solução para as complexidades sociais, projeta-se no direito como princípio jurídico, cujo fundamento são os direitos humanos⁴⁰⁰.

Nesse sentido, a confiança, diante do objetivo de promover o bem comum, a partir de um relacionamento mais fluido e solidário entre os Estados, legitima a adoção de fatores que possam dar mais agilidade e reduzir os focos de resistência.

Assim sendo, tem-se como fatores de maior eficiência: o caráter secundário da discussão quanto ao direito aplicável à assistência, desde que, no caso da atividade probatória, seja respeitado o marco de garantias e resguardada a utilidade do ato praticado; a possibilidade da comunicação direta entre autoridades judiciais e não judiciais, assim como a possibilidade da rogatória participativa, a produção direta da prova no Estado requerido e o recurso à videoconferência; a restrição da aplicação do princípio da especialidade à prova pessoal produzida no exterior, porquanto a participação das mesmas partes na formação da prova constitui condição de validade; a restrição da exigência da dupla incriminação somente às hipóteses de produção de meios de obtenção de prova que impliquem restrição a direito fundamental.

5 A adoção do padrão normativo universal dos direitos humanos também constitui uma realidade brasileira, com particular destaque para a Constituição Federal de 1988, que assumiu a promoção dos direitos humanos como bandeira ideológica, e ao

⁴⁰⁰ SCHNEIDER, Jens-Peter. Seguridad Jurídica y protección de la confianza en el Derecho constitucional y administrativo alemán. **Documentación Administrativa**, INAP, n. 263-264, p. 257, mayo/dic. 2002.

mesmo tempo a tendência internacionalista, segundo o princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

Isso significa, em outras palavras, a integração do Estado Brasileiro à ordem mundial, não como espectador distante, mas como protagonista e partícipe do processo de mobilização em direção à preservação do gênero humano e à manutenção da paz.

Daí porque o relacionamento do Estado Brasileiro com os organismos internacionais e, principalmente, com os demais Estados que reconhecem a força normativa do padrão universal dos direitos humanos, deve ser mais fluido e menos resistente. A manifestação da tolerância nesses casos legitima uma maior flexibilidade e dinamismo no processamento da cooperação entre os Estados.

Necessária, portanto, a adequação do ordenamento jurídico brasileiro à nova realidade consolidada no âmbito interno a partir da Constituição de 1988, de modo a sistematizar o tratamento da cooperação jurídica internacional em matéria penal, tanto no que se refere à padronização da terminologia, como dos respectivos procedimentos, com a cautela de classificá-los segundo o objeto da assistência.

O objeto da assistência constitui o critério determinante para a definição do procedimento, notadamente nos casos em que há necessidade de delibação judicial.

Optou-se por um formato mais objetivo e direto de projeto de lei, com a adoção de fatores de eficiência, e ao mesmo tempo com as cautelas que devem cercar o processamento da assistência jurídica internacional, notadamente o respeito ao marco de garantias na produção da prova.

Pretende-se, assim, tornar a cooperação jurídica internacional um instrumento processual mais eficiente, atendendo adequadamente aos fins a que se destina.

6 Diante do que foi exposto ao longo do estudo, é de se concluir que a técnica processual deve ajustar-se de forma contínua e progressiva às transformações sociais e, assim, resguardar a utilidade e presteza do fim a que se destina.

REFERÊNCIAS

- ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos em el derecho**. Bases argumentales de la prueba. Marcial Pons. Madrid. 1999.
- ALFONSO, Luciano Parejo. Eficácia y administracion: tres estudios. **Boletín Oficial Del Estado**. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas, 1995.
- ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Tereza Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: RT, 1994. v.2.
- AMBOS, Kai. **Temas de Derecho Pena Internacional y Europeo**. Madrid: Marcial Pons, 2006.
- AMODIO, Enio. L'impatto della normativa europea sul processo penale italiano. In: _____. **Processo Penale, diritto europeo e common law**. Dal rito inquisitorio al giusto processo. Milano: Giuffrè, 2003.
- ANTHONY, Gordon. Procedimiento. Derecho Material y proporcionalidad: el principio de confianza legitima en el derecho administrativo del Reino Unido. **Documentación Administrativa**, INAP, n. 263-264, p. 331, mayo-dic 2002.
- APRILE, Ercole; SILVESTRE, Pietro. **La formazione del la prova penale**. Dopo le leggi sulle indagine difensive e sul "giusto processo". Milano: Giffre, 2002.
- ARAÚJO JUNIOR, João Marcello. Extradicação. Alguns aspectos fundamentais. **Revista Forense**, v. 326, n. 90, p. 67, abr./maio/jun. 1994.
- ARAÚJO, Nádia de; SALLES, Carlos Alberto de; ALMEIDA, Ricardo Ramalho. Medidas de cooperação interjurisdiccional no MERCOSUL. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, v. 30, n. 123, p. 84, mai. 2005.
- ARAUJO, Nadia. 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. Cooperação em matéria penal. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2008.
- ARMAS, Pedro Carballo. **La presunción de inocência en la jurisprudência del tribunal constitucional**. Madrid: Ministério de Justicia. 2004.
- BACIGALUPO, Enrique. **Justicia penal y derechos fundamentales**. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y sociales, 2002.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003.
- BALLEL, Tereza Rodriguez de las Heras. **La tolerância exigente**. Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Boletín Oficial del Estado. 2002.

- BANTEKAS, Ilias; NASH, Susan. **International Criminal Law**. 2nd ed. London: Cavendish Publishing, 2003
- BARBOSA JUNIOR, Salvador José. O novo tratamento legal ao uso compartilhado da droga. **Revista Jurídica**, v. 55, n. 355, p.115, mai. 2007.
- BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. Coligidos por Homero Pires. São Paulo: Saraiva, 1932. v. I
- BARRETO, Irineu Cabral. **A Convenção Européia dos direitos do homem anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BLAKESLEY, Cristopher L. Ruminations on Terrorism & Anto-Terrorism Law Literature. **Law Review**, University of Miami, v. 57, n. 4, p. 1132, July 2003.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2004.
- BRASIL. Tribunal Pleno. HC 79.812/SP. Relator Ministro Celso de Mello. **DJ**, p. 21, 16 fev. 2001. Ement v. 2019-01, p. 196
- BRASIL. Primeira Turma. Habeas Corpus: HC 85588 RJ. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 03/04/2006. **DJ**, v. 0260-04, p. 95, 15 dez. 2006. Ement v.2260-04, p. 685.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Carta Rogatória** n. 438. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 24/09/2007.
- BRAZ, Mario Sergio A. Imunidade de jurisdição e negativa de exequatur a cartas rogatórias passivas. **Revista Forense**, v. 100, n. 376, p. 233-431, nov./dez. 2004.
- BROUN, Kenneth S. **McCormick on evidence**. 6. ed. [s.l.]: Thomson West, 2006
- BROWNLIE, Ian. **Princípios de Direito Internacional Público**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Métodos de proteção de direitos, liberdades e garantias. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antônio Marques da. (Coord.). **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais**. Visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- _____. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2009
- CARDINO, Alberto; GUIDA, Riccardo; RANALDI, Alessandro. **Processo penale e prove documentali**. Padova: CEDAM, 2004.
- CASELLA, Paulo Borba. A ordem pública e a execução de cartas rogatórias no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, v. 98. p. 568, 2003.
- CASSESSE, Antonio. **International Criminal Law**. New York: Oxford University Press, 2003.

CASSESE, Antonio. Crimes internacionais e jurisdições internacionais, In: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille. **Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e Justiça penal internacional?** São Paulo: Manole, 2004.

_____. **I diritti umani oggi.** Roma: GF Laterza, 2005.

CATALÀ i BAS, Alexandre H. La problemática adecuación de la legislación española sobre escuchas telefónicas a las exigencias del Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus consecuencias. **Revista del Poder Judicial**, Consejo General del Poder Judicial, n. 66, p. 32, 2002.

CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez. **Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do MERCOSUL.** São Paulo: RT, 2000. p. 51.

CIAMPI, Annalisa. **L'assunzione di prove all'estero in materia penale.** Verona: CEDAM, 2003.

COMMISSION Justice Peénale et Droits de l'homme. La mise en etat des affaires pénales. **Rapports** (La documentation française), Paris, p. 99 y ss, 1991.

COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. **Proposal for a Council Framework Decision on certain procedural rights in criminal proceedings throughout the European Union.** Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/criminal/procedural/doc/com328_28042004_en.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2009.

CORTINA, Adela. **Ética sin moral.** Madrid: Tecnos, 1990.

CUELLAR-SERRANO, Nicolas. **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal.** Madrid: Colex, 1990.

DA SILVA, Ricardo Perlingiero Mendes. Cooperação jurídica internacional e auxílio direto. **Revista CEJ**, Brasília, n. 32, p. 76, jan./mar. 2006.

DE AMICIS, Gaetano. **Problemi e prospettive della cooperazione giudiziaria penale in ambito Europeu:** forme e modelli di collaborazione allá luce dell Titolo VI del Trattato di Amsterdam. Palestra proferida em 06 de dezembro de 2001, em Aquila, durante o seminário promovido pelo Conselho Superior da Magistratura Italiana, sobre: Il trattato di Amsterdam e l'evoluzione del diritto dell' Unione Europea, p. 292.

DEL VECCHIO, Benedetto. Brevi Osservazioni Sull'Ordine Pubblico Normativo. In: **SCRITTI DI DIRITTO PUBBLICO E DI DIRITTO SCOLASTICO.** In memoria di Saverio de Simone, a cura di Salvatore Mastropasqua. Università Deli Studo Di Cassino, Facoltà di Economia e Commercio, 1990.

DELMAS-MARTY, Mireille. Os crimes internacionais podem contribuir para o debate entre universalismo e relativismo de valores? In: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY. **Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e Justiça penal internacional?** São Paulo: Manole, 2004.

_____. **Le pluralisme ordonné.** 2. ed. Paris: Éditions Du Seuil, 2005.

DELMAS-MARTY, Mireille; CHIAVARIO, Mario et al. **Procedure penali d'Europa**. 2. ed. Padova: Cedam, 2001.

DENTI, Vittorio. L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei. **Rivista di Diritto Procedurali**, p. 31, 1965

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Direito tributário, direito penal e tipo**. São Paulo: RT, 1988.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Da prova penal**. Tipo processual, provas típicas e atípicas. Campinas: Millenium, 2008

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à Ciência do Direito**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

DIPP, Gilson Langaro. Carta rogatória e cooperação internacional. In: BRASIL. **Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos**. Cooperação em matéria penal. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2008. p. 31.

ESTRAMPES, Manuel Miranda de. **El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal**. 2. ed. Barcelona: Bosch Editor, 2004. p. 33.

FARIA, Bento de. **Código de Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Record Editora, 1960. v. III p. 114.

FERNANDES, Antonio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: RT, 2002.

_____. **Processo penal constitucional**. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. **Teoria geral do procedimento e procedimento no processo penal**. São Paulo: RT, 2005.

_____. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAIS, Mauricio Zanóide de (Coord.). **Sigilo no processo penal**. Eficiência e Garantismo. São Paulo: RT, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**. Bari: Laterza, 1990.

_____. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. ICM sobre bens importados: constitucionalidade da lei. **Revista Jurídica da Faculdade de Direito de Curitiba**, n. 4, p. 180, 1985.

FERRIS, Remédio Sanches. **El Estado Constitucional y su sistema de fuentes**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

FETSCHER, Iring. **La tolerância**. Uma pequena virtude imprescindível para la democracia. Barcelona: Gedisa, 1999.

FINKELSTEIN, Claudia; Carvalho, Marina Amaral Egydio de. Homologação de sentença estrangeira e execução de carta rogatória no Brasil. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: RT, v. 13, n. 50, p. 281, jan./mar. 2005.

FLÓRES-VALDEZ, Joaquim Arce y. **Los principios generales del derecho e su formación constitucional**. Madrid: Civitas, 1990.

FLUJA, Vicente C. Guzmán. **Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006.

FONSECA-HERRERO, Marta Gómez de Liaño. **Criminalidad organizada y médios extraordinários de investigación**. Madrid: Colex., 2004.

FORDHAM, Michael; DE LA MARE, Thomas. Identifying the principles of proportionality. In: JOWELL, Jeffrey; COOPER, Jonathan (Editors). **Understanding human rights principles**. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2001, p. 27.

FUMAGALLI, Luigi Fumagalli. Considerazioni sulla unità del conceito di ordine pubblico. In: AGO, R.; GIULIANO, M.; ZICCARDI, P. (Diretori). **Comunizazioni e Studi**. Università di Milano, Istituto di Diritto Internazionale e Straniero. Milano: Giuffrè, 1985.

GESTOSO, Noemi Garcia. **Soberania y Union Europea**. Algunas cuestiones criticas desde la teoria de la Constituición. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2004.

GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. **The limits of international law**. New York: Oxford University Press, 2005.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997.

_____. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: RT, 2001.

_____. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanóide de. (Org.). **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo, DPJ, 2004.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prova e sucedâneos da prova no processo penal brasileiro. In: JORNADAS IBERO AMERICANAS DE DIREITO PROCESSUAL PENAL, 20., 2006, Málaga. **Relatório brasileiro...** Málaga, 2006. p. 10

GONZÁLEZ, José Calvo. La verdad de la verdad judicial – Construcción y régimen narrativo. In: **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**, Milano: Dott. A. Giuffrè, serie IV, anno LXXVI, p. 31, 1999

GREVI, Vittorio. **Allá ricerca di um processo penale “giusto”**. Milano: Giuffrè, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 1, n. 4, p. 66-67, out./dez. 1993.

_____. **O processo em evolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scaracnce; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: RT, 2001.

GUASTINI, Ricardo. **Distinguendo**. Estudos de teoría y metateoría del derecho. Barcelona: Gedisa, 1999. p. 87.

JELLINEK, Georg. **Teoria general del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

JUDICIAL co-operation in criminal matters: mutual recognition of final decisions in criminal matters. **Europa**. Sumaries of EU legislation. Disponível em: <<http://europa.eu/scadplus/leg/en/lvb/l33131.htm>>. Acesso em: 27 jan. 2009.

KAUFMANN, Arthur. **Derecho, moral e historicidad**. Madri: Marcial Pons, 2000. (Ediciones Jurídicas y Sociales) p. 51

KELSEN, Hans. **Teoria general del Estado**. Granada: Comares, S.L, 2002.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 185.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997

LARGEAULT, Anne Fagot. Sobre o que basear filosoficamente um universalismo jurídico? In: CASSESSE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille. **Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e Justiça penal internacional?** São Paulo: Manole, 2004.

LARONGA, Antonio. **Le prove atipiche nel processo penale**. Padova: CEDAM. 2002

LEVY-BRUHL, Henri. **La preuve judiciaire**. Etude de sociologie juridique. Paris: Librairie Marcel Rivière et Cie, 1964.

LIMA, Jose Antonio Farah Lopes de. **Trans-border evidence matters and joint investigation teams within the European Union**. Dissertação (Mestrado em Estudos Jurídicos) - Universidade de Cambridge, Reino Unido, 2007.

LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

LUENGO, Javier Garcia. **El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo**. Madrid: Civitas, 2002.

LUHMAN, Niklas. **Confianza**. Anthropos. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

MACHADO, Maíra Rocha. **Internacionalização do Direito Penal**. A gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 45-47.

_____. Cooperação penal internacional no Brasil: as cartas rogatórias passivas, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: RT, n. 53, p. 102, mar/abr 2005.

MACHADO, Maíra Rocha. Cooperação penal internacional e o intercâmbio de informações bancárias: as decisões do STF sobre quebra de sigilo bancário em cartas rogatórias. In: MACHADO, Maíra Rocha; REFINETTI Domingos. (Org.). **Lavagem de dinheiro e recuperação de ativos: Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suíça**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 105.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2

MARTIN-CHENUT, Kathia; SILVA, Fábila de Melo e. La constitutionalisation/conventionalization du droit de la preuve. In: GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève (Coord.). *Les Transformations de l'administration de la preuve pénale. Perspectives comparées*. Paris: Société de législation comparée, 2006. v. 12.

MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. **Curso de Derechos Fundamentales**. Teoría General. Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1999.

MARTINEZ, Rosa Ana Moran. El embargo preventivo y aseguramiento de pruebas. La ejecución de sanciones pecuniarias y el comiso: las decisiones marco in Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional. **Cuadernos de Derecho Judicial**, n. 13, p. 384, 2003.

McCLEAN, David. **International judicial assistance**, Oxford: Clarendon Press, 1992.

MELLO, Celso de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v.1, p. 212.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra,

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.

NOBILI, Massimo. Associazioni mafiose, criminalità organizzata. In: MOCCIA, Sergio. **Criminalità Organizzata e Risposta Ordinamentale: tra efficienza e garanzia**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999. p. 225.

NOGUEIRA JUNIOR, 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.

NOUVELLES ÉTUDES PÉNALES, n. 21, p. 126-127; 165-172, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**. São Paulo: RT, 2007.

PEREIRA, Luis Cezar Ramos. Carta rogatória. **Revista de Processo**, v. 11, n. 34, p. 291-298, abr.-jun. 1984.

PETRUS, Christian Herrera. **La obtención internacional de pruebas**. Asistencia jurisdiccional em Europa. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PISANI, Mario. Rogatorie internazionali e videoconferenze. **Rivista di Diritto Processuale**, CEDAM, v. 57, n. 4. ott.-dic. 2002. p. 983.

PRADO, Geraldo. Prisão e liberdade. **Revista Jurídica**, v. 48, n. 278, p. 67, dez. 2000

RAMIREZ-ESCUADERO, Daniel Sarmiento. El principio de confianza legítima en el Derecho Inglés: la evolución que continúa. **Revista española de Derecho Administrativo**, n. 114, p. 241, abr./jun. 2002.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RESOLUTION of the Congresses of the International Association of Penal Law (1926-2004). **Nouvelles Études Pénales**, n. 21, p. 126-127, 2009.

REVUE Internationale de Droit Pénal, v. 80, p. 190-191.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. Curso Elementar. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RIVISTA di Diritto Internazionale, Milano: Dott. A. Giuffrè, v. 86, p. 252-253, 2003.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000. p. 219

RUBIO, Carlos Ramos. Comisiones Rogatorias para la obtención de pruebas. Problemas de validez de las pruebas obtenidas en el extranjero: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español. **Estudios Jurídicos**, Madrid: Ministerio Fiscal, n. 3, p. 357-367, 2003

SCHNEIDER, Jens-Peter. Seguridad Jurídica y protección de la confianza en el Derecho constitucional y administrativo alemán. **Documentación Administrativa**, INAP, n. 263-264, p. 251, mayo/dic. 2002.

SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Processo de Execução. In: TIBURCIO, Carmen. **As cartas rogatórias executórias no Direito Brasileiro no âmbito do MERCOSUL**. São Paulo: RT, 2001. (Série Processo de Execução e Assuntos Afins, v. 2, p. 93).

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. Auxílio direto, carta rogatória e homologação de sentença estrangeira. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, v. 30, n. 128, p. 289, out. 2005

SIRACUSANO, Delfino et al. **Diritto Processuale Penale**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001. v.1, p. 314.

SOUZA, Solange Mendes de. **Cooperação jurídica penal no Mercosul: novas possibilidades**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. **A Convenção Americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 1999.

STRENGER, Irineu. Fatores impeditentes de ‘exequatur’ a cartas rogatórias estrangeiras. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, v. 6, n. 24, p. 248, out./dez. 1981.

TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici**. Nozioni generali. Milano: Giuffrè, 1992

TELLES JUNIOR, Goffredo. **Tratado da consequência**. Curso de lógica formal. 6. ed. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira. 2003.

TERRA, Nelson Freire. **Segurança, lei e ordem**. 1988. 346 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 32.

TIBURCIO, Carmen.. **As cartas rogatórias executórias no Direito Brasileiro no âmbito do MERCOSUL**. São Paulo: RT, 2001. (Série Processo de Execução e Assuntos Afins, v. 2).

_____. O Direito Constitucional Internacional no Brasil pós-EC n. 45/2004. **Revista Forense**, v. 102, n. 384, p. 23, mar./abr. 2006.

TONINI, Paolo. **A prova no processo pena italiano**. Tradução de Alexandre Martins e Daniel Mróz. São Paulo: RT, 2002.

UBERTIS, Giulio. **La conoscenza del fatto nel processo penale**. Milano: Giuffrè, 1992.

_____. La ricerca della verità giudiziale. In: _____. **La conoscenza del fatto nel processo penale**. Milano: Giuffrè, 1992. p. 13.

_____. Diritto alla prova nel processo penale e Corte Europea de Diritto del’uomo. **Revista de Diritto Processuale**, v. 49, n. 2, p. 490, 1994.

_____. **Principi di procedura penale europea**. Le regole del giusto processo. 2. ed. Milano: Raffaello Cortina, 2009.

VALENTINI, Cristiana. **L’acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione com autorità straniera**. Padova: CEDAM, 1998.

VOGEL, Joachim R. La prueba transnacional en el proceso penal: um marco para la teoria y praxis. In: FLUJA, Vicente C. Guzmán. **La prueba em el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia penal**. Navarra: Thomzon Aranzadi, 2006. Colección Centro de Estudios Juridicos.

WASEK-WIADEREK, Malgorzata. **The principle of “equality of arms” in criminal procedure under Article 6 of the European Convention on Human Rights and its functions in criminal justice of selected European countries**. A comparative view. [s.l.]: Leuven University Press, 2000.

YARSHEL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. 2008. Tese (Concurso de Professor de Titular de Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo. – El derecho dúctil – Ley, derechos, justicia. Editorial Trotta. S.A. p. 18.

ZAPPALÁ, Enzo. Presunzione d'innocenza e tutela del testimone. In: SEMINARIO GIURIDICO. 1999-2000. Milano **Annali del...** Milano: Giuffrè, 2001. v.1, p. 289-295.

_____. **Human rights in international criminal proceedings.** Oxford: University Press, 2005.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A prova ilícita e o Tribunal Penal Internacional:** regras de admissibilidade. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

AIMONETTO, Maria Gabriela. **La durata ragionevole del processo penale**. Torino: G. Giappichelli, 1997.

BARTOLE, Sergio; CONFORTI, Benedetto; RAIMONDI, Guido. **Commentario alla convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali**. Verona: CEDAM, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, v. 20, n. 59, mayo/ago. 2000.

CALERO, Luis Salas. Aspectos materiales y procesales del principio acusatorio: problemas probatorios, prueba ilícita y procesos penales socialmente relevantes. La exclusión de pruebas ilícitamente obtenidas en el Derecho Procesal de los Estados Unidos. **Revista del Poder Judicial**, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, n. 66, p. 376, 2002 (II).

CARBONELL, José Carlos Remotti. **La corte interamericana de derechos humanos**. Instituto Europeo de Derecho.

CAVALIERE, Antonio. Effetività e criminalità organizzata. In: MOCCIA, Sergio. **Criminalità organizzata e risposte ordinamentali**. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.

CESARI, Claudia. Prova irripetibile e contraddittorio nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nota a Corte europea dei diritti dell'uomo. Sezione I. Dezembro de 2002. **Rivista Internazionale di Diritto e Procedura Penale**, n.1437, 2003.

CHIAVARIO, Mario. Considerazioni sul dibattimento nell'esperienza del processo statunitense. In: AMODIO, Enio, BASSIOUNI, M. Cherif. **Il processo penale negli Stati Uniti D'America**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1988. p. 346.

CHIAVARIO, MARIO. La presunzione d'innocenza nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo. **Giurisprudenza Internazionale**, n. 1089, 2000.

DAMASKA, Mirjan R.. **Evidence law adrift**. Londres: Yale University Press, 1997.

DE LORA, Pablo. Tras el rastro de la ponderación. **Revista Española De Derecho Constitucional**, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, v. 20, n. 60, sep./dic. 2000.

DE VERO, Giancarlo. I reati di associazione mafiosa: bilancio critico e prospettive di evoluzione normative. In: DE FRANCESCO, Giovannangelo. **La criminalità organizzata tra esperienze normative e prospetto di collaborazione internazionale**. Torino: G. Giappichelli, 2001.

DEL CABO, Antonio, PISARELLO, Gerardo. **Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía**, Alicante: Publicaciones de la Universidad de Alicante, 2000.

DIZ, Fernando Martín. Cooperación policial y judicial en materia penal en España: particularidades transfronterizas en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea. **Revista del Poder Judicial**, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 3ª época, n. 61, 2001.

EDELMAN, Bernard. Universalité et droits de l'homme. In: DELMAS-MARTY, Mireille. (Coord.). **Procès pénal et droits de l'homme**. Vers une conscience européenne. Paris : Presses Universitaires de France, 1992.

FASSONE, Elvio, *La valoración de la prueba en los procesos de criminalidad organizada*, Madrid, 1996, pp. 1-2.

GATTI, Emilio, VENEGONI, Andrea. La cooperazione giudiziaria europea in materia penale dal "terzo pilastro" alla convenzione. **Questione giustizia**, Milano: Franco Angeli, n. 2, 2003

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**. Barueri: Manole, 2005.

MARANELLA, Stefano. Il principio del primato e della diretta applicabilità del diritto comunitario nella recente giurisprudenza della Corte di Cassazione italiana. **Rivista Della Cooperazione Giuridica Internazionale**, Milano: Nagard, v. 5, n. 15, set./dic. 1998.

MORERA, Agustín Prieto. **Proceso penal y criminalidad organizada**. Madrid: [s.n.], 1996.

MUÑOZ, Luis Gálvez. **La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales**. Navarra: Thomson Aranzadi, 2003.

PAPA, Michele. Brevi spunti sulle rules of evidence. In: AMODIO; Enio, BASSIOUNI, M. **Cherif, Il processo penale negli Stati Uniti D'America**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1988. p. 353-354.

PASCUAL, Mariana Alcorta. Jurisprudencia aplicada a la práctica: Validez como prueba de grabaciones magnetofónicas privadas (Caso «Padre Coraje»). **La Ley Penal**, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, Madrid: La Ley-Actualidad, n. 4, p. 79, 2004.

PASSEROTTI, Mauro. L'unione europea e la cooperazione in materia di lotta alla droga. **L'Amministrazione Italiana**, Empoli: Soc. Tipografica Barbieri, Noccioli & C., v. 58, n. 7-8, giugl./ago. 2003

PATEL, Bimal N. Do the rules of evidence and procedure of the International Criminal Tribunal for ex-Yugoslavia ensure a fair trial? **Indian Journal of International Law**, New Delhi: The Indian Society of International Law, vol. 39, n° 3, July/Sept. 1999.

PINELLI, Cesare. La durata ragionevole del processo fra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Giurisprudenza Costituzionale. **Associazione Dei Costituzionalisti**, n. 388, p. 3000-3001, 1999,

PIOVESAN, Flavia. Introdução ao sistema interamericano de proteção aos direitos humanos: a Convenção Americana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2000.

PISANI, Mario. Note sul diritto delle prove penali. In: AMODIO, Enio; BASSIOUNI, M. Cherif. **Il processo penale negli Stati Uniti D'America**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1988, p. 350-351.

_____. Criminalité organisée et coopération internationale. In: CONRADI, Faustino Gutiérrez-Alviz; LÓPEZ, Marta Valcárce. **La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada**. Sevilla: Secretariado de Publicaciones/Universidad de Sevilla, 2001,

PORRO, Giuseppe. **Ampliamento Della disciplina giuridica della cooperazione economica internazionale e riflessi sulla sovranità statale**. Torino: G. Giappichelli, 2000.

RANALDI, Gianrico. La cooperazione internazionale in materia penale tra estradizione e mandato d'arresto europeo. **Giurisprudenza Italiana**. Torino: UTET/Gennaio, n.1, 2004.

ROMANO, Bruno. Globalizzazione e spazio nel diritto. **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**, Milano: Dott. A. Giuffrè, serie V, anno 78, 2001.

SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. Soberanía de los Estados y cooperación internacional en la lucha contra la criminalidad organizada. In: CONRADI, Faustino Gutiérrez-Alviz, LÓPEZ, Marta Valcárce. **La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada**. Sevilla: Secretariado de Publicaciones/Universidad de Sevilla, 2001.

SÁNCHEZ, Miguel Revenga. Servicios de Inteligencia y derecho a la intimidad. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, v., 21, n. 61, ene./abr., 2001.

STORTONI, Luigi. Criminalità organizzata ed emergenza. In: MOCCIA, Sergio. **Criminalità organizzata e risposte ordinamentali**. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.

TAMIETTI, Andrea. L'utilizzazione di prove assunte in violazione di un diritto garantito dalla Convenzione non viola l'equo processo: riflessioni sul ruolo della Corte europea e sulla natura del sindacato da essa operato in margine alla sentenza P.G. e J.H. c. Regno Unito. **Cassazione Penale**, Rivista Mensile di Giurisprudenza, Milán: Giuffrè, v. 42, n. 5, p. 801, mayo 2002.

TUCCI, Rogerio Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.

VALLINI, Antonio, Il superamento della clausola de "previsione bilaterale del fatto" nell'este per I reati di criminalità organizzata: obsolescenza o regresso antigarantia. In: DE FRANCESCO, Giovannangelo. **La criminalità organizzata tra esperienze normative e prospetto di collaborazione internazionale**. Torino: G. Giappichelli, 2001. p. 118.

VIGNA, Piero Luigi. Economia criminale: ruolo dell'intelligent cooperation internazionale In: DE FRANCESCO, Giovannangelo. **La criminalità organizzata tra esperienze normative e prospetto di collaborazione internazionale**. Torino: G. Giappichelli, 2001. p. 22

ZAPPALÀ, Salvatore., Osservatorio del Tribunale penale internazionale per l'ex-Jugoslavia. **Diritto Penale e Processo**, Milano: Ipsa Scuola D'Impresa, v. 9, n. 2, feb. 2003.